

Mise en œuvre du code MiddleNext :

Comment rédiger le rapport
sur le gouvernement d'entreprise ?

Analyse des rapports 2011
portant sur l'exercice 2010

MiddleNext

MARS 2012

CONTEXTE

- Remise en cause du principe « comply or explain » :
 - en France, l'AMF vise à maximiser le « comply »
 - au niveau européen, 2 visions conflictuelles :
 - un corpus européen unique de règles/sanctions appliqué sous le contrôle des régulateurs (SOX ou COSO)
 - l'approche « comply or explain » en référence à des codes nationaux de gouvernance et des principes communs européens (soft law)
- On observe un écart croissant entre la réalité de la gouvernance et le reporting qui en est fait
- Certaines « explications » sont politiquement correctes, d'autres pas
- C'est toute l'approche « comply or explain » qui est en jeu : s'il est jugé qu'elle ne « fonctionne » pas, on risque d'aboutir à des règles paralysantes

OBJECTIF

La gouvernance de chaque entreprise lui appartient, MiddleNext ne se positionne pas pour en juger la qualité.

L'objectif est pédagogique : aider les sociétés à rédiger leur rapport de gouvernement d'entreprise : quel est son contenu ? comment le construire ? quelles sont les explications « acceptables » pour chacune des recommandations ?

SOMMAIRE

A partir de l'analyse des rapports 2011 (portant sur l'exercice 2010) qui se réfèrent au code MiddleNext, nous vous proposons :

- I. Des observations d'ordre général « Pour vous aider ... » page 3
- II. Pour chacune des recommandations du code, d'éventuelles observations suivies d'exemples d'explications issus des rapports 2011 page 4
- III. Un récapitulatif des informations à faire figurer dans les rapports pour répondre aux obligations du code de commerce et aux recommandations du code MiddleNext (n'inclut pas les recommandations supplémentaires AMF) page 20
- IV. Un exemple de rapport de gouvernement d'entreprise pour une société qui appliquerait toutes les recommandations du code MiddleNext (n'inclut pas les recommandations supplémentaires AMF) page 23

I - POUR VOUS AIDER ...

1. Formuler clairement la référence au code de gouvernement d'entreprise

- Les deux parties du rapport du Président ont chacune leur propre référence :
 - le rapport sur le gouvernement d'entreprise se réfère à un code de gouvernance (MiddleNext ou AFEP/MEDF ou autres règles¹)
 - le rapport sur les procédures de contrôle interne et de gestion des risques se réfère à un référentiel de contrôle interne (AMF ou autre)
- Le code de commerce prévoit que soit indiqué dans le rapport le code de gouvernement d'entreprise auquel se réfère volontairement la société.
- Choisir entre le code MiddleNext et le code AFEP/MEDF : pas de mix

2. Mentionner la prise de connaissance des points de vigilance

- Les points de vigilance rappellent les principales questions que l'on doit se poser pour assurer le bon fonctionnement de la gouvernance. L'objectif est d'inviter le conseil d'administration à s'interroger sur les enjeux, sans avoir à donner des réponses explicites et détaillées.

=> Le code MiddleNext précise qu'il doit être indiqué dans le rapport que le conseil d'administration a bien pris connaissance des points de vigilance.

3. Recommandation AMF : présenter au début du rapport une synthèse des recommandations écartées et les explications apportées. A suivre ?

4. Optimiser la communication : passer en revue chacune des quinze recommandations

- Pour simplifier, indiquer le numéro de la recommandation.
- S'il s'agit d'un point qui ne s'applique pas à ce jour à l'entreprise, mieux vaut le préciser que de le passer sous silence.
- Autant que possible, formuler une explication montrant que l'entreprise prend acte de l'existence de la recommandation et envisage de traiter ce point dans l'avenir.

5. Logique « *comply or explain* » : explications circonstanciées = choix politique

- Il n'est pas attendu des entreprises qu'elles appliquent à la lettre toutes les recommandations mais qu'elles **expliquent les raisons** pour lesquelles elles ont écarté ou n'ont pas appliqué une ou plusieurs dispositions.
- L'AMF attend des explications « **circonstanciées** » : précises, adaptées aux caractéristiques propres de la société et justifiant sa situation particulière. Il revient à chaque entreprise de déterminer la nature de ses explications et d'apprécier ce caractère circonstancié (choix politique). L'important est de **montrer une démarche de progrès**
- **Explications circonstanciées ⇔ respect du code**
- **L'absence d'explication « circonstanciée » est pénalisante** : elle conduit l'AMF à estimer que les sociétés ne respectent pas le code de gouvernement d'entreprise choisi.

¹ Article L.225-37 du code de commerce

II – EXEMPLES D'EXPLICATIONS

R 1 : Cumul contrat de travail et mandat social

Contexte : Compte tenu de la taille des entreprises visées par ce code et/ou de leur jeunesse, les rémunérations de leurs dirigeants restent relativement modestes eu égard aux risques réels encourus. En outre, il est souvent nécessaire, pour attirer ou retenir des talents, que les dirigeants restent couverts par les protections inhérentes au contrat de travail. Il est donc important que chaque entreprise ait la latitude de se déterminer selon sa situation concrète.

Recommandation

Il est recommandé que le conseil d'administration, dans le respect de la réglementation, apprécie l'opportunité d'autoriser ou non le cumul du contrat de travail avec un mandat social de président, président directeur général, directeur général, président du directoire ou gérant. Le rapport à l'assemblée en expose les raisons de façon circonstanciée.



Confusion observée :

- Cumul des fonctions de président et de directeur général : ce point est à traiter dans le cadre de la présentation du mode de gouvernance de la société mais ne fait pas l'objet d'une recommandation spécifique du code MiddleNext.
- Cumul d'un contrat de travail avec un mandat social : R1 du code MiddleNext.

Par ailleurs, l'AMF considère qu'un émetteur respecte le code lorsqu'il justifie le maintien du contrat de travail d'un dirigeant au regard de son ancienneté en tant que salarié au sein de la société et de sa situation personnelle. En conséquence, seront considérées comme circonstanciées des explications visant l'ancienneté PLUS des éléments de contexte spécifiques au dirigeant ou à l'entreprise.

=> Exemples d'explications circonstanciées :

« Pour chaque dirigeant, il est maintenu la coexistence d'un contrat de travail et d'un contrat de mandat. Cela se justifie par l'existence de fonctions techniques séparées, toutes très antérieures à la prise de mandat et par la cohérence d'ensemble recherchée par l'alignement des statuts des collaborateurs et des dirigeants. »

« Lors du renouvellement du mandat du président du Directoire de la Société, le conseil a opté pour le maintien du contrat de travail dont il bénéficiait au sein de la Société mère, depuis sa prise de fonction. Ce choix a été motivé par la stratégie du Groupe qui est avant tout et depuis son origine, un Groupe familial où la volonté de pérenniser l'encadrement dirigeant est un principe directeur. »

« Lors de sa nomination en tant que directeur général, le conseil d'administration a maintenu le contrat de travail de Monsieur X ...antérieur à sa fonction de mandataire social et correspondant à un emploi effectif. Compte tenu de l'actionnariat de la Société, de sa politique de rémunération des dirigeants et des conditions légales strictes de ce cumul, le conseil d'administration ... a souhaité maintenir le contrat de travail préexistant d'un salarié amené à exercer par la suite des fonctions de mandataire social, parallèlement à ses fonctions initiales. »

« Le maintien du contrat de travail des dirigeants mandataires sociaux est justifié au regard de leur ancienneté au sein de la société, de leur protection sociale destinée à les maintenir en fonction au sein de la société, et de la faible rémunération de leur mandat social eu égard aux risques réels encourus. »

« Le conseil ...a constaté que le Président en exercice, Monsieur X, a, d'une part fait un parcours réussi de près de vingt ans au sein du Groupe, et, d'autre part, qu'il a débuté sa carrière au sein de la Société et a conclu avec elle un contrat de travail, antérieur de plus de quinze ans à sa nomination en tant que Président du Directoire de la Société.

Les avantages pour l'intéressé du maintien du contrat de travail ne sont pas apparus exorbitants au conseil, compte tenu en particulier de l'absence d'indemnité conventionnelle au titre du contrat de travail qui viendrait s'ajouter à la convention d'indemnisation en vigueur au titre du mandat social, et par rapport aux autres éléments de rémunération.

Il n'avait également pas été jugé souhaitable de créer entre le Président du Directoire et les autres membres du Directoire, également directeurs généraux mais non visés par la recommandation, une inégalité de traitement alors que ceux-ci disposent des mêmes pouvoirs au sein d'un organe de direction auquel la loi a conféré un caractère collégial. »

R 2 : Définition et transparence de la rémunération des dirigeants mandataires sociaux

Contexte : Pour les mêmes raisons que celles exprimées précédemment, la rémunération des dirigeants mandataires sociaux, qui sont dans la majorité des cas, soit des actionnaires importants, soit des fondateurs, est rarement excessive, ne serait-ce qu'en raison de son impact relatif dans le compte de résultat des entreprises. Plutôt donc que de se focaliser sur le niveau des rémunérations, il est important d'avoir le souci de la clarté des règles qui les définissent.

Recommandation

Il est recommandé que le conseil d'administration de chaque entreprise détermine le niveau de rémunération de ses dirigeants ainsi que l'information communiquée à ce propos, conformément aux exigences légales et réglementaires et en se fondant sur les sept principes suivants : Exhaustivité, Équilibre entre les éléments de la rémunération, Benchmark, Cohérence, Lisibilité des règles, Mesure, Transparence.



Comme la recommandation revoie aux exigences légales et réglementaires, le caractère « circonstancié » des explications s'applique aussi aux informations prévues à l'article L. 225-102-1 du code de commerce :

« la rémunération totale et les avantages de toute nature versés durant l'exercice, y compris sous forme d'attribution de titres de capital ... ; les éléments fixes, variables et exceptionnels de la rémunération ainsi que leurs critères de calcul ou circonstances d'établissement ».

=> Exemples faisant référence aux principes de rémunération :

« En ce qui concerne les rémunérations des mandataires sociaux, la Société se conforme aux recommandations du Code de gouvernement d'entreprise MiddleNext. Ainsi les principes de détermination de ces rémunérations répondent aux critères d'exhaustivité, d'équilibre, de benchmark, de cohérence, de lisibilité, de mesure et de transparence. »

« Les montants des rémunérations fixes et variables ainsi que le nombre d'actions attribuées gratuitement ont été déterminés par le conseil d'administration en fonction des profils des dirigeants et sont détaillés dans le paragraphe X du Rapport de gestion 2010, de manière exhaustive, motivée, cohérente, lisible et transparente, en adéquation avec les recommandations R2 et R3 du Code MiddleNext. »

=> Exemple faisant état de la rémunération totale et des avantages de toute nature :

« Les rémunérations et avantages de toute nature accordés aux mandataires sociaux sont fixés en vertu des principes et des règles suivantes (article L.225 – 37 alinéa 9 du Code de Commerce) :

La rémunération des mandataires sociaux se compose en général d'une rémunération fixe comprenant un avantage en nature correspondant le cas échéant à une voiture de fonction et d'une rémunération variable. Une rémunération variable est accordée à certains mandataires sociaux en fonction d'indicateurs de performance, lesquels sont liés aux résultats de l'entreprise et au budget.

A ces rémunérations peut s'ajouter l'attribution de stock-options et d'actions gratuites, en vertu de la politique de rémunération et de motivation tendant à la fidélisation des dirigeants et cadres dirigeants de la société.

Les mandataires sociaux ne perçoivent de jetons de présence ni au titre de leur mandat social au sein de la société X, ni au titre de mandats sociaux détenus dans les sociétés du Groupe. Les mandataires sociaux ne bénéficient pas de régime de retraite supplémentaire financé par l'entreprise. »

=> Exemples faisant état des éléments fixes, variables et exceptionnels de la rémunération ainsi que de leurs critères de calcul ou circonstances d'établissement

« Le CA a analysé les différents éléments constitutifs de la rémunération et des avantages octroyés aux mandataires sociaux à la lumière des différents principes énoncés dans le code MiddleNext.

La rémunération versée aux mandataires sociaux comporte une partie fixe et une partie variable. La partie fixe de la rémunération tient compte du niveau de responsabilité et de l'expérience. A la rémunération fixe s'ajoute une part variable, selon les performances réalisées, elles-mêmes appréciées en fonction du secteur d'activité, de la réalisation des objectifs de performance globale de la société et des événements liés à chaque exercice. »

« La part variable est déterminée à 50% en fonction des résultats économiques et financiers, appréciés au regard du chiffre d'affaires, du résultat opérationnel et du résultat net, et pour 50% en considération de la performance qualitative. Ce dernier critère est évalué au regard de la contribution des dirigeants sociaux dans la réalisation des objectifs de la société et des résultats effectivement obtenus. »

« Le comité des rémunérations ...propose ainsi au conseil d'administration une rémunération du PDG ...composée d'une partie fixe ... et d'une partie variable assise sur des objectifs quantitatifs précis pour le Groupe, également fixés par le conseil d'administration (ces objectifs sont décrits dans le rapport de gestion à la section X), ... ils sont déterminés par rapport à des objectifs de résultat net, chiffre d'affaires et résultat opérationnel. »

« La rémunération des mandataires opérationnels s'inscrit dans le cadre d'une politique de rémunération établie pour toutes les sociétés et pour tous les collaborateurs du groupe. Elle est basée sur la notion de prime variable récompensant la performance. En ce qui concerne les mandats, cette rémunération est composée uniquement d'une partie variable décidée par le conseil d'administration et plafonnée ...

La détermination de la prime, qui a vocation à être égale au plafond ci-dessus, est basée sur des critères multiples tant objectifs (quantitatifs) que subjectifs (qualitatifs) notamment, la performance économique du groupe, le profil de risque lié à la performance, la qualité du management (turn-over, etc.) et plus généralement toute action visant à la construction pérenne du groupe. Ainsi, la variation de la prime pourra notamment être fonction de l'évaluation de la qualité du travail et du comportement du mandataire au sein du groupe. »

« Le conseil d'administration, lors de sa réunion du ..., a décidé d'allouer à X, au titre de l'exercice 2010 et en sus de la rémunération fixe annuelle brute ..., une rémunération variable dont le montant maximum a été fixé à X euros et dont le calcul a été subordonné à la réalisation de critères de performance.

Afin que les critères de performance s'inscrivent dans une logique prenant en compte les enjeux et la pérennité du groupe, le conseil d'administration a décidé que la rémunération de X soit subordonnée non seulement à la réalisation d'objectifs à court terme (réalisables au 31 décembre 2010) mais également à la réalisation de projets à moyen-long terme (réalisables à horizon 2015), les objectifs court terme ainsi que les objectifs moyen-long terme entrant chacun à hauteur de 50 % dans l'appréciation globale de la réalisation de ses objectifs par Monsieur X. »

R 3 : Indemnités de départ

Contexte : Dans les valeurs moyennes et petites, en raison de la structure de leur actionnariat, les indemnités de départ, hors celles prévues le cas échéant par un contrat de travail, sont peu fréquentes et, quoi qu'il en soit, limitées dans leur montant. Ces indemnités doivent être cohérentes avec la politique de rémunération de l'entreprise.

Recommandation

Il est recommandé, dans le cas où une indemnité de départ a été prévue dans des conditions conformes à la loi, que son plafond, après prise en compte de l'indemnité éventuellement versée au titre du contrat de travail, n'excède pas deux ans de rémunération (fixe et variable), sauf dans le cas où la rémunération du dirigeant est notoirement déconnectée du marché (cas, en particulier, des jeunes entreprises).

Il est également recommandé d'exclure tout versement d'indemnités de départ à un dirigeant mandataire social s'il quitte à son initiative la société pour exercer de nouvelles fonctions ou change de fonctions à l'intérieur d'un groupe. Il convient par ailleurs d'éviter tout gonflement artificiel de sa rémunération dans la période préalable au départ.



L'article L. 225-102-1 du code de commerce prévoit que l'information sur les indemnités de départ doit préciser « les modalités de détermination de ces engagements ». Le caractère « circonstancié » des explications s'applique donc aussi à ces modalités.

=> Exemple d'application + explications circonstanciées :

« La société s'est, par ailleurs, engagée à verser à Monsieur X, en cas de cessation de ses fonctions de directeur général, sauf en cas d'échec ou de départ volontaire, une indemnité en fonction de sa rémunération fixe et proportionnelle calculée sur la base de la dernière période annuelle précédant la rupture de son mandat, sous condition de performance du résultat opérationnel de la société. »

« Messieurs X et Y bénéficient d'un contrat leur assurant une indemnité de rupture dans l'hypothèse où le conseil d'administration déciderait de les révoquer ou de ne pas renouveler leurs mandats respectifs de président directeur général et directeur général délégué à la suite de la survenance de certains évènements comme la prise de participation par un tiers de plus de 20% du capital social de la société ou la réalisation d'une OPA ou d'une OPE. L'indemnité de rupture prévue au contrat varie suivant la date de la survenance de l'évènement déclencheur et la date de la cessation du mandat de la personne concernée. Elle peut atteindre au maximum un montant équivalent à une année de rémunération »

=> Exemple de rédaction pour une société ne versant pas d'indemnité :

« Les mandataires sociaux ne bénéficient pas d'indemnités ou avantages susceptibles d'être dus à raison de la cessation ou du changement de leurs fonctions ou au titre d'une clause de non concurrence. »

« Les mandataires sociaux ne bénéficient d'aucune rémunération différée, indemnité de départ ou engagement de retraite, visés aux recommandations 3 et 4 de MiddleNext. »

R 4 : Régimes de retraite supplémentaires

Contexte : Très peu de valeurs moyennes et petites ont mis en place un système de retraite supplémentaire pour leurs dirigeants. De ce fait, il n'a pas été jugé nécessaire de les limiter. Il est possible de recourir à un régime de retraite supplémentaire pour les dirigeants, pourvu qu'il soit transparent et raisonnable.

Recommandation

Outre l'application des procédures d'autorisations prévues par la loi, il est recommandé que la société rende compte dans son rapport aux actionnaires, des éventuels régimes de retraite supplémentaires à prestations définies qu'elle a pu mettre en place au bénéfice des mandataires dirigeants et les justifie dans une optique de transparence.

=> Exemples d'application de la recommandation :

« Le président et le directeur général bénéficient d'un complément retraite lié à leur mandat social. Cet avantage retraite est soumis à l'atteinte de différents indices de performance. »

« Certains des membres de la Direction Générale ont bénéficié ou bénéficient d'un régime de retraite supplémentaire. Le détail des prestations est présenté au paragraphe 5.5.6 du Rapport de gestion 2010. Cette pratique est en conformité avec la recommandation R4 du Code MiddleNext. »

R 5 : Stock options et attribution gratuite d'actions

Contexte : Dans des entreprises de taille moyenne ou petite, l'attribution de stock options et/ou d'actions gratuites est souvent nécessaire pour attirer des compétences fortes et des dirigeants de qualité. Ceci correspond d'ailleurs à l'esprit initial qui a présidé à l'invention de ces outils (attirer un talent qu'on ne peut encore rémunérer). La politique de la société en ce domaine doit être adaptée à sa situation et intégrée dans une approche globale raisonnable, qui tienne compte à la fois de l'intérêt général de l'entreprise, des pratiques du marché et des performances des dirigeants. Il est important de fixer des règles claires de performance et, par ailleurs, de ne pas trop concentrer l'attribution de stock options et/ou d'actions gratuites car la performance est toujours le fait d'un effort collectif.

Recommandation

Conditions d'attribution :

Il est recommandé de ne pas concentrer à l'excès sur les dirigeants l'attribution de stock options ou d'actions gratuites. Il est également recommandé de ne pas attribuer de stock options ou d'actions gratuites à des dirigeants mandataires sociaux à l'occasion de leur départ.

Conditions d'exercice et d'attribution définitive :

Il est recommandé que l'exercice de tout ou partie des stock options ou l'attribution définitive de tout ou partie des actions gratuites au bénéfice des dirigeants soient soumis à des conditions de performance pertinentes traduisant l'intérêt à moyen/long terme de l'entreprise.

=> Exemples d'application de la recommandation :

« Dans le cadre de sa politique de rémunération et de motivation de ses dirigeants et salariés, la Société a mis en place ... en 2006 l'attribution d'options de souscription d'actions, en 2008 l'octroi d'actions gratuites et en 2010 deux nouveaux plans d'options de souscription d'actions, un plan « dirigeants » et un plan « salariés ». Dans chacun des cas, les plans ont bénéficié aux dirigeants et à l'ensemble des salariés du Groupe.

L'acquisition définitive des actions gratuites attribuées en 2008 comme l'exercice des options attribuées aux dirigeants en 2010 ont été soumis à la réalisation de conditions de performance validées par le conseil.

Par ailleurs, le conseil de surveillance, dans sa décision du ..., a fixé à 50% le pourcentage de chaque attribution de titres donnant accès au capital que les dirigeants doivent conserver au nominatif jusqu'à la fin de leurs fonctions dans la Société, et ce avec un plafond équivalent à un an de rémunération brute globale. »

« Une attribution gratuite d'actions décidée en 2010 au profit des salariés et dirigeants a porté sur x % du capital de la Société. L'attribution définitive des actions a été soumise à des conditions de performance qui traduisent l'intérêt à moyen/long terme de la Société. »

« Le directoire bénéficie de 2 sortes d'actions gratuites :

- les actions gratuites conditionnées uniquement à la présence
- les actions de performance soumises en outre à des conditions de performance. »

« Les conditions d'attribution d'options de souscription d'actions ou d'actions gratuites des plans mis en place par le conseil d'administration de la Société sont conformes à la recommandation N°5 qui prévoit de ne pas concentrer à l'excès sur les dirigeants l'attribution de stock-options ou d'actions gratuites et de ne pas attribuer de stock-options et d'actions gratuites aux dirigeants mandataires sociaux à l'occasion de leur départ. »

=> Exemples d'explications circonstanciées :

« Les plans d'options de souscription d'actions ne sont pas liés à des critères de performance car ils ont vocation à rémunérer l'implication du management sur l'exercice écoulé. »

« Les conditions d'exercice et d'attribution définitive des stock-options au sein du Groupe n'intègrent pas de conditions de performance postérieures à la date d'attribution initiale et cela pour l'ensemble des bénéficiaires qu'ils soient dirigeants, mandataires sociaux ou autres salariés. Compte tenu du fait que l'exercice et l'attribution définitive des stock-options pour les dirigeants s'effectuent selon des conditions identiques à ceux des autres salariés, l'exercice et l'attribution définitive de ces stocks options ne sont pas soumis à des conditions de performance à venir. »

R 6 : Mise en place d'un règlement intérieur du conseil

Contexte : Dans la plupart des valeurs moyennes et petites, la confusion des trois pouvoirs « exécutif », « de surveillance » et « souverain » est fréquente du fait de la présence d'actionnaires de référence souvent majoritaires. Aussi, il est bon de préciser le plus clairement possible ce qui est attendu des administrateurs par un règlement intérieur du conseil, qui fixe les règles selon la situation de l'entreprise.

Recommandation

Il est recommandé de se doter d'un règlement intérieur du conseil comportant au moins les cinq rubriques suivantes :

- rôle du conseil et, le cas échéant, opérations soumises à autorisation préalable du conseil ;
- composition du conseil /critères d'indépendance des membres ;
- devoirs des membres (déontologie : loyauté, non concurrence, révélation des conflits d'intérêts et devoir d'abstention, confidentialité etc.) ;
- fonctionnement du conseil (fréquence, convocation, information des membres, utilisation des moyens de visioconférence et de télécommunication) et le cas échéant, des comités
- règles de détermination de la rémunération des membres.

Il est également recommandé que le règlement intérieur ou des extraits substantiels soit rendu public.

=> Exemples d'application de la recommandation :

« *Le conseil d'administration a décidé de fixer dans un règlement intérieur les principes directeurs de son fonctionnement.* »

« *En application du choix de se référer au Code de gouvernance MiddleNext, le conseil de surveillance réuni le ... a adapté le règlement intérieur du conseil de manière à être en conformité avec les recommandations posées. Il a été rendu public et mis en ligne sur le site internet de la société.* »

« *Compte tenu de l'adoption du nouveau code de référence MiddleNext par le conseil d'administration, le règlement intérieur du conseil d'administration a fait l'objet d'un certain nombre d'ajustements lors de la réunion du conseil d'administration du Le règlement est conforme à la sixième recommandation du code de référence, relative au contenu et à la publicité du règlement intérieur. Il est disponible sur le site internet de la Société.* »

=> Exemple d'explication (circonstanciée ?) en cas de non application :

« *Le conseil d'administration a jugé prématuré d'adopter une charte regroupant et précisant les règles de fonctionnement et l'organisation de ses travaux considérant que son mode actuel de fonctionnement ainsi que les informations permanentes qui lui sont transmises ou qui sont mises à sa disposition permettent à ses membres d'assurer avec souplesse et efficacité la plénitude de l'exercice de leurs fonctions.* »

R 7 : Déontologie des membres du conseil

Contexte : Les administrateurs ne sont pas toujours au fait des dispositifs de gouvernance et des responsabilités qui leur incombent. Cela est particulièrement vrai dans les entreprises à fort actionnariat familial où des administrateurs représentant la ou les familles ne sont pas toujours bien informés de leurs devoirs. Il s'agit d'encourager une « déontologie professionnelle » commune à tous les administrateurs.

Recommandation

Il est recommandé d'observer les règles de déontologie suivantes :

- au moment de la prise de mandat, chaque membre du conseil doit prendre connaissance des obligations résultant de son mandat et notamment celles relatives aux règles légales de cumul des mandats, avant de l'accepter ; il signe le règlement intérieur du conseil ;

- le nombre d'actions de la société que doit posséder chaque membre du conseil est à la discréction du conseil et indiqué dans le règlement intérieur, sous réserve des dispositions statutaires de la société ;
- en cas de conflit d'intérêts survenant après l'obtention de son mandat, un administrateur doit informer le conseil, s'abstenir de voter ou de participer aux délibérations, et, le cas échéant, démissionner. Une absence d'information équivaut à la reconnaissance qu'aucun conflit d'intérêts n'existe ;
- chaque membre du conseil doit être assidu et participer aux réunions du conseil et des comités dont il est membre ;
- chaque membre du conseil doit s'assurer qu'il a obtenu toutes les informations nécessaires sur les sujets qui seront évoqués lors des réunions ;
- chaque membre du conseil doit respecter un véritable secret professionnel ;
- chaque membre du conseil doit assister aux réunions de l'assemblée générale.

Il est recommandé que l'administrateur, lorsqu'il exerce un mandat de « dirigeant », n'accepte pas plus de trois autres mandats d'administrateur dans des sociétés cotées, y compris étrangères, extérieures à son groupe.



Au niveau français comme européen, on observe une attention particulière portée à la gestion des conflits d'intérêt au sein du conseil.

=> Exemples d'application de la recommandation :

« *La règlement interne du CS et de ses comités rappelle les règles de déontologie que doivent suivre les membres du conseil. Chaque membre doit signer ce règlement.* »

« *Le conseil de surveillance s'est doté d'une charte et d'un règlement intérieur, qui fixent les obligations déontologiques des membres et les modalités de fonctionnement du conseil et de ses comités.* »

« *Au moment de sa nomination, chaque administrateur est sensibilisé aux responsabilités qui lui incombent et est encouragé à observer les règles de déontologie relatives aux obligations résultant de son mandat et se conformer aux règles légales de cumul des mandats, informer le conseil en cas de conflit d'intérêt survenant après l'obtention de son mandat, faire preuve d'assiduité aux réunions du conseil et d'assemblée générale, s'assurer qu'il possède toutes les informations nécessaires sur l'ordre du jour des réunions du conseil avant de prendre toute décision et respecter le secret professionnel.* »

=> Exemple d'explication en cas de non application :

« *La société n'applique pas l'alinéa d'abstention de vote et de non-participation aux délibérations du conseil en cas de conflit d'intérêts, contenu dans la recommandation n°7, qu'il conviendra de nuancer.*

En effet, le conseil considère que :

- sa composition réduite à trois membres, dont le Fondateur et son épouse, implique de ne pas avoir une approche trop extensive de la notion de conflit d'intérêts, de façon à ne pas placer le troisième membre en position d'être le seul à pouvoir trancher au nom du conseil dans les nombreuses matières impliquant le Fondateur.

- Concernant en particulier les relations entre la société et sa holding animatrice, qui la détient à plus de 85%, le conseil d'administration ne serait pas en mesure d'approuver les conventions réglementées qui régissent les deux entreprises puisque tous les administrateurs ont également des intérêts dans la holding détentrice. »

R 8 : Composition du conseil - Présence de membres indépendants au sein du conseil

Contexte : L'existence d'un actionnariat de référence fort peut conduire le conseil à sur représenter les intérêts de cet actionnariat au détriment des minoritaires, mais aussi à conforter des visions stratégiques ou des représentations de l'environnement qui peuvent s'avérer erronées. C'est pourquoi il est bon que les conseils s'ouvrent à des personnalités externes chargées d'apporter un regard différent sur les décisions prises en conseil. Néanmoins, la taille des entreprises ne nécessitant pas toujours des conseils importants, les entreprises peuvent avoir des difficultés à les attirer. Il faut donc rester réaliste sur le nombre d'administrateurs indépendants.

Recommandation

Il est recommandé que le conseil accueille au moins 2 membres indépendants. Ce nombre pourra être ramené à 1 membre dans l'hypothèse où le conseil est composé de 5 membres ou moins. Il pourra être augmenté dans les conseils dont l'effectif est important.

Cinq critères permettent de justifier l'indépendance des membres du conseil, qui se caractérise par l'absence de relation financière, contractuelle ou familiale significative susceptible d'altérer l'indépendance du jugement :

- ne pas être salarié ni mandataire social dirigeant de la société ou d'une société de son groupe et ne pas l'avoir été au cours de trois dernières années ;
- ne pas être client, fournisseur ou banquier significatif de la société ou de son groupe ou pour lequel la société ou son groupe représente une part significative de l'activité ;
- ne pas être actionnaire de référence de la société ;
- ne pas avoir de lien familial proche avec un mandataire social ou un actionnaire de référence ;
- ne pas avoir été auditeur de l'entreprise au cours des trois dernières années.

Il appartient au conseil d'administration d'examiner au cas par cas la situation de chacun de ses membres au regard des critères énoncés ci-dessus. Sous réserve de justifier sa position, le conseil peut considérer qu'un de ses membres est indépendant alors qu'il ne remplit pas tous ces critères ; à l'inverse, il peut également considérer qu'un de ses membres remplissant tous ces critères n'est pas indépendant.



Le code MiddleNext est spécifiquement conçu pour les valeurs moyennes caractérisées par leur taille et la structure de leur actionnariat. De ce fait, ces mêmes arguments (taille de la société, du conseil ou structure de l'actionnariat) ne sont pas considérés comme suffisants pour justifier l'absence d'administrateurs indépendants : une explication « circonstanciée » doit reposer sur d'autres types de justifications.

Par ailleurs, il est recommandé d'identifier nominativement les administrateurs indépendants.

=> Exemples d'explications (circonstanciées ?) en cas de non application :

« *Afin de se conformer à la recommandation 8 du code MiddleNext, le conseil d'administration devrait comporter un administrateur supplémentaire indépendant depuis le non renouvellement du mandat de Monsieur X. La société est actuellement contrôlée par un groupe d'actionnaires majoritaires, lesquels ont entrepris une recherche de la personnalité la plus pertinente, compte tenu de la spécificité et de la stratégie du groupe, pour occuper ce poste.* » (conseil de 4 membres)

« *Le conseil considère qu'à ce jour, aucun de ses membres ne remplit les critères d'indépendance. Une recherche est en cours visant à identifier un ou plusieurs profils susceptibles de rejoindre le conseil d'administration en qualité d'administrateurs indépendants, à même de lui apporter une expertise complémentaire dans certains domaines.* » (conseil de 3 membres)

« Le conseil (composé de 9 membres) accueille en son sein et au 31/12/2010 un seul administrateur indépendant. La société n'est pas fermée à l'idée d'accueillir un second administrateur indépendant mais à ce jour, aucun candidat répondant aux exigences du conseil n'a pu être identifié. »

R 9 : Choix des administrateurs

Contexte : Même en prenant en compte la complexité et la difficulté de trouver des administrateurs indépendants pour des sociétés de taille moyenne et petite, il est essentiel que les actionnaires puissent véritablement se prononcer sur le choix de chaque administrateur.

Recommandation

Il est recommandé que des informations suffisantes sur l'expérience et la compétence de chaque administrateur soient communiquées à l'assemblée générale et que la nomination de chaque administrateur fasse l'objet d'une résolution distincte.



Au niveau européen, on observe une nette tendance à mettre l'accent sur les compétences et l'expérience des administrateurs.

=> Exemples d'application de la recommandation :

« Conformément à la recommandation R9 du code de gouvernement d'entreprise publié par MiddleNext, une information sur l'expérience et la compétence de chaque administrateur est communiquée dans le rapport annuel et à l'assemblée générale et lors de la nomination ou lors du renouvellement du mandat de chaque administrateur. La nomination de chaque administrateur fait l'objet d'une résolution distincte. »

« Chaque proposition de nomination ou de renouvellement de mandat a fait l'objet d'une résolution distincte permettant aux actionnaires de se prononcer librement sur la composition du conseil d'administration de la Société. »

« Les futurs membres du conseil de surveillance sont cooptés ou nommés par le conseil de surveillance, après avis du comité des nominations. Lors du vote soumis à l'assemblée générale, leurs curriculum vitae, parcours et compétences sont explicités ».

R 10 : Durée des mandats des membres du conseil

Contexte : Il est assez complexe et difficile de trouver des administrateurs indépendants pour des sociétés de taille moyenne et petite. Il faut donc conserver un souci de réalisme dans le renouvellement des mandats, en évitant des durées trop longues qui pourraient nuire, finalement, à l'indépendance de l'administrateur mais aussi des durées trop courtes, qui décourageraient leur investissement dans l'entreprise.

Recommandation

Il est recommandé que le conseil veille à ce que la durée statutaire des mandats soit adaptée aux spécificités de l'entreprise, dans les limites fixées par la loi.

=> Exemple d'application de la recommandation :

« La recommandation n°10 du code MiddleNext ne pose pas de durée. En revanche, il est recommandé que le conseil veille à ce que la durée des mandats soit adaptée aux spécificités de l'entreprise, dans les limites fixées par la loi. Le mandat de membre du conseil de surveillance est fixé à 6 ans et ce conformément à la loi. Au regard de l'activité de la société, cette durée permet une compréhension des différents métiers et un suivi de la stratégie qui se déploie souvent au-delà de 2 années. »

R 11 : Information des membres du conseil

Contexte : L'information des administrateurs est cruciale pour la bonne marche du conseil. Les membres du conseil doivent disposer de l'ensemble de l'information nécessaire à l'accomplissement de leur mission. Cette information doit être concise, pertinente et synthétique. Le délai de mise à disposition de ces informations doit être raisonnable. Néanmoins, dans la pratique se pose un problème complexe car il faut tenir compte de l'exhaustivité de l'information et du temps nécessaire pour l'analyser. Compte tenu de la diversité des situations concrètes, il semble raisonnable de responsabiliser les administrateurs eux-mêmes sur cette question.

Recommandation

Il est recommandé que les membres du conseil évaluent eux-mêmes si l'information qui leur a été communiquée est suffisante et demandent, le cas échéant, toutes informations complémentaires qu'ils jugeraient utiles.

Il est recommandé que le règlement intérieur prévoie les modalités pratiques de délivrance de cette information, tout en fixant des délais raisonnables.

Il est également recommandé que la société fournit aux administrateurs toute information nécessaire entre les réunions du conseil lorsque l'actualité de l'entreprise le justifie.

=> Exemples d'application de la recommandation :

« *L'ordre du jour est établi par le Président. Il est communiqué préalablement à chaque réunion et accompagné, dans la mesure du possible, des projets de documents aux membres du conseil ainsi qu'aux commissaires aux comptes lorsqu'ils sont convoqués. Par ailleurs, le Président demande régulièrement aux membres du CS s'ils souhaitent recevoir d'autres documents ou rapports pour compléter leur information.* »

« *Pour leur permettre de préparer utilement les réunions, le président s'est efforcé de communiquer aux membres les documents et informations nécessaires 3 jours au moins avant les séances. De plus, le président a fait suite à aux demandes des membres portant sur l'obtention d'éléments supplémentaires.* »

« *Conformément à la recommandation R11 du Code MiddleNext, les administrateurs reçoivent les informations et documents relatifs aux sujets à l'ordre du jour des réunions du conseil d'administration plusieurs jours avant la date de la séance. Ils ont ainsi l'opportunité de préparer les dossiers qui seront traités lors de la réunion. Les sujets particulièrement sensibles et urgents peuvent être débattus sans distribution préalable de documents ou avec communication préalable rapprochée de la date de la séance.* »

« *Le Président s'assure que les documents, dossiers techniques et informations relatifs à l'ordre du jour sont communiqués aux administrateurs par courrier électronique et/ou postal, dans un délai raisonnable, conformément à la recommandation n°11 du code MiddleNext.*

En outre, les administrateurs sont régulièrement informés entre les réunions de tout évènement et information susceptibles d'avoir un impact sur les engagements de la Société, sa situation financière et sa situation de trésorerie, lorsque l'actualité de la Société le justifie. »

R 12 : Mise en place de comités

Contexte : La diversité des situations d'entreprise et de la taille des conseils exige beaucoup de réalisme quant au nombre et à l'efficacité des comités. Le pragmatisme conduit à proposer la plus grande latitude aux entreprises en fonction de leur mode de fonctionnement.

Recommandation

Il est recommandé que chaque société décide, en fonction de sa situation, de créer ou non un ou plusieurs comités spécialisés ad hoc (audit, rémunérations, nominations, stratégique...). En ce qui concerne la mise en place d'un comité d'audit, la société décide, conformément à la réglementation applicable et en fonction de sa situation, de créer un comité d'audit ou de réunir son conseil pour en assurer lui-même la mission dans les conditions définies par les textes.



Nous savons que la dénomination « comité d'audit » recouvre des réalités très variées, mais au-delà de ces réalités, il est attendu ici :

- une réponse à la R12 expliquant l'éventuel choix de confier les missions du comité d'audit au conseil dans son ensemble (article L. 823-20 du code de commerce) ;
- les informations et justifications au titre de l'article L. 823-19 du code de commerce qui vise notamment la composition du comité :
 - « le comité ne peut comprendre que des membres de l'organe chargé de l'administration ou de la surveillance en fonctions dans la société, à l'exclusion de ceux exerçant des fonctions de direction » qui doivent donc être invités ;
 - « un membre au moins du comité doit présenter des compétences particulières en matière financière ou comptable et être indépendant au regard de critères précisés et rendus publics par l'organe chargé de l'administration ou de la surveillance ».
- l'identification du président du comité (y compris si conseil)

=> Exemples de justifications du choix de confier les missions du comité d'audit au conseil :

« Les fonctions du comité d'audit sont remplies par le conseil d'administration. En effet, compte tenu de la taille de l'entreprise et du nombre d'administrateurs il n'a pas été jugé utile de constituer un comité autonome. »

« Il a été décidé que le conseil d'administration assumerait les fonctions de comité d'audit afin de permettre à l'ensemble des administrateurs de contribuer au suivi de l'élaboration de l'information financière et de l'efficacité des systèmes de contrôle interne et ce, compte tenu de la responsabilité des membres du conseil. »

« L'ordonnance 2008-1278 du 8 décembre 2008 a rendu obligatoire pour les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, la mise en place d'un comité d'audit.

L'article L 823-20 nouveau issu de l'ordonnance susmentionnée exempte toutefois de cette obligation de constituer un comité d'audit, les sociétés disposant d'un organe remplissant les fonctions de ce comité, « qui peut être le conseil d'administration, sous réserve de l'identifier et de rendre publique sa composition ».

Le conseil d'administration de la Société, par une décision intervenue le ..., a donc décidé de se placer dans le régime d'exemption offert par l'article L.823-20 nouveau et de confier au conseil lui-même la mission d'assumer les tâches normalement dévolues au comité d'audit.

Le conseil, réuni en formation du comité d'audit, a défini par une décision intervenue le ..., les modalités de son fonctionnement et adopté un règlement intérieur qui est consultable in extenso sur le site internet de la société. »

=> Exemples relatifs à l'obligation qu'un membre au moins du comité d'audit possède des compétences en matière financière ou comptable :

« Spécialement, Mme X présente des compétences particulières en matière financière ou comptable »

« Le comité d'audit est composé de deux membres, tous deux membres indépendants du conseil d'administration. Les deux membres du comité d'audit ont été choisis pour leurs compétences en matière financière et comptable ainsi que pour leur indépendance au regard des critères de définition du code MiddleNext. »

« Monsieur X, membre du conseil d'administration et considéré comme administrateur indépendant au sens du Code de Référence, ..., dispose cependant d'une expérience professionnelle suffisamment pertinente pour remplir son rôle dans des conditions satisfaisantes. »

=> Exemples concernant la présidence du conseil lorsqu'il se réunit en formation de comité d'audit :

« Le président directeur général exerçant des fonctions exécutives, il s'abstient d'assister aux réunions du conseil sous forme de comité d'audit. La présidence de la réunion est alors confiée à M. X, considéré comme administrateur indépendant. Cependant, le président directeur général peut être invité à participer à une partie de la réunion en fonction de la nature des sujets et des précisions et informations qu'il peut utilement apporter afin d'enrichir les débats. »

=> Exemples d'explications de ne pas créer d'autres comités :

« Compte tenu de la taille de l'entreprise et de ce que les principaux responsables opérationnels siègent au conseil, il n'a pas été jugé utile de créer d'autre comité spécialisé (type comité des rémunérations, comité des nominations...), l'ensemble des administrateurs étant sollicité collégialement sur tous les points intéressants la gestion de l'entreprise. »

« La Société considère que sa structure et sa taille associées à la taille réduite de son conseil d'administration ne nécessitent pas la mise en place d'un comité des rémunérations ni d'un comité des nominations. »

R 13 : Réunions du conseil et des comités

Contexte : La taille des entreprises, celle des conseils, tout comme l'actualité et les événements majeurs qui affectent la vie de l'entreprise, sont déterminants pour trouver la bonne mesure.

Recommandation

Il est recommandé que la fréquence et la durée des réunions permettent un examen approfondi des thèmes abordés. La fréquence est à la discrétion de l'entreprise selon sa taille et ses caractéristiques propres, mais un minimum de 4 réunions annuelles est recommandé. Chaque réunion du conseil fait l'objet d'un procès-verbal résumant les débats. Le rapport du président doit indiquer le nombre de réunions annuelles du conseil et le taux de participation des administrateurs.

=> Exemples d'application :

Au cours de l'exercice écoulé, le conseil d'administration s'est réuni à six reprises, dont une par téléphone (en application des dispositions prévues pour ce cas par le règlement intérieur), se conformant ainsi à la recommandation N°13 de MiddleNext. Le président du conseil a présidé la totalité des réunions, le taux de participation de l'ensemble des membres étant de 81%.

Les sujets suivants ont été régulièrement débattus par le conseil au cours de l'exercice ... :

- *Marche des activités par pôle métier, et stratégie*
- *Mise à jour des prévisions annuelles du groupe et analyse*
- *Situation financière du groupe, niveau de la trésorerie, de la dette, etc.*
- *Politique de développement externe : cibles, stratégie, techniques d'acquisition*
- *Rémunération, motivation, association des salariés au capital*
- *Projets divers*

Les deux commissaires aux comptes ont participé aux deux réunions du conseil portant sur l'arrêté des comptes semestriels et annuels.

R 14 : Rémunération des administrateurs

Contexte : La rémunération moyenne des administrateurs des valeurs moyennes et petites reste significativement inférieure aux montants distribués par les autres sociétés cotées. Alors que les responsabilités des administrateurs s'accroissent, la détermination de la rémunération des administrateurs au sein des valeurs moyennes et petites doit prendre en compte l'implication et le professionnalisme croissants exigés de leur part.

Recommandation

Il est recommandé que la répartition des jetons de présence, dont le montant global est décidé par l'assemblée générale, soit arrêtée par le conseil en fonction de l'assiduité des administrateurs et du temps qu'ils consacrent à leur fonction. La société donne, dans son rapport annuel et dans le rapport du président, une information sur les jetons de présence versés.

=> Exemples d'application de la recommandation :

« Le conseil d'administration a décidé d'affecter un montant fixe à chaque type de réunion. Le paiement des jetons de présence est ainsi basé sur la présence effective du mandataire. »

« La politique de distribution des jetons de présence est fondée sur une partie fixe et une partie variable, tenant compte de l'assiduité de chaque administrateur au sein du conseil et des comités. »

=> Exemples d'explications circonstanciées en cas de non application :

« Pour 2010, les jetons de présence ont été répartis de manière égale entre les administrateurs. En conséquence, la société ne s'est pas conformée avec la recommandation aux termes de laquelle la répartition est fonction de l'assiduité et du temps consacré. Néanmoins, le conseil d'administration entend la respecter pour le prochain exercice. »

« Le montant global des jetons de présence est attribué aux administrateurs de façon égale. En effet, la société considère que, même si un administrateur ne peut participer à une séance du conseil, sa responsabilité reste engagée. Par ailleurs, les administrateurs consacrent du temps à leur fonction en dehors des conseils. »

R 15 : Mise en place d'une évaluation des travaux du conseil

Contexte : *Compte tenu des caractéristiques des valeurs moyennes et petites, une évaluation externe très formelle n'est pas indispensable même si elle peut s'avérer utile pour apporter un regard neuf sur les pratiques. On privilégiera l'auto-contrôle par les administrateurs et leur capacité à évaluer annuellement la pertinence de leur fonctionnement.*

Recommandation

Il est recommandé qu'une fois par an, le président du conseil invite les membres à s'exprimer sur le fonctionnement du conseil et sur la préparation de ses travaux. Cette discussion est inscrite au procès- verbal de la séance.

=> Exemples d'explications qui font état des orientations de la discussion d'évaluation :

« *Lors de sa séance du ..., le conseil d'administration a fait un point sur les améliorations apportées au cours de l'année 2009 et sur la poursuite de leurs applications en 2010, notamment sur la féminisation des conseils d'administration. »*

« *Le conseil a procédé cette année à l'autoévaluation de sa composition, de son organisation et de son mode de fonctionnement. Au cours du débat qui a suivi, il a été envisagé des mesures d'amélioration qu'il juge utiles. »*

« *Le conseil de surveillance du ... a procédé à une évaluation de son fonctionnement et de ses travaux. Cette évaluation avait pour objet de suivre la mise en œuvre des points d'amélioration identifiés lors de l'évaluation formalisée réalisée le ..., qui avait fait un examen approfondi des modalités de fonctionnement, de la composition du conseil et des apports de ses membres, et avait vérifié que les questions importantes sont convenablement préparées et débattues. »*

« *Le conseil d'administration procède à intervalles réguliers à une évaluation de son propre fonctionnement. Une fois par an, il effectue une revue annuelle de son fonctionnement et une évaluation formalisée est réalisée au moins tous les trois ans, conduite par un administrateur indépendant, avec l'aide d'un consultant extérieur. L'évaluation du fonctionnement du conseil s'effectue conformément à la recommandation R15 du Code MiddleNext »*

=> Exemples d'explications par les entreprises qui ne font pas (encore) d'évaluation formelle :

« *La relecture de ce rapport du président puis le débat instauré à l'occasion de son approbation permettent au conseil d'administration d'analyser le travail réalisé au cours de chaque exercice et sa manière de fonctionner. Le conseil d'administration considère que cela tient lieu de procédure d'évaluation des travaux du conseil d'administration et respecte sur ce point l'esprit des recommandations MiddleNext. »*

« *La Société a mené au cours du deuxième semestre 2009 une réflexion sur la mise en place d'une démarche d'évaluation du conseil d'administration. Cependant, il n'existe pas encore de procédure formelle d'évaluation du fonctionnement et des travaux du conseil mais une pratique informelle s'est instaurée par des discussions en interne portant sur la qualité de la composition du conseil d'administration, la périodicité des réunions, l'appréciation de la contribution de chaque membre aux travaux du conseil, la qualité des débats et l'information des membres du conseil. Ces échanges font ressortir une appréciation favorable des membres quant au mode de fonctionnement du conseil d'administration. »*

« *Le conseil d'administration n'a pas procédé de manière formalisée à l'auto-évaluation de son fonctionnement en 2010. A partir de 2011 les membres du conseil seront invités par le Président à s'exprimer sur le fonctionnement du conseil d'administration et la préparation de ses travaux, une fois par an.* »

« *La Société n'a pas à ce jour mis en place une procédure d'évaluation du fonctionnement des travaux du conseil eu égard à sa structure et à son mode de fonctionnement. En pratique, les administrateurs échangent les points de vue tout au long de l'exercice social, pendant les réunions du conseil ainsi que par échange de courrier électroniques. La société envisage de mettre en place une telle procédure lors de l'exercice 2011 afin d'appliquer les recommandations MiddleNext. Le Président invitera une fois par an les membres à s'exprimer sur le fonctionnement du conseil et sur la préparation des travaux. Cette discussion fera l'objet d'une retranscription au PV de la séance.* »

« *Compte tenu du nombre réduit de ses membres, le conseil considère que cette préconisation est remplie de façon informelle et qu'il n'est pas justifié de procéder à une évaluation formalisée.* »



Il est recommandé d'intégrer ici les réflexions conduites sur la diversification de la composition des conseils.

En particulier, l'article L.225-37 du code de commerce prévoit désormais que, dans les rapports de gouvernement d'entreprise, il est rendu compte « de la composition du conseil et de l'application du principe de représentation équilibrée des femmes et des hommes en son sein... ».

Concrètement, il s'agit d'évoquer la prise en compte de la représentation des deux sexes dans le conseil² (s'il n'y avait pas de femme au 28 janvier 2011, la prochaine AGO statuant sur un renouvellement ou une nomination devrait en nommer une au moins) et éventuellement la préparation de la mise en œuvre du calendrier prévu par la loi (1^{ère} échéance en 2014).

=> Exemple :

« *La société est sensibilisée à la question de la représentation équilibrée des hommes et des femmes au sein du conseil, l'attention du conseil a été tout particulièrement attirée sur le calendrier à respecter.* »

² Cf. loi du 27 janvier 2011 sur la représentation équilibrée des hommes et des femmes au sein des conseils

III – RECAPITULATIF DES INFORMATIONS A FAIRE FIGURER DANS LES RAPPORTS DE GOUVERNEMENT D'ENTREPRISE AFIN DE REPONDRE A L'OBLIGATION « APPLIQUER OU EXPLIQUER » DE L'ARTICLE L. 225-37 DU CODE DE COMMERCE

Cette trame a pour objectif de répondre aux obligations légales et aux recommandations du code MiddleNext (elle n'inclut pas les recommandations supplémentaires de l'AMF). Les points à aborder sont récapitulés en suivant l'ordre d'un rapport de gouvernement d'entreprise plutôt que celui du code.

REFERENCE A UN CODE DE GOUVERNEMENT D'ENTREPRISE

La règle « appliquer ou expliquer »

- Indiquer que la société se réfère au code MiddleNext (éventuellement présenter une synthèse des dispositions qui ont été écartées et des raisons pour lesquelles elles l'ont été)

Prise de connaissance des points de vigilance

- Indiquer que le conseil a pris connaissances des points de vigilance du code

STRUCTURE DE GOUVERNANCE

Mode d'exercice de la direction générale

- Société à conseil d'administration (dissociation ou non des fonctions de président et de directeur général) ou à directoire et conseil de surveillance. Justification du choix, en particulier en cas de changement récent de gouvernance.

CONSEIL D'ADMINISTRATION (OU CONSEIL DE SURVEILLANCE)

Composition du conseil

- Présentation des administrateurs : nom, date d'expiration du mandat, âge, fonction principale, liste des mandats et fonctions exercés dans d'autres sociétés, le cas échéant nombre d'actions de la société détenues
- Application du principe de représentation équilibrée des hommes et des femmes au sein du conseil (article L.225-37 du code de commerce)

Recommandation N°8 : Présence de membres indépendants au sein du conseil

- Nombre et nom des administrateurs indépendants
- Référence aux critères cités dans le code ou autres critères retenus

Recommandation N°10 : Durée du mandat des membres du conseil

- Conformité à la loi (le cas échéant spécificités de l'entreprise)

Recommandation N°7 : Déontologie des membres

- Référence aux règles citées dans le code
- Le cas échéant, donner des précisions sur les règles de gestion des conflits
- Information sur les cumuls des mandats de « dirigeant »

Recommandation N°9 : Choix des administrateurs

- Résolutions distinctes présentées à l'assemblée générale
- Le cas échéant, éléments sur la compétence et l'expérience des administrateurs

Recommandation N°6 : Mise en place d'un règlement intérieur du conseil

- Existence ou non d'un règlement intérieur
- Eléments de contenu par rapport aux rubriques décrites dans le code
- Eventuelles limitations que le conseil d'administration apporte aux pouvoirs du directeur général (article L.225-37 du code de commerce)

Recommandation N°11 : Information des membres du conseil

- Evaluation de l'information, modalités de communication, le cas échéant délais

Recommandation N°12 : Mise en place de comités

- Existence ou non de comités, appréciation de la pertinence par rapport à la situation de l'entreprise
- Composition nominative des comités et éventuelle qualité d'indépendant (obligatoire pour le comité d'audit)
- Indications éventuelles sur la compétence des membres (obligatoire pour le comité d'audit)
- Attributions et modalités de fonctionnement (en particulier lorsque le conseil se réunit en qualité de comité d'audit)

Recommandation N°13 : Réunions du conseil et des comités

- Nombre de séances du conseil et de réunions de comités
- Taux de participation des membres
- Compte rendu succinct de l'activité du conseil et des comités au cours de l'exercice écoulé
- Le cas échéant, autres éléments relatifs aux conditions de préparation et d'organisation des travaux du conseil (article L.225-37 du code de commerce) : convocation, tenue des séances, procès-verbaux,...

Recommandation N°15 : Mise en place d'une évaluation des travaux du conseil

- Existence de l'évaluation et, le cas échéant, suites données
- Point sur la diversification du conseil

CUMUL DU CONTRAT DE TRAVAIL AVEC UN MANDAT SOCIAL

Recommandation N°1 : Contrat de travail/ mandat social

- Explication circonstanciée de la décision du conseil d'autoriser ou non le cumul

REMUNERATIONS DES MANDATAIRES SOCIAUX³

Recommandation N°14 : Rémunération des administrateurs non dirigeants

- Règles de répartition des jetons de présence

Recommandation N°2 : Définition et transparence de la rémunération des dirigeants mandataires sociaux

- Principes et règles de détermination de la rémunération des dirigeants mandataires sociaux (article L.225-37 du code de commerce), référence aux sept principes cités dans la recommandation N°2
- Compte tenu du fait que la recommandation revoie aux exigences légales et réglementaires, brève description des informations prévues à l'article L. 225-102-1 du code de commerce :
 - composition de la rémunération totale et des avantages de toute nature versés durant l'exercice aux dirigeants mandataires sociaux, y compris sous forme d'attribution de titres de capital
 - les éléments fixes, variables et exceptionnels de la rémunération ainsi que leurs critères de calcul ou circonstances d'établissement

Recommandation N°3 : Indemnités de départ

- Le cas échéant, indication du plafond (rémunération fixe et variable) et des conditions ainsi que des modalités de détermination (article L. 225-102-1 du code de commerce)

Recommandation N°4 : Régimes de retraites supplémentaires

- Existence ou non de régimes spécifiques
- Principales caractéristiques du régime et justification dans une optique de transparence

Recommandation N°5 : Stock options et attribution gratuite d'actions

- Politique d'attribution (pas de concentration excessive sur les dirigeants)
- Existence de conditions de performance pour tout ou partie de l'exercice des options ou de l'acquisition définitive des actions attribuées gratuitement
- Pertinence des conditions de performance : intérêt moyen/long terme de l'entreprise

AUTRES ELEMENTS VISES A L'ARTICLE L.225-37 DU CODE DE COMMERCE

- Eléments susceptibles d'avoir une incidence en cas d'offre publique (article L.225-100-3) et modalités relatives à la participation des actionnaires à l'assemblée générale

³ Pour mémo, l'AMF recommande la publication de 10 tableaux récapitulatifs standardisés sur les rémunérations des mandataires sociaux dans le document de référence. Possibilité de les insérer ici ou d'y faire des renvois.

IV - EXEMPLE DE RAPPORT DE GOUVERNEMENT D'ENTREPRISE POUR UNE SOCIETE QUI APPLIQUERAIT TOUTES LES RECOMMANDATIONS DU CODE MIDDLENEXT

L'objectif de cet exemple est de répondre aux exigences légales et aux recommandations du code MiddleNext (il n'inclut pas les recommandations supplémentaires de l'AMF).

Conformément aux exigences de l'article L. 225-37 du code de commerce, le présent rapport du président du conseil d'administration est destiné à rendre compte :

- de la composition du conseil et de l'application du principe de représentation équilibrée des femmes et des hommes en son sein ;
- des conditions de préparation et d'organisation des travaux du conseil ;
- des éventuelles limitations apportées aux pouvoirs du directeur général ;
- ainsi que des procédures de contrôle interne et de gestion des risques mises en place par la Société.

Il a également pour objet de présenter :

- les principes et règles de détermination des rémunérations et avantages de toute nature accordés aux mandataires sociaux de la Société ;
- les éléments susceptibles d'avoir une incidence en cas d'offre publique (informations prévues par l'article L.225-100-3) ainsi que les modalités relatives à la participation des actionnaires à l'assemblée générale.

Etabli à la suite de discussions et d'entretiens avec les responsables des services financiers et juridiques de la Société, ce rapport a été approuvé par le conseil d'administration lors de sa réunion du ...

I GOUVERNEMENT D'ENTREPRISE

Dans sa séance du ..., le conseil d'administration de la société a décidé d'adopter le code MiddleNext de gouvernement d'entreprise de décembre 2009 (le "code MiddleNext") comme code de référence de la Société en matière de gouvernement d'entreprise, estimant qu'il est le plus adapté à sa taille et à la structure de son actionnariat. Ce code est disponible sur le site de MiddleNext (www.middlenext.com).

Le code MiddleNext contient des points de vigilance qui rappellent les questions que le conseil d'administration doit se poser pour favoriser le bon fonctionnement de la gouvernance. Le conseil d'administration de la Société a pris connaissance de ces points de vigilance lors de sa séance du ...

Au cours des années précédentes, le conseil d'administration a initié une démarche visant à se mettre progressivement en conformité avec les recommandations du code MiddleNext. La Société applique désormais toutes les recommandations du code.

Mode d'exercice de la direction générale

Depuis l'origine de la Société, le mode de direction adopté est celui d'une société à conseil d'administration. M.X exerce les fonctions de président et de directeur général. Il a été jugé que ce regroupement était le plus favorable au bon fonctionnement de la société et à l'efficacité du processus décisionnel.

Les limitations aux pouvoirs du directeur général sont précisées dans le règlement intérieur. Celui-ci prévoit que sont soumises à autorisation préalable du conseil les opérations suivantes : ...

I.1. Composition du conseil

Le conseil est composé de 5 administrateurs dont 1 membre indépendant :

- M. X, président directeur général, 54 ans, date de nomination : ..., échéance du mandat..., autres mandats et fonctions exercées dans d'autres sociétés : ..., nombre d'actions de la société détenues : ...
- M. Y, directeur général délégué, ...
- Mme L, administratrice, ...
- M. Z, administrateur, ...
- ...

Conformément à la recommandation **N°7** du code MiddleNext, les administrateurs dirigeants n'exercent pas plus de trois autres mandats.

Application du principe de représentation équilibrée des femmes et des hommes

Le conseil compte une femme parmi ses 6 membres, en conformité avec la loi du 27 janvier 2011 sur la représentation équilibrée des hommes et des femmes au sein des conseils.

Administrateurs indépendants

La notion de membre indépendant est celle retenue en application de la recommandation **N°8** du code MiddleNext, à savoir :

- ne pas être salarié ni mandataire social dirigeant de la Société ou d'une société du groupe et ne pas l'avoir été au cours des 3 dernières années ;
- ne pas être client, fournisseur ou banquier significatif de la Société ou du groupe ou pour lequel la Société ou le groupe représente une part significative d'activité ;
- ne pas être actionnaire de référence de la Société ;
- ne pas avoir de lien familial proche avec un mandataire social ou un actionnaire de référence ;
- ne pas avoir été auditeur de l'entreprise au cours des 3 dernières années.

Le conseil du ... a réexaminé la situation de ses membres au regard de ces critères d'indépendance et a considéré que l'un d'entre eux : M. Z, était indépendant, conformément à la définition donnée par le code MiddleNext.

Durée des mandats

La durée du mandat des administrateurs est fixée à 6 ans. Cette durée est conforme à la recommandation **N°10** du code MiddleNext.

Règles de déontologie

En conformité avec la recommandation **N°7** du code MiddleNext, chaque administrateur est sensibilisé aux responsabilités qui lui incombent au moment de sa nomination et est encouragé à observer les règles de déontologie relatives à son mandat : se conformer aux règles légales de cumul des mandats, informer le conseil en cas de conflit d'intérêt survenant après l'obtention de son mandat, faire preuve d'assiduité aux réunions du conseil et d'assemblée générale, s'assurer qu'il possède toutes les informations nécessaires sur l'ordre du jour des réunions du conseil avant de prendre toute décision et respecter le secret professionnel.

Choix des administrateurs

Lors de la nomination ou du renouvellement du mandat de chaque administrateur, une information sur son expérience et sa compétence est communiquée dans le rapport annuel et à l'assemblée générale. La nomination de chaque administrateur fait l'objet d'une résolution distincte, conformément à la recommandation **N°9** du code MiddleNext.

I.2. Conditions de préparation et d'organisation des travaux du conseil

Règlement intérieur

Conformément à la recommandation **N°6** du code MiddleNext, le CA s'est doté d'un règlement intérieur qui précise :

- les pouvoirs du conseil d'administration et les limitations apportées aux pouvoirs du directeur général ;
- les règles de composition du conseil ainsi que les critères d'indépendance de ses membres ;
- la nature des devoirs des administrateurs et les règles de déontologie auxquelles ils sont soumis,
- les modalités de fonctionnement du conseil et les règles de détermination de la rémunération de ses membres.

Le règlement intérieur du conseil est disponible sur le site de la Société.

Information des membres du conseil

Les membres du conseil ont évalué qu'ils recevaient une information suffisante pour l'accomplissement de leur mission. Pour leur permettre de préparer utilement les réunions, le président s'est efforcé de leur communiquer les documents et informations nécessaires 3 jours au moins avant les séances. De plus, le président a fait suite aux demandes des membres portant sur l'obtention d'éléments supplémentaires.

En outre, les administrateurs sont régulièrement informés entre les réunions lorsque l'actualité de la Société le justifie, conformément à la recommandation **N°11** du code MiddleNext.

Mise en place de comités

Conformément à la recommandation **N°12** du code MiddleNext, nous vous rendons compte du choix de la société en matière de comité spécialisé.

Compte tenu de la taille de l'entreprise et du nombre réduit d'administrateurs, il a été décidé de ne pas créer de comité spécialisé, l'ensemble des administrateurs étant sollicité collégialement sur tous les points importants intéressant la gestion de l'entreprise.

Conformément aux dispositions de l'article L.823-20 du code de commerce, le conseil d'administration a décidé, lors de sa séance du ..., de ne pas créer une instance d'audit autonome et d'exercer, en formation plénière, les fonctions de comité d'audit.

M.Z, administrateur indépendant au regard des critères du code MiddleNext, présente des compétences particulières en matière financière et comptable. Il assure la présidence du conseil lorsque celui-ci se réunit en qualité de comité d'audit.

Le président directeur général et le directeur général délégué exerçant des fonctions exécutives, ils s'abstiennent de participer au conseil lorsque celui-ci se réunit en qualité de comité d'audit. Cependant, comme le directeur financier, ils peuvent être invités à participer à une partie de la réunion en fonction de la nature des sujets et des précisions et informations qu'ils peuvent utilement apporter afin d'enrichir les débats.

Par ailleurs, la Société considère que sa structure et ses caractéristiques ne nécessitent pas non plus la mise en place d'un autre comité.

Réunions du conseil

Le fonctionnement du conseil d'administration (convocation, réunions, quorum, information des administrateurs) est conforme aux dispositions légales et statutaires de la Société.

Le conseil d'administration se réunit au minimum quatre fois par an, respectant en cela la recommandation **N°13** du code MiddleNext

Le conseil d'administration détermine les orientations stratégiques de la société, veille à leur mise en œuvre et se saisit de toutes questions intéressant la bonne marche de la société et de toutes opérations significatives de gestion ou d'investissement. Il arrête également les comptes sociaux et les comptes consolidés, convoque les actionnaires en assemblée, en fixe l'ordre du jour et le texte des résolutions. Par ailleurs, il procède à un examen détaillé de la marche des affaires : évolution des ventes, résultats financiers, état des dettes et situation de trésorerie. En outre, le conseil d'administration procède aux contrôles et vérifications qu'il juge opportuns et autorise les conventions relevant de l'article L 225-38 et suivants du Code de commerce.

En plus des réunions planifiées annuellement, une réunion du conseil d'administration peut être convoquée sur tout autre sujet ayant une importance significative. Le conseil est ensuite régulièrement informé de l'avancement de ces dossiers.

Au cours de l'exercice ..., le conseil d'administration s'est réuni à quatre reprises, avec un taux de présence de 93 %. Il a notamment délibéré sur les points suivants : ...

Les réunions ont été précédées de l'envoi de documents permettant aux administrateurs de préparer les sujets à traiter. En outre, les administrateurs reçoivent chaque mois un reporting sur l'activité de la Société.

Evaluation du conseil

Conformément à la recommandation **N°15** du code MiddleNext, le conseil a procédé au cours de l'exercice ... à l'autoévaluation de sa composition, de son organisation et de son mode de fonctionnement. Au cours du débat qui a suivi, il a été envisagé des mesures d'amélioration qu'il juge utiles.

La société est sensibilisée à la question de la diversification du conseil et consciente de la nécessité d'augmenter, dans la mesure du possible, la représentation des femmes en son sein. Au cours de la réunion du ..., l'attention du conseil a été tout particulièrement attirée sur le calendrier à respecter pour se mettre en conformité avec les nouveaux seuils qui entreront en vigueur à compter de 2014 et 2017.

I.3 Politique de rémunération des mandataires sociaux

Rémunération des administrateurs non dirigeants

Les administrateurs non dirigeants perçoivent des jetons de présence. Ceux-ci sont alloués par l'assemblée générale et répartis par le conseil, sur la base d'un montant forfaitaire par présence effective aux réunions du conseil et des comités, en conformité avec la recommandation **N°14** du code MiddleNext.

Cumul du contrat de travail avec un mandat social

Conformément à la recommandation **N°1** du code MiddleNext, le conseil d'administration a apprécié l'opportunité d'autoriser le cumul du contrat de travail de M. X avec son mandat social.

Lors de son renouvellement en tant que président directeur général, le conseil d'administration a maintenu le contrat de travail de Monsieur X ...antérieur à sa fonction de mandataire social et correspondant à un emploi effectif. Cette décision a été motivée par son ancienneté au sein de la Société et par la volonté de pérenniser l'encadrement dirigeant en lui assurant le maintien de sa protection sociale.

Rémunérations des dirigeants mandataires sociaux

La politique de rémunération et avantages de toute nature accordés aux dirigeants mandataires sociaux de la Société est conforme à la recommandation **N°2** du code MiddleNext. En effet, les principes de détermination des rémunérations répondent aux critères d'exhaustivité, d'équilibre, de benchmark, de cohérence, de lisibilité, de mesure et de transparence.

La rémunération des deux dirigeants mandataires sociaux comprend les composantes suivantes :

- une rémunération fixe ;
- une rémunération variable déterminée en fonction d'objectifs fixés annuellement, qui combinent des objectifs quantitatifs liés aux résultats de l'entreprise à moyen terme (à hauteur de x%) et des critères qualitatifs (à hauteur de x%) ;
- une rémunération exceptionnelle qui correspond à la mise à disposition d'un véhicule de fonction.

Les dirigeants mandataires sociaux ne perçoivent pas de jetons de présence au titre de leur mandat social au sein de la Société.

Les mandataires sociaux ne bénéficient d'aucune rémunération différée, indemnité de départ ou engagement de retraite, visés aux recommandations **N°3 et 4** du code MiddleNext.

La Société ne met en œuvre aucune politique d'attribution de stock options ni d'actions gratuites, telles que visées à la recommandation **N°5** du code MiddleNext.

Le détail des rémunérations et avantages accordés aux mandataires sociaux figure dans le rapport de gestion présenté à l'assemblée générale, sous forme de tableaux établis conformément aux recommandations de l'AMF.

I.4. Autres éléments visés à l'article L225-37 du Code de commerce

Les modalités relatives à la participation des actionnaires à l'assemblée générale sont précisées à l'article x des statuts.

Par ailleurs, les éléments susceptibles d'avoir une incidence en cas d'offre publique sont mentionnés dans le rapport de gestion présenté à l'assemblée générale.

II - PROCEDURES DE CONTROLE INTERNE ET DE GESTION DES RISQUES