

Réunion du 7 décembre 2016 du Cercle de réflexion sur la Gouvernance

Dans le prolongement de la Lettre de la Gouvernance, KPMG a créé le **Cercle de réflexion sur la Gouvernance**, qui a tenu sa quatrième réunion en octobre 2016.

Le Cercle est conçu comme un **lieu de réflexion et d'échanges entre administratrices et administrateurs de sociétés du SBF 120** sur des sujets et problématiques de la gouvernance d'entreprise auxquels ils sont susceptibles d'être confrontés dans l'exercice de leurs fonctions au sein des conseils.

Il est composé d'une **vingtaine de membres** qui exercent leurs mandats dans quelque 35 sociétés réparties entre le CAC 40 et les autres sociétés du SBF 120. Celles-ci reflètent la diversité de la composition des conseils ainsi que de la taille et des activités des sociétés composant l'indice.

Sur un ou plusieurs thèmes, selon les cas, qui leur sont proposés, **les membres du Cercle organisent et orientent leurs débats entre pairs, en toute liberté et confidentialité**.

L'intérêt et la richesse de ces débats justifient leur diffusion, au-delà du Cercle, aux autres membres des conseils et à ceux des directions concernées qui sont destinataires de la Lettre de la Gouvernance.

C'est pourquoi nous vous proposons de lire ci-dessous la transcription de ces débats, qui respecte le style direct afin de rester proche de leur spontanéité.

Compte rendu des débats :

Le premier thème de débat portait sur la révision du code Afep-MEDEF, publiée le 24 novembre 2016.

Très attendue, cette révision du code a donné lieu à de multiples modifications, de forme comme de fond. Les **principales modifications de fond**¹, qui affectent bon nombre des recommandations du code, méritent de faire l'objet d'une discussion.

Remarques introductives

- On finit par oublier que ce qui compte dans une entreprise, c'est la **performance globale** (économique entre autres, mais pas seulement). L'Afep et le MEDEF multiplient les textes, et se positionnent en « *soft law* » par rapport à un législateur qui de toute façon légifèrera. **La démarche est inutile et dangereuse**. Dans une entreprise, il faut « délivrer », pour les clients, pour la société civile, pour les parties prenantes. Chaque secteur d'activité est très différent des autres, on devrait les laisser s'organiser avec la latitude qu'ils méritent. Les critères tels qu'ils apparaissent dans ces codes sont dangereux eu égard aux contraintes auxquelles les entreprises sont soumises de nos jours : le digital, la concurrence, l'actionnariat individuel qui est en train de fondre, les entreprises qui passent à la main des fonds étrangers, etc., tout cela est à risque, et avec **ces couches de contraintes supplémentaires**, on marche sur la tête.
- Il y a de plus en plus de flou quant à la valeur juridique effective de ces recommandations du code Afep-MEDEF, et à l'ordre juridique dans lequel nous nous situons (à savoir, de quel ordre juridique relèvent exactement les différentes dispositions à suivre). Quand on dit qu'on adhère à un code, on est engagé et il s'applique. Tout cela crée une confusion entre ce qui relève des textes internationaux, de la loi et de la « *soft law* » comme le code Afep-MEDEF. La question de l'articulation des ordres juridiques est un vrai sujet car on ne sait plus trop à quel saint se vouer, sans compter l'impact des agences de conseil en vote qui provoquent des comportements bizarres, en anticipation des consignes de vote.
- Une dimension supplémentaire à appréhender : ces « réglementations » vont à l'encontre du bon fonctionnement d'un conseil. A force de pointer ainsi les responsabilités individuelles des administrateurs, nous allons finir par ne plus avoir d'administrateurs. Plus personne ne va vouloir siéger dans un conseil, si l'on met en regard le niveau toujours accru de responsabilité et la modicité des jetons de présence perçus.

L'évolution du code révisé : vers un modèle ? d'autres influences ?

- Il est important de savoir comment ça se passe ailleurs. Très probablement, nous nous déplaçons vers le modèle britannique dans l'orientation actuelle. L'AMF a fait une étude en comparant 10 codes européens². On s'aperçoit que si la situation est contrastée, le code Afep-MEDEF figure parmi les codes les plus contraignants, même si, sur certains points, certains codes peuvent l'être davantage encore. Quoi qu'il en soit, l'inspiration est clairement britannique. L'Allemagne, par exemple, est très loin de cela.
- Dans les sociétés, il y a maintenant deux trains qui avancent séparément : d'une part, ceux qui achètent les actions (gérants de portefeuille) et qui sont plus intéressés par les performances que par la gouvernance, et, d'autre part, ceux qui votent mais qui ne sont pas intéressés prioritairement par les performances. Les recommandations auxquelles se réfèrent ceux qui déterminent le vote sont plutôt celles des agences de conseil en vote. Finalement, il existe d'un côté un législateur manquant de clarté, et de l'autre un « législateur » auto-proclamé et illégitime (les agences) qui impose sa loi internationale. Ils tendent à gouverner les décisions et les résolutions des entreprises, les obligeant à s'aligner sur leurs exigences en matière de principes et de guidance, étant donné la puissance de leurs consignes de vote.
- On commence d'ailleurs à voir s'organiser deux « road shows » distincts, parfois avec de grandes divergences de vues d'ailleurs : un « road show » sur la gouvernance d'abord et un « road show » sur la performance plus tard.

Code, « proxies » et régulateurs

- Il n'y a plus guère d'actionnaires nationaux, et lorsque l'entreprise dépend d'investisseurs anglo-saxons, elle est obligée de passer par leurs fourches caudines, ce qui revient en fait à passer de nouveau... par celles des agences de conseil en vote ! Cela dit, il faut bien reconnaître qu'avec les grands fonds français, la situation est largement la même.
- Par exemple, dans le BTP, l'épargne salariale est un élément majeur de la motivation du personnel mais à chaque fois que des résolutions proposent de l'étendre au-delà des 10%, les agences donnent pour consigne de s'y opposer. C'est typiquement contre-productif dans un secteur comme celui-là.
- Dans un autre domaine, celui des banques, la réglementation est en train d'assumer la gestion des banques, de les déposséder de leur gestion propre. Les dispositions législatives se basent sur des critères, des minima, des niveaux de liquidité, mais finalement cela va très loin et probablement jusqu'au fonctionnement interne de la banque. La « compliance » avec le code Afep-MEDEF est effective dans les banques, mais ce n'est pas vraiment l'important. Les banques s'inscrivent dans d'autres cadres et exigences (BCE, etc.).

- En fait, c'est comme si les régulateurs cherchaient à tout prix à donner aux administrateurs des responsabilités opérationnelles. Et c'est un vrai problème. On cherche à faire d'eux des gestionnaires de fait, sans en avoir les moyens, ce qui touche particulièrement les comités d'audit, les comités des risques, etc.

Principales innovations du code révisé (hors rémunérations)

- L'une des innovations du code est de rappeler que la première mission du conseil est de déterminer les orientations stratégiques : c'est un bon rappel, c'est dans la loi de toute façon. C'est à juste titre qu'on a ajouté, parmi les besoins d'information des membres du conseil, les principaux enjeux de l'entreprise, y compris dans le domaine de la RSE, et, parmi ceux des actionnaires et investisseurs, les enjeux extra-financiers significatifs pour l'entreprise.
- Définition de la diversité : au-delà de la répartition femmes/hommes, elle s'ouvre aux nationalités, expériences internationales et expertises. Que vient faire ici la nationalité et qu'est-ce qu'elle apporte ? Ce qu'il faut rechercher, c'est plutôt une culture différente, une sensibilité différente. Les expatriés n'ont pas la même perception d'un pays qu'un local.
- Administrateurs indépendants : sur le critère désormais « guillotine » des 12 ans de mandat.
 - La raison de ce changement tient à des abus de la part d'administrateurs qui se sont fait réélire peu de temps avant la date anniversaire du mandat, pour pouvoir conserver leur qualité d'indépendant jusqu'au terme du nouveau mandat. Il faut bien une règle.
 - Mais un administrateur qui est là depuis longtemps connaît très bien l'entreprise, perd-il pour autant en indépendance ? Il gagne assurément en compétence et en pertinence. Avec ces dispositions, on a l'impression que l'on veut absolument nommer des gens incompétents... La vraie question est : est-on plus ou moins utile à l'entreprise après une dizaine d'années de mandat ? Au bout d'un moment, il y a une assimilation avec l'entreprise qui pourrait remettre en cause l'indépendance, en tout cas cela peut être discuté. Pour certains, ce n'est pas le sujet. On pourrait même être plus indépendant car en connaissant bien la situation, le contexte et les activités, on est plus pertinent et davantage capable de prendre du recul.
 - En revanche, nul doute que cela va devenir une vraie guillotine de la part des agences de conseil en vote car ils préconiseront le vote contre si l'on voulait passer outre.

2 - Voir la synthèse de lecture de l'étude dans la Lettre de la Gouvernance n°11 (mars 2016)

- On aurait pu imaginer que les administrateurs se notent entre eux sur leur indépendance, dans le cadre des [procédures d'auto-évaluation](#) (est-ce que les administrateurs prennent position, cèdent facilement dès qu'il y a un conflit ou une difficulté, etc.). Dans le secret d'une délibération, les administrateurs pourraient s'apprécier et s'interroger sur ce sujet. Il est toutefois probable que ces appréciations puissent être plus aisément captées par un intervenant externe.
 - Ainsi, dans une société, les questionnaires sont anonymes, les entretiens sont faits par un tiers, les comptes rendus sont donnés à deux administrateurs, et cela donne une vision assez claire du sujet. Mais, en fait, beaucoup dépend de la façon dont les questionnaires sont formulés, de la pertinence du questionnaire et de la qualité du tiers. Mais certains ne croient de toute façon pas un instant à la sincérité des réponses...
 - Quoi qu'il en soit, cette disposition guillotine peut poser des [problèmes pour atteindre les quotas d'indépendance requis](#) pour le conseil et les comités. Quelle est la sanction de la non-application de cette recommandation nouvelle ? Aucune, il faut simplement l'expliquer par l'intérêt social qui peut commander de faire autrement. Certes, le Haut Comité et l'AMF pourraient ensuite épinglez le contrevenant dans leurs rapports, mais il n'y a pas d'incidence juridique car il ne s'agit que d'une recommandation. Mais ensuite, comme on l'a dit, il y a le comportement des agences de conseil en vote et leurs préconisations de vote.
 - Le code révisé reconnaît formellement que c'est [l'intérêt social](#) de l'entreprise qui doit guider l'administrateur et non pas l'intérêt de l'actionnaire. C'est accentué à plusieurs reprises dans le nouveau code. Sauf que l'intérêt social n'est jamais clairement défini. Au passage, c'est une notion très française. Ailleurs, c'est surtout l'intérêt des actionnaires qui domine, même si désormais on introduit doucement les « *stakeholders* ».
 - [Obligation de détention d'actions](#) par les administrateurs : on passe de la notion de « nombre relativement significatif » à « une quantité minimum » d'actions à détenir, qui reste à interpréter par les conseils. Ne devrait-on pas considérer que tout administrateur doit détenir [une année de jetons de présence en actions](#) ? Beaucoup de conseils ont pris cette décision, cela semble une bonne pratique. De cette manière, on rend solidaires de la performance à court terme de l'entreprise les administrateurs, qui ont une fonction de contrôle. Mais on les rend moins indépendants, même si la détention d'actions crée une bénéfique solidarité : on peut se demander si les membres de comités d'audit sont légitimes à être particulièrement solidaires de la performance boursière de l'action ? Mais c'est un symbole, un signe de convergence entre les actionnaires et les administrateurs.
- Le second thème de discussion portait sur les principales dispositions de la loi Sapin II concernant les entreprises : « say on pay », protection des lanceurs d'alerte, obligation de prévention et de détection de la corruption et du trafic d'influence, contrôle par l'Agence française anti-corruption et convention judiciaire d'intérêt public.**
- Régime obligatoire du « Say and Pay » en deux temps**
- La rédaction du texte ne le rend pas aisément intelligible, il faut bien le dire.
 - Les principes et critères sont fixés en début d'année, approuvés par l'AG en cours d'année et chaque année ensuite : en début d'année, c'est donc sous réserve de l'approbation de l'AG qu'ils sont fixés. Si jamais l'AG ne les approuve pas, cela signifie qu'il n'y aura [aucune sécurité pour le dirigeant qui sera recruté](#) à ce moment-là. Faudra-t-il dans ce cas lui verser une indemnité ? C'est une vraie difficulté de recrutement !
 - Si l'AG n'approuve pas les principes et critères une année, les principes et critères précédents continuent à s'exercer. Mais s'il n'y en a pas (ce qui est le cas au début), on retient la rémunération conforme à l'année précédente. Et si le dirigeant mandataire social est nouveau, la loi renvoie à la « [conformité aux pratiques existantes au sein de la société](#) ». Ce qui [ne veut pas dire grand-chose](#), et peut même conduire à des situations absurdes.
 - Les Britanniques ont un [système d'approbation obligatoire de la politique](#) de rémunération générale de la société pour 3 ans, et un vote consultatif annuel par l'AG sur la rémunération effectivement versée, vote qui pourrait devenir obligatoire à l'avenir.
 - Il y a des [cas de sociétés françaises qui pratiquent déjà le vote ex-ante](#) sur une période de 3 ans, en ce sens qu'on vote le plan et la politique de rémunération générale pour 3 ans.
 - Le vote ex-post pose un problème car il a un [effet rétroactif](#) par rapport à la décision de l'AG ex-ante qui est souveraine. C'est un des problèmes sur lequel le Conseil constitutionnel devrait se pencher. Mais ce qu'une AG a fait peut toujours être défait par une AG suivante ! C'est bien rétroactif.
 - [L'exemple récent](#) d'un dirigeant à qui le versement d'une rémunération exceptionnelle avait été approuvé dans son principe par l'AG en 2014 alors que l'AG deux ans plus tard l'a remis en cause bien que la rémunération ait été entretemps versée, [montre bien la difficulté des deux votes](#) : si le « say on pay » de la loi Sapin II avait été en vigueur, aurait-il fallu lui demander de rembourser ?

Protection des lanceurs d'alerte

- Il doit s'agir nécessairement d'une **personne physique**, par opposition à une association, une ONG..., ce qui constitue un point positif.
- Il peut signaler «une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général ». C'est une formule floue. **Quid du respect des règles de confidentialité des affaires ?** On l'oublie pour l'entreprise, et de nos jours c'est très impactant en cas de fuite d'une fausse rumeur ou d'une information partiellement erronée. En outre, si le lanceur d'alerte est de bonne foi et désintéressé, il n'est jamais inquiété même s'il le fait à tort.
- En cas de « danger grave et imminent » ou en présence de « risques de dommages irréversibles », on peut aller directement à la publicité, ce qui est très grave. Mais on peut aussi comprendre qu'il y ait des cas où cela se justifie.
- On a l'impression que le **texte est conçu pour les salariés au sein d'une entreprise** (référence au supérieur hiérarchique de l'employeur), sans se préoccuper d'éventuels lanceurs d'alerte qui seraient extérieurs à l'entreprise.
- Le **comité d'audit** doit suivre le fonctionnement du mécanisme d'alerte, vérifier que le système fonctionne, obtenir des statistiques, etc. mais il n'est pas envisageable qu'il soit le récipiendaire des alertes.
- En ce qui concerne l'obligation, pour toute société d'au moins 50 salariés, de mettre en place une **procédure de recueil des signalements** : peu de petites sociétés seront à même de mettre en place un tel dispositif, encore moins d'ici à la date d'entrée en vigueur de cette obligation, le 1^{er} juin 2017.

Obligations de prévention et de détection de la corruption et du trafic d'influence

- Concernant **l'évaluation de la situation des clients et des fournisseurs** de premier rang au regard de la cartographie des risques d'exposition à des sollicitations externes, il faut noter qu'il peut être très difficile de l'appliquer en pratique. Il convient sans doute, a minima, d'avoir une procédure prouvant que l'on s'est renseigné sur le partenaire, que l'on a fait en sorte de suivre son évolution dans la durée plutôt qu'une fois au début de la relation commerciale sans jamais vérifier ensuite ce qu'il est et devient. Il s'agit certes d'une obligation de moyens et pas de résultat, mais ce n'est pas facile à mettre en œuvre, par exemple avec le portefeuille de clients d'une activité du « B2C ».

- Un sujet intéressant à discuter serait **l'application extra-territoriale** des réglementations américaines et anglaises, mais aussi de celles venant de Chine ou d'Inde. Les observateurs qui suivent ces questions d'intelligence économique disent que les Chinois et les Indiens vont prendre des dispositions de cette nature, mais sans disposer du même socle juridique que les Anglo-Saxons.
- Il faut reconnaître qu'il n'y avait rien en France et que **la réglementation comble un vide**.

Contrôle par l'Agence française anti-corruption et « convention judiciaire d'intérêt public »

- Pour certains, c'est de la pure corruption de l'Etat que de pouvoir négocier une transaction sur un acte frauduleux ou de corruption.
- Mais en pratique force est de reconnaître que cela permet d'**aller beaucoup plus vite** par rapport à des procédures administratives ou judiciaires qui prennent des années. Il doit aussi exister un droit à pouvoir se racheter. On sait tous que nulle organisation n'est à l'abri de la défaillance individuelle d'une personne qui en fait partie.
- Toutes ces mesures mises bout à bout, **le coût de la conformité est en train de devenir exponentiel !** On est étonné que les entreprises ne puissent pas agir sur les organisations professionnelles qui représentent les entreprises pour modérer ce coût.

Les informations contenues dans ce document sont d'ordre général et ne sont pas destinées à traiter les particularités d'une personne ou d'une entité. Bien que nous fassions tout notre possible pour fournir des informations exactes et appropriées, nous ne pouvons garantir que ces informations seront toujours exactes à une date ultérieure. Elles ne peuvent ni ne doivent servir de support à des décisions sans validation par les professionnels ad hoc. KPMG S.A. est le membre français du réseau KPMG International constitué de cabinets indépendants adhérents de KPMG International Cooperative, une entité de droit suisse (« KPMG International »). KPMG International ne propose pas de services aux clients. Aucun cabinet membre n'a le droit d'engager KPMG International ou les autres cabinets membres vis-à-vis des tiers. KPMG International n'a le droit d'engager aucun cabinet membre.

© 2017 KPMG S.A., société anonyme d'expertise comptable et de commissariat aux comptes, membre français du réseau KPMG constitué de cabinets indépendants adhérents de KPMG International Cooperative, une entité de droit suisse. Tous droits réservés. Le nom KPMG et le logo sont des marques déposées ou des marques de KPMG International. Imprimé en France. Conception - Réalisation : Markets - OLIVER - Janvier 2017.