

Réunion du 7 mars 2018 du Cercle de réflexion sur la Gouvernance

Lieu de réflexion et d'échanges entre une vingtaine d'administratrices et d'administrateurs de sociétés du SBF 120, le Cercle a tenu sa neuvième réunion le 7 mars 2018.

Sur les thèmes qui leur sont proposés, les membres du Cercle organisent et orientent leurs débats entre pairs en toute liberté et confidentialité.

La transcription des débats qui est faite ci-dessous en respecte le style direct afin de leur conserver leur spontanéité.

Compte rendu des débats

Thème 1 : Le conseil et la mise en place des dispositifs requis par la loi Sapin II, la loi sur le devoir de vigilance et le Règlement Général sur la Protection des Données (RGPD).

L'exercice 2018 s'ouvre pour les entreprises dans un contexte d'actualité réglementaire particulièrement riche, avec une batterie de nouveaux textes aux échéances déjà fixées ou en passe de l'être dans les tout prochains mois, provenant tant de textes européens que de l'initiative du législateur national.

Pas moins de trois textes imposent des obligations nouvelles aux entreprises dont la violation pourra faire l'objet de sanctions pécuniaires non négligeables :

- la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi « **Sapin II** »,
- la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, dite loi « **Devoir de vigilance** »,
- et enfin, le Règlement Général sur la Protection des Données à caractère personnel du 27 avril 2016, dit « **RGPD** », qui entre en vigueur le 25 mai 2018.

Ce sont de nouveaux enjeux de conformité, mais aussi, au-delà de l'expression de la volonté des pouvoirs publics d'imposer des règles et de responsabiliser les acteurs économiques, ainsi que d'œuvrer pour une plus grande transparence de la vie économique, ces textes mettent l'accent sur des enjeux

d'analyse, de prévention et de gestion des risques, de contrôle interne voire de responsabilité sociétale, qui convergent avec les préoccupations de gouvernance interne des entreprises.

Les trois textes étendent les obligations de mise en conformité à d'autres entités que les seules entreprises visées principalement par les textes. Tant la loi Devoir de Vigilance que le RGPD s'appliquent aux sous-traitants et fournisseurs des sociétés. La loi Sapin II peut s'étendre, quant à elle, aux filiales ou sociétés contrôlées par les entreprises, ce qui en augmente la portée mais n'est pas sans poser des difficultés dans le déploiement des dispositifs.

Dans ce cadre, quels rôle et responsabilités les administrateurs des entreprises concernées - et plus particulièrement les membres de comité d'audit – doivent-ils endosser pour veiller à la mise en place des dispositifs requis par ces lois et règlements ? Sont-ils davantage une contrainte ou un levier dans la mise en œuvre de leur mission ?

Constats d'ensemble

- Un premier constat : sur ce genre de thématiques, il faut bien reconnaître que le conseil est bien content de se reposer sur ses comités (comité d'audit et comité d'éthique) qui lui rendent compte. Une bonne pratique vécue a été, à propos du RGPD, qu'un point d'avancement soit effectué au comité d'audit au 3ème trimestre 2017, auquel est venu s'ajouter un point d'avancement au comité de janvier 2018 sur les 8 mesures de la loi Sapin II, et ce avant le comité stratégique.
- 2^e constat : beaucoup de choses étaient déjà faites dans les grands groupes sur la prévention de la corruption (en termes de formation, cartographie, codes de conduite etc.). Ce qui manquait surtout, c'était l'audit des tiers de premier rang et les contrôles pour prouver que cela fonctionne bien. En ce qui concerne le devoir de vigilance, il y a des recoupements avec la loi Sapin II mais, comme le texte est d'appréhension plus difficile, c'est souvent un peu moins clair dans l'esprit des administrateurs...

- Dans une société, un responsable de la conformité a été recruté pour couvrir le champ complet, y compris l'éthique, les droits de l'homme etc. Le comité d'éthique rapporte au comité d'audit. Un président totalement extérieur a été nommé à la présidence de ce comité pour renforcer le dispositif et répondre aux dispositions légales supplémentaires.
- Il est in fine assez sécurisant pour le conseil quand les deux comités (éthique et audit) disent qu'ils ont examiné les dispositifs déployés et qu'ils leur paraissent satisfaisants. Les deux comités auditionnent des responsables, etc. Ce n'est pas que du formel.
- Sur les sujets concernant la vigilance et la prévention de la corruption : il faut bien prendre conscience que ce sont des moyens très importants à mettre en œuvre dans les grands groupes pour se conformer aux exigences. Et ce sont des moyens qui ne sont pas à la portée des entreprises plus petites voire moyennes !
- Certains relèvent également la difficulté de rendre compatibles les exigences du RGPD et les exigences de traçabilité des informations dans certains secteurs d'activité comme, en particulier, les banques ou les entreprises du secteur pharmaceutique. Il n'est pas simple de respecter la réglementation sur les données personnelles tout en se conformant à certaines autres exigences sectorielles qui s'imposent à certaines entreprises. Par ailleurs, l'identification des actionnaires (TPI) est-elle compatible avec le RGPD ? Voilà encore une question, parmi de nombreuses autres...
- En France, le comité d'audit n'a pas d'existence légale et n'est qu'une émanation du conseil. La question de la responsabilité de cet organe et de ses membres face à ces nouvelles exigences est une vraie question car le comité en tant que tel ne prend aucune décision. Le président du comité d'audit porte-t-il une responsabilité formelle ou non ? Dans les pays à risques, il est très compliqué de s'assurer que les fournisseurs de premier rang ont fait le travail en matière de prévention de la corruption. Aller y vérifier sur place les pratiques est difficile à mettre en œuvre. De même le devoir de vigilance, en particulier pour s'assurer des règles relatives à la sécurité et à la santé chez les parties prenantes, est quelque chose de très compliqué à maîtriser.
- Une façon de vérifier est de faire faire des enquêtes en recoupant des informations chez les autres clients à propos de certains fournisseurs. Sinon, on est dans la déclaration d'intention, la signature de chartes, etc.
- On touche ici à la culture d'entreprise ; l'examen des pratiques et la cartographie des risques ne peuvent pas être complètement externalisés. C'est propre à l'activité, aux « process », à la sincérité de l'entreprise. Et pour les entreprises moyennes, qui n'ont pas de gros moyens, c'est très difficile à supporter et cela génère une vraie inquiétude des administrateurs.

Obligation de moyens ou de résultat ?

- Juridiquement parlant, ce devoir de vigilance doit-il se traduire par une obligation de moyens ou de résultat pour ce qui est de la responsabilité des administrateurs ? C'est apparemment une obligation de moyens mais ce n'est pas expressément précisé dans la loi. Il y a une inquiétude de savoir si, en cas de problème, la responsabilité du conseil et des comités peut être mise en cause.
- En réalité, les initiateurs de la proposition de loi pour sur le devoir de vigilance ont refusé de retenir une obligation de moyens après de longs débats sur le sujet. On en trouve la trace dans les travaux parlementaires. Le concept de « diligences raisonnables » (sans définition) est entré dans le champ de la loi mais pas plus.
- De toute façon, obligation de moyens ou de résultat, il n'y a pas une frontière très visible entre les deux. On pourra toujours dire que, compte tenu du résultat, les moyens mis en œuvre étaient insuffisants. Démontrer devant un tribunal que l'on a mis en place les éléments nécessaires permettrait sans doute de mitiger l'amende finale, mais on risque malgré tout de se faire rattraper.
- En tout état de cause, l'inscription dans la loi de ces mesures - dont l'application n'est pas si aisée - est « dangereuse » : les mandataires sociaux (notamment présidents non exécutifs et directeurs généraux) ont ici un vrai sujet !

Rôle et responsabilité du comité d'audit

- Le comité d'audit est sensibilisé depuis assez longtemps, mais il est difficile de faire de la pédagogie au conseil sur ces sujets. Le temps de compte rendu est très limité et il est difficile d'avoir suffisamment de temps pour faire passer à la fois la pédagogie et la conviction à ces propos, notamment pour être sûr que l'on est bien d'accord et conscient collectivement que cela implique de se priver de certaines pratiques et de renoncer à s'exposer à certains risques ou pertes d'opportunité financière pour respecter les textes.
- Les travaux du comité d'audit, au regard du contrôle de l'indépendance des auditeurs externes, sont contrôlés par le H3C et il y a des amendes possibles en cas d'insuffisance constatée. Ce n'est plus la responsabilité du conseil, mais c'est bien celle du comité d'audit uniquement.
- Vu le temps passé et la responsabilité accrue, les membres du comité ne sont pas rémunérés en conséquence. Le président du comité d'audit de sociétés financières a de lourdes responsabilités car il faut bien voir que, dans le secteur bancaire, la BCE a la possibilité de l'interpeller directement.
- Le comité d'audit a de plus en plus de « substance légale », pas seulement dans les banques, même s'il n'a pas d'existence et de personnalité juridiques. On se voile la face

en France. A quoi servira le reste du conseil si, in fine, peu à peu tout se déverse sur le comité d'audit et sur les autres comités spécialisés ?

- Tenir un conseil entièrement consacré à l'identification des risques est en tout cas une excellente pratique. L'exemple est donné d'une réunion régulière conjointe de tous les comités (ce qui fait que tout le conseil se retrouve au complet) dans cet objectif. Cela solennise l'importance des enjeux et assure la solidarité de tous dans l'examen des risques. Un compte rendu de cette réunion conjointe est rédigé et des plans d'action sont suivis dans le temps. Ce n'est pas une réunion formelle du conseil, mais, au moins, ces PV font la preuve que les administrateurs ont travaillé et que ces points ont été examinés sérieusement.

Rôle des commissaires aux comptes

- Le rôle des commissaires aux comptes est ressenti comme légitime dans les conseils, qu'ils s'intéressent à la conformité, au RGPD, etc. Il est souligné, au passage, qu'on a parlé de l'obligation de moyens ou de résultat, mais quid de l'obligation de sincérité qui n'est pas définie par la loi ?
- Une discussion s'engage sur le rapport complémentaire des auditeurs au comité d'audit et le nouveau rapport des commissaires aux comptes avec les « Points Clefs de l'Audit ». Certains trouvent ce nouveau format de rapport très bien, tout en notant qu'il nécessite plus d'échanges entre le comité d'audit et les auditeurs. Il permet en effet à chacun de prendre ses responsabilités et appelle l'attention sur ce qui est vraiment essentiel, ce qui facilite le travail du comité d'audit. Cela conduit aussi à un vrai dialogue très opérationnel qui oblige à entrer plus en profondeur sur les sujets. Une interrogation toutefois : les demandes d'affirmation auprès de la direction ont-elles été inflationnistes ?

Thème 2 : Propositions de révision du code AFEP-MEDEF

Dans le contexte du débat ouvert par le futur projet de loi « PACTE » - qui a fait l'objet du second thème de discussion de la réunion du Cercle le 6 décembre – l'AFEP et le MEDEF ont décidé de soumettre à la consultation des propositions de révision du code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées qui sont présentées dans le communiqué commun reproduit ci-dessous.

Cette consultation, ouverte pendant six semaines à partir du 28 février 2018 sur le site Internet : <http://consultation.codeafepmedef.fr/> a pour objectif d'encourager les contributions de tous ceux qui souhaitent, par la régulation professionnelle, inscrire l'entreprise dans une démarche de progrès constant. Les commentaires reçus seront analysés et rendus publics par une instance indépendante.

Cette révision est guidée par la volonté de **contribuer de manière constructive au débat sur les missions de l'entreprise et sa contribution à l'intérêt général.**

Convaincus que le droit souple est la meilleure façon de progresser dans la recherche de l'intérêt de long terme, l'AFEP et le Medef proposent une révision du Code affirmant explicitement qu'au cœur des missions du conseil d'administration figurent la prise en compte du long terme et des conséquences sociales, sociétales et environnementales de l'activité de l'entreprise.

Les évolutions proposées portent notamment sur :

• La création de valeur à long terme

Dans la continuité de la révision du Code en novembre 2016, qui avait expressément introduit le thème de la responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) parmi les missions du conseil d'administration, il est proposé que le conseil s'attache à promouvoir la création de valeur sur le long terme en tenant compte des dimensions sociale, sociétale et environnementale des activités de l'entreprise. Ces considérations de RSE doivent également être prises en compte dans la fixation de la rémunération des dirigeants. Dans ce contexte, le conseil pourra proposer de faire évoluer l'objet social, s'il l'estime opportun. Cette proposition mettra le Code de gouvernement français au niveau des standards internationaux les plus exigeants.

• Les administrateurs salariés

Afin d'assurer une représentation des administrateurs représentant les salariés là où se prennent les décisions stratégiques, il est proposé que ces derniers soient désignés au sein de la société qui applique le Code. Par ailleurs, le Code recommande toujours que l'administrateur salarié participe au comité des rémunérations.

- Les engagements des entreprises en matière de non-discrimination et de diversité portés au plus haut niveau

Pour amplifier la portée des engagements en matière de non-discrimination et de diversité, il est proposé que le conseil s'assure que les dirigeants mettent en œuvre une politique en ce domaine, notamment en ce qui concerne la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des instances dirigeantes.

• Le Haut Comité de gouvernement d'entreprise

Dans ce même esprit, il est proposé de faire évoluer le profil des dirigeants susceptibles de composer le HCGE, dont il ne sera plus exigé qu'ils aient exercé des mandats exécutifs.

Enfin, d'autres propositions convergent avec les recommandations formulées par l'AMF et par Mme Agnès Touraine et M. Stanislas Guérini dans le cadre de leur mission sur le « Partage de la valeur et engagement sociétal des entreprises ».

(Texte intégral du code comportant les modifications proposées : <http://consultation.codeafepmedef.fr/>)

Modification proposée sur la création de valeur à long terme

- Le code révisé propose, parmi les missions du conseil, la création de valeur à long terme pour l'entreprise, intégrant la RSE dans la vision prospective de l'entreprise. Mais tout cela existe déjà ! Quant à la création de valeur, quid alors des fonds d'investissement qui investissent pour doubler leur mise en deux ans ?
- On n'est plus dans le trimestriel mais les investisseurs demandent du trimestriel. Ce n'est donc pas inutile que certaines mesures viennent équilibrer l'ensemble....
- Il ne faut pas mélanger les sujets : la création de valeur à long terme va bien au-delà de la RSE. Il faut lire dans le texte : « en tenant compte de la RSE ». Ça ne se recoupe pas complètement.
- Ce sujet est pertinent en « soft law », pourquoi pas. La RSE est une notion que chacun définit à sa manière, ce n'est pas normé. C'est pourquoi on a peut-être raison de parler de création de valeur à long terme et pas de RSE.
- Les notations par des agences externes de RSE permettent d'avoir des points de comparaison sectoriels : bien-être des salariés, travail des enfants, pollution etc. C'est entré dans les mœurs et le conseil en tient compte dans les critères d'évaluation des dirigeants mandataires sociaux.
- Comment mesure-t-on la création de valeur à long terme : par référence à la valeur d'entreprise ? Ces propositions mélangent tous les critères dans le code AFEP MEDEF : création de valeur, RSE, objet social, voire la diversité. Qu'est-ce que cela vient faire là ?
- On soumet à consultation ces propositions mais c'est un contre-feu en prévention de la loi PACTE que l'on ne connaît pas encore. Il ne faut pas y chercher une logique. On a mis dedans les mots qui - on l'espère- vont « désarmer » la future loi PACTE. C'est une tactique pour éviter trop d'inconvénients dans cette dernière.

Modification proposée portant sur les administrateurs salariés :

- Il y a beaucoup de cas où il n'y a pas de salarié dans la holding. Cela peut avoir été fait exprès, et c'est le sens caché de la phrase « Là où se prennent les décisions stratégiques ». Il faudrait que ce soient de vrais salariés représentatifs.
- Cette phrase constitue une régression par rapport aux exigences légales actuelles. Car aujourd'hui deux modes de désignation sont possibles, par les comités d'entreprise français ou par les comités européens, ce qui fait qu'on peut avoir des salariés étrangers. La « soft law » ne peut pas réduire les dispositions légales !
- Il faut que les administrateurs salariés soient dans les comités des rémunérations, c'est déjà le cas, mais surtout pas dans les comités de nomination.

Modification proposée sur les engagements en matière de non-discrimination et de diversité

- C'est déjà le cas. En fait, ce sont les comités exécutifs qui sont visés.

Modification proposée sur le Haut Comité de gouvernement d'entreprise

- Cette « soft law » crée de la bureaucratie, du stress, de la paperasse. Il vaut mieux une loi. Elle a tendance à être interprétée au carré, reprise par l'AMF, puis par d'autres institutions. S'il y a un consensus sur des dispositions, pourquoi ne pas les inscrire dans la loi ? Ce serait d'ailleurs plus sécurisant pour tout le monde.
- La « soft law » commence à devenir extrêmement perturbante et c'est un processus totalement inflationniste. Elle a été faite pour éviter des dispositions légales mais celles-ci sont adoptées de toute façon, donc ça ne fait que rajouter des choses.