



RÈGLES PRATIQUES POUR UN « EXPLAIN » DE QUALITÉ

Motivation de l'élaboration de règles pratiques

A la suite de l'adoption de l'A.R. du 6 juin 2010, le Code belge de Gouvernance d'entreprise 2009 est devenu le code de référence pour les sociétés belges cotées, et le principe « comply or explain » a été reconnu légalement. Cela signifie que les sociétés doivent indiquer clairement à quelles parties du Code 2009 elles dérogent et pour quelles raisons fondées elles le font.

Objectif de la Commission Corporate Governance

De sérieux doutes persistent actuellement quant à la signification réelle d'un « explain » de qualité, lesquels remettent aussi sa mise en application en question. La Commission entend, dès lors, mettre au service des sociétés un outil pratique afin d'améliorer la transparence en matière de respect du Code 2009 et la qualité de l' « explain ».

Étude préalable

La Commission a confié la réalisation d'une étude à Linklaters en vue de faire le point sur la mise en œuvre du principe « comply or explain ». Cette étude est jointe en annexe.

L'étude présente une analyse de la situation dans les différents pays européens et elle aboutit à une série de constatations d'ordre général. D'abord, tout le monde s'accorde à dire qu'une amélioration de la qualité de l' « explain » est nécessaire. Mais, presque personne ne fournit des directives claires et généralisées sur ce qu'un « explain » de qualité implique réellement.

L'étude tente de dégager quelques critères pour un « explain » de qualité qui reviennent dans les analyses des pays européens faisant l'objet de l'examen. D'une manière générale, on constate que le Royaume-Uni et la Suède enregistrent de meilleurs résultats que les autres pays en ce qui concerne la qualité de l' « explain », car ces deux pays reprennent dans leurs codes de gouvernance des directives plus strictes sur ce qu'on attend des entreprises en ce qui concerne un « explain » de qualité.

- En ce qui concerne le contenu de l' « explain », le Royaume-Uni adhère à un double critère : d'une part, la pratique proposée doit être conforme au principe (dont la disposition relève) et, d'autre part elle doit contribuer à la bonne gouvernance.

- En Suède, on va même plus loin dans la définition du contenu de la notion d' « explain ». Ici, la société doit non seulement décrire les règles qu'elle n'a pas appliquées, mais aussi expliquer les raisons de cette dérogation ainsi que décrire la solution de remplacement qui a été adoptée.

L'Europe a également une préférence pour le modèle « comply or explain » par rapport à une approche réglementaire. À cet égard, il est surtout fait référence à la responsabilité des actionnaires, tout en mettant l'accent sur les administrateurs indépendants dans les modèles caractérisés par la présence d'un actionnaire de référence.

L'étude réalisée par RiskMetrics en 2009¹ a révélé que la qualité des « explains » n'est pas toujours très satisfaisante, mais que le principe « comply or explain » bénéficie d'un large soutien de la part des régulateurs, des investisseurs et des entreprises.

En avril 2011, la Commission européenne a également exposé quelques réserves dans le Livre vert relatif au cadre de la gouvernance d'entreprise dans l'UE : « *Certains ajustements semblent dès lors nécessaires pour améliorer l'application des codes de gouvernance d'entreprise. Les solutions retenues ne devront pas modifier les fondements de l'approche « comply or explain », mais contribuer à son bon fonctionnement en améliorant la qualité informative des rapports* ».

Les réponses reçues² sur cette problématique ne défendent pas une approche réglementaire. La majorité des répondants estiment qu'une amélioration de la qualité de l' « explain » est nécessaire. En ce qui concerne le niveau auquel la question doit être traitée, il est fait renvoi non seulement aux États membres qui doivent aborder la problématique au niveau national, mais aussi au marché afin d'évaluer la mise en œuvre du principe « comply or explain ».

Règles pratiques pour une meilleure compréhension des « explains » - février 2012

Trop de sociétés cotées se contentent toujours d'explications très formelles et superficielles. La Commission souhaite fournir une série de règles pratiques aux entreprises pour la mise en œuvre d'un « explain » de qualité. À cet égard, la Commission met l'accent sur la présentation, la préparation et l'évaluation des « explains » auprès des entreprises, ainsi que sur le contenu d'un « explain » de qualité.

Grâce à ces règles pratiques, la Commission espère maintenir un équilibre entre le respect de ces règles et leur application flexible par les entreprises.

¹ Study on Monitoring and Enforcement Practices in Corporate Governance in the Member States, http://ec.europa.eu/internal_market/company/ecgforum/studies_en.htm

² Feedback Statement, Summary of responses to the Commission Green Paper on the EU Corporate Governance Framework, 15 novembre 2011, http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/20111115-feedback-statement_en.pdf

Règles pratiques

1. Le principe « comply or explain » pour le Code 2009 est obligatoire (Loi du 6 avril & AR du 6 juin 2010).

Selon le prescrit de l'art. 96 §2, premier alinéa, 2° du Code des sociétés, une société qui n'applique pas intégralement le code de gouvernement d'entreprise, doit « indiquer les parties du code auxquelles elle déroge et les raisons fondées de cette dérogation ». Les termes « raisons fondées » ne font pas l'objet de précision.

2. La déclaration ne peut pas reposer uniquement, explicitement ou implicitement, sur la conviction que l'application du Code n'est, de manière générale, pas adéquate ou pertinente.

La critique du Code 2009, de ses principes et de ses dispositions ne peut pas être la seule justification à une dérogation.

3. Si la société déroge à une disposition du Code, les raisons qui fondent cette dérogation sont indiquées dans la Déclaration de GE.

Les raisons qui fondent la dérogation sont mentionnées dans la déclaration de gouvernement d'entreprise de la société, de préférence dans une section distincte de la déclaration. Cela implique que la société vérifie pour chaque disposition du Code si elle y satisfait ou non.

4. Il est conseillé à la société de mentionner d'abord la disposition du Code à laquelle elle déroge, puis de motiver la raison de cette dérogation.

Les actionnaires doivent pouvoir déterminer d'une manière claire et visible les dérogations mises en œuvre dans la société dans laquelle ils sont actionnaires. Ce n'est que de cette manière que leur attention sera attirée sur ces dérogations et qu'ils seront encouragés à les examiner.

5. La description de ces dérogations est soumise au conseil d'administration, qui vérifie la qualité de l'explication et contrôle s'il existe encore des raisons supplémentaires pour lesquelles la société déroge au Code.

- Le conseil d'administration assume la responsabilité de la qualité de l'« explication » ou de la raison de la dérogation. Il en vérifie la qualité et il évalue la description ainsi que l'existence ou non de dérogations supplémentaires.

- À cet égard, le conseil d'administration peut se faire conseiller par un de ses comités. Il est dès lors possible que les administrateurs non exécutifs surveillent ce processus. Dans les sociétés disposant d'un actionnaire de contrôle, il est également possible de confier aux administrateurs indépendants un rôle spécial dans ce cadre. Le comité de rémunération qui est légalement composé d'administrateurs non exécutifs, avec une majorité d'indépendants, peut éventuellement remplir ce rôle.

6. Le conseil d'administration approuve les motivations et marque son accord sur leur contenu.

- Les motivations doivent toujours être conformes au principe dont elles relèvent et à l'esprit du Code.
- Les motivations doivent avoir trait aux particularités et à la situation spécifique de la société (par exemple en ce qui concerne le secteur, la taille, la structure, le caractère international,...) et indiquer en quoi cette spécificité justifie la dérogation.
- Les motivations doivent être suffisamment circonstanciées et donner une idée claire de la raison de la dérogation, pour permettre aux destinataires de l'information d'en apprécier la portée.
- Les dérogations temporaires doivent indiquer pour quelles raisons elles seront temporaires. Il sera également mentionné quand cette situation temporaire prend fin et, le cas échéant, si la société satisfait entre-temps aux dispositions du Code.

7. Les « explains » sont soumis à l'assemblée générale lors de l'explication sur la déclaration de gouvernement d'entreprise.

Les « explains » doivent en premier lieu fournir plus de clarté. La Commission insiste, à cet égard, de ne pas se perdre dans les détails.

Le conseil d'administration veille à assurer la prise en considération attentive par les actionnaires des explications qu'il leur donne concernant les aspects pour lesquels la société n'applique pas les recommandations du Code et les encourage à se forger un jugement en connaissance de cause (disposition 8.13, partie 1).

Si les actionnaires n'acceptent pas la position adoptée par la société, le conseil d'administration engage le dialogue avec ceux-ci, en soulignant les spécificités de la société, notamment sa taille, la complexité de ses activités ainsi que la nature des risques et des défis auxquels elle fait face (disposition 8.13, partie 2).

8. Les motivations de la dérogation au Code 2009 sont annuellement soumises à l'évaluation du conseil d'administration.

Le conseil d'administration examine chaque année les motivations existantes et leur pertinence au regard de la situation actuelle et de l'avenir.

Annexe – mai 2016

Le 9 avril 2014, la Commission européenne a publié une recommandation sur la qualité du reporting sur la gouvernance d'entreprise ('appliquer ou expliquer'). Elle avait pour but d'inciter les entreprises à respecter le code de gouvernance d'entreprise applicable ou à mieux expliquer les dérogations qui y sont faites. A cet effet, la recommandation contenait des orientations visant à améliorer la qualité globale des déclarations sur le gouvernement d'entreprise publiées par les entreprises et, en particulier, la qualité des explications fournies par les entreprises en cas de dérogation aux recommandations du code de gouvernance d'entreprise applicable.

Les règles pratiques de la Commission Corporate Governance rejoignent dans une large mesure la recommandation de la Commission européenne. Elles y dérogent néanmoins sur deux points. Ainsi, pour chaque dérogation à une recommandation particulière, l'entreprise doit :

- décrire comment la décision de déroger à la recommandation a été prise au sein de la société (§8, (c));
- le cas échéant, décrire la mesure qui a été prise au lieu de respecter la recommandation et expliquer la manière dont cette mesure permet d'atteindre l'objectif sous-jacent de la recommandation en question ou du code dans son ensemble, ou clarifier la manière dont elle contribue à la qualité de la gouvernance de la société (§8, (e)).

La Commission Corporate Governance a décidé de ne pas adapter ses règles pratiques, mais d'attirer l'attention des sociétés cotées sur l'existence de la recommandation de la Commission européenne et sur les différences entre cette recommandation et ses propres règles pratiques.