

Transposition en droit français de la huitième directive sur le contrôle légal des comptes - l'encadrement légal des comités d'audit

Paris

Le 11 février 2009

L'ordonnance n° 2008-1278 du 8 décembre 2008 (l'« Ordonnance ») publiée au Journal Officiel du 9 décembre 2008 transpose en droit français la huitième directive sur le contrôle légal des comptes (Directive 2006/43/CE) (la « Directive »).

L'Ordonnance fait obligation aux sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, aux établissements de crédit, aux entreprises d'assurance, ainsi qu'à certaines autres entités, d'établir un comité d'audit ou, si elles en ont d'ores et déjà établi, de se conformer aux règles désormais applicables à de tels comités, notamment quant à leur composition, leur fonctionnement, leur rôle et leurs relations avec les contrôleurs légaux des comptes.

Ces nouvelles obligations légales, dont l'entrée en vigueur interviendra en fonction des dates d'échéance de mandats d'administrateurs ou de membres de conseils de surveillance dans les entreprises concernées, sont toutefois soumises à certaines exceptions.

Pour les entreprises concernées ayant choisi de se conformer aux recommandations en la matière du Code AFEP-MEDEF de gouvernement d'entreprise¹ (le « Code AFEP-MEDEF »), l'Ordonnance devrait avoir des implications limitées. Pour les entreprises qui n'avaient pas fait ce choix et pour celles qui n'étaient pas concernées par ces recommandations et qui entrent à présent dans le champ d'application de l'Ordonnance, elles devront instituer un comité d'audit, à moins de faire usage de la faculté prévue par l'Ordonnance de faire exécuter les fonctions du comité d'audit directement par le conseil d'administration ou, selon le cas, le conseil de surveillance.

¹ Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, AFEP MEDEF, décembre 2008, qui consolide le rapport AFEP-MEDEF d'octobre 2003 reflétant les recommandations des rapports Bouton (Rapport du groupe de travail présidé par Daniel Bouton, président de la Société Générale. « Pour un meilleur gouvernement des entreprises cotées ». 23 septembre 2002.) et Viénot (Rapport du Comité sur le gouvernement d'entreprise présidé par M. Marc Viénot. Juillet 1999. Rapport du groupe de travail Association Française des Entreprises Privées / Conseil National du Patronat Français. « Le conseil d'administration des sociétés cotées ». Juillet 1995.) et intégrant les recommandations AFEP-MEDEF de janvier 2007 et octobre 2008 sur la rémunération des mandataires sociaux.

1. Composition du comité d'audit

Aux termes du nouvel article L.823-19 du Code de commerce introduit par l'Ordonnance :

- La composition du comité est fixée, selon le cas, par le conseil d'administration ou le conseil de surveillance. L'Ordonnance n'adopte donc pas l'option permise par la Directive de faire nommer des membres du comité par l'assemblée générale des actionnaires de la société.
- Le comité ne peut comprendre que des membres du conseil d'administration ou, selon le cas, du conseil de surveillance de la société, à « l'exclusion de ceux exerçant des fonctions de direction ». L'Ordonnance ne précise pas la notion de fonction de direction ; l'exclusion qu'elle prévoit semble toutefois se rapprocher de celle recommandée par le Rapport Viénot de 1995 (le comité « *devrait comprendre trois administrateurs, dont aucun exerçant des fonctions de direction générale ou salariale dans l'entreprise* ») et être plus large que celle codifiée à l'article 14.1 du Code AFEP-MEDEF (« *le comité ne doit comprendre aucun dirigeant mandataire social* »).
- Un membre au moins du comité doit présenter des « *compétences particulières en matière financière ou comptable et être indépendant au regard de critères précisés et rendus publics par l'organe chargé de l'administration ou de la surveillance* ». L'Ordonnance ne précise ni les critères d'indépendance ni les critères pour évaluer les compétences particulières du membre concerné. Le soin d'établir ces critères est laissé au conseil d'administration ou de surveillance.

En pratique, la présence d'un nombre minimum d'administrateurs indépendants au comité d'audit est déjà d'usage ; sur ce point, l'Ordonnance est d'ailleurs plus souple que le Code AFEP-MEDEF qui recommande que la part des administrateurs indépendants dans le comité d'audit soit au moins des deux tiers. Par ailleurs, l'Autorité des marchés financiers exige depuis plusieurs années l'identification des administrateurs indépendants ainsi que la publication des critères retenus pour les qualifier ainsi. Nombre de sociétés cotées renvoient à cet égard aux critères d'indépendance du Code AFEP-MEDEF.

L'exigence selon laquelle l'un au moins des membres indépendants du comité d'audit doit disposer de compétences *particulières* en matière

financière ou comptable pourrait constituer un élément nouveau pour certaines sociétés.²

Cependant, pour les sociétés françaises cotées aux États-Unis, l'obligation d'identifier le membre du comité présentant des compétences comptables et financières n'est pas nouvelle. Les règles Sarbanes-Oxley ont en effet prévu une telle identification dès 2003, laissant toutefois aux sociétés la possibilité (rarement utilisée en pratique) de ne pas avoir un tel expert au sein du comité d'audit à condition d'en expliquer la raison. Pour mémoire, les règles américaines définissent les critères à remplir pour pouvoir être considéré comme disposant de telles compétences.³

2. Missions du comité d'audit

L'Ordonnance précise que le comité d'audit doit assurer « *le suivi des questions relatives à l'élaboration et au contrôle des informations comptables et financières* ». Sa mission consiste plus particulièrement à assurer le suivi :

- du processus d'élaboration de l'information financière,
- de l'efficacité des systèmes de contrôle interne et de gestion des risques,
- du contrôle légal des comptes annuels et, le cas échéant, des comptes consolidés par les commissaires aux comptes, et
- de l'indépendance des commissaires aux comptes.

Le comité doit également émettre une recommandation sur les commissaires aux comptes proposés à la désignation par l'assemblée générale ou l'organe exerçant une fonction analogue.

Les sociétés soumises aux dispositions de l'Ordonnance ayant déjà un comité d'audit devront vérifier que les missions ci-dessus sont comprises dans la charte du

² A noter que le Code AFEP-MEDEF recommande déjà que tous les membres du comité des comptes aient « une compétence financière ou comptable » (article 14.3.1). En imposant qu'un membre au moins ait des compétences *particulières* en ces domaines, il semble que l'Ordonnance appelle à un renforcement de l'expertise comptable ou financière au sein du comité.

³ *Form 20-F - Item 16A*. Ce texte établit des critères de compétence précis ; la personne concernée doit notamment avoir acquis une expérience en matière de préparation, d'audit, d'analyse ou d'évaluation d'états financiers et s'être confrontée à des problématiques comptables comparables à celles de la société dont elle se destine à être membre du comité d'audit. Le texte décrit également les modes d'acquisition d'une telle expérience, dont l'exercice (ou la supervision) de fonctions de directeur financier, directeur comptable, contrôleur de gestion, commissaire aux comptes ou autres fonctions similaires.

comité ou le règlement intérieur du conseil. D'une manière générale, les missions évoquées ci-dessus sont similaires à celles recommandées par le Code AFEP-MEDEF.

Le nouvel article L.823-19 du Code de commerce précise par ailleurs que le comité d'audit agit « *sous la responsabilité exclusive et collective* » du conseil d'administration ou de surveillance, s'inscrivant ainsi dans la logique des textes en vigueur qui ne confèrent pas d'autorité propre aux comités d'administrateurs mais les assimilent davantage à un organe d'instruction (cf. article R.225-29 du Code de commerce).

Le nouvel article L.823-19 prévoit que le comité d'audit doit rendre régulièrement compte au conseil d'administration ou de surveillance de l'exercice de ses missions et l'informer sans délai de toute difficulté rencontrée.

3. Obligations du contrôleur légal des comptes à l'égard du comité d'audit

L'Ordonnance a modifié l'article L.823-16 du Code de commerce en prévoyant un renforcement des interactions entre les commissaires aux comptes et le comité d'audit. Selon le nouveau libellé de cet article, les commissaires aux comptes doivent informer le comité d'audit de leur programme général de travail ainsi que des autres éléments d'information qu'ils communiquent habituellement à la direction, au conseil d'administration ou au conseil de surveillance (notamment, irrégularités et inexactitudes relevées dans le cadre de leur mission). Par ailleurs, ils examinent avec le comité d'audit les risques pesant sur leur indépendance et les mesures de sauvegarde prises pour atténuer ces risques. Ils portent également à la connaissance du comité d'audit les faiblesses significatives du contrôle interne, pour ce qui concerne les procédures relatives à l'élaboration et au traitement de l'information comptable et financière, et lui communiquent chaque année une déclaration d'indépendance et une actualisation des informations détaillant les prestations fournies par les membres du réseau auquel les commissaires aux comptes sont affiliés ainsi que les prestations accomplies au titre des diligences directement liées à la mission.

4. Champ d'application de l'obligation d'instituer un comité d'audit

Aux termes du nouvel article L.823-19 du Code de commerce, sont soumis à l'obligation d'instituer un comité d'audit :

- les entités dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé,
- les établissements de crédit,
- les entreprises d'assurances et de réassurances,
- les mutuelles et

- les institutions de prévoyance.

Aux termes du nouvel article L.823-20 du Code de commerce, parmi les entités exemptées des obligations mentionnées à l'article L.823-19 figurent notamment :

- les personnes et entités contrôlées au sens de l'article L.233-16 du Code de commerce, lorsque la personne ou l'entité qui les contrôle est elle-même soumise aux dispositions de l'article L.823-19 ; ainsi, une filiale cotée d'une société cotée est exemptée de l'obligation d'instituer un comité d'audit lorsque la société-mère est soumise à cette obligation ; en pratique, cette faculté n'a sans doute pas vocation à être utilisée par des filiales cotées ayant fait ou faisant appel au marché dans des proportions significatives, les investisseurs (et notamment les investisseurs institutionnels) s'attendant au respect par ces sociétés des meilleures pratiques de marché ;
- les établissements de crédit dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé et qui n'ont émis, de manière continue ou répétée, que des titres obligataires pour un montant total nominal inférieur à 100 millions d'euros, à condition qu'ils n'aient pas publié de prospectus ; et
- les organismes de placement collectif mentionnés à l'article L.214-1 du Code monétaire et financier.

Le nouvel article L.823-20 du Code de commerce prévoit également une exemption pour les entités disposant d'un comité d'audit remplissant les fonctions décrites au nouvel article L.823-19, sous réserve d'identifier cet organe et de rendre publique sa composition. Le texte précise en outre que l'organe en question « *peut être l'organe chargé de l'administration ou l'organe de surveillance* ». Une conséquence pratique importante est donc que les sociétés assujetties à l'obligation d'instituer un comité d'audit peuvent décider de faire exécuter les fonctions d'un comité d'audit par l'organe plénier lui-même, en l'occurrence le conseil d'administration ou le conseil de surveillance.⁴

⁴ A noter que l'Association Nationale des Sociétés par Actions (ANSA) avait considéré, avant la publication de l'Ordonnance, que le conseil de surveillance, en formation plénière, peut exercer la fonction de comité d'audit. ANSA. « Comités d'audit – Le droit et la pratique français sont conformes à la directive sur le contrôle légal des comptes ». Avril 2008.

5. Entrée en vigueur

L'entrée en vigueur de l'obligation d'instituer un comité d'audit interviendra à l'expiration d'un délai de huit mois suivant la clôture de l'exercice ouvert à compter du 1^{er} janvier 2008 au cours duquel un mandat au sein du conseil d'administration ou du conseil de surveillance vient à échéance.

Ainsi, à titre d'exemple, si un mandat d'administrateur est venu à échéance au cours de l'exercice clos le 31 décembre 2008, la société concernée devra se doter d'un comité d'audit au 1^{er} septembre 2009.

Pour plus d'informations sur les questions évoquées ci-dessus, n'hésitez pas à contacter vos interlocuteurs habituels au bureau de Paris ou les associés ou conseil répertoriés sur notre site Internet à la page <http://www.cgsh.com/france>.

CLEARY GOTTLIEB STEEN & HAMILTON LLP

PARIS

12, rue de Tilsitt
75008 Paris, France
33 1 40 74 68 00
33 1 40 74 68 88 Fax

NEW YORK

One Liberty Plaza
New York, NY 10006-1470
1 212 225 2000
1 212 225 3999 Fax

WASHINGTON

2000 Pennsylvania Avenue, NW
Washington, DC 20006-1801
1 202 974 1500
1 202 974 1999 Fax

BRUSSELS

Rue de la Loi 57
1040 Brussels, Belgium
32 2 287 2000
32 2 231 1661 Fax

LONDON

City Place House
55 Basinghall Street
London EC2V 5EH, England
44 20 7614 2200
44 20 7600 1698 Fax

MOSCOW

Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP
CGS&H Limited Liability Company
Paveletskaya Square 2/3
Moscow, Russia 115054
7 495 660 8500
7 495 660 8505 Fax

FRANKFURT

Main Tower
Neue Mainzer Strasse 52
60311 Frankfurt am Main, Germany
49 69 97103 0
49 69 97103 199 Fax

COLOGNE

Theodor-Heuss-Ring 9
50668 Cologne, Germany
49 221 80040 0
49 221 80040 199 Fax

ROME

Piazza di Spagna 15
00187 Rome, Italy
39 06 69 52 21
39 06 69 20 06 65 Fax

MILAN

Via San Paolo 7
20121 Milan, Italy
39 02 72 60 81
39 02 86 98 44 40 Fax

HONG KONG

Bank of China Tower
One Garden Road
Hong Kong
852 2521 4122
852 2845 9026 Fax

BEIJING

Twin Towers – West
12 B Jianguomen Wai Da Jie
Chaoyang District
Beijing 100022, China
86 10 5920 1000
86 10 5879 3902 Fax