

Septembre 2010

N°23



**Stéphanie
Martinier**
Avocat à la Cour

Corporate / Private Equity / Financing

Edito – par Stéphanie Martinier

Les comités d'audit de sociétés cotées: l'AMF au rapport

L'ordonnance du 8 décembre 2008 (codifiée aux articles L. 823-19 et suivants du Code de commerce) transposant la directive 2006/43/CE du 17 mai 2006 a consacré la mise en place d'un comité d'audit dans les sociétés cotées sur un marché réglementé et conféré une assise législative à une pratique déjà largement admise dans les sociétés concernées. Néanmoins, la généralité des termes employés avait soulevé de nombreuses interrogations de la part des praticiens et conduit l'AMF à se pencher sur l'interprétation de ce texte. C'est ainsi que le 14 juin 2010, l'AMF a rendu son rapport sur les comités d'audit institués par l'ordonnance du 8 décembre 2008. Ce rapport offre aux sociétés concernées des conseils pratiques sur la mise en place des comités d'audit et apporte des clarifications nécessaires et attendues sur le rôle et la composition de ces comités, ainsi que sur la responsabilité de leurs membres.

L'ordonnance du 8 décembre 2008 prévoit que la composition des comités d'audit est déterminée par le conseil d'administration ou le conseil de surveillance qui désigne parmi ses membres ceux qui composeront le comité. Le conseil fixe lui-même le nombre de membres qui composeront le comité, l'AMF préconisant que ce dernier compte au moins trois membres. Les membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance occupant des « *fonctions de direction* » sont exclus du comité d'audit en application de l'article L. 823-19 al. 2 du Code de commerce.

Dans son rapport, l'AMF se déclare en faveur d'une interprétation extensive de la notion de « *fonctions de direction* » qui, selon elle, se rapporte aussi bien aux mandataires sociaux qu'aux membres de la direction générale de l'entreprise, tel que le directeur administratif et financier. Enfin, l'ordonnance de 2008 ajoute qu'un des membres du comité doit « *présenter des compétences particulières en matière financière ou comptable et être indépendant au regard de critères précisés* » et publiés dans le document de référence de la société ou dans le rapport du président du conseil sur la gouvernance. Cette obligation légale de compétence à l'égard d'un seul des membres du comité est en décalage avec l'importance de la mission mise à la charge des comités d'audit.

A cet égard, l'AMF préconise qu'outre le membre « expert », l'ensemble des membres du comité d'audit disposent de « *compétences minimales* » dans le domaine financier et dans le domaine de la comptabilité des sociétés cotées. Le gendarme de la Bourse précise qu'il revient au seul conseil de déterminer les critères de compétence requis. Quant à l'indépendance des membres de comités d'audit, elle répond aux mêmes critères que ceux applicables aux administrateurs ou membres du conseil de surveillance

et constitue un pré-requis indispensable à l'exercice d'un contrôle effectif de la direction par ces comités.

Toutefois, cette exigence d'indépendance est limitée à un seul des membres du comité, ce qui est en rupture avec les préconisations habituelles en la matière et notamment avec la recommandation faite par le Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées AFEP-MEDEF reprise par l'AMF, qui plaide en faveur de deux tiers de membres des comités d'audit répondant aux critères d'indépendance en place dans l'entreprise. A titre de comparaison, aux Etats-Unis, le Sarbanes Oxley Act qui a rendu obligatoire la présence de comités d'audit au sein des sociétés cotées sur un marché américain, dispose que l'ensemble des membres du comité d'audit doit remplir les critères d'indépendance posés par la loi.

Il résulte de l'examen approfondi des diverses missions des comités d'audit, que l'indépendance des membres jouera un rôle clé dans leur réalisation. En effet, le comité d'audit est chargé d'assurer le suivi des questions relatives à l'élaboration et au contrôle de l'information comptable et financière. Il prépare les travaux du conseil dans le cadre de l'arrêté des comptes annuels ou de l'examen des comptes semestriels et pourra à cette occasion lui prodiguer des recommandations. Il doit aussi veiller au respect par l'entreprise des principes de bonne gouvernance puisqu'il est en charge de contrôler l'efficacité des systèmes de contrôle interne et de gestion des risques. Selon l'AMF, le rôle extensif concédé au comité d'audit est le corollaire indispensable d'une analyse pertinente des informations comptables et financières qui lui sont communiquées, certains faits ou risques révélés par les mécanismes de contrôle interne pouvant avoir une incidence sur les comptes.

Le comité d'audit conduit sa mission avec l'appui des commissaires aux comptes de la société, qui sont tenus de porter à sa connaissance les risques, irrégularités ou inexactitudes relevés sur les comptes annuels ou consolidés ou lors de l'examen de ces derniers. Le rôle du comité d'audit peut aller au-delà des missions qui lui sont confiées par la loi puisque, selon l'AMF, l'énumération des missions du comité d'audit figurant à l'article L. 823-19 du Code de commerce est non exhaustive et que le conseil peut lui confier « *toute autre mission qu'il juge opportune* ».

L'existence de ces compétences diverses pose la question de la responsabilité des membres de ce comité. Le Code de commerce dans son article L. 823-19 dispose que les membres du comité d'audit agissent « *sous la responsabilité exclusive et collective* » du conseil d'administration ou du conseil de surveillance. Selon l'AMF, le terme « *exclusive* » signifie que les membres des comités d'audit ne sont responsables de leurs actes qu'en leur qualité de membres du conseil. Quant aux termes de « *responsabilité collective* », ils signifient, selon le gendarme de la Bourse, que la collectivité des administrateurs est responsable. Les administrateurs conservent toutefois la possibilité de s'exonérer de leur responsabilité dans les conditions du droit commun, en démontrant qu'ils se sont comportés avec prudence et diligence. Cette responsabilité collective renvoie à l'absence d'autonomie des comités d'audit, simples émanations du conseil d'administration ou du conseil de surveillance.

Si la consécration des comités d'audit par l'ordonnance du 8 décembre 2008 n'a pas eu pour effet de redessiner de façon fondamentale une pratique déjà en place au sein des sociétés cotées, les précisions de l'AMF devraient conduire à une uniformisation de la pratique et aboutir à terme à un renforcement de la gouvernance d'entreprise, notamment au travers d'un renforcement du rôle joué par les comités d'audit.

A noter que le législateur pourrait prochainement consacrer légalement un autre comité au rôle sensible, le comité des rémunérations. Lors de l'examen du texte de la proposition de loi sur les rémunérations des dirigeants le 20 octobre 2009, tous les articles, à l'exception de celui instaurant un comité des rémunérations dans les sociétés cotées sur un marché réglementé, ont été rejetés par l'Assemblée Nationale. Il faut dire que la question d'un encadrement de la rémunération des mandataires sociaux fait

débat. Pas étonnant dès lors que cette proposition de loi relative au comité des rémunérations n'ait à ce jour toujours pas été examinée par le Sénat. Cependant, la récente promulgation du Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act par le Président américain Barack Obama¹, qui renforce la législation applicable aux comités des rémunérations des sociétés cotées sur un marché américain et impose l'indépendance de l'ensemble des membres de ce comité, laisse présager un mouvement d'ampleur en faveur d'une réglementation des mécanismes de fonctionnement de cet autre comité clé.

Actualité Juridique

Encadrement des frais perçus par les véhicules ISF (holdings et Fonds d'investissement).

Sur proposition du sénateur Arthuis, la loi de finances pour 2010 adoptée l'hiver dernier a prévu que les investisseurs des véhicules ISF – holdings et Fonds - seraient "*informés annuellement du montant détaillé des frais et commissions qu'ils supportent*" et que les "*conditions de rémunération des opérateurs assurant la commercialisation*" de ces véhicules serait encadrée.

Les modalités de cette information et de cet encadrement devaient être précisées par voie de décret. Un projet de décret a été soumis pour consultation publique par le Haut comité de place.

Ce projet va bien au-delà du texte de la loi. Il ne se contente pas d'encadrer les frais de commercialisation qui étaient seuls visés. Il plafonne l'ensemble des frais dont les frais de gestion. Afin de légaliser ce dispositif, le projet de loi de finances pour 2011 devrait prévoir un encadrement de l'ensemble des frais dont ceux de gestion perçus par les véhicules ISF et IR.

Il vise également à renforcer l'information des investisseurs. Cette information sera beaucoup plus détaillée, effectuée préalablement et postérieurement à l'investissement, et devrait figurer sur l'ensemble de la documentation remise au client (dont le bulletin de souscription sur lesquels il devra consentir aux prélèvements de frais).

Ce projet de texte soulève, outre de véritables interrogations de fonds, sur son efficacité et sa proportionnalité par rapport à l'objectif recherché, de véritables problèmes d'interprétation.

Le décret devrait être publié au plus tard dans les deux premières semaines d'octobre 2010.

[Vous trouverez en pièce jointe notre dernière contribution dans le cadre de la consultation sur le projet de décret, réalisée en collaboration avec l'association nationale des holdings ISF.](#)

IGF: ce que conclurait le rapport ...

¹ Loi promulguée le 21 juillet 2010

L'inspection générale des finances (IGF) a été mandatée par Christine Lagarde afin d'étudier l'utilité des dispositifs fiscaux visant à inciter les particuliers à investir dans des PME (via des réductions d'IR ou d'ISF).

Après de nombreuses auditions, l'IGF aurait finalisé son rapport. Si celui-ci n'a pas été rendu public, la presse s'est fait l'écho de certaines de ses conclusions.

Ainsi, le rapport pointerait du doigt les niveaux de frais de distribution pratiqués par les FCPI et FIP. Leur part aurait augmentée pour atteindre le tiers des sommes prélevées auprès des épargnants.

D'un autre côté, l'IGF condamnerait la mesure adoptée il y a un an visant à réduire les délais impartis aux FCPI et FIP pour investir l'argent collecté. Le délai de 16 mois serait jugé incompatible avec les délais incompressibles liés à une sélection professionnelle des investissements dans des entreprises non cotées.

Il semblerait que le rapport conclut au maintien des FCPI, des FIP et de la déduction ISF moyennant des aménagements.

Le projet de loi de régulation bancaire et financière est adopté au Sénat

- Une réglementation accrue des intermédiaires dans la commercialisation des produits financiers

Alors que dans le cadre de la directive OPCVM IV, l'AMF s'interroge sur l'opportunité de simplifier et d'harmoniser les différents statuts permettant de commercialiser les instruments financiers, le Sénat a anticipé quelque peu la réforme.

Tous les intermédiaires (CIF, courtiers en assurance...) devront s'enregistrer sur un registre unique tenu par l'Orias et se soumettre à des règles de conduites homogènes.

- l'obligation pour les banques, les sociétés de gestion et les SCR de mettre en place un comité de rémunération

L'article 18 bis A du projet fait obligation à l'organe délibérant (CA, Directoire...) des banques, sociétés de gestion et SCR d'une certaine taille (à préciser par décret) de mettre en place un comité de rémunération, composé majoritairement de membres indépendants. Par ailleurs, ces sociétés devront rendre compte dans leur rapport annuel de leur politique et de leurs pratiques de rémunération.

Services financiers: dernières mesures de la Commission européenne

La Commission européenne a adopté cet été les textes précisant les conditions d'application de la directive OPCVM IV (UCITS IV), qui entrera en vigueur le 1er juillet 2011.

Ainsi, deux directives et deux règlements sont venus préciser :

- les informations clés pour l'investisseur – un nouveau document d'information normalisé et harmonisé est établi, conçu pour permettre aux investisseurs de prendre des décisions efficaces en matière d'investissement. Un règlement d'application régit le contenu et la forme du document, en prévoyant notamment l'utilisation d'un langage clair et une présentation de l'information sur le risque beaucoup plus compréhensible pour l'investisseur. Le règlement d'application

renvoie à des méthodes précises pour le calcul du niveau de risque du fonds et pour celui des frais échus.

- les règles concernant le fonctionnement des sociétés de gestion d'OPCVM – une directive d'application aligne les exigences organisationnelles et les règles de conduite applicables aux sociétés d'investissement sur les normes déjà applicables à la plupart des services financiers en vertu de la directive MIF. Ces règles couvrent également la prévention, la gestion et la mention des conflits d'intérêts. La directive impose en outre aux gestionnaires d'OPCVM d'utiliser des procédures et des techniques suffisamment fiables et efficaces pour gérer de manière appropriée les différents types de risques auxquels les OPCVM sont exposés.
- le cadre des fusions d'OPCVM et structures maîtres-nourriciers – une directive d'application détaille certaines mesures de protection des investisseurs en relation avec ces techniques de regroupement d'actifs et établit une approche commune pour le partage d'informations entre fonds maîtres et fonds nourriciers. Elle inclut également des règles détaillées relatives à la liquidation, la fusion ou la division d'un OPCVM maître.
- la procédure de notification et coopération en matière de surveillance – un règlement d'application définit les documents et procédures types à utiliser pour la transmission électronique dans le cadre de la procédure de notification (utilisée par un OPCVM lorsqu'il souhaite accéder au marché d'un autre État membre). Il fixe également des procédures communes visant à renforcer la coopération en matière de surveillance des activités transfrontalières des gestionnaires de fonds.

USA : la plupart des gérants et conseillers de fonds, localisés en dehors des USA, seront désormais tenus de se faire enregistrer auprès de la SEC

Les gérants de fonds autres qu'américains qui :

- ont des investisseurs US dans leurs fonds,
- gèrent des fonds basés aux US,
- ont une présence aux US,
- font de la publicité aux US,

sont concernés par la nouvelle réglementation, adoptée le 21 juillet dernier et qui entrera en vigueur le 21 juillet 2011.

Cela concerne les gérants et conseillers de fonds alternatifs (capital investissement, infrastructure, immobilier, hedge, fonds de fonds...), qu'ils aient une activité de conseil ou de gestion (discrétionnaire ou non).

Ils devront se faire enregistrer auprès de la SEC au plus tard le 21/07/2011. A défaut, leur responsabilité civile, voire pénale, pourra être engagée.

Néanmoins, des exceptions sont prévues. Ainsi, les gérants/conseillers qui n'ont pas de bureau aux US, comptent en tout moins de 15 clients ou investisseurs américains et gèrent moins de 25 M US \$ provenant de ces investisseurs devraient être dispensés, sous certaines conditions, de l'obligation d'enregistrement. Les family offices et les conseillers qui, pour ces derniers, agissent uniquement comme conseil d'un ou plusieurs de fonds de capital-risque, devraient être également exemptés.

Décret n° 2010-915 du 3 août 2010 relatif à l'exonération d'impôt de solidarité sur la fortune prévue à l'article 885 I ter du code général des impôts

Ce décret qui a été codifié à l'article 299 bis de l'annexe III au code général des impôts détermine les obligations déclaratives des contribuables souhaitant bénéficier de l'exonération d'ISF prévue à l'article 885 I ter, soit au titre des actions de holdings ISF qu'ils détiennent soit au titre de parts de FCPR, FCPI ou FIP qu'ils ont souscrites.

Projet de loi de finances pour 2010

Le projet de loi devrait être dévoilé le 29 septembre prochain, à l'occasion du dernier conseil des ministres de septembre. Comme annoncé, un des objectifs est de réduire le cout fiscal lié aux niches fiscales et sociales, qu'elles profitent aux personnes physiques soumises à l'IR ou aux sociétés soumises à l'IS.

Parmi les niches fiscales en matière d'IR, la fiscalité de l'assurance vie devrait être revue. Tous les contrats d'assurance-vie seraient désormais soumis aux prélèvements sociaux. Ensuite, les fonds dits multi supports le seraient non plus au moment du rachat mais chaque année, au même titre que les contrats dits en euros.

Autre niche fiscale : les FCPI et FIP. Alors que l'on annonçait la fin des FCPI et FIP pour la fin 2010, le gouvernement devrait reconduire, peu ou prou, le dispositif pour deux ans.

Les modifications pourraient concerner :

- la politique d'investissement afin de permettre le financement d'ETI (entreprises de taille intermédiaire : moins de 5.000 salariés) et exclure certains secteurs d'investissement (immobiliers, etc)
- l'avantage fiscal : celui-ci pourrait voir son plafond réduit ou le taux de réduction d'IR diminué. Ainsi la réduction d'IR pourrait passer de 25% à 22.5%,
- le plafonnement de l'ensemble des frais (dont de gestion) serait voté et étendu aux véhicules IR (FCPI, FIP et holdings),
- la réduction des délais d'investissements récemment adoptée pourrait être remise en cause,
- l'avantage fiscal IR pourrait, comme en matière d'ISF, être calculé par transparence, c'est-à-dire que la réduction d'IR (actuellement de 25%) ne serait pas calculée sur le montant de la souscription mais sur le pourcentage que le fonds s'est engagé à investir dans des sociétés éligibles,
- le taux de réduction d'ISF qui varie de 50% pour les Fonds à 75% pour le direct ou l'intermédié-holding ne serait finalement pas aligné et ramené pour tous à 50 ou 60 %. Il convient d'ailleurs de noter que le MEDEF a proposé que la réduction d'ISF puisse être reportée sur 3 ou 5 ans quand les versements d'une année donnent droit à une réduction d'ISF qui excède le plafond de 50.000 €/ an.

Par ailleurs, le régime fiscal et social d'imposition des plus-values mobilières actuellement taxées au taux de 30.1% (dont 12.1% de prélèvements sociaux) pourrait être revu. Plusieurs pistes sont envisagées : diminution du seuil d'imposition (25.730€), augmentation du taux d'imposition, suppression de l'abattement pour année de détention.

Quant aux sociétés soumises à l'IS, elles pourraient voir les dividendes en régime mère-fille, comme les plus-values à long terme sur des participations supérieures à 5% détenues depuis plus de 2 ans, être taxés sur le montant intégral, et non plus sur la quote-part pour frais et charges de 5 %. En matière de fonds, la déductibilité des intérêts d'emprunt pour l'achat de titres, qui profite aux opérations de LBO, pourrait être considérablement réduite.

[Afin de débattre des dispositions de la loi de finances qui sera dévoilée le 29 septembre prochain, l'association PME FINANCE organise le jeudi 7 octobre 2010 une manifestation en présence de députés et sénateurs. \(voir ci-après à la rubrique "Prochains colloques"\)](#)

Point sur la collecte ISF 2010

Parmi les différentes mesures issues du "paquet fiscal" de la loi TEPA, le disposition de réduction d'ISF pour investissement dans des PME connaît de plus en plus d'engouement. Plus de 140.000 contribuables auraient bénéficié de cette mesure en 2010, représentant une hausse de près de 50% des bénéficiaires par rapport à 2009.

Dernières instructions fiscales

- 5 B-19-10 n° 75 du 9 août 2010 : Impôt sur le revenu. **Plafonnement global de certains avantages fiscaux à l'impôt sur le revenu.**
- 4 A-7-10 n° 73 du 5 août 2010 : Dispositions diverse (BIC, IS, dispositions communes, assiette, abattements et déductions bénéficiant à certaines entreprises) - **Exonération des bénéfices réalisés par des entreprises implantées dans les zones de recherche et de développement des pôles de compétitivité** (article 59 de la loi n° 2009-1674 du 30 décembre 2009 de finances rectificative pour 2009).
- 13 L-7-10 n° 73 du 5 août 2010 : Prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme - Mise en œuvre de l'obligation de déclaration prévue par le II de l'article L. 561-15 du code monétaire et financier - **Liste des états ou territoires ayant conclu avec la France une convention d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales permettant l'accès aux renseignements bancaires pour l'application de l'article D. 561-32-1 du code monétaire et financier.**
- 4 C-5-10 n° 71 du 2 août 2010 : Frais et charges (BIC, IS, Dispositions communes) - Intérêts de capitaux appartenant à des tiers. Conditions et limites de **déduction des intérêts des avances consenties par des associés en sus de leur part de capital.** Taux maximum des intérêts admis en déduction du point de vue fiscal.

Prochains colloques

- 21 septembre 2010 – **Les Rendez-vous Lamy de l'Actualité** sur le thème **Risques Psychosociaux : Stress, harcèlement moral, suicide : comment les prévenir et la responsabilité de l'employeur**. Avec l'intervention de **Yasmine Tarasewicz**, Associé Proskauer. Hôtel Intercontinental Paris, de 9h à 17h.
- 23 septembre 2010 - **Petit-déjeuner séminaire Club RH** sur le thème **"Rupture conventionnelle, prise d'acte, résiliation judiciaires : enjeux et risques des nouveaux modes de rupture concurrents de la démission"** - en partenariat avec l'AEF. Avec l'intervention de **Béatrice Pola**, Associé Proskauer. Dans les locaux de Proskauer à Paris, 8h30-10h30.
- 28 septembre 2010 - **Rencontres du Contentieux** sur le thème de **"La Faute de Gestion"**. Avec l'intervention de **Valérie Lafarge-Sarkozy**, Associé et **Virginie Reynés**, Avocat à la Cour, Proskauer. Dans les locaux de Proskauer à Paris, 8h30-10h30.
- 30 septembre 2010 - **Rencontres du M&A et du Private Equity** sur le thème **"Les Pactes d'Actionnaires"**. Avec l'intervention de **Guillaume Kellner**, Associé Responsable du département Corporate et **Etienne Mathey**, Avocat à la Cour, Proskauer. Dans les locaux de Proskauer à Paris, 8h30-10h30.
- 7 octobre 2010 - **Matinée de travail et de réflexion sur les dispositions fiscales du projet de loi de finances 2011 relatives aux PME** – Organisée par l'Association PME Finance, sous le patronage de M. Philippe ADNOT, Sénateur, Président du Conseil général de l'Aube, Secrétaire de la Commission des finances du Sénat, et de M. Jean-Hervé LORENZI Economiste, Président du Cercle des Économistes, ses présidents d'honneur. Avec l'intervention de **Daniel Schmidt**, Associé et **Florence Moulin**, Avocat à la Cour, Proskauer. Au Sénat, de 8h30 à 12h30.

« Leaders d'Opinion » est également disponible sur notre site Internet, dans la rubrique News and Publications, sous Newsletters :

www.proskauer.com

Corporate and Private Equity

If you have any questions regarding the matters discussed in this Newsletter, please contact any of the lawyers listed below:

Daniel Schmidt

33.1.53.05.68.30 – dschmidt@proskauer.com

Florence Moulin

33.1.53.05.68.19 – fmoulin@proskauer.com

Publication E-mail: leaders.dopinion@proskauer.com

This publication is a service to our clients and friends. It is designed only to give general information on the developments actually covered. It is not intended to be a comprehensive summary of recent developments in the law, treat exhaustively the subjects covered, provide legal advice, or render a legal opinion.

Boca Raton | Boston | Chicago | Hong Kong | London | Los Angeles | New Orleans | New York | Newark | Paris | São Paulo | Washington, D.C.

www.proskauer.com

© 2010 PROSKAUER ROSE LLP. All Rights Reserved. Attorney Advertising.