

ARTICLE

CORPORATE GOVERNANCE : QUELLES ACTUALITÉS RÉCENTES ?

Private Equity Corporate - M&A | 19/07/18 | Jérôme Brosset Virginie Desbois

Les sujets de *corporate governance* et de Responsabilité Sociale des Entreprises (RSE) sont devenus pour les entreprises à la fois un enjeu incontournable et un outil de communication interne et externe, les plaçant ainsi au cœur de leurs préoccupations.

Leur importance est également reflétée par l'adoption récente d'une série de dispositions législatives s'ajoutant et s'intégrant à un dispositif de « *soft law* », ces deux corpus de règles se complétant et étant amenés à évoluer, parfois en réaction à certaines affaires.

Si l'année 2017 a vu apparaître des dispositifs largement commentés en ce domaine, tels que la loi du 27 mars sur le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre ou l'ordonnance n°2017-1180 du 19 juillet relative à la déclaration de performance extra-financière[1], lesquels suivaient l'instauration par la loi Sapin 2 du 9 décembre 2016 du plan de prévention des faits de corruption ou de trafic d'influence, l'année 2018 apportera également sa pierre à l'édifice, même si les mesures attendues (ou déjà prises) pourront sembler plus timides.

Cet article propose de faire un panorama rapide de l'actualité récente en la matière et des points d'attention pour les prochains mois.

1- Le projet de loi PACTE[2]

Le projet de loi PACTE, présenté en Conseil des ministres le 18 juin dernier et qui devrait être examiné par le Parlement à la rentrée, contient en particulier deux sujets de *corporate governance*.

Il prévoit en effet d'augmenter le nombre d'administrateurs (ou de membres du conseil de surveillance) représentant les salariés et dont la nomination est rendue obligatoire dans les sociétés d'une certaine taille[3]. Le seuil au-dessus duquel le nombre d'administrateurs (ou de membres du conseil de surveillance) représentant les salariés serait abaissé à 8 (au lieu de 12)[4].

Mais surtout, le projet de loi PACTE consacre une place importante aux enjeux sociaux et environnementaux en ajoutant l'alinéa suivant à l'article 1833 du code civil, article ayant vocation à s'appliquer à l'ensemble des sociétés : « *la société est gérée dans son intérêt social et en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité.* »

L'article 1835 du code civil serait par ailleurs modifié afin de permettre aux statuts d'une société de préciser le cas échéant « *la raison d'être dont la société entend se doter dans la réalisation de son activité.* »

Il serait également indiqué que le conseil d'administration (ou le directoire de la société anonyme) doit déterminer les orientations de la société « *conformément à son intérêt social et en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux* » et prendre en compte la raison d'être de la société si celle-ci est définie par les statuts.

Les modifications envisagées appellent les remarques suivantes :

- Cette version est différente de l'avant-projet. La rédaction retenue en l'état, après avis du Conseil d'Etat, sépare la notion d'intérêt social et la prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux afin de renforcer la sécurité juridique des décisions de la société. Cela étant, le projet de loi PACTE accorde, à côté de l'intérêt social, une place tout aussi importante dans la gestion de la société aux enjeux sociaux et environnementaux, ce qui ne manquera pas (en cas d'adoption) de susciter des interrogations sur l'étendue de la responsabilité des dirigeants face à une prise en compte jugée insuffisante de ces enjeux.

- La notion d'intérêt social, qui occupe déjà une place essentielle en droit des sociétés (s'agissant en particulier des sujets de responsabilité des dirigeants et des associés), est intégrée dans les dispositions générales applicables à toute société sans pour autant être définie. Il sera rappelé à cet égard les deux conceptions de cette notion, à savoir (i) une première restrictive faisant coïncider l'intérêt social avec l'intérêt commun des actionnaires et (ii) une seconde plus large englobant l'intérêt de l'entreprise exploitée par la société et à travers elle les intérêts de tous les « stakeholders »[5].

- Le non-respect du nouvel alinéa qui serait ajouté à l'article 1833 susvisé ne pourrait cependant pas être utilisé à l'effet de demander la nullité de la société, contrairement à l'exigence pour la société d'avoir un objet licite et d'être constituée dans l'intérêt commun des associés[6].

- Tout en restant distinct de l'objet social, il serait permis aux entreprises de se doter d'une raison d'être, la définition d'une telle raison étant toutefois facultative.

2- La révision de juin 2018 du Code de gouvernement d'entreprise AFEP MEDEF (« le Code AFEP MEDEF »)

Si le thème de la RSE avait été introduit dès la révision de novembre 2016[7], la dernière révision du Code AFEP MEDEF, adoptée par la quasi-totalité des entreprises du SBF 120, multiplie la référence aux enjeux sociaux et environnementaux puisqu'ils sont intégrés à plusieurs reprises et en particulier au sein des dispositions suivantes[8] :

- Mission du conseil d'administration : paragraphe placé en tête du code (&1.1), il est précisé que le conseil « s'attache à promouvoir la création de valeur par l'entreprise à long terme en considérant les enjeux sociaux et environnementaux de ses activités. » Le contrôle du plan de prévention et de détection de la corruption instauré par la loi Sapin 2 susvisée est également intégré dans les missions du conseil (&1.6).

- Formation des administrateurs (& 12.1) : les administrateurs peuvent bénéficier d'une formation complémentaire sur les enjeux en matière de responsabilité sociale et environnementale.

- Attributions du comité d'audit (&15.2) : l'examen des comptes doit être accompagné d'une présentation par la direction décrivant l'exposition des risques, y compris de nature sociale et environnementale.

- Rémunération des dirigeants mandataires sociaux exécutifs (& 24.1.1) : un ou plusieurs critères liés à la responsabilité sociale et environnementale doivent être intégrés par le conseil dans les principes de détermination de la rémunération.

Par ailleurs, la dernière révision du Code AFEP MEDEF se concentre sur la composition et le fonctionnement des conseils. Les mesures suivantes sont prévues :

- Administrateur référent (&3.2 et 3.3) : ce dernier peut être désigné parmi les administrateurs indépendants (l'exigence d'indépendance n'étant plus une simple préconisation), notamment lorsque le Président du conseil cumule ses fonctions avec celles de Directeur Général. L'administrateur référent peut se voir confier des missions particulières en matière de gouvernance ou de relations avec les actionnaires. A noter cependant le caractère facultatif de cette nomination, même en cas de non dissociation des fonctions de Président et de Directeur Général, contrairement au souhait exprimé par certains, notamment la Direction du Trésor.

- Administrateurs représentant les salariés (&7.1) : le Code révisé recommande de faire siéger les administrateurs représentant les salariés (élus ou désignés en application des exigences légales) au conseil de la société qui se réfère au Code AFEP MEDEF. Lorsque plusieurs s'y réfèrent, les conseils doivent déterminer la ou les sociétés éligibles à cette recommandation[9].

- Transparence de l'information (&10.1 et &13.4) : le rapport sur le gouvernement d'entreprise doit indiquer la participation individuelle des administrateurs aux séances du conseil et des comités du conseil. Par ailleurs, lors de la nomination ou le renouvellement d'un administrateur, les raisons pour lesquelles la candidature est proposée à l'assemblée générale devront être présentées.

- Conflits d'intérêt (&19) : le Code révisé précise désormais qu'en cas de situation de conflit d'intérêts, même potentiel, l'administrateur doit s'abstenir d'assister au débat (et non, seulement de participer au vote de la délibération) et entérine ainsi une recommandation de l'AMF en ce sens.[10]

- Composition du conseil (&6.2) : s'agissant de la composition du conseil et des comités, la diversité doit s'étendre (en plus de la représentation des hommes et des femmes, des nationalités et des expériences) à l'âge et aux qualifications professionnelles. Doit être rendue publique une description de la politique de diversité.

D'après le baromètre IFA-Ethics &Boards de la composition des conseils du CAC 40 publié en juin 2018, 39% des administrateurs du CAC 40 sont des extranationaux (contre 15% pour le S&P 100 aux Etats-Unis), dont plus de la moitié vient d'Europe. Par ailleurs, le CAC 40 compte désormais 42,5% de femmes dans ses conseils (+0,7 point en un an) satisfaisant ainsi à l'exigence des 40% posée par la loi du 27 janvier 2011.

Si ces bons chiffres en termes de mixité et de diversité hommes/femmes placent la France dans le peloton de tête des indices boursiers occidentaux dans ces domaines, la féminisation des instances dirigeantes (i.e. les comités exécutifs ou de direction ou plus largement l'encadrement supérieur) se fait bien plus lentement, ce qui avait été relevé récemment par le Haut Comité de Gouvernement d'Entreprise (HCGE)[11]. Aussi, le Code AFEP MEDEF, dans sa version révisée, encourage à une évolution en prévoyant que le conseil d'administration s'assure « que les dirigeants mandataires sociaux exécutifs mettent en œuvre une politique de non-discrimination et de diversité notamment en matière de représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des instances dirigeantes » (&1.7).

En matière de dispositions relatives à la rémunération des dirigeants, la nouvelle version du Code AFEP-MEDEF apporte des modifications limitées[12]. Le Code révisé traite principalement des accords de non-concurrence conclus avec les dirigeants mandataires sociaux afin d'ajouter les éléments suivants (&23):

- La conclusion d'un tel accord au moment du départ du dirigeant doit être exclue (avant elle devait simplement être motivée).



- Le versement d'une indemnité de non-concurrence doit être exclu si le dirigeant fait valoir ses droits à la retraite ou au-delà de 65 ans[13].
- Lorsqu'elle peut être versée, l'indemnité de non-concurrence doit faire l'objet d'un paiement échelonné pendant toute sa durée.
- Le plafond de deux ans de rémunération (fixe et variable annuelle), lequel englobe également le cas échéant l'indemnité de départ, est en tout état de cause maintenu.

Enfin, il est à noter que la composition du HCGE a été élargie et diversifiée. Cela étant, cette avancée ne répond pas aux critiques soulignant qu'il est anormal que les investisseurs financiers ne participent pas directement à sa rédaction et soient seulement consultés et que les membres du HCGE soient nommés par le MEDEF et l'AFEP seuls, ce qui empêche d'en faire un code de place.

3- Le rapport de l'IFGE[14] d'avril 2018 portant sur les entreprises faisant référence au code Middlenext[15] au cours de l'exercice 2016

La publication du rapport susvisé de l'IFGE est également riche en enseignements. En effet, le code Middlenext, qui présente l'avantage de laisser plus de souplesse dans les règles de gouvernance que le Code AFEP MEDEF afin de les adapter à la réalité et à la diversité des entreprises qui s'y réfèrent, est très utilisé.

Au 31 décembre 2016, 186 entreprises des compartiments A, B et C d'Euronext faisaient référence au code Middlenext[16], lequel semble également servir de référence à certaines sociétés non cotées ou cotées sur Euronext Growth[17].

Parmi les apports du rapport de l'IFGE, il est intéressant de relever qu'au 31 décembre 2016 pour les sociétés d'Euronext se référant au code Middlenext[18] :

- 76% des sociétés adoptent la forme moniste.
- Parmi les sociétés monistes, 35% ont procédé à une dissociation des fonctions de président et directeur général (contre 19 groupes sur les 40 groupes du CAC 40).
- Les conseils sont composés de 31% d'administratrices et de 36% de femmes dans les conseils de surveillance (contre 42% en moyenne pour le SBF 120).
- Les conseils sont composés de 37% d'administrateurs indépendants et de 49% d'indépendants dans les conseils de surveillance (contre 56,7% dans les conseils d'administration du SBF 120 et 68% dans les conseils du CAC 40[19]).
- Le taux moyen de participation dans les conseils est de 88% avec une moyenne de réunions de 6,8 par an (contre (i) 8,4 conseils en moyenne dans l'année pour le SBF 120 et (ii) un taux d'assiduité moyen pour les réunions des conseils du CAC 40 de plus de 93% et une moyenne de réunions de 9 fois par an).

[1] Remplaçant cependant l'ex rapport RSE.

[2] Plan d'Action pour la Croissance et la Transformation des Entreprises.

[3] SA (ou SCA) qui emploient, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins 1000 salariés permanents dans la société et ses filiales, directes ou indirectes, dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins 5000 salariés permanents dans la société et ses filiales, directes ou indirectes, dont le siège social est fixé sur le territoire français et à l'étranger (articles L.225-27-1 et L.225-79-2 du code de commerce). Une société n'est pas soumise à l'obligation susvisée dès lors qu'elle est la filiale, directe ou indirecte, d'une société elle-même soumise à cette obligation.

[4] Etant rappelé que les administrateurs représentant les salariés ne sont pas pris en compte pour apprécier la proportion de femmes et/ou d'administrateurs indépendants dans les conseils d'administration (article L.225-27-1 II, al.2 du code de commerce et article 8.3 du Code AFEP-MEDEF)

[5] Parmi lesquels les salariés, les créanciers, les clients, les fournisseurs ou sous-traitants.

[6] Le projet d'article 1844-10 modifié ne couvre en effet que la violation de l'article 1833, dans sa rédaction actuelle (et devenant l'alinéa 1), en tant que cause de nullité de la société.

[7] Anciens &3.1 et &4.2 devenus les & 1.4 et &4.3.



[8] A noter également le dernier baromètre IFA- Ethics &Boards sur la composition des conseils du SBF 120 qui fait état de la création en hausse d'un comité consacré à l'éthique ou à la RSE (45 en 2017 contre 33 en 2013).

[9] D'après le baromètre IFA-Ethics &Boards de la composition des conseils du CAC 40 publié en juin 2018, 72,5% des conseils d'administration ont au moins un administrateur représentant les salariés ou des salariés actionnaires.

[10] Proposition n°27 de la recommandation AMF n°2012-05 sur les assemblées générales d'actionnaires de sociétés cotées (mise à jour en octobre 2017).

[11] Rapport du HCGE 2017, p.22.

[12] L'institut Français des Administrateurs (IFA), notamment, appelle à d'autres révisions s'agissant par exemple des rémunérations exceptionnelles.

[13] A cet égard, on notera que le HCGE a récemment considéré que les conditions de départ d'un ancien PDG d'un groupe de distribution ne respectaient pas les préconisations du Code AFEP-MEDEF, l'indemnité de non-concurrence consentie ressemblant de fait fortement à une indemnité de départ à la retraite.

[14] Institut Français de Gouvernement des Entreprises.

[15] La dernière révision de ce code date de septembre 2016.

[16] Principalement des PME et des ETI ayant un actionariat relativement concentré, même si, en tendance, des sociétés à actionariat faiblement concentré font référence de plus en plus à ce code.

[17] Lesquelles ne sont pas juridiquement tenues de faire référence à un code de gouvernement d'entreprise, contrairement aux sociétés cotées sur un marché réglementé.

[18] Ces données proviennent du rapport susvisé de l'IFGE, du baromètre IFA-Ethics &Boards de la composition des conseils du CAC 40 publié en juin 2018 et du baromètre IFA-Ethics &Boards de la composition des conseils du SBF 120 à fin 2017.

[19] Par ailleurs, 89% des administrateurs n'ont qu'un mandat au sein de l'indice (contre 86% dans le SBF 120).
