



RÉPONSE DU CCBE AU LIVRE VERT SUR LE GOUVERNEMENT D'ENTREPRISE DANS LES ÉTABLISSEMENTS FINANCIERS ET LES POLITIQUES DE RÉMUNÉRATION

Réponse du CCBE au livre vert sur le gouvernement d'entreprise dans les établissements financiers et les politiques de rémunération

Le Conseil des barreaux européens (CCBE) est l'organe représentatif d'environ un million d'avocats européens, appartenant aux barreaux qui en font partie, dans 31 pays membres effectifs et 11 pays associés et observateurs. Le CCBE répond régulièrement au nom de ses membres aux consultations sur les politiques qui concernent les citoyens et les avocats européens.

Le CCBE souhaite apporter les commentaires suivants en réponse au livre vert :

Question générale 1 : Les parties intéressées sont invitées à dire si elles sont favorables aux solutions proposées en ce qui concerne la composition, le rôle et le fonctionnement du Conseil d'administration et à indiquer éventuellement d'autres mesures qui, selon elles, seraient nécessaires.

Réponse :

A titre préliminaire, le CCBE souhaite que la notion d'établissement financier visée par le livre vert soit plus précisément définie afin de concentrer les projets de réforme ou de recommandation sur les établissements de crédit. En effet, sauf le cas d'AIG aux Etats-Unis, très particulier parce qu'il affectait d'abord l'activité de banque d'investissement du groupe en question, la crise du secteur financier débutée en 2007 a touché avant tout et principalement le secteur bancaire, non le secteur des assurances ou les gestionnaires d'actifs indépendants des établissements bancaires.

Sous les réserves et dans les conditions exprimées ci-après, le CCBE est globalement favorable aux solutions proposées par la Commission européenne en ce qui concerne la composition, le rôle et le fonctionnement du conseil d'administration, même s'il note que la formulation de certaines questions, parfois imprécise, rend difficile d'en mesurer toujours la portée exacte.

Toutefois, le CCBE insiste sur le fait que les réflexions relatives au fonctionnement des conseils d'administration, organe collégial se réunissant par définition périodiquement, ne doivent pas conduire à occulter ou minimiser la responsabilité des dirigeants exécutifs permanents, chargés de la conduite quotidienne de l'établissement. La maîtrise des risques doit être une préoccupation partagée par l'ensemble des intervenants.

Sont présentées ci-après, les positions du CCBE sur les questions spécifiques adressées par la Commission européenne.

1. Questions spécifiques:

1.1. *Faut-il limiter le nombre de mandats des administrateurs (par exemple, cumul de trois mandats maximum)?*

Réponse :

Oui. Sur le principe, le CCBE est favorable à une limitation du nombre de mandats des administrateurs. Toutefois, cette limitation présente le risque de priver les entreprises de l'expérience d'une personnalité expérimentée exerçant de nombreux mandats du fait par exemple d'une longue carrière. Sans consacrer le même temps que les autres administrateurs, ces personnalités sont susceptibles d'apporter un éclairage ou un jugement précieux.

Dans certains pays de l'Union Européenne, le droit des sociétés limite déjà le nombre de mandats d'administrateurs.

Aussi, le CCBE propose de :

- recommander une limitation du nombre de mandats qu'un même administrateur peut détenir dans des sociétés établies dans l'Union Européenne (limite générale), par exemple à cinq, étant précisé qu'une limite spécifique s'appliquerait aux établissements financiers : le même administrateur ne pourrait détenir plus de trois mandats dans des établissements financiers sans l'autorisation préalable du superviseur bancaire (limite spécifique) qui pourrait ainsi

Conseil des barreaux européens – Council of Bars and Law Societies of Europe

association internationale sans but lucratif

Avenue de la Joyeuse Entrée 1-5 – B 1040 Brussels – Belgium – Tel.+32 (0)2 234 65 10 – Fax.+32 (0)2 234 65 11/12 – E-mail ccbe@ccbe.eu – www.ccbe.eu

09.09.2010

autoriser des exceptions en fonction du temps réellement nécessaire selon la taille et la complexité des établissements ;

- étendre cette limitation à tous les mandats exercés dans des sociétés commerciales d'un même Etat Membre, quelle que soit leur forme sociale ;
- par exception, autoriser sans limitation les mandats détenus au sein de sociétés appartenant au même groupe, de telle sorte qu'ils ne seraient pas pris en compte pour l'appréciation des limites générale et spécifique citées ci-dessus.

1.2. *Faut-il interdire le cumul des fonctions de président du Conseil d'administration et de directeur général dans les établissements financiers?*

Réponse :

Non. Le CCBE relève que la tendance vers une généralisation de cette séparation, si elle se constate dans les faits dans plusieurs pays dont les Etats-Unis, ne doit pas pour autant devenir obligatoire car il n'est pas démontré que les établissements financiers ayant opté pour cette séparation aient nécessairement mieux affronté ou évité la crise financière des années 2007/2009 que les établissements ayant conservé le cumul des deux mandats.

En revanche, le CCBE juge souhaitable que :

- soit rendu public le choix fait par l'établissement entre ces deux possibilités, de telle sorte que les actionnaires et les contreparties de l'établissement (déposants, créanciers, etc.) en soient informés ;
- et que l'établissement expose, par exemple dans son rapport annuel, la ou les raisons pour lesquelles il a retenu une solution plutôt qu'une autre.

1.3. *Les politiques de recrutement doivent-elles définir de manière précise les tâches et le profil des administrateurs y compris le Président, assurer les compétences suffisantes des administrateurs et la diversité de composition du Conseil d'administration? Si oui, comment?*

Réponse :

Oui. Le CCBE relève que le principe d'une vérification de la compétence et de l'expérience des deux principaux dirigeants des établissements bancaires existe dans la réglementation européenne.

Le CCBE propose que :

- les politiques de recrutement répondent à des standards suffisamment généraux pour que la recherche d'une meilleure compétence des administrateurs ne se heurte pas à des conditions exagérément précises et rigides ;
- en plus des principaux dirigeants, la nomination d'un nombre limité d'administrateurs soit soumise à l'agrément préalable du superviseur, en particulier les présidents des comités d'audit, des risques et de rémunération, une faculté étant laissée aux Etats membres d'étendre ce contrôle pour autant que ses critères soient objectifs et susceptibles de recours¹ ;
- tout ou partie des autres administrateurs membres du comité d'audit ou du comité des risques devraient remplir certaines qualités d'expérience ou de formation.

La présence d'un nombre minimum d'administrateurs indépendants dans la composition du conseil d'administration comme évoqué au point 1.4 ci-après doit être abordée sans préjugé. L'indépendance des administrateurs ne rime pas automatiquement avec leur compétence et la crise financière débutée en 2007 a montré aux Etats-Unis que les administrateurs indépendants n'étaient pas une garantie de bonne gestion puisque le taux moyen d'administrateurs indépendants présents dans le conseil d'administration de AIG, Lehman Brothers, Merrill Lynch et Bear Stearns s'élevait à 84% en 2007. La présence de membres indépendants dans les établissements de crédit non cotés, notamment mutualistes ou liés aux collectivités locales, paraît cependant souhaitable pour combler l'absence de contrôle d'actionnaires extérieurs.

La question de la diversité est traitée ci-après au paragraphe 1.4.

1 Pour certains membres du CCBE l'intervention des superviseurs devrait se limiter à la définition précise de critères que devraient remplir les présidents des comités d'audit, de rémunération et des risques.

1.4. *Partagez-vous l'opinion selon laquelle un nombre plus élevé de femmes et d'administrateurs de diverses origines sociales et culturelles dans la composition des conseils d'administration pourrait améliorer le fonctionnement et l'efficacité des Conseils d'administration?*

Réponse :

Pas nécessairement. Le CCBE estime avant tout préférable de mettre l'accent sur la compétence, l'expérience et dans une mesure raisonnable l'indépendance des administrateurs des établissements financiers. Tout en désapprouvant le recours à des quotas imposés par la loi ou la réglementation, le CCBE encourage la diversité dans la composition des conseils d'administration et soutient notamment la présence de davantage de femmes au sein desdits organes sociaux dès lors qu'elles satisferaient les critères d'expérience et de compétence requis.

Cette approche pragmatique est motivée par le souhait de tirer les leçons de la crise des années 2007/2009 pour améliorer la gouvernance des banques et prévenir une nouvelle crise ou de mieux les armer pour y faire face.

En premier lieu, l'on rappellera qu'historiquement le phénomène des crédits dits « *subprime* » trouve son origine certes dans la multiplication désordonnée des nouveaux produits dérivés et dans la mondialisation des opérations de titrisation, mais aussi dans une volonté politique de « diversité » puisque c'était, déjà, la volonté d'ouvrir le crédit et la propriété aux populations qui en étaient jusqu'ici exclues (d'où l'expression « *subprime* ») qui a par exemple donné naissance à des institutions américaines promues par l'Etat telles que Freddie Mac et Fannie Mae.

En second lieu, la dimension mondiale de la crise n'a pas montré que les administrateurs européens, américains ou asiatiques, pourtant divers car riches ou moins riches, formés à différentes écoles, se sont comportés différemment.

Enfin, à l'intérieur des mêmes régions, les conseils des établissements caractérisés par une diversité non seulement culturelle et linguistique mais aussi nationale lorsqu'ils mêlaient français, belges flamands et wallons, néerlandais et luxembourgeois n'ont pas mieux affronté la crise que les conseils plus « uniformes » de leurs concurrents. Les établissements mutualistes ou coopératifs ou les banques régionales impliquant les collectivités locales, dont les conseils étaient marqués par une représentation forte de la province et où étaient nombreux les cadres « sortis du rang » et d'origines diverses, ne se sont pas distingués des établissements classiques recrutant leurs administrateurs de façon plus uniforme dans l'élite financière ou technocratique.

1.5. *Faut-il mettre en place une évaluation obligatoire du fonctionnement du Conseil d'administration par un évaluateur externe? Le résultat de cette évaluation doit-il être communiqué aux autorités de supervision, aux actionnaires?*

Réponse :

Non. L'évaluation périodique des travaux du conseil d'administration et l'intervention de consultants extérieurs est de plus en plus recommandée par des codes de gouvernance qui n'ont pas de force contraignante.

Selon le CCBE, la réglementation ne doit pas rendre obligatoire une évaluation du fonctionnement du conseil d'administration par un évaluateur externe. Il doit s'agir d'une simple faculté laissée à la discrétion du conseil d'administration ou de ses comités auxquels il convient de donner les moyens de recourir à des experts externes.

Par ailleurs, le CCBE partage l'opinion qu'il serait utile d'organiser, le cas échéant, la communication aux autorités de supervision, lorsqu'elles le souhaitent, desdites évaluations, en particulier s'agissant des établissements financiers dont les titres ne sont pas échangés sur un marché réglementé – ils sont encore nombreux en Europe - et qui de ce fait ne sont pas soumis à des obligations de transparence (*Sparkassen* allemandes, banques régionales italiennes, groupes mutualistes français, etc.).

Enfin, en l'absence de demande expresse du superviseur, le CCBE propose que ces évaluations lui soient quand même communiquées lorsqu'un nombre d'administrateurs défini par la réglementation en auraient exprimé le souhait.

1.6. *Faut-il rendre obligatoire la création au sein du Conseil d'administration d'un comité des risques et prévoir des règles quant à la composition et le fonctionnement dudit comité?*

Réponse :

Oui. Le CCBE est favorable à la création au sein du conseil d'administration d'un comité des risques chargé d'assurer la gestion et le suivi des risques de l'établissement, tout en veillant à ce qu'il ne dilue pas la responsabilité de l'ensemble des membres du conseil. Le comité doit rester une émanation du conseil œuvrant pour l'assister et préparer ses décisions.

D'ailleurs, le CCBE note que la France introduira probablement dans son droit interne l'obligation pour les établissements de crédit d'instituer un comité des risques. L'article 7 *septies* du projet de loi sur la régulation bancaire et financière actuellement en discussion devant le Parlement français, vise à rendre obligatoire, via une modification du code de commerce (nouvel article L.210-10), la création au sein de tous les établissements financiers d'un comité du conseil spécialisé dans le suivi des risques. Selon ce projet, ce comité ne peut comprendre que des administrateurs non exécutifs, c'est-à-dire qui n'exercent pas de fonctions de direction dans l'établissement et 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* ». Ce comité serait enfin chargé de « *vérifier que l'entreprise dispose d'un dispositif adapté d'analyse et de mesure des risques ainsi que d'un système adapté de surveillance et de maîtrise des risques.* »

1.7. *Faut-il rendre obligatoire la participation d'un ou de plusieurs membres du comité d'audit au comité des risques et vice versa?*

Réponse :

Oui. Le CCBE estime nécessaire que le comité d'audit et le comité des risques mènent conjointement leurs diligences ; leurs missions sont complémentaires dès lors qu'il ne peut y avoir d'états financiers donnant une image sincère de la situation financière d'un établissement financier sans que les risques afférents à son activité aient été identifiés, valorisés et soient correctement reflétés dans les comptes.

En conséquence, il serait opportun que les comités d'audit et des risques collaborent dans le cadre de leurs travaux. A ce titre, la présence des plusieurs membres (sans pour autant en constituer la majorité) de chaque comité aux réunions de travail de l'autre comité nous paraît souhaitable afin de faciliter le partage de l'information et des risques. Toutefois, il convient d'assurer l'indépendance de jugement des membres de chacun des comités.

1.8. *Le président du comité des risques doit-il répondre devant l'assemblée générale?*

Réponse :

Non. Le CCBE pense que tout administrateur doit être susceptible d'être entendu par l'assemblée des actionnaires et d'assumer ses responsabilités. Il n'est ni nécessaire ni souhaitable de créer une responsabilité particulière qui aurait au moins deux inconvénients : (i) paraître alléger la responsabilité des autres administrateurs et (ii) détourner d'éventuels candidats de qualité sans certitude que l'épreuve publique ainsi imposée favorise une amélioration significative de la maîtrise des risques.

Le comité des risques, émanation du conseil d'administration, doit répondre devant ce même conseil. Le cas échéant, le président du conseil d'administration paraît donc le membre approprié pour répondre à la plupart des questions.

Enfin, le CCBE note qu'il n'est pas démontré que l'assemblée des actionnaires constitue le forum le mieux à même d'aborder la question des risques, au moins dans les établissements cotés. Au-delà de la complexité du sujet, il est notable que l'intérêt individuel des actionnaires, marqué par une démarche à plus court terme comme en témoignent la rotation des titres sur le marché et leur durée moyenne de détention, diverge parfois de celui de l'établissement financier en matière de risques à moyen ou long terme. Le souhait de maintenir ou rétablir un cours de bourse peut contredire celui de maîtriser les risques si les instances d'arbitrage de ces enjeux ne sont pas clairement identifiées et distinguées.

Le CCBE est en revanche favorable à ce que les commissaires aux comptes soient tenus de répondre aux questions qui leur sont posées lors des assemblées d'actionnaires. Il n'est pas normal que dans

plusieurs Etats membres de l'Union Européenne les actionnaires ne puissent interroger les auditeurs comptables de leur société.

1.9. *Quel devrait être le rôle du Conseil d'administration dans la stratégie et le profil de risques d'un établissement financier?*

Réponse :

Le conseil d'administration doit être saisi en amont et doit avoir le dernier mot en matière de risques. Les axes généraux en matière de risque relèvent de sa compétence au même titre que les orientations stratégiques. En revanche le conseil ne peut et ne doit pas être l'instance chargée de déterminer les profils de risques spécifiques à chaque produit financier : cette tâche complexe et nécessitant une mise à jour quotidienne incombe directement aux dirigeants opérationnels, eux-mêmes contrôlés par le conseil d'administration.

1.10. *Faut-il mettre en place et rendre publique une déclaration de maîtrise des risques?*

Réponse :

Non. Le CCBE n'est pas favorable à la mise en place d'une « *déclaration de maîtrise des risques* » d'autant que ni son contenu et ni le régime de responsabilité ne sont précisés. En revanche, le CCBE est favorable à ce que les établissements financiers communiquent au superviseur un rapport sur leur modèle de développement et sur leur stratégie en matière de risques.

1.11. *Faut-il mettre en place une procédure d'approbation par le Conseil d'administration des nouveaux produits financiers?*

Réponse :

Oui mais pas pour tous les nouveaux produits financiers. La mise en place de produits financiers doit nécessairement faire l'objet d'une procédure interne de validation préalable mais elle doit être adaptée à la nature et au montant des produits financiers afin de ne pas entraver exagérément le cours des activités.

A notre sens, deux processus de validation des nouveaux produits financiers (la nouveauté s'appréciant du point de vue de l'établissement comme du marché) pourraient être envisagés :

- l'approbation préalable du conseil d'administration devrait être réservée aux produits financiers faisant supporter un risque significatif (exprimé en un pourcentage des fonds propres) pour l'établissement financier après avis du comité des risques. La validation de ces produits financiers devrait ensuite être exposée aux actionnaires et au marché dans le rapport annuel ;
- dans les autres cas, la mise en place des produits financiers devrait être validée préalablement par le département « *compliance* » de l'établissement de crédit pour les produits les plus standardisés ou faisant supporter des risques limités à l'établissement. A cet égard, il nous semblerait judicieux que le département « *conformité* » réunisse à cette occasion, des professionnels des différents métiers de l'établissement (finances, juridique, fiscal, inspection générale, etc.) afin de tirer profit de la complémentarité des différents intervenants et appréhender l'ensemble des risques afférents audit produit financier.

Mais surtout, le CCBE est favorable à ce que le régulateur soit obligatoirement informé de la création, de l'acquisition, de la prise de participation ou de la commercialisation de nouveaux produits financiers par l'établissement de telle sorte que, le cas échéant, le régulateur puisse imposer un relèvement des contraintes de fonds propres prudentiels.

1.12. *Faut-il mettre en place un devoir d'information par le Conseil d'administration des autorités de supervision sur des risques matériels dont il peut avoir connaissance?*

Réponse :

Oui. Le CCBE est favorable à ce que le conseil d'administration délibère de la nécessité de saisir le superviseur et mandate le cas échéant l'un de ses membres afin de procéder à cette information lorsqu'il apparaît qu'un cas de mise en œuvre du devoir d'information survient. Dans le cas où les

administrateurs ayant souhaité saisir le superviseur auraient été mis en minorité, ils devraient pouvoir néanmoins l'en informer en lui précisant les raisons pour lesquelles la majorité du conseil a retenu une analyse différente et en informant de leur démarche le président du conseil. En toute hypothèse, un tel devoir d'information ne doit cependant pas exonérer les auditeurs externes de leur propre « devoir d'alerte » comme précisé au paragraphe 3.1.

- 1.13. *Faut-il créer un devoir explicite pour le Conseil d'administration de prendre en compte les intérêts des déposants et autres parties prenantes lors de la prise de décisions ("duty of care")?*

Réponse :

Plutôt que la création d'une nouvelle obligation juridique trop générale et dont les conséquences contentieuses éventuelles sont difficilement mesurables, le CCBE est favorable à ce que le conseil d'administration soit tenu d'inclure dans la définition de la stratégie de l'établissement qui sera rendue publique la prise en compte des intérêts des déposants et des parties-prenantes.

2. Les fonctions liées au risque

Question générale 2 : Les parties intéressées sont invitées à dire si elles sont favorables aux solutions proposées en ce qui concerne la fonction gestion des risques et à indiquer éventuellement d'autres mesures qui, selon elles, seraient nécessaires.

Réponse :

Le CCBE partage l'opinion de la Commission européenne selon laquelle la défaillance des fonctions de surveillance des risques au sein des établissements financiers constitue une des raisons essentielles à l'origine de la crise financière. Le CCBE est donc favorable au renforcement de ces fonctions au sein des établissements financiers lesquelles doivent bien entendu disposer des moyens et de l'autorité nécessaires à leurs actions.

Sont présentées ci-après, les positions du CCBE sur les questions spécifiques adressées par la Commission européenne.

Questions spécifiques:

- 2.1. *Comment le statut du directeur des risques peut-il être conforté? Le directeur des risques doit-il avoir un statut au moins équivalent à celui du directeur financier ?*

Réponse :

Une première piste de réflexion pourrait être de prévoir que le directeur des risques soit soumis à un agrément particulier du superviseur, à l'instar du directeur général et souvent du directeur financier qui sont soumis à un agrément en vertu de la règle dites des « quatre yeux ». Cet agrément particulier ainsi conféré au directeur des risques permettrait au superviseur d'imposer des conditions d'expérience et de compétence, en complément des dispositifs existant qui lui permettent de vérifier que des moyens et procédures suffisants sont consacrés au contrôle interne des risques.

Cet agrément réglementaire du directeur des risques serait complété par une relation directe de l'intéressé avec le superviseur qui pourrait à tout moment l'interroger de la même manière que les « dirigeants responsables » au sens de la réglementation bancaire. Le directeur des risques pourrait enfin être tenu par un devoir d'alerte du superviseur.

Ce faisant, ces deux mesures permettrait d'accroître l'autorité et l'indépendance de jugement du directeur des risques au sein de l'établissement. Les pressions ou les reflexes d'autocensure seraient mitigés voire contrebalancés par l'immixtion du superviseur dans la relation entre le directeur des risques et son employeur.

Une deuxième piste de réflexion, plus radicale, reviendrait à rattacher le directeur des risques directement au comité des risques du conseil d'administration de l'établissement financier, et d'ailleurs, il serait souhaitable qu'il soit l'invité permanent dudit comité afin d'éclairer les membres sur les risques de l'établissement. Le directeur des risques disposerait du droit d'être entendu par le comité des risques.

Conseil des barreaux européens – Council of Bars and Law Societies of Europe

association internationale sans but lucratif

Avenue de la Joyeuse Entrée 1-5 – B 1040 Brussels – Belgium – Tel.+32 (0)2 234 65 10 – Fax.+32 (0)2 234 65 11/12 – E-mail ccbe@ccbe.eu – www.ccbe.eu

09.09.2010

Le directeur des risques n'aurait pas de lien hiérarchique avec la direction générale ou la direction financière de son établissement, une hiérarchie parallèle étant ainsi créée afin de mettre fin au conflit d'intérêts parfois dénoncé entre le preneur de risque (le directeur général) qui déciderait de la carrière de celui dont la mission est de prévenir les risques (le directeur des risques).

Selon le CCBE, cette solution offrirait deux avantages et un inconvénient. D'une part, la cohérence puisque seraient conférés au comité des risques, donc au conseil d'administration, les moyens concrets d'exercer sa mission de contrôle et de pilotage des risques et, d'autre part, elle renforcerait le pouvoir de la direction des risques face à la direction générale de l'établissement. Mais ce faisant, et c'est l'inconvénient principal de ce schéma, la structure du pouvoir des établissements financiers pourrait s'en trouver significativement bouleversée, la direction générale pouvant être déjugée trop fréquemment par l'instauration d'une dyarchie ou d'une forme de « cohabitation », au préjudice de l'activité de l'établissement. Eriger le contrôle des risques en contrepouvoir de la direction générale peut se heurter à la vocation même des établissements de crédit ou d'assurance : prendre ou garantir des risques.

2.2. *Comment le système de communication de la fonction gestion des risques au Conseil d'administration peut-il être amélioré ? Une procédure de renvoi à la hiérarchie pour résolution de conflit/problème doit-elle être mise en place ?*

Réponse :

Voir 2.3 ci-dessous.

2.3. *Le directeur des risques doit-il pouvoir informer directement le Conseil d'administration, y compris le comité des risques ?*

Réponse :

Oui, le comité des risques institué au sein du conseil d'administration des établissements financiers doit pouvoir entendre le directeur des risques, indépendamment de la question de son lien hiérarchique avec la direction générale. Réciproquement, le directeur des risques doit également avoir l'obligation d'informer la direction générale puis le cas échéant le comité des risques notamment afin de faire trancher tout éventuel litige qui l'opposerait à la direction financière de l'établissement.

Le CCBE observe que dans la pratique actuelle des établissements financiers français, il est déjà fréquent que la direction des risques alerte directement le président du conseil d'administration et la création d'un comité spécial des risques institutionnalisera cette forme de communication en la rendant plus courante et collégiale.

2.4. *Les outils informatiques doivent-ils être perfectionnés afin d'améliorer la qualité et la rapidité de transmission de l'information au Conseil d'administration sur les risques importants ?*

Réponse :

Le livre vert n'exposant pas quels sont les critères ou objectifs applicables pour juger de la rapidité et de la qualité des informations fournies par les systèmes informatiques, ni la manière concrète dont ils seraient éventuellement définis tout en tenant compte de la variété des situations de chaque établissement, il est difficile de répondre à cette question.

Sur le principe, la complexité des produits financiers à laquelle s'ajoute la mondialisation des flux financiers rendent indispensable la mise en place au sein des établissements financiers d'une infrastructure informatique performante et mise à jour régulièrement capable d'une part, d'assurer un suivi optimal des risques et d'autre part, de détecter automatiquement les risques anormaux. Mais il est important par ailleurs d'assurer que l'information fournie demeure claire et utilisable et qu'une profusion désordonnée n'affecte pas la bonne information du conseil.

D'autre part, les grands groupes financiers internationaux comptent souvent des administrateurs éloignés géographiquement les uns des autres et les délais d'organisation des réunions des conseils d'administration sont parfois inadaptés. Il paraît donc souhaitable d'organiser des systèmes d'information et d'alerte en temps réel (au besoin par visioconférence, conférence téléphonique, etc.) permettant aux administrateurs d'être informés sans délai des évolutions majeurs des risques de leur établissement. En cas d'urgence, un ou plusieurs administrateurs pourraient également solliciter la tenue d'un conseil d'administration.

Conseil des barreaux européens – Council of Bars and Law Societies of Europe

association internationale sans but lucratif

Avenue de la Joyeuse Entrée 1-5 – B 1040 Brussels – Belgium – Tel.+32 (0)2 234 65 10 – Fax.+32 (0)2 234 65 11/12 – E-mail ccbe@ccbe.eu – www.ccbe.eu

09.09.2010

2.5. *Faut-il mettre en place une obligation pour les administrateurs exécutifs d'approuver un rapport sur l'adéquation des systèmes de contrôle interne ?*

Réponse :

Non. Selon le CCBE, prévoir que seuls les administrateurs exécutifs présentent un rapport sur l'adéquation des systèmes de contrôle interne n'est pas souhaitable, une meilleure solution étant de privilégier l'approbation préalable par tous les administrateurs, une copie en étant adressée au superviseur.

Une règle équivalente s'applique en France et en Allemagne, le droit des sociétés imposant aux sociétés dont les titres financiers sont échangés sur un marché réglementé de joindre au rapport annuel du conseil d'administration (ou du directoire) un rapport spécial traitant notamment des procédures de contrôle interne et de gestion des risques mises en place par la société. Le CCBE serait favorable à ce que cette obligation soit étendue au sein des Etats Membres.

Il pourrait être enfin envisagé d'enrichir le contenu de ce rapport pour inclure une appréciation de la qualité du contrôle interne, notamment de la cohérence des systèmes de mesure, de surveillance et de maîtrise des risques et proposer, en tant que de besoin, des actions complémentaires à ce titre. Ce rapport devrait être communiqué au comité des risques mais également aux autorités de supervision.

3. L'auditeur externe

Question générale 3 : Les parties intéressées sont invitées à dire si elles sont favorables aux solutions proposées en ce qui concerne le rôle de l'auditeur externe et à indiquer éventuellement d'autres mesures qui, selon elles, seraient nécessaires.

Réponse :

Dans le cadre de leurs missions, les auditeurs externes identifient les risques significatifs auxquels les établissements financiers peuvent être confrontés et disposent, en conséquence, d'une bonne connaissance sur la conduite de leurs activités. Dès lors, le CCBE est d'avis que les auditeurs externes partagent ces informations avec les autorités de supervision et le conseil d'administration.

Sont présentées ci-après, les positions du CCBE sur les questions spécifiques adressées par la Commission européenne.

Questions spécifiques:

3.1. *Faut-il approfondir la coopération des auditeurs externes avec les autorités de supervision? Si oui, comment?*

Réponse :

Oui. Il est souhaitable qu'un équivalent du « devoir d'alerte » liant les commissaires aux comptes aux tribunaux compétents soit transposé aux relations entre les auditeurs externes et l'autorité de supervision. Ce devoir devrait s'appliquer en toute circonstance, les auditeurs financiers devant saisir le superviseur sans délai dès qu'ils sont informés d'un élément justifiant l'intervention du superviseur, sans attendre la revue des comptes annuels

3.2. *Faut-il renforcer leur devoir d'information auprès du Conseil d'administration et/ou des superviseurs sur d'éventuels faits graves détectés dans le cadre de leurs fonctions?*

Réponse :

Oui. Auprès du conseil d'administration dans un premier temps et éventuellement aux superviseurs si la gravité de la situation et l'absence de remèdes portés par le conseil d'administration le justifient.

3.3. *Faut-il étendre le contrôle de l'auditeur externe à l'information financière liée au risque?*

Réponse :

Il convient de définir plus précisément la notion « d'information financière liée au risque ». A supposer qu'il s'agisse de la description des « facteurs de risque » présents ou futurs figurant dans la documentation financière ou les prospectus des établissements cotés en bourse, le CCBE n'y est pas favorable. En revanche, s'agissant de communications périodiques analogues au rapport sur le contrôle interne, qui rendent compte a posteriori, le CCBE est favorable à ce qu'elles soient revues par les commissaires aux comptes, charge à ces derniers d'en demander, le cas échéant, des modifications ou des compléments en fonction des informations dont ils disposent du fait de leur contrôle des comptes de l'établissement tout au long de l'année.

4. Les autorités de supervision

Question générale 4 : Les parties intéressées sont invitées à dire si elles sont favorables aux solutions proposées en ce qui concerne le rôle des autorités de supervision et à indiquer éventuellement d'autres mesures qui, selon elles, seraient nécessaires.

Réponse :

Comme indiqué aux paragraphes 1.1, 1.3, 1.5, 1.10, 1.11 et 1.12, le CCBE est favorable à ce que de nouveaux pouvoirs soient conférés aux autorités de supervision. Sans surestimer le pouvoir de prévention des superviseurs, ni les écueils d'un excès de réglementation pénalisant les établissements européens s'il n'est pas veillé à une harmonisation mondiale, le CCBE partage l'avis de la Commission européenne selon lequel il est nécessaire de renforcer l'implication des autorités de supervision et surtout, d'améliorer la coordination desdites autorités.

Sont présentées ci-après, les positions du CCBE sur les questions spécifiques adressées par la Commission européenne.

Questions spécifiques :

4.1. *Faut-il redéfinir et renforcer le rôle des superviseurs dans la gouvernance interne des institutions financières?*

Réponse :

Voir les propositions de renforcements visées ci-avant.

Le rapport Larosière du 25 février 2009 sur la supervision financière en Europe a été approuvé par la Commission européenne puis par les 27 chefs d'État et de gouvernement de l'Union lors du Conseil européen des 19 et 20 mars 2009 et sert de base à la définition d'une législation européenne sur la supervision financière. Plutôt que de rassembler les missions de supervision dans la Banque Centrale Européenne, objectif refusé par un Etat membre, il soutient une voie intermédiaire favorisant une meilleure coordination des superviseurs au sein de plusieurs instances dédiées.

A cet égard, le CCBE accueille favorablement les initiatives de la Commission européenne visant à réformer en profondeur l'architecture actuelle des comités chargés des services financiers en créant :

- un « Conseil Européen du Risque Systémique » (« CERS ») chargé de surveiller et d'analyser les risques pesant sur la stabilité du système financier européen dans son ensemble (surveillance macroprudentielle), en émettant des alertes rapides et des recommandations en cas de risque systémique prévisible et, si nécessaire, formulera des recommandations quant aux mesures à prendre pour faire face à ces risques ; et,
- un système européen de surveillance financière composé de l' « Autorité Bancaire Européenne », de l' « Autorité Européenne des Assurances et des Pensions Professionnelles » et de l' « Autorité Européenne des Marchés Financiers » pour la surveillance des établissements financiers eux-mêmes (surveillance microprudentielle), constitué d'un réseau étroit d'autorités nationales de surveillance financière.

Enfin, le CCBE propose qu'en contrepartie des pouvoirs plus étendus conférés aux superviseurs, leurs dirigeants soient entendus à intervalles réguliers par les parlements nationaux ou européen selon les cas, et que des voies de recours plus transparentes et rapides soient instaurés pour

permettre aux établissements de contester la conformité de leurs décisions à la réglementation applicable.

4.2. *Faut-il donner aux superviseurs le pouvoir et le devoir de vérifier le bon fonctionnement du Conseil d'administration et de la fonction gestion des risques? Comment ceci peut être mis en pratique ?*

Réponse :

Le CCBE note que les autorités de supervision devraient pouvoir s'assurer que le conseil d'administration s'acquitte de ses fonctions de gestion des risques qui lui incombent puisqu'elle pouvaient jusqu'ici procéder aux mêmes vérifications dans les services internes chargés de cette mission au sein des établissements.

En pratique, le contrôle du fonctionnement du conseil d'administration par les autorités de supervision pour ce qui touche directement la gestion des risques pourrait prendre la forme (i) d'un droit d'information permanent dès lors que le conseil d'administration aurait l'obligation d'adresser auxdites autorités le rapport sur le contrôle interne visé au point 2.5 et (ii) d'un droit d'information occasionnel aux termes duquel l'autorité de supervision pourrait adresser toute demande d'information au conseil d'administration ou au directeur des risques sur le niveau de risques de l'établissement financier.

Enfin, le CCBE propose qu'il soit conféré aux superviseurs d'intenter contre les dirigeants négligents ou fautifs des actions civiles en demande de versement de dommages et intérêts par ces dirigeants à l'établissement financier dont ils avaient la charge (actions dites « ut singuli »).

4.3. *Les critères d'éligibilité ("fit and proper test") doivent-ils être étendus aux compétences techniques et professionnelles ainsi qu'aux caractéristiques comportementales visant des futurs administrateurs ? Comment ceci pourrait être fait en pratique ?*

Réponse :

Le CCBE juge bien évidemment souhaitable que les administrateurs des établissements financiers disposent des compétences et du jugement nécessaires pour accomplir leur mission étant entendu que la sélection des administrateurs doit également s'opérer dans le respect du principe de diversité évoqué au point 1.4. La complexité croissante des activités financières et leur influence sur les autres pans de l'activité économique légitiment qu'une attention particulière soit portée aux administrateurs des établissements financiers.

En pratique, deux solutions seraient envisageables afin de s'assurer des compétences techniques et professionnelles des administrateurs :

- préalablement à la prise de fonctions, il conviendrait d'informer pour avis l'autorité de supervision compétente de l'identité des administrateurs dont la nomination au comité d'audit et au comité des risques est envisagée en fonction de critères objectifs de compétence et d'expérience ;
- en cours de mandat, chaque administrateur devrait en outre bénéficier d'une formation obligatoire aux différents métiers ou produits financiers de l'établissement financier.

Le CCBE précise toutefois que les « caractéristiques comportementales », trop subjectives, ne constituent pas des critères sérieux d'éligibilité aux fonctions d'administrateur.

5. Les actionnaires

Question générale 5 : Les parties intéressées sont invitées à dire si elles pensent que le contrôle par les actionnaires des établissements financiers demeure réaliste? Et si oui, comment de leur point de vue il serait possible d'améliorer l'engagement des actionnaires en pratique?

Réponse :

Même si le contrôle des établissements financiers par les actionnaires peut apparaître théorique compte tenu des événements passés et de la complexité croissante des relations financières, le CCBE considère qu'il doit rester une priorité, ne serait-ce que parce qu'en leur qualité d'apporteurs de capitaux les actionnaires sont les premiers soutiens de la stabilité et de la solvabilité des

Conseil des barreaux européens – Council of Bars and Law Societies of Europe

association internationale sans but lucratif

Avenue de la Joyeuse Entrée 1-5 – B 1040 Brussels – Belgium – Tel.+32 (0)2 234 65 10 – Fax.+32 (0)2 234 65 11/12 – E-mail ccbe@ccbe.eu – www.ccbe.eu

09.09.2010

établissements. Pour cette raison ils doivent bénéficier de droits garantis et accrus tout en conférant aux superviseurs un rôle de contre-pouvoir tenant compte du fait que certains actionnaires (fonds d'investissements, grands institutionnels, etc.) peuvent encourager des prises de risques inconsidérées.

Sont présentées ci-après, les positions du CCBE sur les questions spécifiques adressées par la Commission européenne.

Questions spécifiques :

5.1. *Faut-il rendre obligatoire la divulgation des politiques et de la pratique de vote des investisseurs institutionnels? A quelle fréquence?*

Réponse :

Non. Selon le CCBE, la transparence des politiques et des pratiques de vote des investisseurs institutionnels au sein des assemblées d'actionnaires des institutions financières ne doit pas être rendue obligatoire car elle n'apparaît pas de nature à améliorer la solidité financière ou la gouvernance des établissements. Ces éléments doivent être laissés à la discrétion des actionnaires et la liberté de vote doit être préservée des pressions, délais et autres carcans réglementaires. En revanche les initiatives nationales visant à encourager cette transparence, sans la rendre obligatoire, dans un souci d'égalité d'accès des actionnaires à l'information ne soulève pas d'opposition du CCBE.

5.2. *Faut-il obliger les investisseurs institutionnels à souscrire à un code (national ou international) de bonnes pratiques, comme par exemple le code rédigé par l'International Corporate Governance Network (ICGN)? Ce code oblige les signataires à développer et à publier leurs politiques d'investissement et de vote, à prendre des mesures afin d'éviter les conflits d'intérêts et à utiliser leur droit de vote de manière responsable.*

Réponse :

Non. Autant une meilleure transparence peut contribuer à améliorer le jugement du marché sur le fonctionnement d'un établissement et de sa gouvernance, autant l'imposition de carcans constitutifs de quasi-mandats impératifs contrôlés par des associations ou groupes de pression sans légitimité démocratiques pourraient aboutir à restreindre l'accès des établissements aux marchés de capitaux, en dissuadant les investisseurs, à un moment crucial de leur redressement.

En revanche, le CCBE n'est pas opposé aux initiatives analogues au Stewardship Code britannique encourageant les investisseurs institutionnels à se conformer à certaines recommandations non réglementaires ou à exposer leurs raisons éventuelles de ne pas s'y conformer.

5.3. *Faut-il faciliter l'identification des actionnaires afin de faciliter le dialogue entre les sociétés et leurs actionnaires, et réduire les risques d'abus liés au "vote vide" 27 ("empty voting")?*

Réponse :

Le CCBE estime que l'identification des actionnaires doit être encouragée pour autant qu'elle soit acceptée par l'actionnaire ultime (sauf cas de fraude aux dispositions boursières existantes bien sûr), y compris en cas de prêt ou de démembrement de titre donnant lieu à un « *empty voting* ».

Plusieurs Etats membres de l'Union connaissent des dispositifs d'identification, comme la Grande-Bretagne et la France. Ils répondent partiellement au souhait des sociétés cotées de mieux connaître et informer leurs actionnaires mais le CCBE considère que la question de « *l'empty voting* » est distincte.

En outre, il doit être veillé à ne pas restreindre la liquidité des titres ou alourdir le coût financier déjà imposé aux émetteurs dont les titres sont échangés sur un marché réglementé. Enfin, le CCBE rappelle que la réglementation boursière sur les franchissements de seuils permet déjà d'identifier les principaux actionnaires des établissements financiers dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé.

5.4. *Quelles seraient d'autres mesures susceptibles de motiver l'engagement des actionnaires dans le gouvernement d'entreprise des établissements financiers?*

Réponse :

Certain Etats Membres permettent aux sociétés des dispositifs d'octroi de droits de vote doubles en fonction de la durée de détention des actions visant à promouvoir l'engagement des actionnaires de long terme, souvent plus préoccupés par les risques à moyen ou long terme que les actionnaires de court terme. Il est ainsi considéré que la participation des actionnaires des établissements financiers à la gouvernance serait promue tout en contribuant à favoriser une vision de long terme par construction plus prudente. Cette mesure ne suffirait pas à elle seule à garantir un engagement plus constant et éclairé des actionnaires, certains détenteurs pour compte de tiers ne pouvant en bénéficier du fait par exemple des fluctuations de leurs mandants.

6. La mise en œuvre effective des principes en matière de gouvernement d'entreprise

Question générale 6 : Les parties intéressées sont invitées à dire quels seraient, selon elles, les moyens efficaces pour renforcer la mise en œuvre des principes en matière de gouvernement d'entreprise?

Réponse :

Les principes de gouvernement d'entreprise constituent généralement un ensemble de règles, souvent recensées dans des codes de « bonne conduite », dont le caractère contraignant découle non pas directement de la loi mais d'une convergence des pratiques : d'aucuns qualifient cet ensemble de « *soft law* ».

Le CCBE reste attaché à l'idée que ces principes de gouvernement d'entreprise, fluctuant parfois au gré des modes ou d'événement trop exceptionnels ou trop récents pour être érigés en généralités, ne doivent pas être systématiquement intégrés dans la loi. Seules les mesures strictement nécessaires doivent gagner une valeur contraignante et le caractère contractuel et réactif de l'économie moderne doit être préféré à une tentation d'économie administrée. A cet égard, le CCBE propose que soit passées en revue les recommandations existantes émanant de la « *soft law* » et que soient identifiées celles (i) qui n'ont pas été mises en œuvre par les établissements financiers et (ii) qui auraient pu contribuer à prévenir ou limiter la crise des années 2007 et suivantes. Cette démarche empirique pourrait le cas échéant mener à la mise en œuvre de certaines réformes réglementaires plus contraignantes.

Selon le CCBE, l'harmonisation des principes de gouvernement d'entreprise entre les Etats Membres permettrait de favoriser la convergence des pratiques et ainsi créer, des standards internationaux de gouvernement d'entreprise.

Questions spécifiques :

6.1. *Serait-il nécessaire de renforcer les responsabilités des membres du Conseil d'administration?*

Réponse :

Le CCBE s'oppose à ce que la responsabilité des administrateurs soit aggravée. Les dispositifs existants sont déjà importants dans la plupart des Etats membres (sous réserve de notre proposition au paragraphe 4.2) et il semble que ce soit davantage la manière dont les autorités judiciaires ou les superviseurs les appliquent qui nécessite un renforcement pratique.

Deux écueils doivent être évités. En premier lieu, une judiciarisation excessive de la vie des affaires, les nombreux litiges de mise en cause des administrateurs existant aux Etats-Unis depuis de nombreuses années n'ayant pas démontré qu'ils avaient contribué au renforcement des établissements financiers. En second lieu la diffusion au sein des conseils d'administration des établissements financiers d'une aversion systématique à toute forme de risque qui aboutirait à restreindre les octrois de crédits ou d'assurances indispensables au financement de l'économie. L'adoption généralisée d'une forme accentuée de responsabilité des administrateurs ne paraît donc pas souhaitable et une approche plus pragmatique, au cas par cas, devrait être privilégiée en favorisant la compétence accrue, une plus grande transparence, un contrôle plus étroit des auditeurs

Conseil des barreaux européens – Council of Bars and Law Societies of Europe

association internationale sans but lucratif

Avenue de la Joyeuse Entrée 1-5 – B 1040 Brussels – Belgium – Tel.+32 (0)2 234 65 10 – Fax.+32 (0)2 234 65 11/12 – E-mail ccbe@ccbe.eu – www.ccbe.eu

09.09.2010

externes et des superviseurs et, enfin, des conditions de rémunération prenant en compte le moyen et le long terme.

En revanche, le CCBE juge souhaitable de renforcer les moyens dont disposent les administrateurs afin d'être correctement informés de la situation de l'établissement financier.

6.2. *La responsabilité civile et pénale des administrateurs devrait-elle être renforcée, en tenant compte du fait que les règles en matière pénale ne sont pas harmonisées au niveau européen?*

Réponse :

A la connaissance du CCBE, la Commission est sur le point de publier une consultation sur les sanctions applicables aux administrateurs. Le CCBE réserve donc sa réponse à cette question dans l'attente de la consultation.

7. La rémunération

Question générale 7 : Les parties intéressées sont invitées à dire selon quelles modalités la cohérence et l'efficacité en matière de rémunération des dirigeants des sociétés cotées pourraient être renforcées?

Réponse :

La directive 2003/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation ainsi que Règlement européen (CE) n° 809/2004 de la Commission mettant en œuvre cette directive ont accru l'obligation de transparence de ces éléments de rémunération des dirigeants. Cette transparence est certainement une des clés pour lutter contre les éventuels excès.

Toute action de l'Union européenne en matière de rémunération devra selon nous s'accompagner du même souci de transparence.

Dans la recherche de l'efficacité, il pourrait être insisté davantage sur les restrictions aux rémunérations excessives parce qu'attribuées hors du cadre normal des rémunérations. Sont très décriés, surtout dans des circonstances économiques difficiles pour les sociétés cotées, l'ensemble des rémunérations dites « différées » (« *golden parachutes* », « retraite chapeau », etc.). Le CCBE souhaite également attirer l'attention de la Commission européenne sur les rémunérations versées aux dirigeants lors de leur prise de fonctions (également appelées « *welcome bonus* » ou encore « *golden hellos* ») lesquelles sont souvent négligées par la législation. Les rémunérations fixes et variables annuelles se justifient d'autant plus qu'elles s'inscrivent dans la durée et non dans l'attribution à la fin d'un mandat ou contrat.

Dans ce contexte, il pourrait ainsi être envisagé des fourchettes de parts fixes et variables pour les rémunérations annuelles, une limitation du montant et des conditions d'octroi des rémunérations différées (avec ajout d'une condition de performance) et une limitation des clauses de non concurrence et autres rémunérations pour départ à la retraite. Par ailleurs, les « *welcome bonus* » devraient également faire l'objet de mesures de transparence préalablement à la prise de fonctions.

Sont présentées ci-après, les positions du CCBE sur les questions spécifiques adressées par la Commission européenne.

Questions spécifiques:

7.1. *Quel pourrait être le contenu et la forme, contraignante ou non-contraignante, de possibles mesures additionnelles au niveau de l'UE en matière de rémunération de dirigeants de sociétés cotées?*

Réponse :

Chaque rémunération doit bien évidemment refléter le contexte du groupe concerné ainsi que les caractéristiques, qualités des dirigeants concernés. Il est donc nécessaire de ne pas fixer une règle

unique, rigide mais il pourrait être envisagé des recommandations sur la détermination des parts fixes par rapport aux parts variables.

Par ailleurs, il serait envisageable de fixer des obligations d'information rapide et claire des actionnaires en cas de versement de rémunérations exceptionnelles.

7.2. *Considérez vous que les problématiques liées aux options d'actions des dirigeants devraient être abordées? Si oui, de quelle manière? Faut-il réglementer au niveau communautaire, voire interdire leur octroi?*

Réponse :

Non. Le livre vert n'expose pas les « problématiques liées aux options d'actions des dirigeants », ce qui rend la réponse difficile mais par principe le CCBE ne pense pas que la suppression des options d'achat des dirigeants permette de régler les éventuelles dérives des établissements financiers constatées ces dernières années. Il est au contraire important que les dirigeants soient intéressés aux résultats de la société sur la durée tout en assumant un risque.

En cela, les options d'achat ou de souscription d'achat nous semblent à privilégier par rapport aux actions attribuées gratuitement qui, au moins en France, bénéficient d'avantages fiscaux quasi identiques sans nécessiter le moindre paiement d'un prix d'achat ou de souscription par le dirigeant. Quelque soit le cours de bourse au moment de l'octroi, les actions attribuées gratuitement sont toujours intéressantes alors que si le prix d'achat ou de souscription de l'option est plus élevé que le cours de bourse, le dirigeant ne l'exercera pas. Ce faisant, l'un des inconvénients des options – le risque d'inciter les dirigeants à privilégier le court terme abusivement serait combattu.

De même, il nous semble important que les options ne puissent être exercées qu'à l'expiration d'un certain délai et ne puissent plus l'être dans des circonstances de certains départs conflictuels des dirigeants.

Enfin, l'instillation de l'élément de risque pourrait consister dans l'obligation pour le dirigeant de conserver, pendant quelques années, une partie importante des actions qui lui auront été octroyées après l'exercice de ses options.

7.3. *Tout en respectant les compétences des Etats membres, pensez-vous que le traitement fiscal favorable des options d'actions et autres rémunérations similaires existant dans certains Etats membres contribue à favoriser la prise de risques excessive? Dans l'affirmative, cette question doit-elle être discutée au niveau communautaire?*

Réponse :

Le lien entre le traitement fiscal des options et le niveau de prise de risques des établissements financiers est discuté. Comme indiqué ci-avant au paragraphe 7.2, le CCBE est d'abord favorable à ce que l'effet dommageable éventuel des options soit combattu par une incitation, voire éventuellement une obligation, de conservation longue et de période d'exercice des options repoussée dans le temps. Ce faisant, les enjeux de moyen et de long terme seront également pris en compte. Sous cette réserve, le CCBE n'est pas opposé à ce que les droits nationaux relaient cette approche à long terme dans leur fiscalité.

7.4. *Pensez-vous que le rôle des actionnaires mais également des employés et de leurs représentants dans l'établissement des politiques de rémunération devrait être renforcé?*

Réponse :

La pratique a démontré que les actionnaires de nombreuses sociétés cotées expriment un vote favorable sur les « rémunérations différées » qui sont, par exemple en droit français, soumises à l'approbation de l'assemblée générale. Le CCBE constate que le contrôle des actionnaires, même lorsqu'il est prévu par la réglementation, est assez limité dans la pratique. Il est souhaitable pour les administrateurs et les principaux dirigeants dans leur ensemble, pas au delà.

De même, le CCBE n'est pas d'avis que le rôle des salariés puisse aider à éviter les éventuelles dérives. L'intervention des salariés risquerait, au contraire, de susciter de graves tensions voire de paralyser le dialogue social.

7.5. *Que pensez vous des indemnités de départ (dites "parachute doré")? Faut-il réglementer au niveau communautaire, voire interdire leur octroi? Si oui, de quelle manière? Leur attribution doit-elle uniquement rémunérer une réelle performance des administrateurs?*

Réponse :

Il convient en premier lieu de distinguer les indemnités de départ de droit commun, indemnisant par exemple le dommage né des conditions de départ ou de l'ancienneté des « golden parachute » contractuelles et préétablies. Le CCBE estime qu'il faut en effet réglementer les « rémunérations différées » (lesquelles visent non seulement les parachutes dorés mais également d'autres formes de rémunérations octroyées aux dirigeants au moment de leur départ telles que les « *retraites chapeau* ») en rendant leur octroi obligatoirement soumis à une décision des actionnaires réunis en assemblée générale. Le droit communautaire pourrait en poser le principe en laissant aux Etats membres le soin de déterminer les conditions du vote et le champ d'application exacte du dispositif.

En France, il est recommandé que ceux-ci n'excèdent pas plus de deux ans de rémunération tandis qu'en Grande-Bretagne un vote des actionnaires est nécessaire au-delà de deux ans.

Ils doivent par ailleurs venir rémunérer la performance des dirigeants, évaluée à partir de critères qui doivent être objectifs. Un « *golden parachute* » ne doit pas pouvoir être octroyé au seul motif que la société n'a pas fait faillite – la même proposition s'applique à toutes les conditions de rémunération directe ou indirecte des dirigeants et administrateurs des établissements financiers : elles devraient pouvoir être suspendues ou réduites par l'établissement dans des circonstances exceptionnelles plus larges que la seule faillite. Inversement, il doit pouvoir être octroyé dans la mesure du raisonnable. Le ou les critères retenus dans ce domaine doivent être attachés aux performances de la société mais aussi du dirigeant concerné, appréciées au regard des performances du secteur.

Question générale 7 bis: Les parties intéressées sont également invitées à dire si elles considéreraient nécessaire de prendre des mesures complémentaires sur la structure et la gouvernance des politiques de rémunération dans les services financiers. Si oui, quel pourrait être le contenu de ces mesures?

Question spécifique :

7.6. *Pensez-vous que la partie variable des rémunérations dans les établissements financiers ayant reçu des fonds publics devrait être réduite ou suspendue?*

Réponse :

Le CCBE juge impossible de formuler une réponse de principe en la matière ; une approche casuistique doit être privilégiée. En effet, il conviendrait sans doute d'opérer une distinction entre :

- la situation des dirigeants en fonctions auxquels leurs mauvaise gestion a conduit à exposer l'établissement financier à des pertes importantes ayant imposé le recours à des fonds publics. En pareille hypothèse, le CCBE ne s'opposerait pas à ce que ces dirigeants ne puissent percevoir aucune rémunération variable jusqu'au complet remboursement des fonds publics mais pour autant que les fonds publics en question proviennent d'un Etat membre et non de l'Union, il apparaît que c'est à l'Etat membre et à son droit positif d'en décider ;
- la situation des dirigeants nouvellement désignés qui ne sont pas à l'origine des pertes de l'établissement financier. La rémunération variable peut alors constituer un outil d'intéressement au redressement de l'établissement financier.

Enfin, le CCBE souligne que la problématique de la rémunération variable des dirigeants ne doit pas occulter la nécessité d'encadrer également la rémunération variable des opérationnels, et en particulier des opérateurs de marché lesquels ne doivent pas échapper à leurs responsabilités.

8. Les conflits d'intérêts

Question générale 8 : Les parties intéressées sont invitées à dire si elles partagent le constat de la Commission selon lequel, nonobstant les obligations actuelles de transparence en matière de conflits d'intérêts, une seule surveillance par les marchés des situations de conflits d'intérêts n'est pas toujours possible ou effective?

Réponse :

Le CCBE considère que la crise a révélé plusieurs types de conflits d'intérêt qui doivent en effet être combattus d'avantage. Les différents superviseurs nationaux devraient se concerter afin d'harmoniser leur définition des conflits d'intérêt. Par exemple, les agences de notation financière devraient être dissuadées de prodiguer des conseils et autres services payant aux établissements qu'elles notent et les carrières individuelles alternant puissance publique et établissements bancaires devraient être mieux réglementées.

Questions spécifiques:

8.1. *Quel pourrait être le contenu de possibles mesures additionnelles au niveau de l'UE visant à renforcer la lutte et la prévention en matière de conflits d'intérêts dans le secteur des services financiers?*

Réponse :

Voir réponse préliminaire ci-dessus. Par ailleurs, le CCBE juge qu'un plus grand contrôle des activités d'investissement menées par les établissements financiers pour compte propre permettrait de prévenir certains conflits d'intérêts. Le CCBE note que les législations en cours d'adoption aux Etats-Unis visent justement à limiter ou cantonner ces activités pour compte propre.

Par ailleurs, il pourrait être imposé aux banques d'affaires ou banques d'investissement une obligation de révéler leurs éventuels intérêts contradictoires avec ceux de l'un de leur client ou d'un produit financier qu'elles distribuent, en écho aux opérations impliquant aux Etats-Unis Goldman Sachs. Enfin, afin d'assurer une meilleure étanchéité des pouvoirs publics et des superviseurs à l'égard des institutions financières qu'elles ont pour charge de contrôler, le passage de personnalités du secteur étatique au secteur privé (et vice-versa) entraînant un possible conflit d'intérêts, ne pourrait intervenir qu'à l'issue d'un délai raisonnable fixé par la réglementation. Ces principes pourraient être harmonisés au niveau européen.

8.2. *Partagez-vous l'opinion qu'il serait nécessaire, tout en tenant compte des différents modèles juridiques et économiques existants, d'harmoniser le contenu et le détail des règles communautaires relatives aux conflits d'intérêts afin que les différents établissements financiers soient soumis à des règles similaires selon qu'ils doivent appliquer les dispositions de la MiFiD, de la directive sur les "fonds propres réglementaires", de la directive UCITS ou de Solvabilité 2?*

Réponse :

Oui, le CCBE juge opportun d'harmoniser et de simplifier les règles en la matière pour autant que les spécificités liées aux différences de développement financier et bancaire de chaque Etat membre soient prises en compte. La complexité et la multiplication des durcissements réglementaires récents pourraient contribuer à une forme d'insécurité juridique et financière. Il est nécessaire d'adopter des dispositifs plus simples en veillant à ce que les superviseurs européens adoptent de plus en plus une approche consolidée et globale adaptée à la dimension paneuropéenne d'un nombre croissant d'établissements. Le CCBE propose comme indiqué ci-dessus que les différents superviseurs européens soient tenus de procéder à un travail collégial de revue des dispositifs existants dans un délai court et de formulation de réforme privilégiant la généralisation de celles des règles paraissant le mieux à même de combattre l'insécurité financière.