

Editorial^(*)

Diversité et indépendance

Yves De Cordt

Rédigeant cet éditorial en pleine saison des assemblées générales, j'ai envisagé d'aborder des thématiques telles que le droit de faire convoquer une assemblée générale et d'ajouter des points à l'ordre du jour, les pouvoirs des assemblées quant à la rémunération des dirigeants, le droit d'interpellation des actionnaires... Dans le prolongement de l'amendement publié dans le n° 2016/3 et dans un contexte où une jeune femme devient maire de Rome et une femme mûre est candidate à la présidence des Etats-Unis, j'ai préféré traiter de la diversité et de l'indépendance des administrateurs.

Diversité (égalité - sensibilité - réceptivité - fécondité - serendipity - créativité - originalité)

Revigorer les conseils d'administration implique, selon moi, d'y laisser s'épanouir la diversité et d'y instaurer une harmonie entre les genres. Plusieurs études confirment une intuition : parce qu'elles font preuve d'une plus grande imagination, curiosité, empathie, largesse d'esprit et clairvoyance et qu'elles sont à la fois plus audacieuses et plus pondérées, les administratrices contribuent à un environnement de travail innovant, suscitent des débats féconds et améliorent durablement la fluidité, la compétitivité, la performance, la croissance et l'image des entreprises.

Avant même l'initiative, infructueuse à ce jour, de la Commission européenne pour briser le "plafond de verre", la loi du 28 juillet 2011 a introduit dans le Code des sociétés, afin de garantir la présence des femmes dans les conseils d'administration des sociétés cotées, un article 518*bis* aux termes duquel au moins un tiers des membres du conseil d'administration de ces sociétés seront de sexe différent de celui des autres membres. Selon les travaux préparatoires, il sera tenu compte du genre des administrateurs-personnes physiques et des représentants permanents d'administrateurs-personnes morales. Si le quota n'est pas atteint, la prochaine assemblée générale consti-

tuera un conseil d'administration conforme et, en cas de non-respect, tout avantage des administrateurs, lié à leur mandat, sera suspendu.

A quelques mois de la première échéance (vu l'entrée en vigueur progressive de la loi, les grandes sociétés cotées devront atteindre le quota en janvier 2017), le processus semble évoluer favorablement : selon *L'Echo*, près d'un quart des 1008 administrateurs des 126 sociétés belges cotées sont des femmes (il y a dix ans, elles représentaient à peine 6 %); 27 sociétés cotées comptent plus d'un tiers de femmes dans leur conseil et 105 comptent au moins une administratrice. Néanmoins, une société cotée sur six ne compte encore aucune administratrice. On peut d'ores et déjà redéployer et perfectionner le système.

Si je peux comprendre que les premières sociétés concernées soient les sociétés cotées, en raison de leur importance économique et de leur visibilité, les critères de taille (salariés, chiffre d'affaires et bilan) me paraissent plus pertinents car la diversité des genres est *a priori* bénéfique pour toutes les catégories de *stakeholders* et pas seulement pour les investisseurs. Ainsi, la loi française du 27 janvier 2011 s'applique aux sociétés cotées et aux sociétés qui, pendant trois exercices consécutifs, emploient un nombre moyen d'au moins 500 salariés et présentent un montant net de chiffre d'affaires ou un total de bilan d'au moins 50 millions d'euros (article L. 225-18-1 du Code de commerce). Au demeurant, retenir le critère de taille permet d'éviter que des sociétés se retirent de la cote pour esquiver l'obligation légale.

En outre, il est souhaitable, selon moi, que :

- le quota soit progressivement porté à 50 %;
- les compétences et mérites, qui demeurent déterminants, soient évalués par des comités de nomination;
- les associations professionnelles, les instituts de gouvernance et les réseaux de recrutement découvrent de nouveaux talents, suscitent des vocations et lèvent des

* Prise de position personnelle de l'auteur.

- inhibitions afin d'éviter qu'aussi talentueuses soient-elles, quelques pionnières cumulent les mandats;
- les administratrices fassent partie des trois catégories (exécutives, non-exécutives et indépendantes) ainsi que des trois comités (audit, rémunération et nomination);
 - les sociétés cotées fassent d'une pierre deux coups en nommant des administratrices indépendantes.

Indépendance (liberté - agilité - flexibilité - altérité - détachement - distance - hauteur)

Si, en tant que communauté d'intérêts, la société anonyme implique une forme d'intégration et d'interdépendance, ses activités produisent néanmoins des effets sur un ensemble de détenteurs d'enjeux externes, ce qui implique de l'amener à prendre en considération d'autres intérêts que ceux de ses actionnaires. A cette fin, à côté de la transparence, une autre technique implique de confier une partie du pouvoir de décision et de surveillance à des personnes "indépendantes", qui - selon la conception européenne - ne sont liées ni aux actionnaires majoritaires, ni aux dirigeants.

La fonction d'administrateur indépendant - apparue dans le cadre de la réglementation des conflits d'intérêts (articles 60bis des lois coordonnées sur les sociétés commerciales et 524 du Code des sociétés) - a été renforcée. Le Code des sociétés fixe les critères (fonctionnels, professionnels, personnels, financiers, commerciaux...) d'indépendance et instaure, au sein des sociétés cotées, un équilibre entre les administrateurs exécutifs/dirigeants et les administrateurs non exécutifs, qu'ils représentent "en fait" les actionnaires ou qu'ils soient indépendants. Les premiers apportent leur connaissance de l'entreprise et de ses orientations stratégiques tandis que les seconds partagent leur expérience et exercent leur liberté de jugement, singulièrement en tant que membres des comités d'audit et de rémunération. La promotion de l'indépendance résulte également d'une prise de conscience de la responsabilité sociétale des entreprises : les administrateurs indépendants sont censés promouvoir l'intérêt de la société et tenir compte, à des degrés divers, des enjeux des différentes parties prenantes.

Je suggère de développer le régime des administrateurs indépendants de différentes manières.

- Elaborer un statut spécifique de l'administrateur indépendant : s'inspirer de celui du commissaire (articles 135 et 136, CS) pour le prémunir de la révocabilité *ad nutum*; clarifier les effets de son indépendance sur sa responsabilité car de nombreux manquements peuvent désormais être reprochés aux administrateurs (fautes de gestion, violations du code et des statuts, fautes graves et caractérisées ayant

contribué à la faillite, articles 442quater, CIR, 93undecies du Code de la TVA et 530, § 2, CS pour faciliter la récupération des impôts et des dettes sociales...).

- Imposer la nomination d'un ou plusieurs administrateurs indépendants dans les "grandes" sociétés anonymes, qu'elles soient ou non cotées : leur rôle n'est pas seulement d'attirer les investisseurs institutionnels, en leur inspirant confiance, mais de veiller à l'intérêt de la société et de ses *stakeholders*. Les sociétés cotées devraient en outre désigner, pour siéger dans les comités spécialisés qu'elles seraient les seules à devoir constituer, une majorité d'administrateurs indépendants ayant *TOUS* une expertise *ad hoc* suffisante (comptabilité, audit, gestion des ressources humaines...).

- Elargir l'éventail des candidats potentiels à la fonction d'administrateur indépendant, pour prévenir les conflits d'intérêts fonctionnels et le phénomène des "*interlocking directorates*". Cela peut impliquer de désigner des personnes qui n'ont pas encore exercé la fonction d'administrateur mais dont l'expertise a été reconnue par l'attribution d'une charge académique importante au sein des universités, tous domaines confondus, de l'histoire de l'art à la chimie en passant par le droit et la gestion.

- Revoir la liste des circonstances susceptibles de porter atteinte à l'indépendance, qui figure à l'article 526ter du Code des sociétés :

- aux 1°, 3° et 7° : même si cela semble une évidence, il faut rectifier une inadvertance pour tenir compte du passé et du présent ("*ne pas exercer ou ne pas avoir exercé durant une période de cinq années précédant sa nomination, un mandat...*"; "*ne pas faire partie ou ne pas avoir fait partie durant une période de trois années précédant sa nomination, du personnel de direction...*");
- au 5° : il m'est difficile de concevoir qu'un administrateur détenant par ailleurs 10 % d'une société cotée soit indépendant : "ne pas être, contrôler ou représenter un actionnaire détenant plus de [1 à 5] % du capital ou des droits de vote de la société".

Afin d'engendrer des dynamiques nouvelles, je recommande qu'au-delà des quotas légaux, les sociétés atteignent un niveau optimal de diversité, d'altérité et de complémentarité en privilégiant le partage des origines, éducations, connaissances, compétences, expériences et liens internationaux. Le mélange des genres suscite de fructueuses confrontations d'idées et des synergies entre les points de vue, il évacue le conformisme, il renforce l'intelligence collective et il réserve parfois de belles surprises en permettant de découvrir, inventer ou imaginer quelque chose de génial sans l'avoir délibérément cherché.