

La Lettre

de l'AFGE

Lettre d'information sur le gouvernement d'entreprise

N°9 MARS 2006

EDITORIAL

CONTROLE INTERNE DE L'ENTREPRISE ET RESPONSABILITES

Sommaire

- Vers un code de bonne gouvernance luxembourgeois... 2
- Pour votre information... 2
- ADR Delisting : dans l'attente de nouvelles règles plus favorables aux entreprises européennes... 3
- Gestion du risque et contrôle interne – Développements dans l'Union Européenne... 4
- Les dispositifs d'alerte professionnelle et la protection des données en France... 6
- Six Priorities for Boards in 2006... 9
- Le point de vue d'un administrateur... 11
- Agenda... 13
- Quel référentiel de contrôle interne en France ?... 14
- Focus sur ... Eurosif... 16

Calendrier des manifestations

L'AFGE organise jeudi 2 mars son quatrième Dîner-débat sur le thème : « Au-delà du dialogue, quelle alternative ? »

Pour plus de renseignements : www.agfe-asso.org

Où fait quoi ?

Mme Colette Neuville, présidente de l'ADAM, fait son entrée au Conseil d'Administration d'Eurotunnel, avec nos félicitations.

La présentation d'un rapport annuel sur le contrôle interne, engageant la responsabilité des dirigeants de l'entreprise, a été définie par le législateur français (loi de Sécurité Financière du 1^{er} août 2003, article 117), pour les sociétés anonymes cotées ou non cotées, et par la législation américaine (Sarbanes-Oxley Act 2002 section 404) pour toutes les sociétés cotées aux Etats Unis, afin de tenir compte des attentes des actionnaires.

Nous devrions même parler d'exigences des investisseurs institutionnels et des actionnaires après les scandales Enron, Vivendi Universal et plus récemment Parmalat.

Le premier rapport sera remis aux actionnaires lors des assemblées générales (AG) du 2^{ème} trimestre 2006, statuant sur les comptes des entreprises françaises de l'exercice 2005.

Sa rédaction aura mobilisé des équipes nombreuses en interne, assistées d'experts extérieurs, elle aura nécessité le recours à des logiciels très élaborés (SAP ou autres) et à des budgets considérables.

Les législations SF et SOA répondent à deux approches différentes : la logique française est de laisser une certaine liberté et flexibilité à l'entreprise, alors que la logique américaine est très précise et contraignante. Un assouplissement du caractère coercitif de SOA est attendu, semble-t-il, pour tenir compte du « delisting » des ADR ; nous en parlerons dans la prochaine lettre de mai.

Le rôle des systèmes de contrôle interne et de gestion des risques est qualifié de fondamental pour le bon fonctionnement de toute société, par la FEE et son président David Devlin. C'est également la position de l'AFGE.

La gestion des risques pourrait recouvrir les risques opérationnels, stratégiques, environnementaux, financiers et comptables, le respect des lois nationales et celles des pays hôtes, les responsabilités vis-à-vis des parties prenantes....

Les responsabilités découlent de la définition même du contrôle interne : un processus mis en œuvre par le Conseil d'Administration (CA), les dirigeants, et le personnel de l'entreprise, destiné à fournir aux actionnaires l'assurance que les objectifs suivants ont été atteints : réalisation et optimisation des opérations, fiabilité des informations financières, conformité aux lois, réglementations et normes en vigueur.

La responsabilité du CA est de s'assurer notamment du bon fonctionnement des dispositifs de gestion des risques, du contrôle financier, et du contrôle opérationnel, en conformité avec les orientations stratégiques qu'il a définies. Les dirigeants de l'entreprise, qui ont reçu mandat du CA pour mettre en œuvre la stratégie et piloter ces contrôles, ont l'obligation dorénavant de faire des déclarations publiques attestées par les auditeurs externes, sur l'efficacité des systèmes de contrôle interne. Le rôle du comité d'audit du CA est renforcé ; ses prérogatives sont précisées par les directives IV et VII (article 39 et 46bis). Les actionnaires sont également responsables de contrôler lors de l'AG la bonne gouvernance de l'entreprise, car ils en sont les 1^{ers} bénéficiaires ainsi que les salariés de la société.

Jean-Aymon MASSIE

Bureau de l'AFGE : Président : Jean-Aymon MASSIE Vice-Président : Patrice LECLERC de KERAEN, Secrétaire Général : A.X. BRIATTE, Secrétaire Général Adjoint : Kaya GÖNENÇER, Trésorier : Bernard BORNETTE

POINT DE VUE ENTREPRISE

VERS UN CODE DE BONNE GOUVERNANCE LUXEMBOURGEOIS

Le Grand-Duché de Luxembourg a été, à plusieurs égards, en retrait en matière de règles de gouvernance d'entreprise. Cette situation résulte principalement du fait que d'une part, les grandes sociétés luxembourgeoises sont par ailleurs admises au marché boursier d'autres pays et que, d'autre part, les petites et moyennes entreprises concernées présentaient de nombreuses spécificités qu'il était parfois difficile de concilier lors de l'établissement de pareilles règles.

Dans la plupart des pays européens qui disposent souvent d'un nombre important de grandes sociétés cotées, la pratique des codes de gouvernance d'entreprise est déjà bien avancée. L'expérience acquise dans ces pays a aussi permis de trouver des principes ou des lignes de conduite qui tiennent compte de nombreuses situations.

Afin de combler le retard accumulé par le Grand-Duché, le Conseil d'administration de la Bourse de Luxembourg a décidé, lors de sa réunion du 18 mars 2005, de charger une société de conseil spécialisée de définir des principes de gouvernance d'entreprise en prenant pour modèle les expériences belges (code Lippens), néerlandaises (code Tabaksblat), anglaises (rapports Cadbury et Hampel), ainsi que les normes de l'OCDE. Dans un deuxième temps, un groupe de travail, composé de représentants de sociétés

luxembourgeoises, dont les actions figurent dans l'indice LuxX de la Bourse de Luxembourg, s'est chargé d'adapter ce modèle aux spécificités de l'économie du pays. Une attention particulière a été portée aussi aux pratiques et usages en vigueur indépendamment de ces principes...

Le groupe de travail vient d'achever ses travaux et le projet de principes luxembourgeois de gouvernance d'entreprises sera maintenant soumis à consultation publique (cf. le portail internet de la Bourse : www.bourse.lu, rubrique « Actualités »). A l'issue de cette consultation, le Conseil d'administration de la Bourse devrait adopter ces principes et les rendre d'application à toutes les sociétés luxembourgeoises dont les actions sont admises à un marché organisé. La mise en vigueur devrait intervenir à partir du 1^{er} janvier 2007; en d'autres termes, tout rapport annuel publié au-delà de cette date devrait comporter un chapitre spécial consacré à la gouvernance d'entreprises.

D'ores et déjà, et bien que l'ensemble des principes ne soit pas encore public, plusieurs dirigeants d'entreprises non cotées ont manifesté leur intérêt pour se référer à ce corpus. Un prochain article sera consacré à la présentation des différents principes définitivement approuvés par le Conseil d'administration de la Bourse de Luxembourg.

Michel Maquil

Président du Comité de direction de la Bourse de Luxembourg

POUR VOTRE INFORMATION

"Eurosif a récemment publié un nouvel ouvrage: "Active Share Ownership in Europe". Ce livret s'adresse aux investisseurs souhaitant mieux gérer les risques environnementaux, sociaux, et de gouvernance (ESG) de leurs portefeuilles nationaux et internationaux, particulièrement via l'usage de leurs droits sociaux d'actionnaires. Le livret peut être téléchargé gratuitement à partir du site : <http://www.eurosif.org/>"

L'OCDE a publié fin 2005 le « Rapport annuel sur les Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales : Edition 2005 » Cet ouvrage rend compte des efforts déployés par les 39 pays adhérents pour faire en sorte que les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales contribuent à améliorer le fonctionnement de l'économie mondiale. Pour plus de renseignements : contacter [Spencer Wilson](mailto:Spencer.Wilson@ocde.org) à la Division des relations avec les médias de l'OCDE (tél. + 33 1 45 24 81 18).

Forum Europe a organisé le 31 janvier 2006 à Bruxelles (l'auditorium Fortis), sa 4^{ème} conférence annuelle sur les services financiers européens. Le thème étant : « Europe's capital markets in the global marketplace », avec la participation du Commissaire européen (DG1), Monsieur Charlie McCreevy et Monsieur Atkins de la SEC. L'AFGE était invitée à participer à cette manifestation et elle était représentée par son président.

Neuf ans après sa création, Ethos lance la newsletter trimestrielle Ethos Quarterly dont l'objectif est d'informer sur l'actualité dans le domaine des investissements socialement responsables et de l'actionnariat actif. Cette nouvelle publication remplace l'ancienne Sustainable Governance News. Pour plus d'information : <http://www.ethosfund.ch/>

POINT DE VUE ENTREPRISE

ADR DELISTING : DANS L'ATTENTE DE NOUVELLES REGLES PLUS FAVORABLES AUX ENTREPRISES EUROPEENNES.

Le processus communément appelé Delisting (le terme précis est « deregistration », le delisting n'étant que la première étape) consiste à permettre à une société non américaine cotée aux Etats-Unis à travers des ADR (American Depository Receipts) de sortir du marché réglementé US. A ce jour, ce processus est très difficile – même s'il reste possible.

La S.E.C. (Securities & Exchange Commission) a annoncé récemment que de nouvelles dispositions allaient être définies, facilitant ainsi le « deregistration » et en conséquence, évitant à de nombreuses entreprises non américaines l'obligation de respecter la contraignante loi Sarbanes-Oxley.

Avant l'annonce faite au mois de décembre dernier par le nouveau Chairman de la S.E.C., Christopher Cox, il était très difficile pour un émetteur étranger (par exemple européen) de se retirer des Etats-Unis, à travers une procédure de « deregistration » de leurs ADR.

D'une manière simplifiée, cela supposait : a) soit le lancement d'un offre d'échange des ADR contre des actions ordinaires dont la durée était globalement de 12 mois, b) soit une procédure compliquée de « reverse split » -c'est-à-dire une modification du nombre de titres cotés, ADS et actions ordinaires- permettant de réduire le nombre de positions.

Dans les deux cas, l'objectif était d'atteindre le très contraignant plafond de 300 « ADR holdings » qui autorise le retrait des titres et le désenregistrement.

Nous avons mené ces dernières années pour des clients non américains ce type d'opérations aux US. Même si toutes furent couronnées de succès, il est honnête de préciser qu'elles furent longues, difficiles et coûteuses.

L'objectif prioritaire de nos clients était bien entendu lié à Sarbanes-Oxley : les coûts exponentiels et les importantes contraintes tant administratives que financières qui en découlent ont amené de nombreux émetteurs à réfléchir à l'opportunité de maintenir leurs programmes d'ADR.

Depuis décembre dernier, l'espoir semble renaître ! Christopher Cox a en effet confirmé que la S.E.C. allait établir de nouvelles règles de « deregistration ». De notre point de vue, cette démarche répond non seulement à la pression croissante des émetteurs et de leurs représentants (Organisation of International Investment, Confederation

of British Industry, organismes de place, autorités de régulation, Commission Européenne...) notamment vis-à-vis du difficile et coûteux respect de la loi Sarbanes-Oxley, mais aussi à la volonté d'attirer aux Etats-Unis de nouveaux émetteurs aujourd'hui effrayés par la quasi impossibilité d'en sortir...

Les nouvelles disposition définitives ne sont toujours pas connues. Certains pensent qu'elles devraient être publiées tout prochainement, d'autres craignent qu'en cette année électorale aux Etats-Unis elles ne soient remises à plus tard !

Quoiqu'il en soit, des pistes ont été communiquées (projet de règle 12h-6), sans que l'on sache avec précision si l'émetteur devra remplir un, plusieurs ou tous les critères suivants :

- ◆ le titre (ADS) doit être coté aux Etats-Unis depuis au moins deux ans ;
- ◆ la quantité de titres détenus par des résidents américains doit être inférieure à 10% du total des titres ;
- ◆ le volume d'échange des titres cotés aux Etats-Unis doit être inférieur à 5% du volume moyen total des transactions;
- ◆ le nombre de résidents américains détenteurs d'ADR doit être inférieur à 300 (aujourd'hui la règle est de 300 ADR positions, sans distinction de résidence).

Ainsi, selon que l'obligation sera faite de remplir un, plusieurs ou tous les critères annoncées, il sera assez facile, compliqué ou toujours très difficile pour les émetteurs non américains de sortir des Etats-Unis.

Toutefois, l'ambition du nouveau Chairman de la S.E.C., ainsi que les demandes et pressions insistantes de tous les continents nous amènent à être raisonnablement optimistes et à considérer qu'il est sage d'attendre de nouvelles dispositions qui faciliteront la prise de décision des nombreux émetteurs – notamment Français – tentés par le Delisting.

Dans l'attente de la publication des règles définitives, il est cependant important de prévenir les éventuels candidats : même simplifiées, les dispositions de deregistration resteront soumises à des démarches complexes, nécessitant la planification d'une stratégie claire, le respect de nouvelles procédures et la mise en place de plans d'actions adaptés.

A suivre...

Matthieu Simon Blavier
Directeur Général, Georgeson Shareholder
msb@gsorp.com

AVIS D'EXPERT

GESTION DU RISQUE ET CONTROLE INTERNE – DEVELOPPEMENTS DANS L'UNION EUROPEENNE

David Devlin est Président de la Fédération des Experts Comptables Européens qui représente 44 organisations professionnelles en Europe dont font partie plus de 500.000 experts comptables. Il a également été désigné par la Commission européenne comme membre du Forum européen du gouvernement d'entreprise. Pour plus d'information sur la FEE et notamment pour télécharger gratuitement les documents de discussion mentionnés dans cet article, consultez le site www.fee.be

Introduction

L'information dont les investisseurs ont besoin est celle qui leur permet de prendre leurs décisions d'investissement en connaissance de cause. On comprendra dès lors qu'ils marquent un grand intérêt pour une information financière et non financière portant sur les risques qui pèsent sur l'entreprise et sur la politique mise en œuvre par les dirigeants pour gérer cet environnement de risques. En juillet 2003, la Fédération des Experts-comptables Européens publiait une étude sur le thème « Financial Reporting and Auditing Aspects of Corporate Governance » dans lequel le rôle des systèmes de contrôle interne et de gestion des risques était qualifié de fondamental pour le bon fonctionnement de toute société. Deux ans plus tard, la FEE a publié un second document de discussion centré sur la gestion du risque et le contrôle interne que nous commentons ci-dessous.

A la suite d'accidents financiers répétés, les gouvernements et autres agences de réglementation se sont intéressées au contrôle interne et à la manière dont les dirigeants des plus grandes sociétés s'efforcent de maîtriser les risques auxquels une entreprise est inévitablement confrontée. Par exemple, les « Principes généraux de gouvernement d'entreprise de l'OCDE », tels que revus en 2004, requièrent que le conseil d'administration s'assure notamment que « l'entreprise est dotée de dispositifs de contrôle adéquats, en particulier de dispositifs de gestion des risques et de contrôle financier et opérationnel, ainsi que de respect du droit et des normes applicables. » (principe 6.7)

Les nouveaux principes de l'OCDE s'inscrivent dans une perspective globale qui a vu de nombreux pays prendre des initiatives à la suite de l'onde de choc provoquée par la législation américaine dite Sarbanes-Oxley Act de 2002.

La portée du débat

Pourtant, la question n'est pas neuve. Aux Etats-Unis, depuis le Foreign Corrupt Practices Act in 1977, la loi impose aux sociétés cotées de mettre en place un système de contrôle interne de leur comptabilité. La

Commission Treadway a été créée en 1985 notamment pour étudier ces questions. La version définitive de son rapport (le rapport COSO) a été publié en 1992 et revu en 2004.

En Europe également, la question est discutée depuis plus de dix années. Le rapport Cadbury fut publié en 1992 au Royaume Uni. En 1996, on pouvait lire dans le livre vert de la Commission européenne sur le rôle statut et responsabilité du contrôleur légal des comptes dans l'Union européenne : « Il semble légitime d'escompter que le conseil d'administration instaure et gère des systèmes de contrôle interne qui, notamment, limitent autant que possible les occasions de frauder tout en maximisant les chances de détecter rapidement les infractions » (paragraphe 3.29).

La nouveauté de la réglementation américaine de 2002 réside dans l'obligation pour les dirigeants de faire des déclarations *publiques*, attestées par les auditeurs externes, à propos de l'efficacité du système. C'est aussi dans ce domaine de l'information externe que les questions se posent aujourd'hui en Europe. Le modèle américain n'est pas le seul possible. Il existe en effet une relation inverse entre l'étendue de l'information publiée sur les risques le contrôle interne et la portée de l'engagement qui peut être pris à ce sujet par les dirigeants et l'auditeur.

En France, la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003 a fait le choix de l'information publique. Certains codes de gouvernement d'entreprise, par exemple aux Pays-Bas ou en Suède, lui ont emboîté le pas, sans que s'y attache le même caractère coercitif. Deux Directives du Parlement et du Conseil européens approuvées récemment mais non encore publiés traitent également de la même question.

Le document de discussion de la Fédération des Experts-comptables Européens

Du point de vue de la profession comptable, on ne peut réduire le débat sur le contrôle interne à une question de réglementation, ni même à l'information des

marchés financiers sur les risques de l'entreprise. La première et la plus importante idée est que les dirigeants doivent mettre en place un système qui leur donne la maîtrise de la conduite des affaires de la société. La réglementation ne fait que refléter la conviction grandissante que les sociétés comme leurs actionnaires sont les premiers bénéficiaires d'une meilleure gestion des risques.

La nécessité d'ouvrir un débat proprement européen et le besoin de clarté dans les options justifiaient une réflexion de la Fédération des Experts-comptables Européens sur le thème « Risk Management and Internal Control in the EU ». Le document de discussion publié en mars 2005 fut suivi en octobre de la même année par une conférence destinée à recueillir les opinions des principales parties intéressées.

La FEE se prononce en faveur d'un régime basé sur des principes plus que sur des règles détaillées et recommande une approche par phases successives. Elle s'inquiète des conséquences inattendues notamment au plan des responsabilités qui découleraient sans doute de formules contraignantes. Bien entendu, l'exigence d'une documentation des enregistrements comptables justifiant les données publiées dans les états financiers devrait être consacrée par la loi dans les pays où ceci ne serait pas le cas. Mais dans d'autres domaines de gestion du risque, des formules plus souples et évolutives devraient être préférées.

L'apport de l'étude réside aussi dans l'identification des questions à débattre, notamment :

- La réglementation devrait-elle s'étendre à toutes les catégories de risques (les risques opérationnels et stratégiques, ceux liés à la gestion financière et comptable, ceux liés au respect des lois et règlements,) ; doit-elle au contraire se limiter à certains risques, par exemple ceux qui sont liés au système comptable et financier?
- La réglementation peut faire obligation aux dirigeants de mettre en place un système de gestion des risques et de contrôle interne ; elle peut aussi exiger le traitement des faiblesses à un niveau approprié de l'organisation. Doit-elle aller plus loin et imposer une certaine forme de publicité externe ?
- Dans l'hypothèse où une publicité externe est envisagée, doit-elle porter sur le système en général ou sur la gestion de risques spécifiques ?
- Est-il opportun de demander aux dirigeants de se prononcer sur l'efficacité de la gestion des risques et du contrôle interne ? Par ailleurs, quel serait alors le rôle des auditeurs externes?

Il est vrai que nous n'avons pas d'approche uniforme en Europe sur un cadre conceptuel de référence comparable au modèle COSO. L'élaboration d'un tel référentiel demanderait du temps et se heurterait à des difficultés culturelles ou réglementaires peut-être plus complexe encore que pour les normes comptables.

Les options prises par le législateur européen

La Commission européenne a fait des propositions sur le contrôle interne dans deux directives : celle sur le contrôle légal des comptes et celle qui modifie les quatrième et septième directives sur les comptes annuels et les comptes consolidés. Ces deux directives d'ores et déjà approuvées par le Parlement et le Conseil devraient être publiées vers le milieu de l'année 2006.

Tout d'abord la directive sur le contrôle légal des comptes introduit le concept de « comité d'audit » dans la réglementation européenne, du moins pour les entités d'intérêt public. En fixant les responsabilités de ce comité, l'article 39 dispose qu'il doit être notamment chargé de surveiller l'efficacité des systèmes de contrôle interne, de l'audit interne le cas échéant, et de la gestion des risques de la société. Ce même article requiert en outre que le commissaire aux comptes fasse rapport au comité d'audit « sur les questions fondamentales soulevées par le contrôle légal, notamment les faiblesses majeures du contrôle interne en rapport avec le processus d'élaboration de l'information financière ».

Ensuite, un nouvel article 46bis dans la quatrième directive établit que toute société cotée doit inclure une déclaration sur le gouvernement d'entreprise dans son rapport de gestion sous forme d'une section spécifique contenant notamment « une description des principales caractéristiques des systèmes internes de contrôle et de gestion des risques de la société dans le cadre du processus d'établissement de l'information financière ». Le dernier membre de phrase a été ajouté par amendement du Parlement européen et délimite de façon précise la portée de l'obligation d'information.

Une analyse rapide de ces dispositions fait ressortir que, dans l'ordre interne de la société, le législateur européen adopte une conception large de la gestion des risques en évitant de distinguer entre les risques liés au processus d'information financière et les autres risques. Si l'attention du commissaire aux comptes est concentrée vers le processus d'élaboration de l'information financière, ceci n'est pas limitatif. Par contre, lorsqu'il s'agit d'informations publiques, la directive se montre moins exigeante. La description qu'elle impose ne devra pas dépasser les principales caractéristiques du système. En d'autres termes, il ne

faudra pas décrire la façon dont les dirigeants entendent gérer certains risques spécifiques et moins encore se prononcer sur l'efficacité des mesures de gestion du risque ou du contrôle interne.

Par ailleurs, l'approche commune européenne ne prévoit pas de rapport de l'auditeur externe sur l'efficacité de la gestion des risques et du contrôle interne. Ce type de rapport existe aux Etats-Unis dans le cadre étroit des contrôles internes liés à la production de l'information comptable. La loi française de sécurité financière demande aussi un rapport du commissaire aux comptes mais elle est plus prudente en évitant un jugement de l'efficacité du système de contrôle interne et plus encore de son efficacité, ce qui ne fait d'ailleurs pas partie du dispositif américain non plus. Les autres pays européens observeront avec grand intérêt l'expérience de ces deux pays avant de s'engager dans cette voie encore semée d'embûches.

Conclusion

La qualité des systèmes de gestion des risques est un signal pour les marchés financiers. Les sociétés en sont de plus en plus conscientes. Pour autant, il n'est pas besoin de s'en remettre à la loi dans ces matières où la

nature et l'étendue des activités de l'entreprise jouent un rôle important. Il faut être conscient des coûts importants que peuvent entraîner des mesures trop prescriptives. De plus, la législation ne peut pas avoir pour but de freiner les dirigeants dont le rôle est de prendre des risques mais uniquement d'empêcher certains d'ignorer la loi ou les bonnes pratiques.

Les nouvelles directives européennes fournissent un compromis intéressant. Lorsqu'il s'agit de définir le champ d'application de la gestion des risques, elles adoptent une approche plus étendue que les Etats-Unis qui se sont limités aux seuls risques de l'administration comptable. En revanche, le législateur européen se montre, à juste titre, plus modéré à propos de l'information à rendre publique en évitant aussi d'imposer un jugement de l'efficacité des contrôles.

L'Union européenne s'est montrée sage dans ses décisions. Nous vivons un processus évolutif dans lequel il serait dangereux de brûler les étapes. La Commission européenne peut en outre bénéficier des conseils du « Forum européen du gouvernement d'entreprise » créé en 2004. Ce groupe d'experts suit de près les expériences en cours et pourrait faire, le moment venu, des recommandations dans ce domaine.

David Devlin

AVIS D'EXPERT

LES DISPOSITIFS D'ALERTE PROFESSIONNELLE ET LA PROTECTION DES DONNEES PERSONNELLES EN FRANCE

Après une période d'incertitudes, la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL) a précisé les conditions dans lesquelles les dispositifs d'alerte professionnelle – notamment ceux mis en œuvre en France afin de se conformer à la loi américaine Sarbanes-Oxley – pouvaient à son sens être compatibles avec la loi française du 6 janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, modifiée par la loi du 6 août 2004 (Loi Informatique et Libertés).

Loi Sarbanes-Oxley et Loi Informatique et Liberté

La loi Sarbanes-Oxley impose aujourd'hui aux groupes cotés aux Etats-Unis la mise en place des procédures d'alerte ("*whistleblowing procedures*") permettant de recevoir et de traiter les dénonciations de pratiques douteuses en matière de comptabilité, de contrôles internes comptables et d'audit, ainsi que de garantir le traitement confidentiel et anonyme du signalement, par les employés d'une entreprise, de défaillances en matière comptable ou d'audit.

La possibilité, tant pour les sociétés américaines établies en France que pour les sociétés françaises cotées aux Etats-Unis, de mettre en place un dispositif d'alerte afin de respecter la loi Sarbanes-Oxley s'est heurtée à certaines difficultés liées à l'interprétation que fait la CNIL des exigences de la Loi Informatique et Libertés.

Toute société établie en France qui souhaite mettre en place un traitement, automatisé ou non, de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans des fichiers, doit respecter les exigences de la Loi Informatique et Libertés. Sont considérées comme des données à caractère personnel, les informations relatives à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée. Quant à l'expression "*traitement de données à caractère personnel*", elle recouvre "*toute opération ou tout ensemble d'opérations portant sur de telles données, quel que soit le procédé utilisé, et notamment la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation,*

la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction". Il semble difficile d'imaginer que des dispositifs d'alerte professionnelle puissent répondre à leurs objectifs sans entrer dans le champ d'application de la Loi Informatique et Libertés. Les entreprises mettant en place de tels dispositifs seront donc *a priori* tenues d'en respecter les exigences. En particulier, les données devront être recueillies et traitées de manière loyale, licite et conformément à la finalité poursuivie; et la personne visée par le traitement devra bénéficier d'un droit d'information (quant à l'existence de données la concernant), d'un droit d'opposition (pour motifs légitimes), ainsi que d'un droit d'accès et de rectification si les informations la concernant se révèlent être inexacts.

Il faut par ailleurs observer que tout traitement automatisé de données à caractère personnel doit faire l'objet d'une déclaration, auprès de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), afin de certifier que le traitement satisfait aux exigences de la loi. De plus, certains traitements automatisés sont soumis à un régime plus strict, à savoir celui de l'autorisation préalable. Il s'agit notamment des traitements automatisés susceptibles d'exclure des personnes du bénéfice d'un droit ou d'un contrat en l'absence de toute disposition législative ou réglementaire spécifique. En pratique, la procédure d'autorisation nécessite le dépôt d'un dossier qui est examiné par la CNIL dans les deux mois.

Les délibérations du 26 mai 2005

Par deux délibérations du 26 mai 2005, la CNIL a refusé d'autoriser la mise en œuvre de dispositifs d'alerte professionnelle, après avoir qualifié des déclarations en demande d'autorisation. La CNIL a en effet considéré que les systèmes d'alerte professionnelle étaient soumis à autorisation préalable au motif qu'ils seraient susceptibles d'exclure des salariés du bénéfice de leur contrat de travail en l'absence de toute disposition législative ou réglementaire. Compte tenu de la précision avec laquelle le droit du travail encadre en France les sanctions disciplinaires et les licenciements, on peut s'étonner de la position de la CNIL, toute exclusion d'un salarié du bénéfice de son contrat de travail se plaçant nécessairement dans le cadre des dispositions législatives et réglementaires du Code du travail. Il n'en demeure pas moins que les délibérations du 26 mai 2005 ont ouvert une période d'incertitudes quant à la possibilité de mettre en place des dispositifs d'alerte professionnelle en France.

Les lignes directrices du 10 novembre 2005

Suite à diverses prises de contact avec la *Securities and Exchange Commission* (SEC) américaine, et consciente de la nécessité pour les sociétés multinationales de se conformer aux exigences de plusieurs systèmes juridiques, la CNIL a ébauché ce qui pourrait à son sens constituer un compromis acceptable en adoptant, le 10 novembre 2005, un document d'orientation pour la mise en œuvre de dispositifs d'alerte professionnelle conformes à la Loi Informatique et Libertés. Par rapport aux délibérations du 26 mai 2005, la position de la CNIL y apparaît comme plus favorable aux procédures d'alerte professionnelle, en ce sens, notamment, que la Commission déclare ne pas avoir d'opposition de principe à la mise en place de tels dispositifs, dès lors que les droits des personnes mises en cause sont respectés au regard de la Loi Informatique et Libertés. Pour que les dispositifs d'alerte professionnelle soient considérés comme conformes à la Loi Informatique et Libertés, la CNIL exige notamment qu'ils aient un caractère subsidiaire (c'est-à-dire qu'ils soient mis en place en complément des moyens pré-existants d'alerte sur les dysfonctionnements de l'entreprise), un champ restreint et un usage facultatif.

Néanmoins, malgré la reconnaissance des dispositifs d'alerte professionnelle dans le document d'orientation, la CNIL maintient sa position quant à la nécessité de soumettre de tels dispositifs à son autorisation préalable.

L'autorisation unique du 8 décembre 2005

Par une délibération en date du 8 décembre 2005, la CNIL a instauré un système d'autorisation unique des traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre, par un organisme public ou privé, dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle. Ainsi, toute entreprise souhaitant mettre en place un dispositif d'alerte professionnelle, répondant aux exigences fixées par la décision d'autorisation unique, peut adresser à la CNIL une déclaration comportant un engagement de conformité. L'entreprise peut alors mettre en œuvre le dispositif dès réception du récépissé. En pratique, il s'agit d'une simple déclaration que l'entreprise peut remplir par téléprocédure (sur le site de la CNIL) ou par courrier, et sur laquelle la CNIL n'opère aucun contrôle avant de délivrer le récépissé (par retour de courrier).

Peuvent bénéficier de la décision d'autorisation unique tous les dispositifs d'alerte professionnelle qui respectent le cadre établi par la décision d'autorisation unique. Pour ce faire, le dispositif doit remplir plusieurs conditions substantielles, qui sont sur certains

points importants plus restrictifs que la Loi Informatique et Libertés.

1. Les dispositifs d'alerte professionnelle doivent avoir un champ d'application strictement limité à l'identification de dysfonctionnements dans les domaines comptables et d'audit, conformément à l'article 301 (4) de la loi Sarbanes-Oxley et/ou être mis en place afin de répondre à une obligation législative ou réglementaire de droit français visant à l'établissement de procédures de contrôle interne dans les domaines financier, comptable, bancaire et de la lutte contre la corruption.

2. La CNIL n'étant pas favorable à la mise en œuvre de dispositifs d'alerte professionnelle anonymes, elle exige que les sociétés n'incitent pas leurs employés à utiliser le dispositif de manière anonyme, et que les procédures soient conçues de façon à ce que les employés s'identifient (tout en assurant le traitement confidentiel de leur identité). Ce n'est qu'à titre exceptionnel que des alertes anonymes peuvent être recueillies, et ce, à condition que le traitement de l'alerte soit entouré de précautions et que l'alerte soit soumise à un examen préalable afin de décider de l'opportunité de sa diffusion.

3. Quant aux données pouvant être recueillies dans le cadre d'un dispositif d'alerte professionnelle, il s'agit des données relatives aux identités, fonctions et coordonnées de l'émetteur de l'alerte, de la personne visée par l'alerte et de la personne responsable du traitement ; des faits signalés ; des éléments recueillis au cours ou à l'issue d'opérations de vérification ; ainsi que des suites données à l'alerte. Les données traitées doivent être objectives et le caractère présumé des faits signalés doit clairement apparaître. Seules les données entrant dans le champ du dispositif peuvent être recueillies, sauf si l'intérêt vital de la société ou l'intégrité de ses employés est en jeu.

4. Les données ainsi recueillies ne peuvent être transmises qu'à un nombre limité de personnes, spécialement formées et soumises à une obligation de confidentialité. Les données peuvent faire l'objet d'une communication intragroupe, si cela se révèle être nécessaire à la vérification de l'alerte ou en raison de l'organisation du groupe. Le traitement des données peut également être confié à un tiers, à condition que le prestataire de service s'engage contractuellement à ne pas utiliser les données à caractère personnel à des fins détournées, à assurer leur confidentialité, à respecter leur durée de conservation et à procéder à leur restitution ou destruction au terme du contrat.

5. Les données recueillies dans le cadre d'un dispositif d'alerte professionnelle peuvent, sous certaines conditions, faire l'objet de transferts dans un Etat non-

membre de l'Union Européenne, considéré comme n'accordant pas, aux yeux de la CNIL, une protection suffisante aux données personnelles. Ainsi, un transfert vers une société américaine peut être effectué si la société destinataire a adhéré au "*Safe Harbor Privacy Principles*" mis en place par le U.S. Department of Commerce (et ce, y compris pour les données relatives aux ressources humaines). De même, les données peuvent être transférées hors de l'Union Européenne, si le destinataire a conclu un contrat de transfert, basé sur les clauses contractuelles types émises par la Commission Européenne, ou s'il a adopté des règles internes dont la CNIL a préalablement reconnu qu'elles garantissent la protection de la vie privée et des droits fondamentaux.

6. Les sociétés mettant en place des dispositifs d'alerte doivent veiller à respecter la durée limitée de conservation des données. Les données n'entrant pas dans le champ du dispositif d'alerte (et ne concernant pas l'intérêt vital de la société) doivent être immédiatement détruites ou archivées. Les données faisant l'objet d'une vérification doivent être détruites ou archivées dans les deux mois de la clôture des opérations de vérification, sauf si une procédure disciplinaire ou des poursuites judiciaires sont engagées à l'encontre de la personne mise en cause ou de l'auteur d'une alerte abusive. Dans ce cas, les données peuvent être conservées jusqu'au terme des délais de prescription. Les données archivées doivent être conservées dans un système distinct à accès restreint.

7. Afin d'assurer la confidentialité des données recueillies dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle, des mesures de sécurité, telles que la mise en place de codes d'accès et l'enregistrement des accès, doivent être prises.

8. Les utilisateurs potentiels du dispositif d'alerte professionnelle doivent être informés, notamment au sujet de : l'identité du responsable du traitement, les destinataires des alertes, les finalités et le champ d'application du dispositif, le caractère facultatif du dispositif, le fait qu'aucune action disciplinaire ne peut être prise à l'encontre de l'utilisateur de bonne foi (alors que toute utilisation abusive expose son auteur à des sanctions), l'existence d'un droit d'accès et de rectification au bénéfice des personnes visées par l'alerte, et les éventuels transferts de données en dehors de l'Union Européenne.

9. La personne faisant l'objet d'une alerte professionnelle doit, en principe, être informée dès l'enregistrement des données la concernant. Toutefois, cette notification peut être reportée si des mesures conservatoires s'avèrent nécessaires. La notification

doit notamment indiquer l'entité responsable du dispositif, les destinataires de l'alerte, les faits reprochés, ainsi que l'existence d'un droit d'accès et de rectification.

En effet, toute personne visée par une alerte professionnelle bénéficie du droit d'accéder aux données la concernant et d'en demander, le cas échéant, la rectification ou la suppression. Cependant, de tels droits ne sauraient permettre l'obtention d'informations relatives à l'identité de l'auteur de l'alerte.

L'évolution probable : La position adoptée par la CNIL semble être confortée au niveau européen par l'avis rendu le 1^{er} février 2006 par le Groupe de travail de l'article 29, relatif à l'application des règles européennes de protection des données aux dispositifs

d'alerte professionnelle. L'avis reprend essentiellement les exigences posées par le document d'orientation et la décision d'autorisation unique de la CNIL. Bien qu'ayant un rôle consultatif, le Groupe de l'article 29 exerce une influence certaine en matière de protection des données personnelles. On peut donc s'attendre à ce que bon nombre d'autorités chargées de la protection des données personnelles dans les pays membres de l'Union Européenne autres que la France adopte, sur la question des dispositifs d'alerte professionnelle, une position proche de celle de la CNIL.

Fabrice Baumgartner et Flora Faby
Avocats – Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP
<http://www.cgsh.com/>

AVIS D'EXPERT

SIX PRIORITIES FOR BOARDS IN 2006

As the flurry to institute the governance reforms of recent years settles down, boards of directors have an opportunity to refocus their attention on their fundamental mandate, which is to "direct the affairs of the company." The first and fundamental responsibility for a board in "directing" is to determine and prioritize just what it is the board should focus its attention and efforts on, given the unique circumstances of the particular company. With the strong caveat that the details will vary for each company -- and generic compliance checklists won't provide significant guidance -- we nonetheless suggest that in 2006 boards consider the following priority issues, which we believe are of importance to most companies:

1. Taking charge of the board's own locus, agenda and information flow. Boards need to develop their own sense of business priorities and their own view of the matters that are most important to the success of the enterprise. Doing so enables a board to provide management with meaningful guidance and support. It also helps the board focus its attention appropriately, determine its own agenda and obtain the information it needs to make objective judgments. Obviously, the board needs to dig down and really get to know the business of the company and the competitive environment in which it operates, in collaboration with -- but not unduly dependent on -- management. Even the best managers will have potential conflicts or blind spots about performance, strategy and/or risks. (This is why boards matter in the first place.)

2. Ensuring that management not only performs, but performs with integrity. Selecting, monitoring and compensating management and, when necessary,

replacing management, continue to lie at the heart of board activity. Directors should assess management's integrity not only at the outset in their hiring decisions, but also continuously thereafter when:

- ◆ Considering matters proposed and presented by management;
- ◆ Assessing management performance;
- ◆ Determining management compensation; and
- ◆ Planning for succession and management development.

Management integrity is the first defense to director liability. Equally if not more important, management integrity is key to building relationships of trust with customers, suppliers, employees regulators and investors. Integrity and trust can be difficult to assess, and are not subjects conducive to "box-ticking." But directors can assess whether the CEO and her team: invest real effort (not lip service) in setting the tone at the top (see item 3, below); are attentive or reactive (as well as aggressive or conservative) in areas of legal compliance, accounting and disclosure; embrace or resist efforts to adopt and adapt best practices in various disciplines (including but not limited to corporate governance); and exhibit basic decency in their treatment of others. Directors can take a close look at how senior executives approach issues in which they have a considerable personal interest, such as compensation, potential related-party transactions, perquisites, etc. (Remember that by its very nature the board is designed to attend to areas where senior management may have a blind spot or a potential conflict.) Directors can also assess whether management is "straight" with the board - forthcoming

in helping to identify key issues and provide unbiased information about important matters. This is the foundation for the board's trust in management and the basis for effective board oversight

3. Setting expectations about the tone and culture of the company. Related to its ongoing assessment of management integrity, the board has an important role to play in assuring that management is promoting an appropriate ethical culture within the company. Only the board is positioned to assess whether senior management is setting the appropriate tone and culture, both in the messages management sends throughout the company and as exhibited in management behavior. The standards of ethics and business conduct that are followed -- or not followed -- throughout a company impact the bottom line in many ways. "Tone at the top" should be a priority throughout the company and not viewed simply as a compliance matter.

4. Formulating corporate strategy with management. Once the board has hired the best and most trustworthy management team available, it should challenge the team to propose and continually fine-tune the corporate strategy. Directors should apply a healthy skepticism in questioning assumptions behind the strategy. After agreeing to a strategic course with management through an iterative process, the board should determine the benchmarks that will evidence success or failure in achieving strategic objectives and then regularly monitor performance against those objectives. *As boards look beyond reform implementation, the key challenge is to get down to business, focusing not only on corporate strategy and its execution but, in particular, on understanding the key risks to the drivers of corporate performance, and how management is controlling for such risks. This all requires significant understanding and information about the company, its industry and competitive conditions, and it requires active control by the board of the board's agenda and the information available to it. It also requires the development of a clear understanding between the board and the senior management team of just what issues are board-worthy and in what time frame and under what circumstances the board expects to be informed of a critical emerging issue.*

5. Ensuring that the corporate culture, the agreed strategy, management incentive compensation and the company's approach to audit and accounting, internal controls and disclosure are consistent and

aligned. Active engagement in strategic oversight and knowledge of the key drivers of corporate performance and the corporate culture position the board to ensure that the company's approach to compensation, financial disclosure, internal controls, risk and compliance all complement one another. True and fair should be the goal with respect to all of these issues. Boards should consider whether incentive compensation truly rewards performance in line with the agreed strategy.

Consider whether incentives, coupled with pressures to provide the market with guidance, may put undue pressure on management to go beyond legitimate earnings management. A concerted focus on the future by the board, together with efforts to align compensation policies with strategic objectives, and board sensitivity to the complexities and pressures surrounding the provision of earnings guidance may all help to lessen undue emphasis by management on quarterly results.

6. Helping management understand the expectations of shareholders and regulators. Boards add significant value when they help management cope with the complex context in which the company operates, and when they support management in focusing on the long-term interests of the company and its shareholders. Managers tend to work in the here and now and often don't have the time or inclination to fully learn how the world at large views the company. Boards can help put the company's corporate governance ratings and securities analyst reports in perspective, encouraging credible ratings and reports to be attended to -- particularly credible analyst reports - because they may provide insights about how the company is viewed, while at the same time, recognizing that ratings and reports don't define what effective governance or performance is. Slavish adherence to recommendations derived from box-ticking is just as bad as ignoring credible analysis in the first place. Boards can also help management recognize that shareholders have a legitimate interest in more meaningful input into the board selection process, in terms of both nominating procedures and voting methods. Similarly, boards can help management recognize and address the concerns that excessive compensation raises among shareholders, regulators, rating agencies and others.

And this takes us right back to integrity.

Ira M. Millstein, Holly J. Gregory and Rebecca C. Grapsas
WEIL, GOTSHAL & MANAGES LLP 767 Fifth avenue NEW YORK
+1 (212) 310-8000 ; <http://www.weil.com>

LE POINT DE VUE D'UN ADMINISTRATEUR

Le contrôle interne est une notion ancienne qui a été fortement médiatisée depuis deux ans en France. L'obligation pour les présidents des sociétés anonymes d'établir un rapport sur le contrôle interne est effectivement un aiguillon qui les a stimulés, avec plus ou moins d'efficacité.

En reprenant la définition du COSO (Committee of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission, référentiel largement utilisé dans les grandes sociétés) on perçoit la nécessité et tout l'intérêt pour le conseil d'administration de se préoccuper activement du contrôle interne :

« *Processus fournissant une assurance raisonnable que les objectifs fondamentaux de toute entreprise, seront atteints :*

- ◆ Réaliser et optimiser les opérations.
- ◆ Assurer la fiabilité de l'information.
- ◆ Assurer la conformité aux lois et règlements en vigueur ».

Rôle et responsabilité du conseil d'administration

Face à cette définition du contrôle interne, le rappel des rôles principaux du conseil d'administration («Principes du gouvernement de l'entreprise de l'OCDE : 2004 ») est nécessaire :

- ◆ Revoir et guider la stratégie, contrôler son exécution.
- ◆ Nommer, évaluer et rémunérer les principaux dirigeants.
- ◆ S'assurer de l'intégralité et de la qualité des informations financières transmises aux actionnaires et au marché, et de l'indépendance et qualité des auditeurs externes.
- ◆ Veiller au respect par l'ensemble de l'entreprise de normes éthiques et des lois et règlements.

Le lien entre la qualité du contrôle interne et la capacité pour les administrateurs de remplir leurs missions est évident sur les deux derniers rôles. Globalement, le conseil a d'une part un rôle « fiduciaire » où il contrôle l'exécution des décisions prises et l'intégralité/la qualité de l'information financière, et d'autre part un rôle de « soutien au développement » où il valide les grands projets (investissements, fusion, cessions...) et appuie leur mise en oeuvre.

Le mode d'intervention du conseil dépend du dosage entre ces deux grands axes : un rôle fiduciaire, et un rôle de soutien au développement.

Un constat s'impose aujourd'hui : les conseils -tout particulièrement ceux des sociétés cotées -se trouvent souvent contraints d'être en mode contrôleur/vérificateur. Le foisonnement de textes existants ou à venir, notamment de directives européennes et des recommandations, ne permettent pas -faute de temps- au conseil d'assurer pleinement le second rôle pourtant

indispensable à la pérennité de développement de l'entreprise.

Pour permettre une inversion de tendance, il faut que le conseil puisse disposer des leviers de contrôle lui permettant de remplir son rôle judiciaire en confiance. Trois niveaux de contrôle permettent d'atteindre cet objectif :

- ◆ Les structures opérationnelles mettent en oeuvre des processus de contrôle interne adaptés à l'entreprise;
- ◆ L'audit interne vérifie l'adéquation et le respect des procédures ;
- ◆ L'auditeur externe/commissaire aux comptes vérifie les comptes et leur processus d'élaboration, de façon indépendante et selon des normes professionnelles rigoureuses.

Dans l'idéal, si ces trois niveaux de contrôle fonctionnent efficacement, de façon cohérente et complémentaire, le conseil devrait se sentir pleinement rassuré sur sa capacité à remplir son rôle de contrôle de l'intégrité et de la qualité de l'information financière transmise aux actionnaires et au marché.

Cependant, la complexité des organisations, des risques opérationnels et des normes comptables rendent nécessaire la préparation des travaux du conseil, par un groupe d'administrateurs compétents et indépendants de jugement : le comité d'audit.

Ce comité est très largement répandu dans les sociétés cotées et tend à se développer dans les sociétés non cotées importantes. Les textes actuels (tels que le "Sarbanes-Oxley Act") ou futurs (directives européennes) imposent l'existence de ce comité et formalisent sa composition et son rôle. Les pratiques actuelles des sociétés cotées sont progressivement en ligne avec les recommandations du rapport Bouton ("Pour un meilleur gouvernement des entreprises cotées", septembre 2002). Le "vade-mecum de l'administrateur membre d'un comité d'audit" (Observatoire de la qualité comptable, 01/2005) est une excellente synthèse et montre le rôle de ce comité et des administrateurs qui le composent comme quatrième niveau de contrôle.

L'administrateur, membre du comité d'audit, doit avoir un niveau de connaissance élevé des normes comptables. Au-delà, il doit connaître de façon précise les trois niveaux de contrôle évoqués précédemment : qui fait quoi, avec quels moyens, comment le conseil peut-il agir sur ces moyens ?... Cette connaissance est nécessaire pour établir une relation de confiance entre

les administrateurs et les "hommes de l'art" : financiers auditeurs internes et externes. À défaut, le conseil peut être une relation de défiance ou investissement de complaisance, deux attitudes inacceptables dans la durée.

Dans cette chaîne de contrôle, le premier maillon est le contrôle interne : faute d'un contrôle interne structuré, adapté, mise en oeuvre de façon rigoureuse, les autres maillons seront affaiblis et l'administrateur, au sein du conseil ou du comité d'audit ne pourra pas remplir son rôle fiduciaire.

Le risque de transparence de l'information

Au-delà du "faire", le "faire savoir" pose une nouvelle série de questions. Quelles informations transmettre aux actionnaires et au marché sur le processus de contrôle interne, leur mise en oeuvre effective et les problèmes rencontrés ?

La loi et les recommandations (AMF en particulier) ont progressivement répondu à ces questions : le document de référence et le rapport du Président qui doit (depuis 2003) *"rendre compte des conditions de préparation et d'organisation des travaux du Conseil ainsi que des procédures de contrôle interne mises en place par la société"*.

L'enchevêtrement des rapports, documents de référence, plaquettes de présentation, documents de l'actionnaire, rend parfois la lecture complexe. Une tendance est certaine : le volume d'informations transmises n'a cessé de croître. Chaque "partie prenante" augmente son niveau d'exigence - structure et détails des informations transmises - et le nombre de parties prenantes augmente...

Ces demandes sont justifiables, les informations requises étant nécessaires pour apprécier l'évolution de l'entreprise, sa capacité à se développer, à maintenir ou à améliorer sa rentabilité, à respecter, dans son domaine, les principes du développement durable, etc.

Mais deux écueils majeurs sont à considérer :

- ◆ Le coût de la mise en forme et de diffusion de ces informations,
- ◆ "L'asymétrie de transparence".

La modification d'un système d'information coûte de plus en plus cher. La complexité des organisations et des métiers, l'internationalisation des activités rendent de plus en plus difficiles la collecte fiable de nouvelles données. Des chiffres de plusieurs dizaines de millions d'euros sont cités pour la mise en conformité, avec la loi Sarbanes-Oxley, par les sociétés cotées à New York. Sans aller jusqu'à ces sommes considérables, l'élaboration du rapport du Président sur le contrôle interne a un coût non négligeable pour l'entreprise qui

veut lui donner un contenu conforme aux objectifs de la loi et du régulateur.

Il est nécessaire de vérifier régulièrement que le ratio coût/efficacité des mesures contraignant l'entreprise à diffuser de l'information est toujours positif. On voit la difficulté de cet exercice compte tenu de la multiplicité des demandes des parties prenantes.

Le coût le plus important, me semble-t-il, et celui relatif au temps passé par les dirigeants. C'est au détriment du développement que ce temps est passé à structurer, valider, une information qui n'est pas toujours adaptée aux besoins et au contexte de l'entreprise. Le conseil d'administration doit ainsi veiller au bon équilibre entre :

- ◆ La satisfaction des demandes d'information par les parties prenantes et,
- ◆ La capacité des dirigeants à formuler, proposer et mettre en oeuvre une stratégie de croissance rentable.

L'ensemble des parties prenantes et en premier lieu le législateur, le régulateur, les investisseurs, doivent comprendre cet arbitrage permanent entre le contrôle du passé et l'organisation du futur de l'entreprise : les excès dans les deux sens peuvent paralyser, étouffer voire faire disparaître l'entreprise.

Cet arbitrage et parfois difficilement compréhensible car toute réponse minimaliste des dirigeants va être interprétée comme une tentative de cacher une information, et va créer un climat de défiance. À l'autre extrême, fournir une information détaillée, peut, dans un premier temps rassurer. Mais, si cette information détaillée n'est pas structurée et ne fait pas ressortir de faits saillants, la confiance se changera en défiance : "trop d'informations (non pertinentes) tuent l'information".

La difficulté de fixation du seuil de confiance est immédiatement perceptible. On peut donc arriver à la conclusion suivante : maintenir un niveau de confiance acceptable nécessite une réflexion sur la nature, le détail et la fréquence des informations à transmettre. Ce travail doit être mené conjointement, au moins une fois l'an, par les administrateurs et les équipes dirigeantes.

Il reste un deuxième obstacle qui me paraît avoir pris ces deux dernières années une plus forte importance : "l'asymétrie de transparence". Prenons l'exemple d'une société cotée fournissant régulièrement au marché une information complète, pertinente sur son activité, ses produits, ses risques et les mesures prises pour les prévenir ou les assurer. Cette entreprise sera saluée par toutes les parties prenantes... y compris par les concurrents. Parmi ceux-ci, il peut s'en trouver un qui opère sur le même marché, vend des produits similaires

mais avec une structure juridique de société anonyme simplifiée (SAS) lui permettant de transmettre au marché aucune information.

Cette asymétrie amène deux constats :

◆ Dans le même temps où les exigences de transparence s'accroissent fortement sur les entreprises (surtout cotées), le législateur a permis la création de sociétés opaques générant ainsi une distorsion de concurrence potentielle.

◆ L'intention du législateur et du régulateur de protéger l'épargnant, actionnaire de société cotée, se retourne contre ce même épargnant : l'entreprise fournit à un concurrent un ensemble d'informations sans que celui-ci ait à fournir les mêmes, et cela lui donne un double avantage. Il peut mieux masquer sa stratégie (produits/clients), ses difficultés et réduisant la capacité de réaction du concurrent coté, il augmente la sienne. Par ailleurs, il n'a pas à supporter le coût de l'information ce qui améliore encore sa performance.

Ainsi, l'excès de transparence, exprimé au travers d'un fort volume d'informations pertinentes, va à l'encontre de l'entreprise elle-même et de ses actionnaires,

dirigeants, salariés, etc. L'administrateur, au sein du Conseil, doit connaître et mesurer ce risque et l'intégrer dans l'exercice de sa mission "s'assurer de l'intégrité et de la qualité de l'information transmise aux actionnaires et au marché".

En partant du contrôle interne et de la communication qui est faite sur sa mise en oeuvre et ses différentes composantes -en particulier sur les risques, les administrateurs et dirigeants doivent arbitrer, au-delà du socle minimal réglementaire, entre :

◆ le "toujours plus" : il faut connaître et respecter les demandes et recommandations de tous les acteurs mais pas les suivre aveuglément,

◆ l'"utile" : les informations sont-elles réellement pertinentes pour les investisseurs ? Le seuil de matérialité est-il bien défini et clairement expliqué au marché ?

◆ le "dangereux" : ce sont les informations qui, dans un contexte de marché, expliqué aux actionnaires, seront plus utiles aux concurrents qu'aux investisseurs.

Emmanuel du BOULLAY

Co-fondateur de l'IFA, Conseil en Gouvernance eduboullay@finca.fr

AGENDA

Le Cabinet d'Avocats **August&Debouzy** organise jeudi le 09 mars 2006 une matinée de formation qui aura pour thème : « **Class Actions à la française, ou en est-on ? Risques, Enjeux** » pour d'autres d'informations : tel : +33(0)1 45 61 51 80 ou par email : contact@augdeb.com

L'Association Française des Investisseurs Institutionnels tient son forum annuel de la gestion institutionnelle les 15 et 16 mars à Paris. Un atelier spécifique traitera portera sur l'exercice des droits de vote institutionnels. Pour information : Patrick Viallanex, Vice-Président d'Agicam ; 01 56 02 17 49.

Institutional Investor et Schiffrin & Barroway LLP organise jeudi 16 mars 2006 à l'hôtel Renaissance d'Asterdam une conférence qui se déroulera toute la journée sur le thème : « **The Rights & Responsibilities of Institutional Investors** » ; pour plus d'informations contactez : Ann Cornish au + 1 (212) 224-3877 ou acornish@iiconferences.com

L'IFA organisera le 16 mars 2006 de 17h30 à 19h une conférence sur le thème : « **Enron, 4 ans apres...** » avec la participation de Mme Marie-Anne Frison-Roche ; pour vous inscrire ou obtenir des informations contactez Clémence Decortiat au 01 55 65 81 32 - colloque@ifa-asso.com

BULLETTIN D'ADHESION A L'AFGE POUR L'ANNEE 2006

(AFGE) Association Française du Gouvernement d'Entreprise

NOM :

PRENOM:

Adresse Professionnelle : Société

Téléphone :

Télécopie :

Adresse Domicile :

E-mail :

Je vous adresse, ci-joint, un chèque à l'ordre de l'AFGE de..... euros. Date : Signature :

- Cotisation de base **50 € Personne physique.**
- Cotisation de base : **100 € Personne morale.**
- Cotisation de soutien : **300 €**

A renvoyer à l'AFGE, Immeuble Galilée Bureau 131, 51, Esplanade Charles de GAULLE, La Défense 10 92907 Paris La Défense, France.
Tél : + 33 1 41 35 92 21 ou + 33 1 41 35 92 75. Fax : 00 33 1 41 35 35 04 E-mail : mail@afge-asso.org Site Web : www.afge-asso.org

AVIS D'EXPERT

QUEL REFERENTIEL DE CONTROLE INTERNE EN FRANCE ?

1. Le cadre du référentiel de contrôle interne

Les articles 117 et 120 de la loi de Sécurité Financière (LSF) prévoient, "pour les exercices ouverts à compter du 1er janvier 2003", la publication d'un rapport annuel aux actionnaires par lequel le président du conseil d'administration ou selon le cas du conseil de surveillance de toute société anonyme « rend compte des procédures de contrôle internes mises en œuvre ». Le rapport du Président devra faire l'objet, pour les procédures de contrôle interne relatives à l'élaboration et au traitement de l'information comptable et financière, d'un rapport du commissaire aux comptes.

Dans le cas d'établissement de comptes consolidés, le rapport doit intégrer les procédures de contrôle interne des filiales placées sous le contrôle de la société consolidante.

La mise en œuvre de ces articles de la LSF ne nécessite pas de décret d'application, elle pose cependant plusieurs difficultés.

Tout d'abord, le texte de loi ne définit pas le contrôle interne ce qui peut rendre particulièrement difficile, en France, la conduite des travaux d'évaluation. La définition fournie par le Committee of Sponsoring Organizations (COSO) est la suivante : le contrôle interne est un processus mis en œuvre par la direction générale, le management et le personnel et conçu pour fournir une assurance raisonnable quant à l'accomplissement des objectifs (optimisation des opérations, fiabilité des informations financières, conformité aux lois et réglementations en vigueur). L'optimisation des opérations comprend l'amélioration des performances et la protection des ressources/actifs. Les informations financières portent sur les comptes ainsi que, pour les sociétés cotées, les données sur la situation financière et les comptes figurant dans le document de référence ; les rapports trimestriels et semestriels sont couverts.

La loi ne précise pas le sens et la portée des termes « rendre compte », ni la structure ni le contenu du rapport, ni son référentiel d'analyse et d'élaboration ne sont précisés dans le texte de la loi. Or, il convient de savoir si le président a une simple obligation de description des objectifs fixés au contrôle interne du périmètre couvert, des processus et des moyens alloués au contrôle interne, ou s'il doit, de plus, émettre un avis sur l'adéquation et l'efficacité du dispositif face aux objectifs. Cette deuxième hypothèse a été confirmée par le Garde des Sceaux lors de son intervention à la CNCC le 10 septembre 2003 : « la direction générale est responsable du système de contrôle interne de l'entreprise et rapporte sur l'adéquation et l'efficacité du système ».

A titre de comparaison, rappelons que la loi américaine Sarbanes-Oxley (SOA) dispose que :

♦ Le management doit établir un rapport sur le contrôle interne relatif au reporting financier contenant :

- une évaluation de l'efficacité de ce dispositif
- une affirmation de responsabilité sur l'établissement et le maintien d'un dispositif adéquat.
- ♦ Le management (CEO, CFO) est responsable du contrôle interne
- Sanctions pour fausse certification non intentionnelle : jusqu'à 1 millions de dollars et 10 ans d'emprisonnement
- Sanctions pour fausse certification intentionnelle : jusqu'à 5 millions de dollars et 20 ans d'emprisonnement
- ♦ Les auditeurs doivent attester l'évaluation réalisée par le management et établir un rapport.

La LSF indique que :

- ♦ Le Président du Conseil d'Administration rend compte, dans un rapport... des procédures de contrôle interne mises en place par la société... (art.117) (*)
- ♦ Les Commissaires aux Comptes présentent dans un rapport joint... leurs observations sur le rapport (du Président) pour celles des procédures de contrôle interne qui sont relatives à l'élaboration et au traitement de l'information comptable et financière... (art.120)
- ♦ La responsabilité est portée par le Président du Conseil d'Administration
- ♦ Pas de sanction prévue à ce jour au titre de l'article 225-37/225-68 mais possibilité d'une publication rectificative
- ♦ Sanction dans le cadre de la diffusion de fausses informations :
 - 2 ans d'emprisonnement
 - 1,5 M€
 - Sanctions administratives

2. Les recommandations de l'Autorité des Marchés Financiers (AMF)

Le rapport 2005 de l'AMF sur le contrôle interne fait apparaître des résultats, certes encourageants, notant une amélioration notable de la qualité de l'information; mais il contient aussi de nombreuses recommandations :

- présenter les diligences ayant permis la préparation du rapport
- communiquer sur le degré d'avancement des travaux d'évaluation
- communiquer au marché les défaillances ou insuffisances graves du contrôle interne et les remèdes retenus
- faire apparaître le lien établi entre les risques recensés et les procédures de gestion de ces risques
- présenter les diligences ayant sous-tendu l'élaboration du rapport
- indiquer les moyens mis en œuvre au titre du contrôle interne
- dans l'attente de la publication d'un référentiel sur le sujet, préciser les objectifs et limites du contrôle interne propres à leur taille et à leur activité

- indiquer le référentiel utilisé pour l'élaboration du rapport,

Sachant que, sur ces deux derniers points :

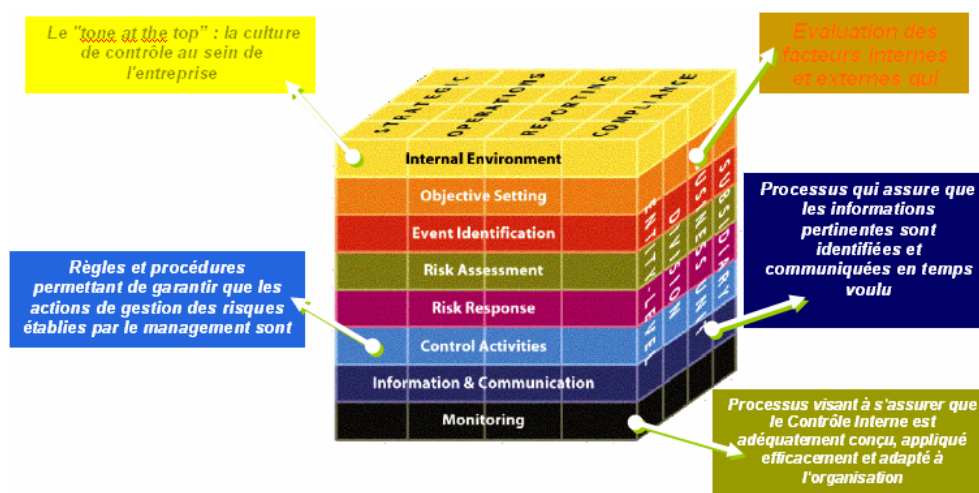
- 58% des sociétés de l'échantillon étudié par l'AMF font part des limites inhérentes au contrôle interne

- 33% des rapports précisent le référentiel utilisé (dans 86% des cas il s'agit d'un référentiel interne s'inspirant du référentiel COSO).

- 18% des sociétés déclarent utiliser un référentiel qui leur est imposé par la réglementation prudentielle (cas des banques, assurances, société de gestion...).

3. Les difficultés pratiques et les pistes de réflexion.

Certes le référentiel COSO est précis :



L'expérience de la mise en œuvre des dispositions de la loi Sarbanes-Oxley par les entreprises françaises soumises à la réglementation américaine est susceptible d'inspirer des considérations mitigées. Souvent, le nombre de tests envisagés en début de projet ont été multipliés par 3 ou 4 quand celui des contrôles a pu « exploser » passant dans certains cas de 6000 points d'attention prévus à 100 000 informations à collecter, analyser et suivre alors que les équipes d'audit étaient composées, au mieux, de 10 à 20 personnes pour 600 à 1000 filiales. On comprend que des choix drastiques tant méthodologiques que qualitatifs ou quantitatifs ont dû être faits, sortant ainsi du cadre initialement imposé. Néanmoins, l'exercice est onéreux avec un coût moyen annuel de SOA de 3,1 Millions de USD après 10 Millions d'USD au cours de la première année.

On comprend donc bien que, par souci d'efficacité, de productivité des collaborateurs- qui doivent produire avant de s'auto-évaluer et de documenter leur auto-contrôle !- et de coût, les entreprises souhaitent conserver une marge de manoeuvre méthodologique pour leurs travaux de contrôle interne et ne pas être « enfermées » dans un référentiel COSO qui ne tient, par construction, compte ni des demandes spécifiques et du champ d'application (SA et non pas seulement les sociétés cotées) de la LSF ni des particularités des sociétés européennes, ni de leur domaine d'activité, ni de leur taille.

Enfin, les européens souhaitent privilégier, avec raison, la substance sur la forme ce qui impose nécessairement une réflexion sur l'élaboration d'un référentiel ou mieux un cadre général de référence propre d'évaluation du contrôle interne.

A cet égard, il convient de mentionner une consultation en cours menée par les autorités américaines de régulation sur les pistes d'amélioration voire de simplification – à qualité informative constante- de l'usage du référentiel COSO, qui pourraient avantageusement être considérées par les groupes de réflexion français.

Le document de travail rappelle une liste de 26 principes de contrôle relatifs aux huit éléments du contrôle interne repris par le « cube COSO » et insiste sur l'importance particulière fondamentale de la séparation des tâches de gestion et de contrôle dans les PME.

Une attention particulière est portée sur les conditions d'élaboration, d'application et de contrôle de valeurs d'éthique, plus ou moins contraignantes et formelles selon l'entreprise et le secteur considérés, dans l'élaboration des reportings financiers et de risques permettant d'être un vrai « contrôle des contrôles », et de faire un lien efficace entre les instances de gouvernance au sens large et les processus de contrôle existants :

On attend donc avec impatience et intérêt le rapport d'étape du groupe « Sociétés faisant appel à l'Épargne (APE) » de l'AMF consacré à ce sujet.

Dominique CHESNEAU
Associé-Fondateur de DCH@TRESORISK CONSEIL
dch@tresorisk.com

FOCUS SUR ...



Eurosif (Le Forum Européen pour l'Investissement Socialement Responsable) a été créé en 2001 afin de promouvoir l'investissement socialement responsable (ISR) en Europe.

Eurosif est une association pan-européenne à but non lucratif, dont la mission est de promouvoir et de développer l'investissement durable et responsable et une meilleure gouvernance d'entreprise. Les membres actuels d'Eurosif sont des fonds de pension, des sociétés de services financiers, des universités, des groupes de recherche et des ONG. Elle représente plus de 600 milliards d'Euros d'actifs au travers de ses membres. Le lobbying des institutions européennes, une information sur l'ISR et des initiatives européennes pour la promotion et l'information sur l'ISR et la gouvernance d'entreprise comptent parmi les services essentiels qu'Eurosif propose à ses membres.

L'ISR allie les objectifs financiers des investisseurs avec leurs intérêts en matière sociale, environnementale, éthique et de gouvernance d'entreprise. Ainsi, selon les choix et contraintes des investisseurs, l'accent sera placé plutôt sur la dimension financière, ou sur la dimension éthique. Les approches de l'ISR ont également des caractéristiques nationales, liées à la structure des marchés financiers et à l'environnement législatif et culturel de chaque pays. Eurosif prend en compte tous ces éléments et aborde les questions de l'ISR dans son envergure européenne.

Les objectifs d'Eurosif sont :

- D'informer, d'éduquer et de fournir un réseau européen de discussion sur les services financiers durables et socialement responsables.
- D'être à l'initiative et de publier des travaux de recherche sur la réglementation, les politiques et pratiques d'intégration de problématiques sociales, environnementales et éthiques dans les services financiers européens.
- De promouvoir la transparence, la divulgation et une politique d'actionnariat actif envers les pratiques des sociétés en matière sociale, environnementale et éthique.
- De travailler à l'expansion active du réseau sus-mentionné en promouvant le développement des SIFs existants et en encourageant la création de nouveaux SIFs nationaux.

Quelques moments clefs pour Eurosif en 2005 :

Contribution à la ligne d'action de l'union européenne

- Suivi proactif du processus législatif ayant conduit à l'approbation du projet de déclaration annuelle de la gouvernance d'entreprise (Corporate Governance Annual Statement). Ce projet est l'une des premières législations européennes évoquant les questions sociales, environnementales et éthiques dans le secteur des finances.

Publications (disponibles gratuitement sur www.eurosif.org)

- Livret sur l'actionnariat actif en Europe qui aborde les droits des actionnaires et la gouvernance d'entreprise dans un contexte pan-européen.
- Trois rapports sectoriels sur les secteurs suivants : l'hôtellerie et le tourisme, la chimie et l'automobile afin de souligner les risques sociaux, environnementaux et éthiques qui peuvent impacter la profitabilité à long terme.

A venir en 2006 : rapports sectoriels, mise à jour de l'étude de marché sur l'ISR en Europe, partenariat avec le journal Le Monde pour créer une série d'articles autour des indicateurs de développement durable,...

Contact : Jérôme Tagger
Tel/Fax: + 33 1 40 20 43 38

11 avenue de l'Opéra
75001 Paris, France

contact@eurosif.org
www.eurosif.org

COMITE DE REDACTION

Directeur de la publication : Jean-Aymon MASSIE ja.massie@afge-asso.org

Comité de rédaction : Me A-X. BRIATTE ; Me K. GÖNENCER ; M. P. LECLERC de KERAEN ; Me J. MITCHELL ;
Professeur P. PERVILHAC ; Professeur Ph. REIGNE Professeur P-Y GOMEZ; Mlle A. SCHNEIDER.

Conception et documentation : Lavinia FOURNIER-URSU mail@afge-asso.org

La lettre de l'AFGE est réservée aux adhérents et aux sympathisants de l'association.

Adresse : Immeuble Galilée Bureau 131, 51, Esplanade Charles de Gaulle, La Défense 10 92907 Paris La Défense Cedex.