



Association Nationale des Sociétés par Actions

39 rue de Prony – 75017 Paris
Tél. 01 47 63 66 41 Fax 01 42 27 13 58 - <http://www.ansa.fr> - ansa@ansa.fr

2016 – IV
Novembre 2016

NOTE POUR VOUS

n° 16-037

Informations extra-financières : perspectives d'évolution

1.- Information sur les politiques appliquées en matière environnementale, sociale, de droits de l'homme et de lutte contre la corruption

L'information « RSE » actuellement requise devrait voir ses modalités redéfinies par la transposition de la directive relative à la publication d'informations non financières, ainsi que par l'adoption du projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (Sapin 2) et, si son parcours parlementaire arrive à son terme, de la proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

La directive relative à la publication d'informations non financières¹ prévoit l'insertion dans le rapport de gestion d'informations relatives aux questions environnementales, sociales et de personnel, au respect des droits de l'homme et à la lutte contre la corruption. Les sociétés relevant du champ d'application de la directive² doivent ainsi préciser les principaux risques en ces domaines (que ceux-ci résultent de l'activité de la société elle-même ou, lorsque cela s'avère pertinent et proportionné, de ses relations d'affaires), décrire les politiques et procédures de diligence raisonnable mises en œuvre et indiquer les résultats de ces politiques. La directive précise que lorsqu'une politique fait défaut pour un domaine, la société doit s'en justifier par une explication claire et motivée.

La transposition de la directive imposera donc de modifier le dispositif français actuel relatif aux informations RSE (art. L. 225-102-1, art. R. 225-105 et R. 225-105-1 du code de commerce), qui repose davantage sur la collecte de données relatives à des *items* déterminés que sur la description de politiques et de leurs résultats.

Cette transposition doit intervenir d'ici le 6 décembre 2016, pour une mise en œuvre par les émetteurs à compter de l'exercice débutant à partir du 1^{er} janvier 2017. Si le véhicule législatif devant permettre de transposer la directive est longtemps demeuré incertain³, l'Assemblée nationale a introduit dans le projet de loi Egalité et citoyenneté⁴ une habilitation permettant au Gouvernement de procéder à cette transposition par voie d'ordonnance, étant précisé que le texte ajoute que les informations prévues devront porter notamment « sur les questions de lutte contre les discriminations et de prise en compte de la diversité de la société française »⁵.

¹ Directive 2014/95 du 22 octobre 2014 modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes.

² Sont visées les grandes entreprises qui sont des entités d'intérêt public (sociétés cotées, établissements de crédit et entreprises d'assurance dont le total du bilan et le chiffre d'affaires net sont respectivement supérieurs à 20 et 40 millions d'euros), qui emploient plus de 500 salariés.

³ L'Assemblée nationale, lors de l'examen en première lecture du projet de loi Egalité et citoyenneté, avait partiellement transposé la directive, tout en maintenant les textes existants et en habilitant le Gouvernement à procéder à cette transposition par voie d'ordonnance. Le Sénat avait supprimé ces dispositions et utilisé la proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre comme texte de transposition.

⁴ L'habilitation a été adoptée le 23 novembre 2016 lors de la nouvelle lecture, qui fait suite à l'échec de la Commission mixte paritaire. Le texte doit être examiné par la Commission spéciale du Sénat le 6 décembre, puis en séance à partir du 19 décembre.

⁵ L'ordonnance doit être adoptée dans un délai de 6 mois à compter de la promulgation de la loi.

L'ordonnance devra prendre en considération l'impact de deux textes qui recouvrent totalement ou partiellement les domaines régis par la directive.

Le projet de loi Sapin 2 entend prévenir la réalisation de faits de corruption en imposant à certaines sociétés de mettre en place des plans de prévention (élaboration d'un code de conduite, mise en place d'un dispositif d'alerte interne, définition d'une cartographie des risques...), dont les mesures doivent être déclinées dans l'ensemble du groupe qu'elles contrôlent⁶. Le dispositif prévu dans le projet de loi ne comprend pas d'obligation d'information sur le plan de prévention de la corruption mis en œuvre par la société, mais cette information devrait être rendue obligatoire par la proposition de loi sur le devoir de vigilance.

Le Sénat avait choisi d'inscrire **cette proposition de loi sur le devoir de vigilance**⁷ dans la logique de la directive sur la publication d'informations non financières en prévoyant un dispositif d'incitation à l'adoption de bonnes pratiques *via* une obligation d'information et l'application du principe « appliquer ou expliquer »⁸, mais cette démarche a été écartée par l'Assemblée nationale, dont le texte⁹ a pour objectif principal d'imposer l'adoption de mesures de prévention sous peine de responsabilité en cas de survenance d'un dommage, ce qui est beaucoup plus coercitif que le dispositif européen. Les sociétés visées devraient ainsi, sous peine de lourdes sanctions¹⁰, mettre en œuvre d'un plan de prévention, publié dans le rapport de gestion, comprenant des mesures de vigilance raisonnable propres à identifier et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes, ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société elle-même, mais aussi de l'activité des sociétés qu'elle contrôle, directement ou indirectement, ainsi que de l'activité des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels elle entretient une relation commerciale établie lorsque cette activité est rattachée à cette relation (chaîne de valeur).

L'échec de la commission mixte paritaire réunie le 2 novembre 2016 ouvre la voie à une lecture définitive par l'Assemblée nationale, qui devrait intervenir lors de la session parlementaire du début de l'année 2017¹¹. Des aménagements ont été apportés au dispositif de l'Assemblée nationale lors de la nouvelle lecture, mais ils n'en modifient pas l'économie générale, qui constitue un marqueur politique fort¹².

⁶ Le projet de loi prévoit que le président, les directeurs généraux, les gérants et, selon les attributions qu'ils exercent, les membres du directoire d'une société employant au moins 500 salariés ou appartenant à un groupe dont l'effectif comprend au moins 500 salariés) et dont le chiffre d'affaires, le cas échéant consolidé, est supérieur à 100 millions d'euros sont tenus de prendre les mesures destinées à prévenir et à détecter la commission, en France ou à l'étranger, de faits de corruption ou de trafic d'influence. Dans le cadre des groupes de sociétés, cette obligation de prévention porte sur la société elle-même ainsi que sur ses filiales et sociétés contrôlées, celles d'entre elles qui excèdent les seuils précités étant alors réputées satisfaire aux obligations de prévention. Les dirigeants visés ainsi que la société elle-même sont tenus responsables en cas de manquement, dont la sanction est confiée à l'Agence française anticorruption, qui peut adresser un avertissement aux représentants de la société, prononcer une injonction de mise en conformité ou décider d'une sanction pécuniaire dont le montant peut atteindre 200 000 euros pour les personnes physiques et 1 million d'euros pour les personnes morales.

⁷ Après avoir rejeté la proposition de loi en 1^{ère} lecture, le Sénat avait en effet choisi d'adopter un texte de transposition de la directive lors de la 2^{ème} lecture en octobre 2016.

⁸ En cas de manquement à cette obligation d'information, une injonction de faire sous astreinte pourrait être demandée par toute personne intéressée.

⁹ Texte adopté par l'Assemblée nationale en nouvelle lecture le 29 novembre 2016.

¹⁰ La sanction de ce dispositif serait assurée d'une part, par la faculté offerte à toute personne justifiant d'un intérêt à agir de demander une injonction, qui pourrait être accompagnée d'une amende civile de 10 millions d'euros et, d'autre part, par le renvoi à la responsabilité civile de droit commun, la réparation du préjudice étant toutefois accompagnée du prononcé de l'amende civile qui peut accompagner l'injonction, dans ce cas plafonnée à 30 millions d'euros.

¹¹ Après la nouvelle lecture par le Sénat, les députés pourraient voter la proposition de loi en lecture définitive en janvier 2017.

¹² En nouvelle lecture, l'Assemblée nationale a :

- supprimé du champ du dispositif la prévention de la corruption, qui est régie par le projet de loi Sapin 2,
- introduit une exemption groupe,
- précisé le contenu du plan de vigilance en s'inspirant du contenu du plan de prévention de la corruption prévu par le projet de loi Sapin 2, et ajouté que ce plan, qui doit être rendu public, a vocation à être élaboré en association avec les parties prenantes de la société, le cas échéant dans le cadre d'initiatives pluripartites au sein de filières ou à l'échelle territoriale,
- prévu que l'injonction doit être précédée d'une mise en demeure,
- précisé que l'amende civile plafonnée à 10 millions d'euros doit être fixée en proportion de la gravité du manquement et en considération des circonstances de celui-ci et de la personnalité de son auteur,
- réécrit les conditions et conséquences de mise en œuvre de la responsabilité civile pour faute qui oblige l'auteur d'un manquement à l'obligation d'établir et de mettre en œuvre un plan de vigilance à réparer le préjudice que l'exécution de

La publication d'informations « RSE » doit enfin intégrer les **nouvelles recommandations émises par l'AMF** dans son rapport 2016 sur l'information publiée par les sociétés cotées en matière de responsabilité sociale, sociétale et environnementale, en date du 17 novembre 2016, qui préconisent :

- la hiérarchisation des enjeux relatifs au développement durable, afin de fournir une information plus pertinente traduisant une meilleure application du principe *comply or explain*, et une plus grande transparence dans le cadre de la mise en œuvre des études de matérialité ;
- l'adoption d'une démarche favorisant la sélection et la concision des informations pour tenir compte du volume croissant des données RSE ;
- l'indication, pour les sociétés qui affirment placer les enjeux RSE au cœur de leur stratégie, de la manière dont leur démarche RSE y contribue ;
- l'attention à la transparence de l'information à l'occasion de l'émission des *green bonds* et pendant leur durée de vie.

On relèvera en outre que si l'AMF encourage la démarche d'intégration des données financières et extra-financières, elle a choisi de ne pas recommander un modèle de présentation ou un référentiel déterminé afin de ne pas imposer un formalisme trop rigide qui lui paraît aujourd'hui prématuré.

2.- Information sur les politiques appliquées en matière de diversité

La directive sur la publication des informations non financières prévoit également la publication d'une description de la politique de diversité appliquée aux organes d'administration, de gestion ou de surveillance, de ses objectifs, de ses modalités de mise en œuvre et de ses résultats. A titre illustratif, la directive précise que cette politique est appréciée au regard de critères tels que l'âge, le genre ou les qualifications et l'expérience professionnelle. A défaut d'une telle politique, la société devrait publier une explication le justifiant.

Le code Afep / Medef (novembre 2016) prévoit déjà que « *chaque conseil s'interroge sur l'équilibre souhaitable de sa composition et de celle des comités qu'il constitue en son sein, notamment en termes de diversité (représentation des femmes et des hommes, nationalités, expériences internationales, expertises...)* » et qu'il doit rendre « *publics dans le rapport annuel les objectifs, les modalités et les résultats de sa politique en ces matières* ». La transposition de la directive imposera toutefois une modification du code de commerce.

oOo

En BREF :

- ***Position du Haut Conseil au Commissariat aux Comptes sur les services autres que la certification requis par les textes***
Saisi par l'ANSA à la suite d'un avis rendu en septembre 2016 par le Comité juridique de l'association, le H3C a indiqué être d'avis que l'article L. 822-11-2 du code de commerce, qui prévoit l'approbation par le comité d'audit des services autres que la certification, ne trouve pas à s'appliquer aux services fournis par le commissaire aux comptes de l'entité en application de dispositions nationales (ou de dispositions du droit de l'Union européenne directement applicables en droit national) qui lui en confient expressément et exclusivement la réalisation (v. également communication ANSA n° 16-028).
- ***Préparation du guide de l'ANSA sur le traitement de l'information privilégiée par les émetteurs***
Le projet de guide de l'ANSA, qui est en cours de finalisation, traite successivement de la qualification des informations privilégiées, de la publication immédiate de ces informations et du choix qui peut être fait d'en différer la publication, ainsi que de l'établissement des listes d'initiés. Il a pour objectif de souligner les liens qui sont établis par la nouvelle réglementation entre les différents éléments qui composent le régime de l'information privilégiée et d'éclairer certains

ces obligations aurait permis d'éviter, et ajouté que dans ce cas, le montant de l'amende civile peut être multiplié par trois, en fonction de la gravité et des circonstances du manquement et du dommage.

- introduit une mesure de droit transitoire.

aspects juridiques et pratiques sur lesquels l'AMF n'a pas souhaité, ou n'a pas pu, présenter de développements autres que la reprise des textes applicables. Le guide est complété d'annexes qui présentent des modèles (avis d'inscription sur les listes d'initiés, notification de fenêtres négatives...) et précisent le régime de déclaration des transactions des personnes exerçant des responsabilités dirigeantes et des personnes qui leur sont étroitement liées.

- ***Guide de l'AMF sur l'information périodique des sociétés cotées sur un marché réglementé (position-recommandation DOC 2016-05)***

Le guide publié le 26 octobre 2016 par l'AMF a pour objet de rappeler les principales obligations d'information périodique que doivent respecter les sociétés et de regrouper les positions et recommandations de l'ESMA et de l'AMF en ce domaine. A raison de la consolidation opérée, plusieurs éléments de doctrine de l'AMF sont annulés, leur contenu étant repris dans le guide (par exemple la recommandation 2007-08 sur la communication financière par voie de presse écrite et la diffusion de l'information réglementée par les sociétés cotées sur un marché réglementé).

Le guide traite de plusieurs des éléments composant l'information périodique réglementée publiée par les émetteurs : rapports financiers annuel¹³ et semestriel, rapport du président, rapport sur les sommes versées aux gouvernements, communiqué sur les honoraires des commissaires aux comptes, information relative au nombre total de droits de vote, communiqué sur les modalités de mise à disposition ou de consultation des informations fournies aux actionnaires en vue des assemblées générales et communiqué sur le choix de l'autorité compétente. Sont également envisagés certains autres éléments d'information qui ne relèvent pas de l'information périodique réglementée mais font l'objet d'une diffusion régulière par les émetteurs : communiqué sur le chiffre d'affaires annuel, communiqué d'annonce des résultats, information financière trimestrielle, description des indicateurs alternatifs de performance, informations *pro forma* et données financières estimées.

- ***Révision du code AFEP / MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées et rapport de l'AMF sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des sociétés cotées***

Le **code AFEP / MEDEF révisé** a été rendu public le 23 novembre 2016. Cette révision, qui a donné lieu à une consultation publique, tend à rationaliser et moderniser les recommandations existantes, qu'elle complète par ailleurs de préconisations nouvelles (par ex. sur l'information à donner sur les conditions financières du départ d'un dirigeant). La recommandation relative à la consultation des actionnaires sur la rémunération des dirigeants ayant été maintenue dans l'attente de la promulgation de la loi Sapin 2, sa mise en œuvre devrait conduire à soumettre aux assemblées générales statuant sur les comptes 2016 un vote consultatif *ex post* qui s'ajouterait au vote *ex ante* contraignant prévu par le projet de loi (sous réserve de la validation de ce dispositif par le Conseil constitutionnel).

L'AMF a publié le 17 novembre son **rapport annuel sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants**. En matière de gouvernement d'entreprise, l'AMF constate notamment une progression continue de la diversification des conseils, en particulier de leur féminisation (35,2 % de femmes au 31.12.2015), ainsi que le maintien à un niveau élevé de la proportion d'administrateurs indépendants, tout en relevant sur ce point la persistance de lacunes en ce qui concerne les critères d'appréciation du caractère significatif des relations d'affaires. L'AMF insiste dans ce rapport 2016 sur le traitement des conflits d'intérêts, en particulier dans le cadre des augmentations de capital réservées à des catégories de bénéficiaires, des cessions ou acquisitions d'actifs significatifs et des conventions réglementées impliquant une personne indirectement intéressée que l'AMF a recommandé de définir comme une personne autre qu'une partie à la convention qui, en raison des liens qu'elle entretient avec les parties et des pouvoirs qu'elle possède pour infléchir leur conduite, en tire ou est susceptible d'en tirer un avantage.

¹³ En ce qui concerne le document de référence, la publication du guide a été complétée par celle d'une instruction n° 2016-04, à laquelle il renvoie, sur l'information à diffuser en cas d'offre au public ou d'admission aux négociations de titres financiers sur un marché réglementé (structure du document de référence et format des attestations).

En matière de rémunération des dirigeants mandataires sociaux, l'AMF constate que ses propres recommandations ainsi que celles du code AFEP / MEDEF sont largement appliquées, bien qu'à un plus faible taux en ce qui concerne la description des critères qualitatifs. L'AMF préconise néanmoins la mise en œuvre de quelques nouvelles recommandations afin d'assurer la reprise dans le document de référence portant sur l'exercice concernées des explications antérieurement fournies relatives à des éléments de rémunération alloués au titre de cet exercice et un meilleur encadrement de la part variable (distinction des critères quantitatifs et qualitatifs utilisés, plafonnement, limitation des variations liées au jeu de clauses d'ajustement).

Après avoir constaté que l'ensemble des sociétés de l'échantillon avaient mis en œuvre le dispositif de *say on pay* recommandé par le code AFEP / MEDEF, l'AMF recommande aux émetteurs qui procèdent à un renvoi à un document dans leur projet de résolution d'indiquer une référence précise.

(Rédaction achevée le 30 novembre 2016)