

EDITO

A titre liminaire, nous tenons à vous adresser nos meilleurs vœux pour la nouvelle année. Nous tenons également à remercier très sincèrement Monsieur Charles Duchaine, Directeur de l'Agence Française Anticorruption, qui nous a accordé une interview que vous lirez comme nous avec beaucoup d'intérêt.

Mais venons-en à la gouvernance. Elle est à l'épicentre de toutes les préoccupations collectives actuelles. Celles-ci sont pourtant de plus en plus nombreuses et diverses, l'environnement, la parité, les relations sociales, les rémunérations, les conflits d'intérêts, les droits humains et bien d'autres encore. La gouvernance en est le réceptacle car elle doit s'organiser pour les prendre en compte, sa mission n'étant plus seulement la recherche de la valeur actionnariale, comme à la fin du vingtième siècle, mais la prise en compte et la satisfaction de nombreux intérêts, dont certains relèvent de l'intérêt général.

Ainsi, les obligations liées à la RSE n'ont cessé de se multiplier, spécialement pour les sociétés cotées mais également pour toutes les sociétés d'une certaine taille. Ce sont les textes européens qui ont lancé et amplifié le processus : directive « NFRD » de 2014 sur le reporting extra-financier, aujourd'hui Règlement Taxonomie tentant de créer un dictionnaire des activités propres et Règlement « SFRD » en faveur de l'établissement d'un marché financier vert, demain une Directive « CSRD » destinée à imposer le concept global de « durabilité », enfin (provisoirement...) proposition de Règlement relatif aux obligations vertes européennes pour éviter l'éco-blanchiment (greenwashing). Toutes ces obligations, bien qu'elles touchent essentiellement à la transparence, créent des risques potentiels pour les conseils et les administrateurs des sociétés visées. Si des actions judiciaires contre les sociétés sont encore virtuelles en France, elles pourraient néanmoins se développer. Ainsi, Bayer a fait l'objet de 125.000 plaintes aux USA à la suite du rachat de Monsanto, Royal Dutch Shell a été lourdement condamné aux Pays-Bas au nom d'un principe non-écrit de prudence, et l'ONU a recensé 1.550 actions dans le Monde en 2020.

PAGES

3-7

Entretien avec Charles Duchaine, directeur de l'Agence Française Anticorruption

PAGES

8-9

Conflits d'intérêts dans les organisations publiques comme privées : ce poison que l'on ne peut plus ignorer
Point de vue de Stella Vitchevian et Frédéric Cosme

PAGES

10-11

RSE : missions et responsabilités des administrateurs
Point de vue de Jean-Jacques Daigre

PAGES

12-13

Le rapport Rocher « Repenser la place des entreprises dans la société : bilan et perspectives deux ans après la loi Pacte »

PAGES

14-15

Rapport 2021 de l'AMF sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des sociétés cotées

PAGES

16-17

Rapport du Haut Comité de Gouvernement d'Entreprise 2021

PAGES

18-19

L'incidence de la loi Rixain sur la gouvernance des sociétés



Dans le même mouvement, le rapport de l'AMF sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des sociétés cotées procède d'abord à un état des lieux des évolutions récentes en matière de gouvernance, sur les assemblées générales en période de covid et sur la prise en compte des enjeux de la RSE, puis à une étude approfondie de l'information donnée par les sociétés dans le rapport sur le gouvernement d'entreprise.

Le Haut Comité de Gouvernement d'Entreprise (« HCGE ») a également publié son rapport annuel. Il s'intéresse exceptionnellement aux conséquences de la crise née de la pandémie sur la gouvernance des entreprises. Sinon, comme il est habituel, il évoque la prise en compte des recommandations du Code Afep-Medef, notamment s'agissant des dispositions relatives à la politique de mixité des instances dirigeantes et relatives à la proportion des membres indépendants. Dans l'ensemble, ses constats sont plutôt encourageants, même si des progrès restent à faire en matière de mixité en particulier.

Est venu se greffer sur ces documents habituels le rapport Rocher, qui a pour objet d'évaluer le sort des propositions de la loi Pacte en faveur d'un capitalisme plus responsable (gouvernance commandée par la recherche de l'intérêt social et la prise en compte des

enjeux sociaux et environnementaux, société à mission), de dégager les voies d'amélioration et de faciliter l'essaimage des meilleures pratiques. Le constat du rapport est en effet que les réalisations demeurent encore limitées par rapport aux ambitions du législateur.

L'Agence Française Anticorruption (AFA) a publié un guide sur « la prévention des conflits d'intérêts dans l'entreprise » le 18 novembre 2021. Il est destiné non seulement aux grandes entreprises soumises aux plans anticorruption de la loi Sapin II, mais également à toutes les entreprises, PME et ETI. Bien que n'étant pas contraignant juridiquement, il tend à fortement inciter les entreprises à redoubler de vigilance.

Enfin, une loi datée du 24 décembre 2021 impose par étapes aux sociétés d'instaurer une certaine mixité des « cadres dirigeants » et des « instances dirigeantes ». Elle entrera en vigueur progressivement, selon un double critère de date et de taille. La sanction pécuniaire ne sera pas négligeable pour les entreprises concernées.

Nous vous souhaitons une bonne lecture et restons à votre écoute pour toute question ou tout commentaire ●

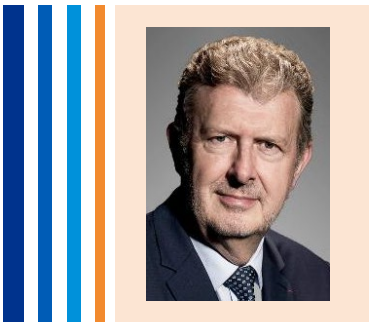
Agenda des conseils d'administration, comités d'audit et comités RSE

Les « hot topics », publiés en janvier par l'Audit Committee Institute, vous aideront à identifier et hiérarchiser les thèmes prioritaires à inscrire à l'agenda 2022 de votre conseil, de votre comité d'audit ou de votre comité RSE.

<https://home.kpmg/fr/fr/home/insights/2022/01/agenda-comites-audit-rse-conseils-administration-2022.html>



Entretien avec⁽¹⁾ Charles Duchaine, Directeur de l'Agence française anticorruption



Charles Duchaine est un magistrat français. Il a occupé différents postes aux niveaux national et international en tant que juge d'instruction spécialisé dans la grande délinquance économique et financière. Il a exercé ses fonctions à Aurillac (1990-1995), à Monaco (1995-1999), en Corse (1999-2004) et enfin à Marseille (2004-2014), où il était coordinateur de la juridiction interrégionale spécialisée (JIRS), en charge des dossiers économiques et financiers.

En 2014, il a été décoré de la Légion d'honneur et a été nommé directeur général de l'Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués (AGRASC).

Dans le cadre de la mise en œuvre de la loi Sapin II, le Gouvernement français l'a chargé de mettre en place l'Agence française anticorruption (AFA). À la tête de l'Agence depuis mars 2017, il est chargé de veiller à la mise en œuvre du nouveau référentiel français de prévention de la corruption.

La Lettre de la Gouvernance : Quelles sont vos attentes vis-à-vis des administrateurs des groupes dans le champ de l'AFA ?

Charles Duchaine : Les administrateurs doivent avoir une bonne connaissance des obligations légales pour en contrôler l'application et être sensibilisés aux programmes de conformité. Ils doivent aussi s'approprier complètement nos recommandations qui précisent que les organes non exécutifs veillent, dans l'exercice de leurs missions, au bon déploiement des dispositifs anticorruption.

Les responsables de la conformité sont bien informés des attentes de l'AFA. Mais, hors contexte de contrôle, le sujet a du mal à arriver jusqu'à l'agenda de l'instance dirigeante et des administrateurs.

Pourtant il est essentiel que les administrateurs puissent donner leurs orientations car **le succès des politiques anticorruption viendra d'eux et des actionnaires.**

En ce début d'année 2022, quels vœux l'AFA formule-t-elle pour les sociétés relevant de son champ de prérogative ?

Je souhaite que les entreprises puissent continuer à progresser dans la maîtrise des risques de corruption, dans leur propre intérêt. La politique anticorruption devient un véritable outil de survie et parfois même, de guerre économique. L'instance dirigeante doit mettre tous les moyens de son côté pour être irréprochable et éviter aux organisations d'être inquiétées sur le sujet.

Les recommandations de l'AFA ne servent pas uniquement à éviter la corruption. Elles visent aussi à renforcer le contrôle interne et à mieux capitaliser sur les moyens des entreprises. Renforcer leur maturité en la matière, c'est l'occasion de réfléchir à leur organisation, mettre à plat les modes opératoires en s'appuyant sur des procédures cohérentes, articulées entre elles et alignées avec les résultats de leur cartographie des risques de corruption. C'est encore plus vrai dans le secteur public.

(1) Propos recueillis le 10 janvier 2022 par Stéphanie Dominguez, Senior Manager KPMG, Pierre Planchon, Associé KPMG responsable des Activités Audit, et Bertrand Pruvost, Associé KPMG



La crise sanitaire se poursuit. Pouvons-nous attendre un rapport d'activité 2021 très similaire à celui de 2020 ?

Le rapport d'activité est généralement plutôt descriptif et ne laisse pas la place à des propositions. Celui de 2021, année d'évaluation de la politique nationale anticorruption (OCDE, GRECO, Mission d'évaluation parlementaire) ressemblera probablement à celui de 2020 avec peut être une analyse globale des avancées réalisées au cours des dernières années. Il répondra également à une volonté de partage des travaux de l'AFA mais aussi des progrès constatés au sein des entités contrôlées. Aujourd'hui, les dispositifs anticorruption sont parfois inachevés mais ils sont beaucoup plus cohérents qu'à la création de l'AFA : un effort a été fait par les entreprises pour identifier les risques propres de l'entreprise avec des plans d'action mieux adaptés et c'est ce que relèvera ce rapport d'activité.

Quels sont les chantiers prioritaires de l'AFA pour 2022 ? Y a-t-il des composantes des programmes de conformité, des secteurs ou des profils d'entreprises ou de collectivités qui retiennent particulièrement son attention ?

Comme précédemment, nous avons la même volonté d'approcher à la fois le secteur économique et le secteur public. Nous allons prioriser tout ce qui est de nature à favoriser l'adoption du référentiel anticorruption : la loi, les recommandations et d'autres publications.

L'AFA va poursuivre ses efforts de communication avec la publication de guides à l'attention du secteur privé (BTP, banques, etc.) et des collectivités territoriales.

Les contrôles de l'AFA, qu'ils soient généraux ou thématiques sur un secteur d'activité, continueront en 2022 dans le respect des lignes directrices qui guident la programmation des contrôles : l'importance de l'organisation, son éventuelle implantation dans des pays particulièrement exposés, l'impact des contrôles au sein d'une filière ou, dans des cas plus rares, le recueil de renseignements à investiguer.

Avez-vous des orientations générales de contrôle pour l'année à venir, que vous pourriez publier

comme le fait par exemple l'AMF (les « contrôles SPOT ») ?

Au début, l'AFA a pêché par certains côtés en exerçant ce nouveau métier uniquement sous l'angle « contrôleur/auditeur de programmes de conformité ».

Nous continuerons à déployer des contrôles de deux types : globaux et plus spécifiques (sur deux ou trois mesures). Au début, nous ne réalisons que des contrôles globaux : ces contrôles ont permis de découvrir des défaillances sur chacun des points de l'article 17 de la loi⁽²⁾ et nous remettons aux entreprises un rapport d'audit global.

Aujourd'hui, nous jugeons qu'il est préférable de contrôler deux ou trois mesures uniquement afin d'intervenir dans un temps plus court. Je crois même qu'à l'avenir, au stade de la notification nous n'annoncerons plus quelles mesures seront visées par le contrôle, afin de se laisser la liberté de choisir les mesures que l'AFA souhaite contrôler au fur et à mesure de ses premiers contacts avec l'organisation.

Cette adaptation des contrôles traduit la volonté de l'AFA d'aider les entreprises. Aujourd'hui nos principaux points d'attention portent sur l'engagement de l'instance dirigeante, la cartographie des risques de corruption, l'évaluation de l'intégrité des tiers ou les contrôles comptables.

Les grands groupes internationaux

Quels sont les conseils que vous pourriez donner aux groupes français internationaux en lien avec la lutte contre la corruption ?

Le plus grand conseil qu'on puisse leur donner, c'est de mettre en œuvre les dispositions de la loi et nos recommandations car c'est leur rendre service : ce que nous avons fait depuis quatre ou cinq ans a changé considérablement le regard des juridictions étrangères vis-à-vis de l'engagement de la France dans la lutte contre la corruption et je suis convaincu que cela nous a permis de bénéficier d'une certaine tranquillité, même s'il faut rester prudent car cela peut se renverser rapidement. Je pense que plus notre action sera visible et exigeante, mieux les groupes français seront protégés.

(2) Article 17 de La loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, la lutte contre la corruption et la modernisation de la vie économique dite « Sapin II ».

Je dis aux entreprises, **ne faites pas de la conformité anticorruption pour faire plaisir à l'AFA, mais faites-le pour vous protéger.**

La granularité de l'exercice de cartographie des risques de corruption telle qu'exigée par l'AFA est parfois perçue par certains groupes comme du « rigorisme ». Ces groupes ne risquent-ils pas de privilégier la forme au détriment du fond, du développement d'une culture de l'anticorruption ?

L'AFA n'a jamais privilégié la forme sur l'objectif, à savoir : l'élaboration et la tenue à jour d'une cartographie de corruption qui ne soit pas conçue comme un exercice scolaire pour satisfaire tel ou tel régulateur mais comme un outil évolutif, destiné à être le socle d'un dispositif de maîtrise opérationnelle des risques et réellement utilisé par l'organisation pour déployer et suivre la mise en œuvre de plans d'actions pertinents.

En revanche, nous souhaitons que le **travail fait par les entreprises soit auditable**. La méthode arrêtée, quelle qu'elle soit, doit être appliquée de manière homogène, correctement définie et documentée. C'est capital car **la sécurité des entreprises tient à notre réputation et à la reconnaissance de notre niveau d'exigence.**

Certaines entreprises ont attendu plus d'un an le rapport provisoire de leur contrôle. L'AFA est-elle désormais en mesure de raccourcir fortement ces délais ?

Certains contrôles ont, en effet, duré beaucoup trop longtemps. Aujourd'hui, la situation a changé pour plusieurs raisons : la première, c'est que l'AFA a des agents qui maîtrisent mieux, voire très bien, leur mission. Des contractuels ont été recrutés, venant parfois de cabinets d'audit, et apportant leur expérience aux fonctionnaires déjà en place, et réciproquement.

Pensez-vous que l'AFA et la Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique vont être réunies dans une seule et même autorité ?

J'y suis défavorable, sans doute car j'ai porté le projet de l'AFA. Plus sérieusement, le motif que l'AFA doublonnait avec d'autres institutions et que cela entraînait un surcoût

pour l'Etat ne me semble pas très sérieux. L'AFA a des activités totalement différentes de celle de l'HATVP. Elle est tout autant indépendante et elle s'occupe à la fois du secteur public et du secteur privé, ce qui est une nécessité absolue en termes de compréhension et d'analyse du phénomène, mais également en termes de bon usage des ressources publiques.

Les PME et les ETI

L'AFA a récemment édité un guide pour les PME et les ETI⁽³⁾. Quelles sont vos attentes les concernant ?

Les contrôles de l'AFA ne peuvent pas s'étendre aux PME ne répondant pas aux deux critères cumulatifs prévus par l'article 17, sauf si le législateur le décide.

En termes de protection, les PME non soumises à la loi ont intérêt à s'y aligner si leur activité les expose, notamment à l'international. De plus, elles peuvent être elles-mêmes évaluées sur ce sujet par les groupes avec lesquels elles entrent en relation. Il faut que leur dispositif anticorruption reste proportionné à leurs moyens, mais aussi aux risques et aux enjeux qui sont les leurs et qui ne sont pas négligeables.

Orientations & coopérations internationales

Quels liens l'AFA a-t-elle développés avec ses « homologues » dans d'autres pays ? Aurons-nous à terme une agence européenne anticorruption ?

Il s'agit essentiellement d'une coopération technique. Cependant, avec le Parquet National Financier, nous pouvons être amenés à échanger de l'information et du conseil pour développer des procédures d'entraide.

Nous avons initié le réseau des agences de prévention de la corruption qui réunit aujourd'hui 31 pays membres, un observateur et 5 partenaires, pour échanger sur les bonnes pratiques.

L'idée eut été intéressante de porter l'équivalent des « procédures collectives » auprès d'un parquet européen. Il faudrait alors avoir un règlement européen puis une agence européenne anticorruption. Nous serions ainsi plus visibles notamment auprès des Etats-Unis.

(3) Les mesures anticorruption dans les PME, l'essentiel à retenir – AFA -16 décembre 2021



A terme, peut-on envisager une convergence des différents standards nationaux de l'anticorruption vers un référentiel unique ?

Dans le cadre de l'élaboration des recommandations de l'AFA, nous avons considéré ce que faisaient les autres pays (Etats-Unis, Royaume-Uni, etc.). C'est envisageable mais il faudrait qu'il y ait, derrière cette initiative, une volonté politique. Les entreprises pourraient nous y conduire.

En termes de mode de contrôle, la plupart des pays examinent le niveau de conformité d'une entreprise à la faveur d'une poursuite pénale comme en Italie ou aux Etats-Unis (*Department Of Justice*). Le modèle français est plus rare : il s'agit d'un contrôle administratif, en dehors de toute suspicion de corruption, de l'état des mécanismes de prévention de la corruption.

Le modèle français aide à créer une culture de la conformité commune entre les secteurs public et privé alors qu'à l'étranger, les autorités se focalisent sur le secteur public uniquement.

L'extension des prérogatives

L'AFA considère-t-elle le secteur public avec la même ambition et le même niveau d'exigence et envisage-t-elle des mesures concrètes et spécifiques pour y accélérer la mise en œuvre de la loi Sapin II ?

D'une manière générale, les mesures de prévention et de détection des atteintes à la probité lorsqu'elles existent sont souvent éparpillées et incomplètes et s'appuient rarement sur une évaluation préalable et rigoureuse des risques ou sur un contrôle de l'audit interne robuste. Face à cette situation, l'AFA mène une action résolue dont témoignent les activités de conseil et de formation, ainsi que le nombre et la nature des contrôles conduits pour conforter le développement de la culture de la maîtrise des risques au sein du secteur public.

Nos nouvelles recommandations, organisées en trois parties, visent à décliner les dispositions générales communes à toutes les organisations et intègrent des dispositions particulières à l'égard des acteurs publics en prenant naturellement en compte leurs spécificités, les règles de la fonction publique, de la commande publique, de la comptabilité publique et proposent une

approche pragmatique. Nous tenions aussi à y insérer un certain nombre d'exemples et d'illustrations.

Nous avons fait un excellent travail parce qu'en l'absence de référentiel et en l'absence de sanctions, nous avons malgré tout réussi à inciter, encourager les organismes qui considéraient que l'obligation qu'il leur était faite était totalement facultative.

Un grand groupe privé et une commune de 800 habitants ne peuvent pas être comparés, ne serait-ce qu'en termes de moyens. Néanmoins, la commune doit porter une vigilance accrue au suivi et au contrôle de l'exécution du contrat, et pas uniquement en le signant. C'est un minimum.

L'AFA s'est-elle vu confier un rôle spécifique⁽⁴⁾ dans la supervision des dispositifs de maîtrise des risques d'atteintes à la probité établis au sein des personnes morales qui participent à la préparation, à l'organisation, au déroulement et à la gestion des Jeux Olympiques et paralympiques de 2024 – les effectifs de l'AFA vont-ils être renforcés pour mener à bien cette mission complémentaire ?

Le découpage institutionnel réduit les ressources des agences et, dans ce contexte, il n'est pas prévu que l'AFA ait plus de moyens pour renforcer ses missions.

Pour autant, l'AFA a initié des contrôles *in itinere* auprès des organismes en charge de l'organisation des jeux olympiques et de la préparation des infrastructures (telle la Solideo⁽⁵⁾) afin de faire une photographie de la situation, émettre des recommandations et a demandé un plan d'action. Il s'agit d'un « contrôle/conseil », un contrôle collaboratif, et d'un suivi de ces organismes, au même titre de ce qui est fait avec les acteurs publics.

Les éventuelles évolutions de la procédure

Estimeriez-vous utile d'avoir le droit d'exercer un recours contre les décisions de la Commission des sanctions de l'AFA, comme le peut le Président de l'AMF ?

J'estime avoir d'ores et déjà ce droit ; les recours contre les décisions de la Commission des sanctions

(4) Loi n° 2018-202 du 26 mars 2018 relative à l'organisation des Jeux Olympiques et Paralympiques de 2024.

(5) Société de Livraison des Ouvrages Olympiques

s'exercent devant le tribunal administratif, je ne vois pas au nom de quel principe le directeur de l'AFA, seul compétent pour saisir cette commission, pourrait être privé de la capacité d'exercer un recours contre ses décisions. Je n'ai pas eu jusqu'alors de motif impérieux pour le faire, je l'aurais fait par exemple si la commission avait contesté la possibilité de ma présence à l'audience comme certains le soutenaient.

Avez-vous des critères qui vous permettent de répartir les affaires entre celles que vous réglez directement et celles que vous renvoyez à la Commission des sanctions ?

En cas de manquement constaté, je considère devoir saisir la Commission des sanctions dans deux cas : quand la société a commis parallèlement des faits de corruption relevant de la compétence de l'autorité judiciaire et, deuxième cas, quand elle s'obstine de façon manifeste à refuser de se mettre en conformité.

Généralement, à l'occasion des **contrôles de suite**, nous constatons avec satisfaction, que l'ensemble de nos recommandations antérieures formulées lors du contrôle initial, ont été mises en œuvre. Nous sommes à la fois dans un rôle de prévention, de conseil et d'incitation. Si la personne incitée ne veut pas faire, à ce moment-là, nous passons à la poursuite, ce qui est l'esprit de la loi. Je rappelle qu'à ce jour, sur 91 acteurs économiques contrôlés, seuls deux ont été poursuivis devant la Commission des sanctions.

A moyen constant, l'AFA envisage-t-elle de continuer à développer son département de conseil et ainsi de permettre aux entreprises de soumettre leurs questions voire l'intégralité de leur programme de conformité à l'évaluation en chambre de l'AFA ?

Nous en avons la volonté, mais pour cela, nous devrions pouvoir compter sur des effectifs suffisants, ce qui n'est pas le cas. Et aussi être contacté spontanément par les entreprises, ce qu'elles font peu, par crainte d'un contrôle. Mais le temps passant, les demandes de conseil des grandes entreprises devraient diminuer, celles-ci étant de plus en plus familiarisées avec la législation, nos exigences et nos recommandations. Elles feront appel à nous seulement pour des questions précises. En revanche nous devons concentrer nos efforts sur toutes celles qui, n'atteignant pas les seuils, n'ont pas vocation à être contrôlées.

J'observe qu'après des contrôles de grandes collectivités publiques, certains témoignages, sinon de satisfaction, du moins de considération, nous ont été adressés par des exécutifs qui ont, à l'issue des opérations, parfaitement compris, d'abord que la mise en œuvre de ces procédures n'étaient pas un objectif inatteignable, enfin tout l'intérêt qu'ils pouvaient en tirer.

Quelle est votre plus grande fierté au terme de votre premier mandat à la tête de l'AFA ?

D'avantage un constat qu'une fierté, c'est d'avoir imposé aux uns et aux autres l'idée que tous sont potentiellement exposés, d'avoir fait évoluer les mentalités et contribué à faire que le mot « corruption » ne soit plus tabou. Ma vraie fierté, ce serait qu'un jour, le politique explique plus systématiquement combien la lutte contre la corruption est importante pour la République et la survie de l'état de droit.

Mon mandat est de 6 ans non renouvelable et beaucoup de choses ont été mises en place, notamment l'implantation rapide de cette agence, qui constitue désormais une réalité concrète qui engendre d'ailleurs bien des convoitises.

La prévention ne marche qu'avec les volontaires. Moi qui suis magistrat et pénaliste, après 25 ans d'exercice judiciaire, je n'étais pas vraiment convaincu par les vertus de la prévention. Aujourd'hui, j'ai acquis la conviction que **la prévention a un intérêt majeur quand elle vise à éviter des faits par nature occultes que la seule répression ne saurait suffire à traiter, et quand elle présente un caractère collectif c'est-à-dire qu'elle s'adresse non pas à des individus mais à des organisations** ●

Conflits d'intérêts dans les organisations publiques comme privées : ce poison que l'on ne peut plus ignorer

Point de vue



Stella Vitchérian
Associée KPMG, Pôle Global Assurance -
Gestion des risques, Contrôle interne et
Conformité

Frédéric Cosme
Avocat Associé
KPMG Avocats

Tel un poison qui pervertit silencieusement les relations d'affaires et les missions du secteur privé comme du secteur public, les situations de conflit d'intérêts - latentes ou opportunistes -, même si elles ne constituent pas en tant que telle une infraction pénale dans le secteur privé, sont autant d'amorces à la commission de multiples autres formes d'infractions : corruption passive ou active, trafic d'influence, prise illégale d'intérêts, pantouflage, favoritisme, abus de biens sociaux, abus de confiance, manquement à la probité... A cette liste de délits, tous passibles de poursuites judiciaires et de sanctions pénales, s'ajoute celle des conséquences préjudiciables de la seule apparence du conflit entre intérêts public et privé, ou entre intérêts privés, impliquant des dirigeants, collaborateurs ou agents publics : discrédit, perte de confiance des partenaires, investisseurs et collaborateurs, atteinte à la réputation et à l'image de marque de l'organisation, perte d'attractivité, perte d'opportunité, etc.

Le guide sur « *la prévention des conflits d'intérêts dans l'entreprise* » vient d'être publié le 18 novembre 2021 sur le site de l'Agence Française Anticorruption (« AFA » ci-après) dans sa version définitive après une consultation publique intervenue du 1^{er} au 30 septembre 2021. Il complète utilement et précise les nombreux dispositifs législatifs et réglementaires déjà existants, notamment à l'attention du secteur public (ainsi que les recommandations d'autorités nationales ou internationales (HATVP, OCDE...), destinés à prémunir

notre économie contre ce biais inhérent aux organisations depuis des décennies.

Force est de constater que ce nouveau focus, à l'initiative de l'AFA, trouve toute sa place parmi les incitations aux bonnes pratiques de gouvernance générale des organisations et a le mérite d'insister – sous l'angle de l'anticorruption⁽¹⁾ - sur l'importance de la lutte contre les conflits d'intérêts, dans le secteur privé et y compris pour les acteurs économiques (PME et ETI notamment) qui n'entrent pas dans le champ du II de l'Article 17 de la loi Sapin II.

Un indispensable rappel à une mobilisation plus active ?

Bien que ne créant aucune obligation juridique et étant non contraignant, à l'instar des recommandations de l'AFA, le guide est résolument orienté vers l'incitation à produire l'effort qui convient et à redoubler de vigilance en ce domaine, avec pragmatisme et proportionnalité au risque, mais aussi avec détermination. L'AFA le rappelle, les liens d'intérêts ne sont pas anormaux et illégaux en soi. Un conflit d'intérêts sera cependant caractérisé dès lors que ces intérêts personnels interfèrent avec une fonction exercée au sein d'une organisation (publique ou privée), de sorte que cette interférence influence, ou paraît influencer, l'exercice indépendant, impartial et objectif de cette fonction⁽²⁾. En tout état de cause, qu'ils concernent les organisations publiques ou les

(1) Ne sont pas abordés dans ce guide les conflits d'intérêts relatifs à la protection de la clientèle et des investisseurs gérés par d'autres dispositions législatives et réglementaires (nationales et européennes).

(2) Loi n°2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique

Conflits d'intérêts dans les organisations publiques comme privées : ce poison que l'on ne peut plus ignorer

Point de vue

organisations privées, les conflits d'intérêts sont particulièrement complexes à appréhender dans leur temporalité, par leur caractère multiforme (directs ou indirects) et hétérogène (à la confluence des sphères professionnelles, personnelles, familiales, associatives, politiques, syndicales, amicales...). Si bien qu'en la matière, les collaborateurs, agents publics, voire dirigeants et les organisations elles-mêmes peuvent ne pas voir le mal dans ces situations au quotidien, voire plus ou moins choisir de les ignorer. Le guide de l'AFA en tant qu'outil de sensibilisation et de méthodologie constitue un rappel appuyé à la mobilisation beaucoup plus active des organisations dans la compréhension, l'identification, la prévention et la gestion des conflits d'intérêts.

N'avons-nous pas entendu bon nombre de sociétés qui se refusaient à mettre en place une procédure de conflits d'intérêts de peur de ce qu'elles allaient découvrir ? Ou par crainte de mettre en avant des situations déjà connues au sein de l'entreprise et concernant le plus haut niveau de la hiérarchie, dirigeants et administrateurs en première ligne ?

Par ce guide et cette pression constante qui est exercée aujourd'hui par la presse, la justice et les autorités administratives, il est démontré à toutes les parties prenantes que cette procédure de gestion de conflits d'intérêts n'est plus une option mais une obligation.

Un problème, une volonté, des solutions

Dans son guide, l'AFA revient aux fondamentaux et ce en lien direct avec la mise en œuvre des programmes de conformité anticorruption alors même que la gestion des conflits d'intérêts ne constitue pas l'un des piliers de ce dispositif. Elle reprend à ce titre la boîte à outils bien connue des mécanismes à même de permettre aux organisations d'éviter ou de gérer les situations de conflits d'intérêts et les illustre de pratiques et d'exemples réels : il ne tient plus qu'aux entités de les mettre en action !

- Par l'**exemplarité** : en rendant tangible l'engagement clair de l'instance dirigeante dans sa volonté de maîtriser les conflits d'intérêts, en instaurant un climat de confiance, en adoptant une attitude exemplaire et sans concession.
- Par la **détection** : lors des échanges engagés à l'occasion de la cartographie des risques de corruption, lors de campagnes annuelles de déclaration et/ou via le déploiement d'outil d'auto-détection.

- Par la **prévention**, la **pédagogie** et la **communication** : en formalisant une procédure détaillée, en désignant un référent, en renforçant les procédures de rotation et la séparation des responsabilités dans les prises de décision, en sensibilisant continuellement lors de formations, au sein des conseils d'administration et dans le code d'éthique.
- Par l'**intégration** aux autres outils du contrôle interne et de la conformité : tels le dispositif d'alerte professionnelle ou l'outil d'évaluation de l'intégrité des tiers (« *background check* » d'un futur directeur ou partenaire), mais aussi en intégrant des mesures idoines au niveau des processus sensibles et les plus exposés de l'organisation (achats, ventes, croissance externe, finances, affaires publiques, RH).
- Par la **sanction** disciplinaire in fine : en cas de manquement avéré notamment au devoir de loyauté dans l'exécution du contrat de travail, étant rappelé qu'un conflit d'intérêts n'étant pas une infraction dans le secteur privé, il ne peut faire l'objet d'une sanction pénale.

L'AFA le souligne, certains secteurs, tels que le secteur pharmaceutique ou encore le secteur public, ont déjà des réflexes bien établis. L'attente est forte pour homogénéiser et relever la maturité moyenne de l'ensemble des organisations face à un problème qui reste récurrent en France. Il n'en reste pas moins que ce challenge est une vraie question de gouvernance, de stratégie et de gestion des risques. Le changement prendra du temps mais les bases et la doctrine sont là, il ne tient qu'aux dirigeants, élus, administrateurs, gérants et autres présidents d'insuffler un nouveau rythme à leurs organisations dans leur marche vers cette culture de l'intégrité et de la transparence ●

Retrouvez **Stella Vitchérian** sur les ondes de Radio KPMG dans le dossier de décembre 2021 des Matinales : **Dans un contexte de crise, les entreprises sont plus exposées au risque de fraude**

<https://home.kpmg/fr/fr/home/campaigns/2019/11/radio-kpmg/les-matinales.html>



RSE : missions et responsabilités des administrateurs

Point de vue



Jean-Jacques Daigre

**Professeur émérite de l'École de droit de la Sorbonne,
Avocat associé et membre du Comité Scientifique de
KPMG Avocats**

Une pluie de textes

Les obligations liées à la RSE n'ont cessé de se multiplier, spécialement pour les sociétés cotées mais également pour toutes les sociétés d'une certaine taille.

Ce sont les textes européens qui ont lancé et amplifié le processus, dont le premier, qui reste encore aujourd'hui l'un des plus centraux, est la directive de 2014 sur le reporting extra-financier, dite « NFRD⁽¹⁾ », introduite par une ordonnance française de 2017 qui a imposé une « déclaration de performance extra-financière », la « DPEF ». Ensuite, la Commission Européenne s'est engagée dans un plan d'action en 2018 pour « Financer la croissance durable », qui a donné lieu en particulier au Règlement Taxonomie, entré en vigueur le 12 juillet 2020 et qui tente d'imposer un langage commun pour identifier les activités économiques durables en vue des investissements financiers. Puis l'Europe a promulgué un Règlement « SFDR⁽²⁾ » fin 2019 en faveur de l'établissement d'un marché financier vert, entré en vigueur le 10 mars 2021 et suivi par la loi française « Energie et Climat » du 8 novembre 2019. Elle prépare également une révision de la directive NFRD par une Directive « CSRD⁽³⁾ » destinée à imposer un concept global, celui de « durabilité », qui devrait être introduit dans les législations nationales avant la fin de 2022. Elle a encore prévu une proposition de

Règlement relatif aux obligations vertes européennes pour éviter l'écoblanchiment (*greenwashing*).

En France, outre l'introduction des textes européens, il faut signaler une loi de 2017 sur le devoir de vigilance imposé aux grands groupes français internationaux, et surtout la loi Pacte de 2019, qui a imposé à toutes les sociétés d'être gérées dans leur intérêt social en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux.

Un catalogue d'obligations

Ce qui est d'abord frappant, c'est le côté catalogue des obligations particulières mises en place par ces divers textes. Citons simplement les têtes de chapitre imposées par la loi dans la déclaration de performance extra-financière : « *informations relatives aux conséquences sur le changement climatique de l'activité de la société et de l'usage des biens et services qu'elle produit, à ses engagements sociétaux en faveur du développement durable, de l'économie circulaire, de la lutte contre le gaspillage alimentaire, de la lutte contre la précarité alimentaire, du respect du bien-être animal et d'une alimentation responsable, équitable et durable, aux accords collectifs conclus dans l'entreprise et à leurs impacts sur la performance économique de l'entreprise*

(1) Non Financial Reporting Directive

(2) Sustainable Finance Disclosure Regulation

(3) Corporate Sustainability Reporting Directive

ainsi que sur les conditions de travail des salariés, aux actions visant à lutter contre les discriminations et promouvoir les diversités et aux mesures prises en faveur des personnes handicapées » (article L.225-102-1, III, C.com.). Mais le décret d'application vient décliner ces objectifs en de nombreuses rubriques, sous-rubriques et sous-sous-rubriques, d'une manière extrêmement détaillée et concrète (article L.225-105 C.com.), à quoi s'ajoute, pour les sociétés cotées dépassant certains seuils, l'exigence d'informations relatives à la lutte contre la corruption et aux actions en faveur des droits de l'homme (article L. 22-10-36 C. com.).

Des obligations de transparence

L'autre aspect marquant de ces obligations est qu'il s'agit de simples mécanismes déclaratifs qui obligent les entreprises qui y sont soumises à dire ce qu'elles font ou ne font pas et pourquoi, dans l'esprit du « *comply or explain* ». Il s'agit d'obligations de transparence, donc d'obligations de moyen et non de résultat. La logique qui les sous-tend repose sur le pari d'une évolution progressive des esprits, les sociétés étant incitées à faire mieux sauf à risquer d'être montrées du doigt selon l'esprit du « *name and shame* », et sur le risque de voir les investisseurs devenir réservés.

Une obligation substantielle générale imposée aux sociétés françaises

Cependant, en France, la loi Pacte impose l'obligation générale de prendre en considération les enjeux sociaux et environnementaux dans la gestion de la société. Cette obligation est non pas formelle mais substantielle. Les conseils et leurs administrateurs ne peuvent pas l'abandonner à la seule direction générale et doivent veiller à la bonne mise en œuvre de ces obligations. Telle est d'ailleurs la pratique que l'on peut constater dans nombre de sociétés où non seulement les conseils délibèrent tous les ans sur cette question, mais beaucoup ont créé un comité RSE pour les assister, les éclairer et les alerter, ont même parfois nommé en leur sein un administrateur référent compétent dans le domaine, et mis en place des formations.

Des responsabilités potentielles pour les conseils et les administrateurs ?

S'agissant de la responsabilité éventuelle des administrateurs, la plupart des textes RSE ne sont pas

assortis de sanctions individuelles ou collectives et se limitent à permettre à tout intéressé de demander à un juge en référé d'imposer le respect des obligations de publication. Cependant, dans la plupart des cas, les textes précisent que l'astreinte et les frais de procédure sont à la charge exclusive, non de la société, mais des administrateurs pris collectivement ou individuellement. Il y a fort à parier que les conseils et les administrateurs vont rapidement demander un niveau d'assurance identique à celui des états financiers sur l'intégralité des indicateurs extra-financiers.

Mais il faut avoir égard à l'article 1833 du Code civil qui, depuis la loi Pacte, impose de gérer la société en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux. Si d'éventuelles décisions devaient un jour être jugées contraires à ces exigences, elles ne seraient certes pas susceptibles de nullité car la loi écarte expressément cette sanction, mais elles pourraient permettre d'engager la responsabilité de leurs auteurs. S'y ajoute un éventuel risque pénal créé par la loi Energie et climat du 22 août 2021, qui a ajouté un alinéa à l'infraction très large de « *pratiques commerciales trompeuses* », définie et punie par le Code de la consommation, en étendant celles-ci à la portée des engagements « *notamment en matière environnementale* » (article L. 121-2 du Code de la consommation).

Si les actions judiciaires sur ces fondements sont encore virtuelles en France, elles pourraient néanmoins se développer à l'image de ce qui se passe dans certains pays étrangers. Signalons qu'aux USA, Bayer fait l'objet de 125.000 plaintes à la suite du rachat de Monsanto, qu'en Europe, Royal Dutch Shell a été lourdement condamné aux Pays-Bas pour violation d'un principe non-écrit de prudence, qui impose, selon cette juridiction, une conduite sociale correcte, principe dont pourraient être tentées de s'emparer d'autres juridictions européennes, enfin qu'à l'échelle mondiale l'ONU a recensé l'année dernière 1.550 actions ●

Le rapport Rocher

« Repenser la place des entreprises dans la société : bilan et perspectives deux ans après la loi Pacte »

Synthèse de lecture n°1

Le rapport Rocher a pour objet d'évaluer l'impact des outils créés par la loi Pacte dans son chapitre III (« Des entreprises plus justes ») en faveur d'un capitalisme plus responsable, d'identifier les voies d'approfondissement possibles, dans la continuité des avancées de cette loi, et de faciliter l'essaimage des pratiques issues de la loi⁽¹⁾. Car, si les ambitions du législateur étaient très grandes (« Repenser la place des entreprises... »), les réalisations demeurent deux ans plus tard encore très modestes. Comme le relèvent les auteurs du rapport, « *Si l'engouement pour ces nouveaux modèles de gouvernance a été fort, un franc et massif basculement vers eux n'a pas eu lieu* ».

Nouveaux modèles de gouvernance ? Il ne s'agit nullement de « renverser la table ». « *Les actionnaires doivent être remis au centre du jeu* » observent encore les auteurs. Mais ces actionnaires se doivent d'être des investisseurs responsables. L'affirmation d'une **raison d'être** dans les statuts permet de revendiquer cette responsabilité et d'attirer des investisseurs prêts à la partager. Pour l'instant, le recours à une raison d'être demeure limité. Une dizaine de sociétés du SBF 120 ont inscrit en 2020 une raison d'être dans leurs statuts, ce qui est peu. Une cinquantaine d'autres ont adopté une raison d'être qui ne fait pas l'objet d'une formalisation statutaire. Au CAC 40, 82,5 % des sociétés ont une raison d'être mais elle est extra-statutaire dans 67,5 % des cas. La préférence va donc à une raison d'être « déclarative », c'est-à-dire, en fait, à une déclinaison de la raison d'être qui n'est pas celle institutionnalisée par la loi. La tentation est vive, en effet, de procéder ainsi, ce qui permet de contourner les obligations légales qui s'attachent à une raison d'être statutaire : pas de nécessité d'obtenir un vote favorable des actionnaires ou

encore de consulter le comité économique et social. Marginal au moins dans sa lecture statutaire, le recours à la raison d'être est caractérisé également par une certaine ambiguïté : d'après une enquête BVA faite en 2021, près de 46 % des dirigeants estiment que cette adoption correspond avant tout à une opération d'affichage.

La qualité de **société à mission** constitue un label qui correspond davantage à une modélisation de la gouvernance. Elle reste pour sa part l'apanage de sociétés de taille restreinte. On en comptait un peu plus de 400 lors de la remise du rapport en octobre, dont une seule cotée (Danone). Les déboires de l'ancien dirigeant de cette dernière ont quelque peu cassé la dynamique de création des sociétés de ce type, au moins dans la sphère des entreprises cotées. De l'avis de certains, plusieurs sociétés cotées réfléchiront toutefois à l'adoption de cette qualité. L'absence d'incitations financières explique également un démarrage plutôt lent pour les non-cotées. Le rapport constate toutefois que la progression s'accélère sur les douze derniers mois, les statistiques les plus récentes confirmant ce mouvement.

Une des raisons de la prudence des sociétés quant à des choix impliquant des modifications statutaires tient à la préoccupation de trouver des traductions concrètes à des formules souvent très accueillantes. Paraphrasant le poète Pierre Reverdy⁽²⁾, le rapport observe justement que « *Au-delà de la raison d'être, il faut surtout des preuves de cette raison d'être* ». Afin de crédibiliser la notion de raison d'être ou celle de société à mission, le rapport invite les sociétés pourvues d'une raison d'être à la décliner dans leur stratégie ainsi que dans la conduite opérationnelle de leurs activités. Il recommande

(1) Il convient de ne pas confondre ce rapport avec le deuxième rapport du Comité de suivi et d'évaluation de la loi PACTE, également publié en 2021, mais sous l'égide de France Stratégie. La loi PACTE a prévu en effet l'établissement annuel d'un rapport d'évaluation dont un des volets doit être l'examen du déploiement des sociétés à mission.

(2) « *Il n'y a pas d'amour, il n'y a que des preuves d'amour* » Nord-Sud (1918)

également que ces sociétés rendent compte une fois par an à leurs actionnaires de l'apport de la stratégie mise en œuvre et des résultats correspondants à la raison d'être. Un aiguillon efficace pour la réalisation de la raison d'être pourrait résider dans le fait de conditionner une fraction de la rémunération variable des salariés et dirigeants d'entreprises à des critères extra-financiers objectifs en ligne avec ladite raison d'être.

Le rapport se donne pour objectif d'encourager l'appropriation la plus large possible des nouveaux dispositifs issus de la loi PACTE en proposant plusieurs voies de progression. Parmi celles-ci, et dans le respect d'une tradition bien française, un certain dirigisme étatique : l'Etat actionnaire est invité à donner l'exemple, à faire introduire des raisons d'être dans toutes les entreprises éligibles. Il est invité également à encourager ses participations dotées de missions de service public à s'interroger sur la pertinence de la qualité de société à mission.

Riche de 14 propositions, le rapport pourrait éventuellement servir de support pour une loi PACTE II ●

Retrouvez sur les ondes de Radio KPMG le dossier de novembre 2021 des Matinales :
Rapport Rocher : repenser la place des entreprises dans la société avec **Alain Couret**, membre du Conseil scientifique de KPMG Avocats et **Florence Olivier**, associée de KPMG Avocats

<https://home.kpmg/fr/fr/home/campaigns/2019/11/radio-kpmg/les-matinales.html>



Rapport 2021 de l'AMF sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des sociétés cotées

Synthèse de lecture n°2

Comme chaque année, l'AMF a publié en fin d'année dernière son rapport pour 2021 sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des sociétés cotées. Ce volumineux document comporte trois parties : un état des lieux des évolutions récentes en matière de gouvernance, une étude approfondie de l'information donnée par les sociétés dans le rapport sur le gouvernement d'entreprise et, complémentaiement, une analyse de l'information fournie par les conseillers en vote.

L'AMF constate par ailleurs que les facilités exceptionnelles accordées par les textes pour la composition du bureau de l'assemblée ont été largement utilisées, parfois peut-être au-delà de celles-ci (comme pour la pratique discutable juridiquement des scrutateurs à distance). Elle réitère son souhait de voir permis par un texte, de manière générale, la tenue d'assemblées hybrides à l'avenir, chaque actionnaire pouvant ainsi choisir de participer et de voter en étant présent ou à distance mais en temps réel.

Le rapport constate enfin que le dialogue actionnarial n'est souvent pas très animé mais que cela résulte essentiellement du comportement de l'actionnariat présent ou connecté.

La première partie se concentre sur deux thèmes : d'une part, sur le fonctionnement des assemblées générales en 2021 et, d'autre part, sur quelques actualités en matière de gouvernance d'entreprise.

S'agissant du fonctionnement des AG en période de Covid, l'AMF constate que, dans leur très grande majorité, les sociétés du SBF 120 ont eu recours aux assemblées à huis-clos permises par les textes édictés dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

A cette occasion, l'autorité financière évoque la question de la possibilité d'imposer ou non la vérification du passe sanitaire à l'entrée dans les assemblées. Elle demande à l'autorité politique de clarifier ce point car, en l'absence d'indication expresse, il est peu probable que cela soit permis, d'une part, parce que cette hypothèse n'entre pas dans l'un des cas prévus par les textes alors qu'il s'agit d'une restriction aux libertés individuelles, d'autre part, parce que tout associé doit en principe pouvoir exercer son droit de vote en participant aux décisions collectives dans une société.

S'agissant des actualités en matière de gouvernance d'entreprise, le rapport formule de nombreux constats de plus ou moindre grande ampleur. Sans pouvoir être exhaustif, on recensera la montée de la prise en compte des enjeux ESG et l'évolution encore relative de la mixité dans les équipes dirigeantes (avec une remarque de l'AMF sur le fait qu'en France la diversité dite « ethnique » ne peut être ni recensée, ni incitée officiellement, à la différence des pays anglo-américains). Le rapport expose ensuite les principales évolutions réglementaires, qu'il s'agisse de la législation européenne relative à la gouvernance durable et au devoir de vigilance ou de la réglementation française (par exemple sur l'identification des actionnaires). Par ailleurs, sont mis en avant le Rapport Rocher et les nouveautés du Code MiddleNext.

La deuxième partie du rapport est la plus riche et la plus ample : « Etude sur l'information fournie par les sociétés dans le rapport sur le gouvernement d'entreprise ».

L'échantillon des sociétés scrutées est constitué par les cinquante premières sociétés du SBF 120 dont les actions sont admises sur Euronext Paris et dont l'assemblée s'est tenue au premier semestre 2021.

Une première analyse porte sur les interactions du conseil d'administration avec la direction générale.

Le rapport confirme la très forte proportion de sociétés à conseil d'administration par rapport à celles dotées d'un directoire et d'un conseil de surveillance ; il constate également qu'une petite majorité de son échantillon a choisi de dissocier les fonctions de président et de DG, qui plus est de manière temporaire parfois. Sans pencher en faveur d'une formule ou d'une autre, l'AMF, fidèle à sa pratique incitative en ce domaine, invite les sociétés à délibérer régulièrement en conseil sur le choix du mode de gouvernance et ses raisons. Elle s'interroge enfin sur les risques pouvant naître de la qualité d'administrateur du directeur général, comme cela se rencontre parfois, ou du choix d'un président non indépendant, ainsi que sur l'intérêt d'un administrateur référent pour la gestion des conflits d'intérêts.

Une autre analyse du rapport porte sur les interactions du conseil avec les actionnaires. Elle évoque en particulier la question des « résolutions climatiques ». Compte tenu du débat juridique que celles-ci ont fait naître, le rapport souhaite une intervention législative, sans doute, croit-on pouvoir deviner, dans un sens favorable à un débat annuel sur cette question. Sur un autre point, l'AMF s'inquiète de la tentative de certains actionnaires d'imposer aux administrateurs de présenter individuellement leur position personnelle sur la stratégie de la société, et la conteste au nom du caractère collégial du conseil.

Un autre point est abordé : les ajustements de rémunération en période de crise sanitaire. Le rapport constate que la plupart des sociétés qui y ont procédé n'ont pas sollicité l'assemblée générale, même si seulement la moitié d'entre elles avait adopté une clause d'ajustement. Un regret final est formulé sur la fréquente absence de justification des critères extra-financiers retenus pour la fixation de la rémunération.

Enfin, le rapport fait le point du respect de ses recommandations antérieures. Il constate que toutes les sociétés concernées s'y sont pliées, à l'exception d'une seule à l'égard de laquelle l'AMF réitère ses demandes.



La troisième et dernière partie du rapport est de moindre importance et porte sur l'information fournie par les conseillers en vote.

Le rapport recense l'information rendue publique par deux des grandes agences et insiste sur la gestion des conflits d'intérêts, en les invitant à se faire rémunérer le plus possible par les investisseurs. Enfin, il fait état avec satisfaction d'une amélioration du dialogue entre les conseillers et les sociétés selon ce que ces dernières indiquent ●

Rapport du Haut Comité de Gouvernement d'Entreprise 2021

Synthèse de lecture n°3

En novembre 2021, le Haut Comité de Gouvernement d'Entreprise (« HCGE ») a rendu public son 8^e rapport annuel. Ce rapport revient sur les effets de la crise sanitaire et ses conséquences lors de la tenue des assemblées générales. Il s'attache également à contribuer à l'amélioration des bonnes pratiques et au contrôle de la conformité des entreprises aux recommandations du code Afep-Medef, et, en particulier cette année, à l'application des dispositions du code relatives à la politique de mixité femmes/hommes des instances dirigeantes, à la proportion des membres indépendants au sein des conseils et des comités ou encore à la rémunération des dirigeants.

Effets de la crise sanitaire

- Dans un contexte de crise sanitaire prolongé, les entreprises ont été contraintes, pour la plupart, de tenir une nouvelle fois leur **assemblée générale à distance**. Face à cette situation, le HCGE souligne les efforts consentis pour améliorer les modalités pratiques de tenue de ces assemblées et favoriser le dialogue actionnarial (vote à distance, retransmission en direct, faculté de poser des questions...). Il note également une participation accrue des actionnaires et la progression sensible de la moyenne des quorums.
- Un autre fait saillant est l'émergence de **nouvelles pratiques** telles que la présentation de résolutions sur la stratégie climat (3 sociétés) ou encore l'inscription de points à l'ordre du jour (2 sociétés). Quant à la rémunération des directeurs généraux du CAC 40, le HCGE relève que plus de la moitié d'entre eux a renoncé à une partie de leur rémunération variable au titre de l'exercice 2020. Et, seule une minorité (10 sociétés) a soumis au vote des actionnaires la révision de leur rémunération. D'autres se sont appuyés sur le droit discrétionnaire accordé au conseil ou encore les circonstances exceptionnelles liées à la crise sanitaire pour ne pas repasser devant l'assemblée.
- Le HCGE constate aussi qu'environ 20 % des sociétés du CAC 40 ont vu l'arrivée d'un nouveau dirigeant dans un contexte favorable à la dissociation des fonctions de PDG et DG.

Bonnes pratiques et conformité aux recommandations du code Afep-Medef

- Le HCGE encourage les sociétés à adopter un plan d'actions de **féménisation des instances dirigeantes** chiffré et ambitieux. Il s'attend à ce que celui-ci soit suivi dans le temps et que les résultats soient publiés. En cas d'échec, les raisons pour lesquelles les objectifs n'auraient pas été atteints devront être précisées ainsi que les mesures prises pour y remédier. Le HCGE s'assurera de la mise en œuvre par les entreprises de leurs objectifs. Il les invite également à présenter ces objectifs dans leur document d'enregistrement universel.
- Le HCGE constate que la prise en compte d'un **critère environnemental** parmi les critères extra-financiers **dans la rémunération variable des dirigeants** progresse même si les politiques de rémunération ne détaillent pas toujours précisément les critères RSE retenus. A cet égard, il souligne que le simple renvoi à la mise en œuvre de la politique RSE du groupe demeure insuffisant. Ainsi, le HCGE rappelle l'importance qu'il accorde à ce que les critères RSE soient clairement définis, lisibles et pertinents. Il s'attend également à ce qu'ils intègrent les enjeux spécifiques à l'entreprise. Une bonne pratique consiste à fournir des critères quantifiables.
- La **modification des politiques de rémunération** en 2021 votées lors des assemblées 2020 a suscité de nombreux débats quant à l'interprétation des textes de loi et des recommandations du code Afep-Medef. Dans le contexte de crise sanitaire, le HCGE considère que la modification des politiques de rémunération, au-delà du respect des textes légaux, doit se conformer aux dispositions des articles 25.3.2 et 25.3.3 du code Afep-Medef⁽¹⁾. En cas de divergence par rapport aux dispositions du code, les entreprises se doivent d'expliquer de manière « compréhensible, pertinente et circonstanciée » les raisons qui conduisent à s'en écarter.
- En ce qui concerne le **ratio sur les écarts de rémunérations**, le HCGE insiste sur la nécessité

(1) Selon l'article 25.3.3 du code Afep-Medef, le HCGE rappelle que « le conseil ne peut modifier les conditions de performance des rémunérations de long terme des dirigeants au cours de la période considérée qu'en cas de circonstances exceptionnelles et à la condition que la modification des conditions de performance maintienne l'alignement des intérêts des actionnaires et des bénéficiaires ». Par ailleurs, en application de l'article 25.3.2, « les critères définis par le conseil pour la détermination de la rémunération variable annuelle ainsi que les objectifs à atteindre doivent être précis et préétablis ».

d'indiquer clairement le périmètre de la ou des entités prises en compte⁽²⁾, ce qui implique de « préciser le pourcentage de l'effectif du groupe en France qu'il représente, d'expliquer les raisons du choix opéré, et de s'assurer de la cohérence dans le temps du périmètre adopté. » Il invite aussi à fournir ces informations dans le rapport sur le gouvernement d'entreprise.

- S'agissant de la composition des **comités des rémunérations et des nominations**, le HCGE précise qu'ils doivent être composés majoritairement d'**administrateurs indépendants**. Il a admis toutefois que la présence de 50 % d'administrateurs indépendants lorsque le Président du comité est indépendant était acceptable.

Le HCGE note aussi que le mode de nomination de l'**administrateur représentant les actionnaires salariés**, et souvent son profil, fait que sa présence au sein du comité des rémunérations ne satisfait pas toujours aux dispositions du code Afep-Medef.

- En cas de **conflits d'intérêts**, l'administrateur concerné a l'obligation d'en faire part au conseil. Il s'abstient d'assister aux débats et de participer au vote des délibérations⁽³⁾. Lorsque cette situation devient durable, le HCGE rappelle que celui-ci doit renoncer à son mandat car il n'est plus en mesure de remplir ses obligations d'assiduité et/ou d'abstention.

- A la question de savoir si un ancien PDG pouvait conserver uniquement son poste de Président non indépendant à l'occasion de la **dissociation des fonctions de président et directeur général**, le HCGE considère que les conseils sont les mieux placés pour apprécier, au cas par cas, la gouvernance la plus adaptée notamment dans un contexte de transition.

- Dans un contexte où les administrateurs peuvent être invités à s'exprimer publiquement sur la vision stratégique du groupe, le HCGE rappelle son attachement à la confidentialité des travaux du conseil et au principe de collégialité qui font obstacle à toute prise de position individuelle.

- Le HCGE recommande aussi aux sociétés de tenir certaines **réunions des membres du conseil hors la présence des dirigeants mandataires sociaux**⁽⁴⁾. Il considère que cette recommandation s'applique aux sociétés dont les dirigeants mandataires sociaux exécutifs sont membres ou, sans être membres, assistent aux conseils d'administration. Les thèmes abordés lors de ces réunions peuvent être librement choisis par le conseil ainsi que ses modalités d'organisation (participants, thèmes...).

Pour l'année à venir, le HCGE indique vouloir s'attacher à promouvoir la gouvernance durable des entreprises. Il sera ainsi attentif à la mise en œuvre et au suivi des recommandations du code liées à la responsabilité sociale et environnementale des sociétés. Il continuera aussi à suivre la bonne application des recommandations introduites par le code en janvier 2020 sur la mixité des instances dirigeantes ●

(2) La publication d'un ratio au niveau de la société peut s'avérer inutile lorsque que celle-ci n'a que peu d'effectif en France. Dans ce cas, Le code Afep-Medef (art. 26.2), recommande la publication d'un ratio « prenant en compte un périmètre plus représentatif par rapport à la masse salariale ou les effectifs en France des sociétés dont elles ont le contrôle exclusif au sens de l'article L233-16 II du Code de commerce ». Selon le code, « 80 % des effectifs en France peut être considéré comme un périmètre significatif ».

(3) Article 20, code Afep-Medef

(4) L'article 11.3 du code Afep-Medef recommande « d'organiser chaque année au moins une réunion hors la présence des dirigeants mandataires sociaux exécutifs ».

L'incidence de la loi Rixain⁽¹⁾ sur la gouvernance des sociétés

Synthèse de lecture n°4

La loi n° 2021-1774 du 24 décembre 2021 contient des dispositions intéressant directement la gouvernance des sociétés : dans son article 14, elle impose une obligation de mixité qui va au-delà de ce que requiert la loi Copé-Zimmermann de janvier 2011 pour les seuls organes d'administration et de surveillance et pèse sur la nomination des cadres dirigeants et la composition des instances dirigeantes. Née d'une simple proposition de loi, elle a été soutenue activement par le gouvernement. La commission mixte paritaire réunie après le vote en première lecture par le Sénat a vu députés et sénateurs faire preuve d'une véritable unanimité sur ce texte. Les dispositions adoptées témoignent d'une volonté de consensus pour partie due probablement au choix d'échéances lointaines.

S'agissant de mixité appliquée à des responsabilités managériales, la loi Pacte avait donné un premier signal, avec l'obligation pour la désignation d'un directeur général délégué dans une société anonyme, de mettre en place un processus de sélection garantissant jusqu'à son terme la présence d'au moins une personne de chaque sexe parmi les candidats (art L 225-53 du Code de commerce). Cette disposition était dépourvue de sanction expresse. Dans le même temps, aux termes de la même loi, et sans davantage de sanction spécifique, une représentation équilibrée des hommes et des femmes doit être recherchée pour la composition du directoire (art L 225-58).

Le nouveau texte entend sortir de cette démarche trop ciblée en visant d'abord les **cadres dirigeants**. Notre droit du travail les identifie : salariés mais dépourvus de mandat social, bénéficiant pourtant de titres ou de prérogatives que l'on rattache à la fonction de direction, ces cadres dirigeants occupent une place variable dans les organigrammes sociaux⁽²⁾. Assez paradoxalement, les fonctions de dirigeants mandataires sociaux ne semblent pas concernées alors que ces fonctions ne sont pas exclusives de la pluralité : directeurs généraux

délégués, membres du directoire. Toutefois, elles le deviennent lorsque ces dirigeants mandataires sociaux sont membres d'une instance dirigeante.

Le texte vise ensuite les **instances dirigeantes** et cette référence est nouvelle dans notre droit : « *est considérée comme instance dirigeante toute instance mise en place au sein de la société, par tout acte ou toute pratique sociétaire, aux fins d'assister régulièrement les organes chargés de la direction générale dans l'exercice de leurs missions* » (L 23-12-1 du Code de commerce). Sont essentiellement visés les **Comex** et autres **Codirs** dans lesquels les femmes demeurent à ce jour peu présentes (21 %). On observera que les comités du conseil d'administration (comité d'audit, des rémunérations, des nominations...) ne rentrent pas dans la définition qui est donnée. On notera encore la référence faite à une « pratique sociétaire », également nouvelle dans notre droit.

La mixité a été appréhendée par le législateur en termes de gouvernance, et ce dans le prolongement de la loi Copé-Zimmermann précédemment évoquée. Mais pour imposer cette mixité, le législateur a dû définir les instances dirigeantes et par là-même leur accorder une certaine reconnaissance juridique. Or, cette reconnaissance est opérée dans le Code de commerce⁽³⁾ et non dans le Code du travail qui accueille le dispositif nouveau. Certes, il s'agit d'un statut dont la seule caractéristique établie est, pour l'instant, l'obligation de mixité. Cette reconnaissance toutefois pourrait avoir des conséquences sur une autre dimension de la gouvernance dès lors que ces instances dirigeantes pourraient désormais apparaître comme concurrentes du conseil d'administration. Nées de la pratique, elles ne disposent pas de pouvoirs véritables au regard de la loi. Pour autant, elles sont souvent des lieux de décision, et de décision stratégique.

Le législateur a souhaité agir sans brutalité en imposant un calendrier assez long. Dans un premier temps, sera

(1) Loi visant à accélérer l'égalité économique et professionnelle, appelée par simplification loi Rixain du nom de l'auteur de la proposition de loi à l'origine de la réforme.

(2) Art 3111-2 du Code du travail. Sont considérés comme ayant la qualité de cadre dirigeant les cadres auxquels sont confiées des responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps, qui sont habilités à prendre des décisions de façon largement autonome et qui perçoivent une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans leur entreprise ou établissement.

(3) Chapitre XII intitulé : « De la mixité dans les instances dirigeantes des sociétés commerciales »

requis la **publication des écarts de représentation**. Dans les entreprises qui pour le troisième exercice consécutif emploient au moins 1.000 salariés, l'employeur publiera chaque année les écarts éventuels de représentation entre les femmes et les hommes pour :

- les cadres dirigeants,
- les membres des instances dirigeantes.

L'obligation pèse sur l'entreprise et non sur le groupe. La mise en place d'une instance dirigeante au niveau du groupe consolidé avait été envisagée mais elle n'a finalement pas été retenue. Dès lors, si la société tête de groupe emploie moins de 1.000 personnes, elle ne sera pas soumise à l'obligation. Cette obligation n'a pas de portée extraterritoriale.

La règle entrera en vigueur le 1^{er} mars 2022. L'année suivante, ces écarts seront rendus publics sur le site internet du ministère chargé du travail et ce à partir du 1^{er} mars 2023.

De la publication des écarts de représentation, on passera ensuite à la correction des écarts de représentation. Les échéances sont toutefois beaucoup plus lointaines. Toujours dans les entreprises employant au moins 1.000 salariés (à titre de comparaison, rappelons que le chiffre de 500 est celui qui a été retenu pour la parité dans les conseils), la proportion des personnes de chaque sexe au sein de chacun des ensembles (cadres dirigeants, instances dirigeantes) ne pourra être inférieure à 30 % à partir du 1^{er} mars 2026 (*cinquième année suivant la publication de la présente loi*). A compter du 1^{er} mars 2029, le taux de 30 % sera remplacé par le taux de 40 % (*huitième année suivant publication de la loi*). La préoccupation du législateur a été de s'inscrire dans un « tempo réaliste ».

Ces règles ne relèvent pas de la *soft law*. Elles sont **sanctionnées** avec ici encore une volonté évidente de ne pas brutaliser la pratique. Dans les entreprises qui, pour le troisième exercice consécutif, emploient au moins 1.000 salariés, lorsque l'entreprise ne respecte

pas le pourcentage de 30 % (ou 40 %), elle dispose d'un délai de deux ans pour se mettre en conformité.

Au bout d'un an, elle doit publier des objectifs de progression et les mesures de correction retenues, selon des modalités définies par décret. A l'expiration de ce délai, si les résultats obtenus sont toujours en deçà du taux fixé, l'employeur peut se voir appliquer une pénalité financière.

Le montant de la pénalité est fixé au maximum à 1 % des rémunérations et gains versés aux travailleurs salariés ou assimilés au cours de l'année civile précédant l'expiration du délai de deux ans évoqué ci-dessus. Ce montant est fixé par l'autorité administrative, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, en fonction : de la situation initiale de l'entreprise, des efforts constatés dans l'entreprise en matière de représentation des femmes et des hommes, ainsi que des motifs de sa défaillance. Le produit de cette pénalité est versé au budget général de l'Etat.

Cet article entre en vigueur le 1^{er} mars de la huitième année suivant la publication de la présente loi.

Le non-respect des règles aura également des conséquences concernant la négociation sur l'égalité professionnelle. Dans les entreprises qui, pour le troisième exercice consécutif, emploient au moins 1.000 salariés, lorsque le taux de 30 % n'est pas respecté, la négociation sur l'égalité professionnelle prévue au 2^o de l'article L2242-1⁽⁴⁾ porte également sur les mesures adéquates et pertinentes de correction.

En l'absence d'accord prévoyant de telles mesures, celles-ci sont déterminées par décision de l'employeur, après consultation du CSE. La décision est déposée auprès de l'autorité administrative qui peut présenter des observations sur les mesures prévues par l'accord ou la décision de l'employeur, qui sont présentées à l'organe chargé de l'administration ou de la surveillance de l'entreprise, ainsi qu'au comité économique et social de l'entreprise ●

(4) Dans les entreprises où sont constituées une ou plusieurs sections syndicales d'organisations représentatives, l'employeur engage au moins une fois tous les quatre ans : [...] 2° Une négociation sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, portant notamment sur les mesures visant à supprimer les écarts de rémunération, et la qualité de vie au travail.

Contacts :

Franck Bernauer

Avocat Associé, Head of Legal

KPMG Avocats

Tél : +33 1 55 68 48 13

E-mail : fbernauer@kpmgavocats.fr

Bertrand Pruvost

Head of Department of Professional Practice

KPMG

Tél : +33 1 55 68 75 60

E-mail : bpruvost@kpmg.fr

Jean-Sébastien Puthod

Directeur de missions, Capital Markets

KPMG

Tél : +33 1 55 68 75 30

E-mail : jputhod@kpmg.fr

Contact publication :

Pour abonner une de vos relations professionnelles ou changer vos coordonnées, adressez-nous un e-mail à : lettrekpmgdegouvernance@kpmg.fr

Pour retrouver les numéros précédents :

<https://home.kpmg/fr/fr/home/insights/2016/07/la-lettre-de-la-gouvernance0.html>

Vos données personnelles sont traitées par KPMG S.A., agissant en qualité de responsable de traitement, à des fins d'information, d'organisation d'événements ou de prospection commerciale. Elles sont exclusivement destinées à KPMG*, et dans certains cas à ses partenaires et à ses sous-traitants. Vos données sont susceptibles d'être transférées vers un pays tiers. Ce transfert est effectué conformément à des garanties appropriées. Vos données personnelles sont conservées durant au moins trois ans.

Vous disposez d'un droit d'accès et de rectification aux données vous concernant, d'un droit de suppression, d'un droit à la portabilité, d'un droit de donner des directives sur le sort de vos données en cas de décès, d'un droit à la limitation du traitement de vos données, du droit de vous opposer à leur traitement, ainsi que d'un droit d'introduire une réclamation auprès de la CNIL. Vous pouvez exercer vos droits et demander une copie des garanties appropriées en allant sur notre site internet [KPMG.fr](https://home.kpmg.fr) puis en bas de page sur [Gérer vos données](#).

Vous avez la possibilité de vous désabonner de nos communications en envoyant un email à fr-privacy@kpmg.fr.

* « KPMG » désigne KPMG S.A., une société anonyme de droit français, dont le siège social se situe à Tour Egho, 2 avenue Gambetta CS 60055 – 92066 Paris La Défense Cedex, les entités qu'elle détient et contrôle en France, ainsi que KPMG Associés, KPMG Academy, KPMG Avocats, et la Fondation d'entreprise KPMG France.

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 de l'organisation mondiale KPMG constituée de cabinets indépendants affiliés à KPMG International Limited, une société de droit anglais (« private company limited by guarantee »). KPMG International et ses entités liées ne proposent 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.

© 2022 KPMG S.A., société anonyme d'expertise comptable et de commissariat aux comptes, membre français de l'organisation mondiale KPMG constituée de cabinets indépendants affiliés à KPMG International Limited, une société de droit anglais (« private company limited by guarantee »). Tous droits réservés. Le nom et le logo KPMG sont des marques utilisées sous licence par les cabinets indépendants membres de l'organisation mondiale KPMG. Conception - Réalisation : KPMG - Studio OLIVER – Janvier 2022.