

## *Commissaires aux comptes et surveillance prudentielle des établissements du secteur bancaire et financier*

La mise en place par le législateur d'un commissariat aux comptes obligatoire repose sur l'idée de confier à des professionnels indépendants une mission générale et permanente de vérification des comptes et de contrôle du fonctionnement de certaines personnes morales, en particulier les sociétés commerciales faisant appel public à l'épargne. Le commissaire aux comptes est dans une situation particulière vis-à-vis de la société puisqu'il est à la fois désigné et rémunéré par elle, alors même qu'il est chargé d'une mission de contrôle légal et de pouvoirs d'investigation très étendus.

De 1867 à nos jours, le législateur n'a cessé d'étendre la mission et de renforcer l'indépendance des commissaires aux comptes. La loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés par actions avait limité aux seules sociétés anonymes le contrôle confié à un commissaire aux comptes. Ce contrôle, destiné à protéger les actionnaires, est longtemps demeuré très illusoire, en l'absence de garantie d'indépendance et de capacité des commissaires, nommés pour un an seulement, mal rémunérés et dépourvus de réels pouvoirs d'investigation<sup>1</sup>. Les leçons ont été tirées depuis longtemps de cette première expérience et les textes régissant l'exercice des missions de contrôle légal des comptes complétés dans le sens d'une amélioration constante du cadre général d'exercice et, en particulier, de l'indépendance du contrôleur des comptes vis-à-vis de la société contrôlée. Cette amélioration du cadre d'exercice a été réalisée en suivant deux principes.

*Le premier principe* consiste, en amont, à enserrer les règles d'élaboration des documents comptables dans un cadre précis garantissant l'homogénéité et la comparabilité des données, afin de faciliter la tâche des commissaires, qui sont appelés à contrôler les comptes de plusieurs entreprises.

C'est l'objectif poursuivi par l'élaboration d'un ensemble de textes définissant les obligations comptables applicables à l'ensemble des commerçants ou plus spécifiques à certaines activités ou à certains types de sociétés (l'aboutissement de ces travaux figure au Livre I, Titre II, Chapitre III, Des obligations des commerçants, du Code de commerce et dans le Titre II du décret d'application de la loi sur les sociétés commerciales).

*Le second principe* consiste, en aval, à soumettre les commissaires aux comptes à un statut permettant à la fois de garantir leur indépendance et leur compétence, mais aussi de sanctionner ceux qui viendraient à commettre des manquements à leurs obligations légales, réglementaires ou professionnelles.

Le principal texte en la matière a longtemps été la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, complétée par son décret d'application n° 67-236 du 23 mars 1967. Ces textes initiaux ont été amendés à diverses reprises dans le sens d'une implication croissante des commissaires aux comptes dans le contrôle des activités des sociétés commerciales, quelle que soit leur forme juridique. Tel fut notamment l'objet de la loi n° 84-148 du 1<sup>er</sup> mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, complétée par les dispositions de la loi n° 94-475 du 10 juin 1994. De même, les lois comptables du 30 avril 1983 et du 3 janvier 1985 ont accru la responsabilité

<sup>1</sup> J.F. Barbieri « Commissariat aux comptes », GLN Joly, 1996 (Droit des affaires), n° 2.

des commissaires aux comptes en introduisant la notion d'« image fidèle » du bilan et en étendant l'exigence de certification aux comptes consolidés.

Depuis 2000, dans le mouvement général de (re)codification du droit français, la loi sur les sociétés commerciales de 1966 a été intégrée au nouveau Code de commerce, suivant le principe de « codification à droit constant »<sup>1</sup>. Le principe du contrôle par au moins un commissaire aux comptes, posé autrefois par l'article 218 de la loi de 1966 (« Contrôle des sociétés anonymes »), est désormais posé par

l'article L 225-218 du nouveau Code de commerce<sup>2</sup>, selon lequel : « Le contrôle est exercé, dans chaque société, par un ou plusieurs commissaires aux comptes. Les fonctions de commissaire aux comptes sont exercées par des personnes physiques ou des sociétés constituées entre elles sous quelque forme que ce soit. »

## Aspects spécifiques du commissariat aux comptes des établissements du secteur bancaire et financier

Dans les établissements du secteur bancaire et financier<sup>3</sup>, la problématique de la mission des commissaires aux comptes n'est qu'un exemple d'application particulière des deux principes exposés ci-dessus. Le Code monétaire et financier prévoit ainsi explicitement l'application de règles uniformes pour tous les établissements de crédit, règles fixées par le Comité de la réglementation comptable, après avis du CRBF, pour l'établissement et la publication des comptes sociaux et des comptes consolidés des établissements de crédit<sup>4</sup>. Parallèlement, le législateur a souhaité que le statut des commissaires aux comptes désignés dans les établissements du secteur bancaire et financier soit renforcé et adapté aux particularités de ce secteur, en particulier afin de garantir un degré de protection des déposants encore plus élevé que le niveau de protection assuré sous le régime général du contrôle légal des comptes des sociétés.

À la différence des pays où l'autorité de contrôle ne dispose pas d'un corps propre d'inspection, les commissaires aux comptes ne sont pas en France chargés d'une mission de contrôle de la réglementation bancaire et prudentielle, leur rôle concernant exclusivement la certification des comptes et autres missions accessoires prévues par le Code de commerce. Néanmoins, le contrôle des comptes est bien entendu, par de nombreux aspects, complémentaire du contrôle prudentiel, puisque l'appréciation de la situation financière d'un établissement doit de toute évidence s'appuyer sur des données comptables fiables<sup>5</sup>. Dans tous les pays disposant d'un contrôle prudentiel développé, l'autorité qui en a la charge attache donc un souci particulier à ce que les « auditeurs externes », « commissaires-réviseurs »<sup>6</sup>, « réviseurs »<sup>7</sup>, « vérificateurs »<sup>8</sup> ou autres équivalents étrangers des commissaires aux comptes, exercent leurs missions avec des compétences étendues et clairement définies et en toute indépendance<sup>9</sup>. Ce souci est également celui de la Commission bancaire, autorité de contrôle prudentiel des établissements du secteur bancaire et financier en France.

À cet égard, la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, dite « loi bancaire », avait déjà prévu que la Commission bancaire puisse demander la

<sup>1</sup> Le même mouvement a été appliqué à la loi bancaire, intégrée dans un tout nouveau Code monétaire et financier avec de nombreux autres textes autrefois distincts.

<sup>2</sup> Dans une section 5, « Du contrôle des sociétés anonymes », du chapitre V, Titre II du Livre II consacré aux sociétés commerciales et aux groupements d'intérêt économique.

<sup>3</sup> On désignera ainsi les établissements soumis au contrôle de la Commission bancaire en application des articles L 613-1 et L 613-2 du Code monétaire et financier, les principaux étant les établissements de crédit et les entreprises d'investissement.

<sup>4</sup> Le régime comptable des entreprises d'investissement renvoie aux mêmes principes.

<sup>5</sup> É. Fernandez-Bollo, « Structure, réglementation et contrôle public des professions bancaires », Jurisclasseur Banque et crédit, fasc. 60, n° 28.

<sup>6</sup> Belgique.

<sup>7</sup> Suisse.

<sup>8</sup> Canada.

<sup>9</sup> À titre d'exemple récent, le Comité de Bâle a publié en janvier 2002, en association avec l'*International Auditing Practice Committee*, un document d'information, destiné à inspirer les praticiens dans leur travail, sur la relation entre les superviseurs bancaires et les auditeurs externes des banques (« *The relationship between banking supervisors and banks' external auditors* »).

communication des rapports des commissaires et la certification de tout document comptable de l'établissement contrôlé qu'elle jugerait nécessaire<sup>1</sup>. En sens inverse, elle prévoyait que les résultats des contrôles sur place effectués par la Commission bancaire soient transmis aux commissaires. Au cours de la dernière décennie, plus particulièrement à la suite de la faillite internationale de la *Bank of Credit and Commerce International* en 1991, grâce aux conclusions tirées par les superviseurs pruden­tiels en matière de renforcement du contrôle (au niveau international, par le Comité de Bâle<sup>2</sup> et, au niveau européen, par l'adoption de la Directive communautaire dite « post BCCI »<sup>3</sup>), la loi française a largement étendu la possibilité pour la Commission bancaire de demander, directement, aux commissaires des établissements soumis à son contrôle, tout renseignement sur l'activité et la situation financière de l'établissement contrôlé que la Commission bancaire jugerait nécessaire à l'accomplissement de ses missions.

L'exercice du commissariat aux comptes des établissements du secteur bancaire et financier, tout en restant régi par les dispositions générales applicables à l'ensemble des sociétés commerciales, présente donc aujourd'hui quelques spécificités importantes. Celles-ci ont été modifiées de manière substantielle depuis la loi bancaire de 1984, en particulier par la loi du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière, mais toujours dans le sens d'un rôle particulièrement renforcé des missions des commissaires aux comptes des établissements bancaires et financiers et du développement de leurs relations avec l'autorité chargée du contrôle prudentiel desdits établissements.

Le cadre général du commissariat aux comptes des établissements soumis au contrôle de la Commission bancaire, résultat de l'articulation des dispositions générales du droit des sociétés et de celles spécifiques au secteur bancaire et financier, se caractérise par un renforcement du contrôle et de l'indépendance requise concernant les commissaires aux comptes (Titre I). Dans ce cadre, la mission des commissaires aux comptes s'exerce dans le secret professionnel mais en collaboration avec la Commission bancaire, dont les pouvoirs et actions constituent une garantie complémentaire de l'indépendance des commissaires aux comptes des établissements du secteur bancaire et financier (Titre II).

## **1. Le cadre général du commissariat aux comptes des établissements soumis au contrôle de la Commission bancaire se caractérise par un renforcement du contrôle et de l'indépendance requise**

### ***1.1. Un cadre général caractérisé par un renforcement du contrôle***

#### ***1.1.1. Les commissaires aux comptes relèvent d'un statut professionnel unique***

La profession de commissaire aux comptes bénéficie d'un véritable statut, mis en place par le législateur avec la loi de 1966 sur les sociétés commerciales, complétée par le décret du 12 août 1969 portant règlement d'administration publique et relatif à l'organisation de la profession et au statut professionnel des commissaires aux comptes de sociétés, puis unifié par la loi du 15 mai 2001 qui a créé au sein du Livre VIII du Code de commerce un Titre II relatif au droit commun du commissariat aux comptes.

Le statut repose sur une organisation professionnelle assimilable à un ordre professionnel. L'organisation de la profession de commissaire aux comptes a pour objet le bon exercice de la profession, sa surveillance ainsi que la défense de l'honneur et de l'indépendance de ses membres<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Article 40 de la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, Journal officiel du 25 janvier 1984.

<sup>2</sup> Cf le rapport *The Insolvency Liquidation of a Multinational Bank* (décembre 1992).

<sup>3</sup> Directive n° 95/26/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 juin 1995 afin de renforcer la surveillance prudentielle.

<sup>4</sup> Article 1<sup>er</sup> du décret du 12 août 1969.

Cette organisation comporte notamment l'établissement de la liste officielle des commissaires aux comptes ; le groupement des commissaires aux comptes dans des organisations professionnelles ; une discipline professionnelle.

#### *1.1.1.1. Inscription sur une liste officielle*

Nul ne peut exercer les fonctions de commissaire aux comptes s'il n'est préalablement inscrit sur une liste établie à cet effet. La liste est établie au niveau régional, par une commission régionale d'inscription ayant compétence pour le ressort de la Cour d'appel auprès de laquelle elle siège. Chaque commission régionale regroupe des magistrats de l'ordre judiciaire et de la Chambre régionale des comptes, des personnalités qualifiées de l'Université et du monde des affaires, un représentant du ministère de l'Économie (en principe le trésorier-payeur de la région) ainsi qu'un membre de la Compagnie régionale des commissaires aux comptes. L'inscription sur une liste donne à tout commissaire aux comptes une compétence nationale et sans aucune restriction (sectorielle, de taille ou autre).

Le décret de 1969 fixe également le régime des sociétés de commissaire aux comptes et les modalités d'exercice de la profession sous forme sociale.

#### *1.1.1.2. Regroupement de la profession en organismes représentatifs structurés aux niveaux régional et national*

Chaque compagnie régionale groupe les commissaires aux comptes inscrits sur la liste dressée par la commission régionale pour le ressort de la Cour d'appel. La Compagnie nationale des commissaires aux comptes instituée auprès du garde des Sceaux, ministre de la Justice, groupe tous les commissaires aux comptes ainsi que toutes les sociétés de commissaire aux comptes inscrites sur la liste. La compagnie nationale et les compagnies régionales sont dotées de la personnalité morale. Elles concourent à la réalisation des objets de la profession, représentent la profession et défendent ses intérêts moraux et matériels. Elles peuvent présenter aux pouvoirs publics et aux autorités constituées toute proposition relative auxdits intérêts et être saisies par ces pouvoirs et autorités de toute question les concernant <sup>1</sup>.

Un conseil régional est chargé d'administrer chaque compagnie régionale et de gérer son patrimoine, ainsi que de prendre les décisions qui sont de la compétence de la compagnie régionale, de surveiller l'exercice de la profession de commissaire aux comptes dans la circonscription et d'examiner les réclamations pouvant survenir dans l'exercice de la profession. Au niveau national, le Conseil national des commissaires aux comptes, composé de commissaires délégués par les compagnies régionales, est chargé de l'administration de la Compagnie nationale, de la gestion de ses biens, de la représentation de la profession auprès des pouvoirs publics (en particulier, de répondre aux questions du garde des Sceaux, ministre de la Justice, et de soumettre des propositions aux pouvoirs publics relatives à l'organisation professionnelle et à la mission des commissaires aux comptes) ainsi que des décisions qui relèvent de la compétence de la compagnie nationale et de certaines missions de conciliation. Le conseil national coordonne l'action des conseils régionaux, notamment en ce qui concerne la défense des intérêts moraux et matériels de la profession et la discipline des commissaires aux comptes.

Le décret de 1969 impose que les commissaires aux comptes soient inspectés au moins une fois par an par le conseil régional et par le conseil national dans les cas que celui-ci détermine et dont il fixe les modalités <sup>2</sup>. L'examen est effectué soit sur pièces, soit sur place.

<sup>1</sup> Articles 25 à 28 du décret du 12 août 1969.

<sup>2</sup> Article 66 du décret de 1969.

### *1.1.1.3. Soumission à la discipline professionnelle*

L'adhésion à la profession entraîne également soumission à la discipline professionnelle et aux juridictions professionnelles. Ainsi, la commission régionale d'inscription est instituée en chambre régionale de discipline pour statuer sur l'action disciplinaire intentée contre un commissaire aux comptes membre d'une compagnie régionale, quel que soit le lieu où les faits reprochés ont été commis. La commission nationale d'inscription est instituée en chambre nationale de discipline pour statuer sur l'appel des décisions des chambres régionales de discipline. Un magistrat de l'ordre judiciaire appartenant au Parquet ou au Parquet général exerce les fonctions de ministère public auprès de chaque chambre régionale ou de la chambre nationale de discipline. Ces magistrats sont désignés par le garde des Sceaux, ministre de la Justice<sup>1</sup>. Les règles et procédures disciplinaires sont définies de manière très détaillée par le décret de 1969, qui leur consacre une trentaine d'articles. Au titre des peines disciplinaires figurent l'avertissement, la réprimande, la suspension pour une durée n'excédant pas cinq ans et la radiation de la liste.

### *1.1.1.4. Durée du mandat du commissaire aux comptes*

La durée du mandat du commissaire aux comptes est toujours la même. Elle est en effet conçue avec un souci de stabilité, voire de permanence, de manière à préserver l'indépendance. Ainsi, le principe est celui du mandat pour six exercices comptables. Il expire après la réunion de l'assemblée générale ordinaire qui statue sur les comptes du sixième exercice. Le mandat est renouvelable sans limitation ; en cas de non-renouvellement, le commissaire aux comptes peut exiger d'être entendu par l'assemblée générale. Si l'assemblée omet d'élire un commissaire, tout actionnaire peut demander en justice la désignation d'un commissaire aux comptes. Le mandat du commissaire aux comptes suppléant appelé à remplacer le titulaire est aligné sur celui du titulaire (article L 225-228 du Code de commerce). De même, le commissaire nommé par l'assemblée en remplacement d'un autre ne demeure en fonctions que jusqu'à l'expiration du mandat de son prédécesseur.

## **1.1.2. Missions légales des commissaires aux comptes**

### *1.1.2.1. La mission générale : le contrôle légal des comptes*

La mission générale des commissaires aux comptes est définie par l'article L 225-235 du Code de commerce : c'est le contrôle légal des comptes. En ce qui concerne plus spécifiquement les établissements bancaires et financiers, l'article L 511-38 du Code monétaire et financier rappelle que les commissaires aux comptes « exercent leur activité dans les conditions prévues par le livre II du Code de commerce et procèdent à la certification des comptes annuels. Ils vérifient la sincérité des informations destinées au public et leur concordance avec lesdits comptes ». La référence à l'information du « public », c'est-à-dire plus particulièrement des déposants ou clients actuels ou potentiels des établissements, constitue un élément de distinction important de la mission des commissaires aux comptes des établissements bancaires et financiers, particularité qui les rapproche des commissaires aux comptes des sociétés faisant publiquement appel à l'épargne et les différencie des commissaires aux comptes de droit commun, dont la mission a pour objectif principal la protection des intérêts des actionnaires et, en second lieu, des salariés de l'entreprise et autres créanciers.

La mission des commissaires aux comptes des établissements bancaires et financiers s'inscrit donc dans le cadre général définissant la mission des commissaires aux comptes des sociétés anonymes. Cette mission générale des commissaires aux comptes consiste à certifier les comptes, tant les comptes sociaux que, le cas échéant, les comptes consolidés.

Au niveau des comptes sociaux, le commissaire aux comptes certifie que les comptes annuels sont réguliers et sincères et donnent une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice écoulé ainsi que de la situation financière et du patrimoine de la société à la fin de cet exercice.

Les commissaires aux comptes<sup>2</sup> ont la même contrainte pour les comptes consolidés, lorsque l'entreprise contrôlée en établit, à savoir qu'ils certifient que les comptes consolidés sont réguliers et sincères et donnent une image fidèle du patrimoine, de la situation financière ainsi que du résultat de

<sup>1</sup> Article L 225-221 du Code de commerce.

<sup>2</sup> En principe, toujours au moins deux commissaires, qui doivent travailler simultanément.

l'ensemble constitué par les entreprises comprises dans la consolidation. La certification des comptes consolidés est délivrée notamment après examen des travaux des commissaires aux comptes des entreprises comprises dans la consolidation ou des professionnels chargés du contrôle des comptes desdites entreprises. Ces derniers sont libérés du secret professionnel à l'égard des commissaires aux comptes de la société consolidante.

Afin de guider les commissaires aux comptes dans leurs tâches, le Conseil national des commissaires aux comptes édicte de manière régulière des normes relatives à l'exercice des missions, en remplacement d'anciennes « recommandations ». Ces normes, qui sont impératives, définissent les principes fondamentaux et précisent les modalités d'application de la mise en œuvre de leur mission<sup>1</sup>.

Mais la mission ponctuelle de certification implique, en réalité, une « mission permanente » de vérification du contenu et des méthodes d'élaboration des comptes. Les commissaires aux comptes ont pour « mission permanente »<sup>2</sup>, à l'exclusion de toute immixtion dans la gestion, de vérifier les valeurs et les documents comptables de la société, de contrôler la conformité de sa comptabilité aux règles en vigueur, de vérifier la sincérité et la concordance avec les comptes annuels des informations données dans le rapport de gestion du conseil d'administration ou du directoire et dans les documents adressés aux actionnaires sur la situation financière et les comptes annuels, de s'assurer que l'égalité a été respectée entre les actionnaires. Ils vérifient, le cas échéant, la sincérité et la concordance avec les comptes consolidés des informations données dans le rapport sur la gestion du groupe.

La finalité des contrôles et vérifications auxquels procèdent les commissaires aux comptes est la certification des comptes annuels. La certification porte sur les documents annuels (bilan, compte de résultat, annexe) ainsi que, le cas échéant, sur leurs annexes. La conclusion de ces travaux se trouve dans le rapport des commissaires aux comptes à l'assemblée générale ordinaire, dans lequel les commissaires aux comptes doivent déclarer<sup>3</sup> :

- soit certifier que les comptes de l'exercice et les comptes consolidés sont réguliers et sincères et qu'ils donnent une image fidèle du résultat et des opérations de l'exercice écoulé ainsi que de la situation financière et du patrimoine de la société et de l'ensemble des entreprises comprises dans la consolidation à la fin de l'exercice, en formulant, s'il y a lieu, toutes observations utiles ;
- soit assortir la certification de réserves ;
- soit refuser la certification des comptes.

Dans les deux derniers cas, ils précisent les motifs de leurs réserves ou de leur refus.

#### *1.1.2.2. Les moyens de la mission : des pouvoirs d'investigation très étendus*

Afin de permettre aux commissaires aux comptes d'accomplir leur mission de contrôle, l'art L 225-236 du Code de commerce leur confère des pouvoirs d'investigation très étendus, y compris dans le cas des groupes pour les besoins de la certification des comptes consolidés.

En effet, en application de cet article : « À toute période de l'année, les commissaires aux comptes, ensemble ou séparément, opèrent toutes vérifications et tous contrôles qu'ils jugent opportuns et peuvent se faire communiquer sur place toutes les pièces qu'ils estiment utiles à l'exercice de leur mission et notamment tous contrats, livres, documents comptables et registres de procès-verbaux. (...) Les investigations prévues au présent article peuvent être faites tant auprès de la société que des sociétés mères ou filiales. Ces investigations peuvent également être faites [pour la certification des comptes consolidés] auprès de l'ensemble des entreprises comprises dans la consolidation. Les commissaires aux comptes peuvent également recueillir toutes informations utiles à l'exercice de leur mission auprès des tiers qui ont accompli des opérations pour le compte de la société. Toutefois, ce droit d'information ne peut s'étendre à la communication des pièces, contrats et documents quelconques détenus par des tiers, à moins qu'ils n'y soient autorisés par une décision de justice. Le secret professionnel ne peut être opposé aux commissaires aux comptes sauf par les auxiliaires de justice ». Le refus de communication des renseignements demandés par les commissaires aux comptes est passible d'une sanction pénale.

<sup>1</sup> Bulletin du CNCC, 1987, p 129.

<sup>2</sup> C'est la formule consacrée par l'article L 225-235 du Code de commerce.

<sup>3</sup> Article 193 du décret du 23 mars 1967.

### *1.1.2.3. Des vérifications et interventions spécifiques*

Le commissaire aux comptes est également chargé d'intervenir dans certains cas ponctuels. Le cas le plus courant est celui portant sur les conventions intervenant entre la société ou l'établissement et l'un de ses dirigeants, qui doivent être soumises à l'approbation préalable du conseil d'administration<sup>1</sup>. Dans les établissements bancaires et financiers, la même obligation existe, l'article L 511-39 du Code monétaire et financier renvoyant aux dispositions des articles L 225-38 à L 225-43 du Code de commerce et précisant que, concernant le rapport spécial que doivent présenter les commissaires aux comptes sur ces conventions, lorsque l'établissement de crédit ne comporte pas d'assemblée générale, le rapport spécial est soumis à l'approbation définitive du conseil d'administration. Parmi les autres opérations nécessitant une intervention particulière des commissaires aux comptes, on citera les cas de paiement en actions du dividende dans les sociétés non cotées<sup>2</sup>, d'opérations sur le capital social ou de transformation de la forme juridique d'une société.

### **1.1.3. Un cadre de contrôle renforcé dans les établissements bancaires et financiers**

#### *1.1.3.1. Le cadre général reste celui défini par le Code de commerce, mais des exigences renforcées s'appliquent dans les établissements bancaires et financiers*

La législation du secteur bancaire et financier français se caractérise par un durcissement des exigences généralement applicables en matière de contrôle des comptes des sociétés commerciales, puisque :

- le principe d'un double commissariat des établissements bancaires et financiers est requis comme un minimum légal ;
- le contrôle légal des comptes s'impose quelle que soit la forme juridique de l'établissement.

Dès la loi bancaire de 1984, l'article 53 avait posé le principe du contrôle obligatoire des comptes de tout établissement de crédit par un double commissariat aux comptes, quelle que soit la forme juridique de l'établissement. La France se caractérisait ainsi par l'exigence d'un niveau élevé de contrôle externe des comptes, tant au niveau national qu'en comparaison avec les systèmes bancaires des autres grands pays industrialisés. Ce niveau d'exigence supérieur se justifiait évidemment par l'impératif de protection des déposants, assez proche de ce point de vue de l'impératif de protection de l'épargne publique. La loi de modernisation des activités financières du 2 juillet 1996 a ensuite étendu l'obligation d'un niveau minimum de contrôle externe des comptes aux entreprises d'investissement, quelle que soit leur forme juridique.

Le niveau d'exigence peut être moins élevé dans les établissements pour lesquels le double commissariat est moins justifié. Il en est ainsi dans les établissements de crédit de taille modeste (si le total de bilan de l'établissement est inférieur à un seuil fixé par le Comité de la réglementation bancaire et financière<sup>3</sup>).

Par ailleurs, afin de compléter la surveillance sur base consolidée des établissements de crédit, la Commission bancaire s'est vue confier un rôle de contrôle des compagnies financières, c'est-à-dire les établissements financiers « qui ont pour filiales, exclusivement ou principalement, un ou plusieurs établissements de crédit ou entreprises d'investissement ou établissements financiers »<sup>4</sup>. À cet effet, les compagnies financières se sont vues appliquer les règles applicables aux établissements de crédit en matière d'établissement de comptes consolidés et de normes de gestion, y compris l'obligation d'avoir des commissaires aux comptes pour le contrôle de ces comptes. Parallèlement, les

<sup>1</sup> Conventions couramment appelées, sous l'empire de la loi de 1966 sur les sociétés commerciales, « conventions de l'article 101 », aujourd'hui réglementées par les articles L 225-38 et suivants du Code de commerce et dont le régime a fait l'objet de modifications substantielles par la loi du 15 mai 2001.

<sup>2</sup> Article L 232-19 du Code de commerce.

<sup>3</sup> Seuil fixé dans le cas général à 3 milliards de francs par le règlement du Comité de la réglementation bancaire n° 84-09 du 28 septembre 1984 pris en application de l'article 53 de la loi du 24 janvier 1984.

<sup>4</sup> Article L 517-1 du Code monétaire et financier. La Commission bancaire est chargée d'établir la liste des compagnies financières soumises à son contrôle pour les besoins de la surveillance sur base consolidée.

commissaires aux comptes des compagnies financières sont soumis « à l'ensemble des dispositions applicables aux commissaires aux comptes des établissements de crédit et des entreprises d'investissement »<sup>1</sup>. L'ouverture croissante du marché bancaire et financier européen ayant conduit à l'augmentation du nombre des compagnies financières constituées sous droit étranger<sup>2</sup> et soumises à la surveillance de la Commission bancaire, sans pour autant que la législation étrangère applicable à la certification des comptes de ces compagnies et à leurs auditeurs légaux soit identique à la législation française<sup>3</sup>, il a été prévu que l'exercice des pouvoirs de la Commission bancaire en matière d'avis préalable à la désignation de commissaires aux comptes par des compagnies financières de droit étranger soumises à son contrôle s'exerce « pour les personnes chargées du contrôle légal des comptes et compte tenu de la législation étrangère applicable » (c'est ce que prévoit l'article 27 du décret n° 84-709 du 24 juillet 1984, modifié par le décret n° 2002-301 du 28 février 2002).

### *1.1.3.2. Organe compétent pour la désignation des commissaires aux comptes dans les établissements de droit français ou étranger*

Sous réserve du pouvoir de la Commission bancaire en matière de désignation d'un commissaire aux comptes supplémentaire dans les établissements soumis à son contrôle (cf infra), la désignation des commissaires aux comptes se fait suivant les règles de droit commun applicables selon la forme juridique de l'établissement concerné. La désignation des commissaires aux comptes est donc le plus souvent effectuée par l'assemblée générale ordinaire (pour les sociétés par

actions, sociétés anonymes et sociétés en commandite par actions) ou directement par les associés, sauf le cas de la désignation dans les statuts lors de la constitution de la société<sup>4</sup>.

Les établissements bancaires et financiers d'origine étrangère en activité en France ont des obligations qui tiennent compte de leur double statut. Ainsi, l'obligation de désigner des commissaires aux comptes dans tout établissement de crédit situé en France ne s'applique pas aux succursales des établissements de crédit européens<sup>5</sup>, ni aux succursales des entreprises d'investissement, qui ne doivent pas remettre d'états comptables pour leur succursale en France. Le mode de désignation des « personnes chargées du contrôle légal des documents comptables » de ces établissements relève seulement des règles de droit de l'État membre où a été constitué l'établissement, les règles applicables en la matière n'ayant pas encore fait l'objet d'une harmonisation communautaire complète, y compris dans le cas des sociétés ayant l'obligation d'établir des comptes consolidés<sup>6</sup>. Concernant les établissements bancaires ou financiers constitués sous le droit d'un pays tiers<sup>7</sup>, l'hypothèse d'une succursale en France d'une entreprise d'investissement d'un pays tiers est par définition impossible<sup>8</sup>; en revanche, les succursales en France d'établissements de crédit issus de pays tiers sont des établissements de crédit intégralement soumis aux règles du Code monétaire et financier quant à la nomination de commissaires aux comptes (y compris en ce qui concerne l'obligation de désigner au moins deux commissaires aux comptes<sup>9</sup>).

<sup>1</sup> Article L 517-1, alinéa 3 du Code monétaire et financier.

<sup>2</sup> C'est-à-dire « ayant leur siège social dans un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ».

<sup>3</sup> L'harmonisation résulte essentiellement de la quatrième directive du Conseil 78/660/CEE du 25 juillet 1978 concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés (i.e. essentiellement les sociétés anonymes et sociétés à responsabilité limitée).

<sup>4</sup> Article L 225-228 du Code de commerce, renvoyant aux articles L 225-7 et L 225-16.

<sup>5</sup> Art. L 511-24 du Code monétaire et financier.

<sup>6</sup> L'article 4 de la septième directive du Conseil 83/349/CEE du 13 juin 1983 concernant les comptes consolidés se limite à poser le principe du contrôle légal de l'entreprise consolidante par au moins une personne habilitée au contrôle des comptes en vertu du droit de l'État membre dont cette entreprise relève.

<sup>7</sup> C'est-à-dire, selon la terminologie consacrée, un État qui n'est pas partie à l'accord sur l'Espace économique européen.

<sup>8</sup> Cf la condition posée par le 1 de l'article L 532-2 du Code monétaire et financier.

<sup>9</sup> Article 27 du décret n° 84-709.



## **1.2. Un renforcement de l'indépendance requise concernant les commissaires aux comptes des établissements bancaires et financiers**

L'indépendance n'est pas un concept défini de manière univoque et précise par la loi, mais plutôt une notion générale très large, qui présente plusieurs niveaux de définition et que l'on pourrait essayer de résumer par le principe suivant : le premier souci du commissaire doit toujours être de poursuivre la mission de contrôle qui lui a été confiée par la loi et les tiers ne doivent pas pouvoir en douter. L'indépendance se traduit tout d'abord par les incompatibilités législatives générales prévues par le Code de commerce, parfois complétées par des dispositions législatives particulières. Elle est donc susceptible de définitions plus précises par les autorités professionnelles ou publiques chargées de surveiller ou de porter des évaluations sur l'accomplissement de leurs missions par les commissaires aux comptes <sup>1</sup>.

### **1.2.1. Les incompatibilités législatives**

#### **1.2.1.1. Règles d'ordre législatif, générales ou tenant à l'exercice du commissariat en société**

Le Code de commerce pose trois incompatibilités législatives fondamentales. Les fonctions de commissaire aux comptes sont ainsi incompatibles <sup>2</sup> :

☞ ***avec toute activité ou tout acte de nature à porter atteinte à son indépendance***

La notion d'atteinte à l'indépendance est très large et il est parfois difficile d'apprécier si la situation particulière de tel commissaire aux comptes porte atteinte ou non à son indépendance <sup>3</sup>. L'appréciation casuistique peut relever des travaux de la commission d'éthique ou d'autres organisations d'émanation professionnelle, parfois en collaboration avec les autorités de contrôle, des autorités de contrôle elles-mêmes, voire, en dernier ressort, des tribunaux ;

☞ ***avec tout emploi salarié***

Des exceptions importantes sont cependant permises par la loi. En effet, un commissaire aux comptes peut dispenser un enseignement se rattachant à l'exercice de sa profession ou occuper un emploi rémunéré chez un autre commissaire aux comptes ou chez un expert-comptable. Dans ce dernier cas, bien sûr, l'exception ne s'applique que dans la mesure où cette activité respecte également les autres principes qui s'imposent à tout commissaire aux comptes ;

☞ ***avec toute activité commerciale, qu'elle soit exercée directement ou par personne interposée.***

La loi de 1966 sur les sociétés commerciales contenait une longue liste d'incompatibilités spéciales pour les sociétés par actions, visant à éviter toute influence des dirigeants ou actionnaires d'une société contrôlée sur les commissaires aux comptes de ladite société, que le commissariat soit exercé à titre personnel ou sous forme sociale. Suite à l'insertion de la loi sur les sociétés commerciales dans le Code de commerce et à l'adoption de la loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001, laquelle a introduit un nouvel article L 820-1 au Code de commerce <sup>4</sup>, ces incompatibilités sont devenues des incompatibilités générales, applicables à tous les commissaires aux comptes nommés dans des personnes morales, quelle que soit leur forme juridique et quelle que soit la nature de la certification prévue par la mission des commissaires.

En application de l'article L 225-224 du Code de commerce, ne peuvent ainsi être commissaires aux comptes <sup>5</sup> :

<sup>1</sup> Cf à titre d'exemple, CNCC, « Le commissaire aux comptes et l'indépendance », CNCC éd. , coll. Notes d'informations, n° 24, décembre 1994.

<sup>2</sup> Article L 225-222 du Code de commerce.

<sup>3</sup> J.F. Barbieri.

<sup>4</sup> Et un titre spécifique, intitulé « Des commissaires aux comptes », dans le Livre VIII du Code relatif aux professions réglementées, afin de poser des règles générales applicables à tous les commissaires aux comptes.

<sup>5</sup> Article L 225-224 du Code de commerce pour les sociétés anonymes, article L 223-38-II pour les sociétés à responsabilité limitée et article L 221-10-II pour les sociétés de personnes.

- 1° les fondateurs, apporteurs en nature, bénéficiaires d'avantages particuliers, administrateurs ou, le cas échéant, membres du directoire ou du conseil de surveillance de la personne morale contrôlée ou de ses filiales telles qu'elles sont définies à l'article L 233-1 ;
- 2° les parents et alliés, jusqu'au quatrième degré inclusivement, des personnes visées au 1° ;
- 3° les administrateurs, les membres du directoire ou du conseil de surveillance, les conjoints des administrateurs ainsi que, le cas échéant, des membres du directoire ou du conseil de surveillance des sociétés possédant le dixième du capital de la personne morale contrôlée ou dont celle-ci possède le dixième du capital ;
- 4° les personnes qui, directement ou indirectement ou par personne interposée, reçoivent de celles qui sont mentionnées au 1° du présent article, de la personne morale contrôlée ou de toute personne morale contrôlée à laquelle s'applique le 3° ci-dessus, un salaire ou une rémunération quelconque à raison d'une autre activité que celle de commissaire aux comptes ; cette disposition ne s'applique ni aux activités professionnelles complémentaires effectuées à l'étranger, ni aux missions particulières de révision effectuées par le commissaire aux comptes pour la personne morale contrôlée dans les sociétés comprises dans la consolidation ou destinées à entrer dans le champ de cette dernière. Les commissaires aux comptes peuvent recevoir des rémunérations de la personne morale contrôlée pour des missions temporaires, d'objet limité, et entrant dans leurs fonctions, dès lors que ces missions leur sont confiées par la personne morale contrôlée à la demande d'une autorité publique ;
- 5° les sociétés de commissaires dont l'un des associés, actionnaires ou dirigeants, se trouve dans une des situations prévues aux 1°, 2°, 3° et 4° ;
- 6° les conjoints des personnes qui, en raison d'une activité autre que celle de commissaire aux comptes, reçoivent soit de la personne morale contrôlée, soit des administrateurs, des membres du directoire ou du conseil de surveillance, soit des sociétés possédant le dixième du capital de la personne morale contrôlée ou dont celle-ci possède le dixième du capital, un salaire ou une rémunération en raison de l'exercice d'une activité permanente ;
- 7° les sociétés de commissaires aux comptes dont soit l'un des dirigeants, soit l'associé ou l'actionnaire exerçant les fonctions de commissaire aux comptes au nom de la société, a son conjoint qui se trouve dans l'une des situations prévues au 6°.

Il existe également des interdictions temporaires, qui sont applicables pendant les cinq années suivant l'accomplissement des fonctions de commissaire aux comptes ou après la fin d'exercice de fonctions de direction au sein d'une personne morale contrôlée.

En effet, d'une part, les commissaires aux comptes ne peuvent être nommés administrateurs, directeurs généraux ou membres du directoire des personnes morales qu'ils contrôlent, moins de cinq années après la cessation de leurs fonctions. La même interdiction est applicable aux associés, actionnaires ou dirigeants d'une société de commissaires aux comptes. Pendant le même délai, ils ne peuvent exercer les mêmes fonctions dans les sociétés possédant 10 % du capital de la personne morale contrôlée par eux ou dont celle-ci possède 10 % du capital lors de la cessation des fonctions du commissaire.

D'autre part, à l'inverse, les personnes ayant été administrateurs, directeurs généraux, membres du directoire, gérants ou salariés d'une personne morale ne peuvent être nommées commissaires aux comptes de cette personne morale moins de cinq années après la cessation de leurs fonctions. Pendant le même délai, elles ne peuvent être nommées commissaires aux comptes dans les sociétés possédant 10 % du capital de la personne morale contrôlée dans laquelle elles exerçaient leurs fonctions ou dont celle-ci possédait 10 % du capital, lors de la cessation de leurs fonctions. Ces interdictions sont également applicables aux sociétés de commissaires aux comptes dont des anciens dirigeants ou directeurs généraux d'une personne morale contrôlée seraient devenus associés, actionnaires ou dirigeantes.

#### *1.2.1.2. Reprise et renforcement des incompatibilités législatives par le Code monétaire et financier*

Le Code monétaire et financier contient, lui aussi, une série d'incompatibilités législatives spécifiques aux établissements du secteur bancaire et financier soumis au contrôle de la Commission bancaire ainsi qu'à leurs commissaires aux comptes, avec pour objet de garantir l'indépendance des commissaires aux comptes de ces établissements avec un niveau d'exigence supérieur au dispositif de

droit commun. Ce niveau supérieur d'exigence peut se justifier par les particularités du secteur bancaire et financier et par le souci d'assurer le plus haut degré de protection possible des déposants et des investisseurs, de la même manière que l'on protège l'épargne publique. Les dispositions spécifiques du Code monétaire et financier en la matière ne sont pas exclusives des dispositions générales du Code de commerce puisque, soit elles procèdent par renvoi aux dispositions du Code de commerce, soit elles les reprennent en les renforçant.

Ainsi, l'article L 511-38 du Code monétaire et financier pose comme principe fondamental que « les commissaires aux comptes doivent présenter toutes les garanties d'indépendance à l'égard des établissements de crédit et des entreprises d'investissement ou des compagnies financières contrôlés ». Il pose également pour principe que les articles L 225-219 à 225-226 du Code de commerce (règles générales d'exercice de la profession et incompatibilités légales) s'appliquent également aux commissaires aux comptes de tout établissement soumis au contrôle de la Commission bancaire<sup>1</sup>. Ce dernier renvoi avait pour but d'établir un régime minimum commun pour les commissaires aux comptes de tous les établissements bancaires et financiers, ces derniers pouvant emprunter des formes juridiques variées et pas uniquement celle de la société anonyme. Il a cependant perdu de son intérêt suite à l'adoption de la loi du 15 mai 2001 et à la mise en place d'un régime minimum commun à tous les commissaires aux comptes.

Le Code monétaire et financier confère également une force législative propre et particulière à certains types d'incompatibilités. Ainsi, les commissaires aux comptes des établissements de crédit, entreprises d'investissement et compagnies financières « *ne doivent pas représenter ou appartenir à des cabinets ayant entre eux des liens de nature juridique, professionnelle, de capital ou organisationnelle* » (alinéa 1<sup>er</sup> de l'article L 511-38).

Il appartient à la Commission bancaire d'apprécier les faits dont elle viendrait à avoir connaissance qui seraient susceptibles de caractériser un manquement à ces obligations, lesquelles constituent bien des obligations législatives s'imposant aux commissaires et aux établissements qui les ont désignés.

### **1.2.2. Incompatibilités déontologiques**

L'indépendance est également définie par les incompatibilités et règles professionnelles du Code de déontologie professionnelle.

#### **1.2.2.1. Définition : règles professionnelles liées à l'exercice du contrôle légal**

Le Code de déontologie de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes est constitué d'un ensemble de normes professionnelles et déontologiques, élaborées par les organes de la profession, qui correspondent aux « règles professionnelles » définies par l'article 88 du décret du 12 août 1969. Toute infraction à ces règles est donc susceptible de constituer une faute disciplinaire passible d'une peine disciplinaire. Ainsi, le Conseil national de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes a adopté un nouveau « Code de déontologie professionnelle des commissaires aux comptes » le 9 septembre 1998, complété par l'adoption de « Textes d'application du Code » le 4 novembre 1998, amendés, en particulier le texte d'application de l'article 33 du Code de déontologie, relatif aux procédures propres aux entités faisant appel public à l'épargne, amendé le 13 avril 2000.

Comme le rappelle l'introduction du Code, « les règles professionnelles en déontologie visent [à expliciter les principes fondateurs du comportement du commissaire aux comptes] pour éclairer les commissaires aux comptes eux-mêmes, les chambres de discipline et plus généralement les instances et parties qui ont à connaître des opinions exprimées par les commissaires aux comptes. Ces règles d'application, à un degré plus ou moins grand, sont par nature perfectibles. »

#### **1.2.2.2. L'indépendance selon le Code de déontologie de 1998 et ses textes d'application**

Parmi les principes fondamentaux de comportement du commissaire aux comptes édictés par le Code de déontologie de 1988 figure expressément l'indépendance : « L'indépendance se manifeste non seulement par une attitude d'esprit qui s'exprime dans l'intégrité, l'objectivité, la compétence, mais aussi dans le fait d'éviter toute situation qui par son apparence pourrait conduire les tiers à la

<sup>1</sup> Dernier alinéa de l'article L 511-38.

remettre en cause » (article 4 du Code de déontologie). Cet article traduit l'idée selon laquelle le commissaire aux comptes ne doit pas seulement être effectivement indépendant, mais il doit aussi préserver à tout prix « l'apparence de l'indépendance ».

Le Code de déontologie de 1998 et ses textes d'application visent plus particulièrement quelques situations ou comportements destinés à protéger l'indépendance. On citera notamment parmi les règles qui présument une situation de dépendance ou précisent certaines modalités d'application du principe d'indépendance :

- l'existence d'une « présomption de dépendance » quand le commissaire aux comptes participe à la tenue ou à l'élaboration des comptes de l'entité contrôlée ou réalise une prestation « de nature à le mettre dans la position d'avoir à se prononcer sur des documents, évaluation ou prises de position qu'il aurait contribué à élaborer » (article 8) ;
- les avis, recommandations, conseils rendus par un commissaire à la société contrôlée doivent être « en relation avec la mission » et ne peuvent faire l'objet ni d'un mandat particulier, ni d'une rémunération distincte, mais s'inscrire dans le cadre général de la mission de contrôle du commissaire, pour laquelle ce dernier perçoit des honoraires ;
- les liens familiaux, personnels et financiers entre le commissaire aux comptes et la personne contrôlée doivent être exclus. Le commissaire aux comptes ne peut recevoir ni prêt ni avantage particulier ni détenir une fraction, même symbolique, du capital de l'entité contrôlée (article 10).

On notera également que le texte d'application de l'article 33 du Code de déontologie, relatif aux procédures propres aux entités faisant appel public à l'épargne, dans lesquelles on peut penser que la problématique du contrôle des comptes n'est pas très éloignée de celle des établissements ayant pour activité la « réception de fonds du public », a été amendé le 13 avril 2000, afin de définir un ensemble de règles plus complet et détaillé. Tirant les conséquences du développement des « réseaux » pluridisciplinaires, dans lesquels peuvent s'inscrire des commissaires aux comptes<sup>1</sup>, ce texte présente une liste des activités ou actes de nature à porter atteinte à l'indépendance du commissaire aux comptes en exercice dans une société faisant appel public à l'épargne lorsque lesdites activités ou activités sont effectués au profit de la société ou du groupe, soit par le commissaire aux comptes lui-même, soit par une entité appartenant au même réseau.

Sont ainsi mentionnés :

- la tenue ou l'élaboration des comptes ;
- les évaluations en tant que prestations distinctes des évaluations proposées portant sur la société ou le groupe, notamment les missions de commissariat aux apports et aux fusions, étant entendu que la participation à des audits d'acquisition, autorisée aux commissaires aux comptes, l'est a fortiori aux membres du réseau en assistance du commissaire aux comptes ;
- toute prestation dans laquelle une entité du réseau serait appelée à s'impliquer dans le processus de décision de gestion ;
- toute prestation rémunérée au moyen de commission versée par des tiers ;
- toute intervention ou assistance à la société vérifiée dans le règlement de différends, sauf si le commissaire aux comptes peut démontrer nettement que son indépendance de jugement n'a pas été affectée ou que l'intervention du réseau ne constitue pas une prestation nouvelle mais le simple rappel d'une position déjà prise ;
- toute participation, autrement qu'en assistance du commissaire aux comptes dans le cadre d'une mission spécifique d'audit, à des opérations d'« ingénierie financière » ou de *corporate finance*, telles que fusions et acquisitions, montages complexes, restructurations, émissions de valeurs mobilières, défaisance concernant la société vérifiée ;
- tout autre service ou conseil pouvant conduire à des liens personnels excessifs tels que les missions de recrutement.

<sup>1</sup> En vertu de ce texte, sont considérés comme formant un réseau les cabinets, personnes physiques ou morales, fournissant à titre professionnel des services ou conseils en matière de comptabilité, de commissariat aux comptes, d'audit contractuel, de conseil juridique, financier, fiscal, organisationnel et dans des domaines connexes, et entretenant directement ou indirectement entre eux des relations établissant une communauté d'intérêt économique significative et durable.

Les autres prestations des réseaux n'appellent pas de réserves à condition que leur montant ne crée pas de lien de dépendance financière excessif, l'existence d'un lien financier excessif devant s'entendre soit d'honoraires d'audit reçus de la société vérifiée dépassant 10 % du total des honoraires du cabinet, soit d'honoraires perçus par les sociétés et cabinets membres du réseau pour des prestations récurrentes de services et de conseils, sans rapport avec l'audit, au bénéfice de la société vérifiée, dépassant le montant des honoraires perçus pour les missions d'audit <sup>1</sup>, soit d'honoraires totaux d'audit et conseil versés par la société vérifiée au réseau dépassant 10 % du total des honoraires du réseau.

### *1.2.2.3. Portée des règles déontologiques*

Les règles déontologiques traduisant l'auto-organisation de la profession, elles ne sauraient avoir une portée juridique en dehors des membres de la profession et des organes professionnels. Sans que les règles professionnelles ou les avis ou recommandations d'organes consultatifs d'émanation professionnelle puissent lier les autorités publiques de contrôle dans l'appréciation qu'elles seraient amenées à devoir porter sur des situations particulières au regard des dispositions législatives gouvernant l'indépendance, elles constituent une source utile d'inspiration pour les autorités dans l'analyse des situations individuelles, la valeur de cette source résidant dans la qualité des professionnels desquels elle émane. Ainsi, dans son domaine d'activité, la COB a suscité la création d'un Comité de la déontologie de l'indépendance (CDI), l'associant à des représentants de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes. Le CDI a rendu des avis et recommandations concernant l'indépendance des commissaires aux comptes exerçant dans des sociétés faisant publiquement appel à l'épargne <sup>2</sup>.

De par l'adoption de la loi du 15 mai 2001, il est prévu que le texte posant les normes de déontologie de la profession fera désormais l'objet d'une approbation réglementaire, au niveau gouvernemental, par décret <sup>3</sup>. Des travaux en ce sens sont en cours sous la direction de la garde des Sceaux, ministre de la Justice. Il va de soi que l'approbation du Code de déontologie professionnelle par un texte réglementaire est de nature à changer également la valeur juridique des normes édictées par ledit Code.

---

<sup>1</sup> Seuil dont un récent et retentissant exemple, suite à la défaillance d'une grande société cotée américaine, a apparemment montré la pertinence.

<sup>2</sup> Cf Rapport annuel du CDI 1999-2000.

<sup>3</sup> Article L 820-3 nouveau du Code de commerce : « Un décret approuve un code de déontologie de la profession [de commissaire aux comptes] ».

## **2. La mission des commissaires aux comptes du secteur bancaire et financier s'exerce sous le secret professionnel et en collaboration avec la Commission bancaire**

### **2.1. *Un secret professionnel pouvant être partagé avec la Commission bancaire***

#### **2.1.1. *Principe du secret professionnel***

##### **2.1.1.1. *Le secret professionnel, applicable à tous les commissaires aux comptes, s'étend à tous leurs mandataires et préposés***

L'exercice des missions de commissariat aux comptes est soumis au secret professionnel édicté par les articles 226-13 et 226-14 du Code pénal, sauf exceptions prévues par la loi ou dégagées de son interprétation par la jurisprudence. L'obligation au secret professionnel est posée par l'article L 225-240 du Code de commerce, lequel pose pour principe que « les commissaires aux comptes, ainsi que leurs collaborateurs et experts, sont astreints au secret professionnel pour les faits, actes et renseignements dont ils ont pu avoir connaissance à raison de leurs fonctions ». Conséquence de cette obligation au secret professionnel, l'article L 820-5 du Code de commerce rend applicable aux commissaires aux comptes les articles 226-13 et 226-14 du Code pénal. En conséquence, le commissaire aux comptes qui révélerait une information à caractère secret dont il a acquis la connaissance par l'exercice de ses fonctions s'exposerait à une peine d'emprisonnement d'un an et à une amende de 15 000 euros.

Le premier exemple d'exception légale au secret est prévu par l'article L 225-240 du Code de commerce, afin de permettre l'élargissement des modalités d'exercice des pouvoirs d'investigation du commissaire aux comptes. L'extension à des collaborateurs ou à des tiers qui peuvent ne pas être eux-mêmes commissaires aux comptes se justifie par le fait que lesdits collaborateurs et experts peuvent être mandatés par le commissaire aux comptes afin de bénéficier des pouvoirs d'investigation du commissaire auprès des personnes contrôlées, puisque l'article L 225-236 du Code de commerce dispose que « pour l'accomplissement de leurs contrôles, les commissaires aux comptes peuvent, sous leur responsabilité, se faire assister ou représenter par tels experts ou collaborateurs de leur choix, qu'ils font connaître nommément à la société. Ceux-ci ont les mêmes droits d'investigation que les commissaires ».

Ce principe du secret professionnel est loin d'être inconnu dans le secteur bancaire et financier. Au contraire, il y constitue la norme, tant pour les établissements contrôlés que pour l'autorité de contrôle. Du côté des établissements bancaires et financiers, l'article L 511-33 du Code monétaire et financier pose également un principe général selon lequel toute personne qui à un titre quelconque participe à la direction ou à la gestion d'un établissement de crédit ou qui est employée par celui-ci, est tenue au secret professionnel, dans les conditions et sous les peines prévues à l'article L 571-4 (lequel renvoie aux articles 226-13 et 226-14 du Code pénal). Du côté de l'autorité de contrôle des établissements bancaires et financiers, le I de l'article L 613-20 du Code monétaire et financier pose également le principe de soumission au secret professionnel de la Commission bancaire et de ses agents, la violation étant punie par les peines prévues à l'article 226-13 du Code pénal.

##### **2.1.1.2. *Les limites du secret professionnel***

Le secret professionnel du commissaire aux comptes est en principe opposable aux tiers, sauf exception légale. Le secret est ainsi inopposable à certaines personnes, avec lesquelles il est partagé. Tel est notamment le cas entre associés d'une société de commissaires aux comptes<sup>1</sup>, entre co-commissaires d'une même entreprise, entre titulaire et suppléant, entre commissaires aux comptes successifs d'une même entreprise. Le secret n'est généralement pas opposable aux organes

<sup>1</sup> Précisé par l'article 172 du décret de 1969.

d'administration, de direction et de surveillance de la société contrôlée ainsi qu'aux gérants et assemblées générales.

Le secret professionnel s'applique à toutes les informations acquises et à tous les documents détenus par le commissaire et dont il a eu connaissance ou qu'il a pu élaborer dans l'exercice de sa mission. Parmi les documents, on notera en particulier ceux produits par le commissaire aux comptes en application de l'article 66 du décret de 1969, qui prévoit diverses obligations administratives liées au contrôle légal des comptes. Ainsi, les commissaires aux comptes doivent tenir à jour la liste des entreprises auprès desquelles ils exercent leurs fonctions. Ils doivent aussi constituer un dossier par société contenant tous les documents reçus de la société ainsi que tous ceux qu'ils ont eux-mêmes établis (programme de travail, date, durée, lieu et objet de l'intervention). Enfin, les commissaires aux comptes doivent établir une comptabilité spéciale de l'ensemble de leurs rémunérations, faisant notamment apparaître clairement la répartition des recettes entre les honoraires, les remboursements de frais et les rémunérations de missions temporaires.

### **2.1.2. *Secret professionnel et communication d'informations à la demande de la Commission bancaire***

Trois possibilités sont prévues par le Code monétaire et financier : une faculté générale de la Commission bancaire d'exiger des établissements soumis à son contrôle des documents comptables certifiés par le commissaire aux comptes ; un pouvoir général d'échange d'informations entre la Commission bancaire et les commissaires aux comptes des établissements soumis à son contrôle ; une obligation pour tout commissaire aux comptes d'un établissement bancaire ou financier de répondre aux observations écrites de la Commission bancaire.

#### **2.1.2.1. *La faculté générale de la Commission bancaire d'exiger des établissements soumis à son contrôle des documents comptables certifiés par leur commissaire aux comptes***

La Commission bancaire dispose d'une faculté générale d'exiger des établissements soumis à son contrôle des documents comptables certifiés par leur commissaire aux comptes. Ce pouvoir général résulte de l'alinéa 2 de l'article L 613-8 du Code monétaire et financier, selon lequel la Commission bancaire « peut demander communication des rapports des commissaires aux comptes et, d'une manière générale, de tous documents comptables dont elle peut, en tant que de besoin, demander la certification ainsi que de tous renseignements et informations utiles ».

Cette faculté s'inscrit dans le cadre du pouvoir général de la Commission bancaire sur les établissements dont elle est chargée d'assurer le contrôle, pouvoir sur lequel se fondent en particulier les instructions adoptées par la Commission bancaire. Bien qu'il s'exerce sur les établissements directement, ce pouvoir a évidemment un effet, par ricochet, sur le commissaire aux comptes de l'établissement concerné.

Plusieurs textes d'application édictés par la Commission bancaire précisent certains documents importants auxquels s'applique cette disposition. Ainsi, le rapport général certifié conforme et le rapport spécial doivent être transmis à la Commission bancaire après l'approbation par les organes délibérants (pour les établissements de crédit, ceci résulte de l'article 8 de l'instruction de la Commission bancaire n° 93-01, pour les entreprises d'investissement de l'article 4 de l'instruction de la Commission bancaire n° 97-04). De plus, la mention explicite du visa des commissaires aux comptes et de leurs réserves éventuelles doit être effectuée sur les bilans transmis au Secrétariat général de la Commission bancaire (article 5 de l'instruction de la Commission bancaire n° 93-01 et article 3.5 de l'instruction de la Commission bancaire n° 97-04).

#### **2.1.2.2. *Un pouvoir général d'échange d'informations entre la Commission bancaire et les commissaires aux comptes des établissements soumis à son contrôle***

Le Code monétaire et financier a mis en place un cadre général d'échange d'informations entre la Commission bancaire et les commissaires aux comptes des établissements soumis à son contrôle. L'article L 613-9 du Code pose ce cadre, puisqu'il prévoit, tout d'abord, que : « La Commission bancaire peut demander aux commissaires aux comptes des personnes soumises à son contrôle [et

des établissements financiers qui détiennent des participations dans des établissements de crédit, y compris ceux situés dans un autre pays de l'EEE] tout renseignement sur l'activité et sur la situation

financière de l'entité qu'ils contrôlent ainsi que sur les diligences qu'ils y ont effectuées dans le cadre de leur mission » (alinéa 1<sup>er</sup> du I de l'article L 613-9).

Il ne s'agit là que d'une des applications de l'obligation d'information des commissaires aux comptes aux demandes exprimées par certains interlocuteurs disposant d'un statut particulier au sein de l'entreprise. À titre de rappel, cette obligation d'information bénéficie déjà aux organes d'administration, de direction et de surveillance de la société contrôlée (cf article L 225-237 du Code de commerce), au comité d'entreprise (article 432-4 du Code du travail), aux commissaires aux comptes de la société consolidante qui certifient les comptes consolidés (article L 225-235, al. 2 du Code de commerce). On mentionnera, à titre comparatif avec l'obligation de répondre aux demandes de la Commission bancaire, l'article 67 du décret de 1969 qui prévoit, d'une manière apparemment plus large, que les agents de la COB peuvent demander aux commissaires aux comptes tous renseignements sur les sociétés faisant appel public à l'épargne qu'ils contrôlent (ceci autrefois par application des articles 3 et 5 de l'ordonnance du 28 septembre 1967, aujourd'hui des articles L 621-9 à L 621-11 et L 621-18 du Code monétaire et financier).

Le pouvoir de demande d'informations de la Commission bancaire n'est en fait que la première partie d'un cadre général d'échange d'informations. Ainsi, le I de l'article L 613-9 prévoit également la possibilité pour la Commission bancaire de transmettre des informations aux commissaires aux comptes des établissements bancaires et financiers, puisqu'il dispose que : « La Commission bancaire peut également transmettre aux commissaires aux comptes des personnes mentionnées au précédent alinéa, des organismes de placement collectif en valeurs mobilières et des sociétés de gestion mentionnées à l'article L 214-25 les informations nécessaires à l'accomplissement de leur mission » (alinéa 2 du I de l'article L 613-9). On notera d'ailleurs que le cadre mis en place par l'article L 613-9 constitue un cas d'exception légale au secret professionnel applicable aux commissaires aux comptes et à la Commission bancaire.

Le I de l'article L 613-9 se poursuit par un alinéa qui dispose que « les informations ainsi transmises sont couvertes par la règle du secret professionnel ». Cette disposition précise utilement que, même si le secret professionnel est levé pour la Commission bancaire et le commissaire aux comptes dans le cadre de l'article L 613-9, les échanges entre les deux restent en principe soumis à la règle du secret vis-à-vis des tiers.

Les contrôles sur place et sur pièces effectués par les agents du Secrétariat général de la Commission bancaire, sur instruction de la Commission bancaire, en application de l'article L 613-6 du Code monétaire et financier, fournissent des occasions propices aux échanges autorisés et favorisés par le législateur dans le cadre mis en place par l'article L 613-9.

### *2.1.2.3. Une obligation pour tout commissaire aux comptes d'un établissement bancaire ou financier de répondre aux observations écrites de la Commission bancaire*

Les échanges entre la Commission bancaire et un commissaire aux comptes peuvent aussi prendre un ton plus formaliste du fait de l'existence d'une obligation pour tout commissaire aux comptes d'un établissement bancaire ou financier de répondre aux observations écrites de la Commission bancaire. Cette obligation résulte elle aussi de l'article L 613-9, lorsqu'il dispose que : « La Commission bancaire peut, en outre, transmettre des observations écrites aux commissaires aux comptes qui sont alors tenus d'apporter des réponses en cette forme » (alinéa 4 du I de l'article L 613-9).

Ici encore, on retrouve un pouvoir similaire à celui existant au bénéfice de la COB. Dans le cas défini par l'alinéa 4 du I de l'article L 613-9, ce pouvoir et la procédure écrite qu'il occasionne peuvent être vus à la fois comme un moyen de rendre obligatoire la transmission d'informations (la non-réponse aux observations écrites de la Commission bancaire valant manquement à ses obligations légales de la part du commissaire aux comptes, avec les sanctions que cela est susceptible d'entraîner), mais aussi comme moyen de procurer à l'autorité de contrôle une source d'information complémentaire sur l'entreprise contrôlée et de prévenir des divergences d'appréciation des faits ou de la situation de l'établissement. Ce dernier aspect préventif bénéficie tant à la Commission bancaire qu'au commissaire aux comptes lui-même, les explications de celui-ci permettant souvent d'éclairer l'analyse du traitement comptable de certaines opérations de l'établissement contrôlé et le travail de contrôle déjà effectué par le commissaire aux comptes en amont de l'intervention de l'autorité de contrôle. Évidemment, le caractère écrit fournit également, le cas échéant, un moyen de constitution de preuves pour d'éventuelles procédures ultérieures.



### **2.1.3. Devoir d'alerte des commissaires aux comptes à l'égard de la Commission bancaire**

En plus de leur mission générale de contrôle, les commissaires aux comptes ont été chargés, directement par le législateur, d'un rôle de premier niveau d'alerte externe dans le cadre de la prévention des difficultés des entreprises. Il est ainsi chargé d'un devoir d'alerte, interne et externe, qui se double, pour les établissements bancaires et financiers, d'un devoir d'alerte spécifique à l'égard de la Commission bancaire.

#### **2.1.3.1. Les commissaires aux comptes ont une mission d'alerte générale**

Le devoir d'alerte général est désormais unifié et identique dans toutes les personnes contrôlées par un commissaire aux comptes. La mission d'alerte s'exerce tout d'abord en interne, l'article L 234-1 Code de commerce prévoyant que, lorsque le commissaire aux comptes d'une société anonyme<sup>1</sup> relève, à l'occasion de l'exercice de sa mission, des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, il doit en informer le président du conseil d'administration ou du directoire (*phase un* de la procédure d'alerte). À défaut de réponse sous quinze jours ou si celle-ci ne permet pas d'être assuré de la continuité de l'exploitation, le commissaire aux comptes invite par écrit le président du conseil d'administration ou le directoire à faire délibérer le conseil d'administration ou le conseil de surveillance sur les faits relevés (*phase deux*). En cas d'observation de ces dispositions ou s'il constate qu'en dépit des décisions prises la continuité de l'exploitation demeure compromise, le commissaire aux comptes établit un rapport spécial qui est présenté à la prochaine assemblée générale des actionnaires (*phase trois*).

Le devoir d'alerte s'exerce également vers l'extérieur, à l'égard du président du tribunal, de commerce ou de grande instance selon le cas. Ainsi, le commissaire aux comptes doit informer le président du tribunal, soit à l'issue de la phase deux, soit après l'enclenchement de la *phase trois* si, à l'issue de la réunion de l'assemblée générale, le commissaire aux comptes constate que les décisions prises ne permettent pas d'assurer la continuité de l'exploitation. Dans ce cas, il informe de ses démarches le président du tribunal de commerce et lui en communique les résultats (*phase quatre*).

Outre le devoir d'alerte, on rappellera qu'il existe également un devoir de révélation au procureur de la République des faits délictueux dont le commissaire aux comptes a eu connaissance au cours de sa mission (article L 225-240 du Code de commerce).

#### **2.1.3.2. Pour les établissements bancaires et financiers, un devoir d'alerte parallèle au bénéfice de la Commission bancaire**

La loi du 25 juin 1999 a mis en place, en plus de la mission d'alerte générale du commissaire aux comptes, un devoir d'information spécifique et parallèle en faveur des autorités de contrôle des établissements des secteurs bancaire, financier et de la gestion. Ainsi, de la même manière qu'il existe un devoir d'information de la COB par le commissaire aux comptes d'une société de gestion de portefeuille (article L 621-23 du Code monétaire et financier) ou au bénéfice du Conseil des marchés financiers pour le commissaire aux comptes d'un prestataire de service d'investissement<sup>2</sup> ou d'un intermédiaire habilité (article L 622-11), l'article L 613-9-II du Code monétaire et financier prévoit désormais un devoir d'information à l'égard de la Commission bancaire pour le commissaire aux comptes de tout établissement du secteur bancaire et financier soumis au contrôle de cette dernière.

Les commissaires aux comptes sont ainsi tenus de signaler dans les meilleurs délais à la Commission bancaire tout fait ou décision concernant l'établissement dont ils contrôlent les comptes dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leur mission, de nature :

- à constituer une violation des dispositions législatives ou réglementaires qui leur sont applicables et susceptibles d'avoir des effets significatifs sur la situation financière, le résultat ou le patrimoine ;
- à porter atteinte à la continuité d'exploitation ;
- à entraîner l'émission de réserves ou le refus de certification.

<sup>1</sup> Pour les autres formes sociales, l'article L 234-2 prévoit un mécanisme équivalent, les obligations du commissaire aux comptes s'exerçant vis-à-vis du gérant et de l'assemblée générale.

<sup>2</sup> Suivant une délimitation qui traduit la répartition des compétences de contrôle des prestataires entre le Conseil des marchés financiers et la Commission bancaire.

La même obligation s'applique également aux faits et décisions dont les commissaires aux comptes viendraient à avoir connaissance dans l'exercice de leur mission auprès d'une maison mère ou filiale d'un établissement de crédit, d'une entreprise d'investissement ou d'une compagnie financière. On comprend donc que le législateur a souhaité ouvrir le plus largement possible le champ d'application de ce devoir d'information, ce qui est cohérent avec la responsabilité de la Commission bancaire d'assurer la surveillance des établissements de crédit (et des entreprises d'investissement) sur base consolidée.

Si la logique de cette obligation élargie s'inscrit dans le cadre de la surveillance sur base consolidée des établissements bancaires et financiers, sa raison d'être est avant tout préventive. Il s'agit, d'une part, de permettre à la Commission bancaire d'être informée, le cas échéant, par le commissaire aux comptes, de comportements de l'établissement susceptibles de caractériser des infractions aux dispositions législatives et réglementaires, en particulier celles dont la Commission bancaire est chargée de veiller au respect par les établissements soumis à son contrôle. D'autre part, il s'agit de permettre à la Commission bancaire de disposer, le plus tôt possible, d'informations concernant une situation difficile, soit par rapport à la gestion ou à la situation financière de l'établissement, soit par rapport au processus d'élaboration des comptes annuels, afin que la Commission bancaire puisse mener une action préventive si nécessaire, voire pouvoir tirer tout le bénéfice possible de l'exercice de ses pouvoirs avec le maximum d'anticipation.

De la même manière qu'en matière de devoir d'information ou de révélation des faits délictueux au procureur de la République la mise en œuvre du devoir d'alerte de la Commission bancaire par un commissaire aux comptes ne saurait constituer un manquement de ce dernier au secret professionnel, pas plus qu'elle ne saurait engager sa responsabilité, en particulier vis-à-vis de l'établissement contrôlé. Ainsi, l'alinéa 7 du II de l'article L 613-9 du Code monétaire et financier reprend les dispositions générales du Code de commerce lorsqu'il dispose que les commissaires aux comptes des établissements soumis au contrôle de la Commission bancaire sont déliés du secret professionnel à l'égard de cette dernière et que « leur responsabilité ne peut être engagée pour les informations ou divulgations de faits auxquelles ils procèdent ». Les agents du Secrétariat général de la Commission bancaire, de la Banque de France ainsi que, de manière générale, toutes les personnes participant ou ayant participé au contrôle des établissements bancaires et financiers relevant du champ de compétence de la Commission bancaire étant tenues au secret professionnel, on doit en déduire que le législateur a souhaité ouvrir le plus largement possible les échanges d'informations par les commissaires aux comptes au profit de l'autorité de contrôle. Dans le doute, une alerte anticipée sera donc toujours préférable à une mise en œuvre tardive par le commissaire aux comptes de son obligation vis-à-vis de la Commission bancaire, cette dernière restant seule à décider des conséquences à tirer des informations qui lui sont transmises.

Au regard des dispositions du Code monétaire et financier, il n'existe aucune obligation pour le commissaire aux comptes de rendre compte à la personne contrôlée, en aucune manière, des échanges dont il est susceptible d'avoir fait bénéficier la Commission bancaire.

#### ***2.1.4. Possibilité pour la Commission bancaire de recourir elle-même aux services d'un commissaire aux comptes ?***

La France s'inscrit dans la perspective des pays dont les autorités de contrôle prudentiel possèdent leur propre corps permanent d'inspection sur place. Toutefois, la possibilité n'est pas statutairement fermée à la Commission bancaire d'avoir recours aux services de commissaires aux comptes pour des missions spécifiques de contrôle sur place à des fins prudentielles. Cette possibilité trouverait son fondement sur l'article L 613-7 alinéa 2 du Code monétaire et financier, article général permettant le recours par la Commission bancaire aux services de tierces personnes : « Pour l'exercice de ses contrôles, le Secrétariat général de la Commission bancaire peut faire appel à toute personne compétente dans le cadre de conventions qu'il passe à cet effet ». Ainsi, on mentionnera le fait que d'autres autorités de contrôle françaises ont recours de manière statutaire à des contrôleurs externes, y compris à des commissaires aux comptes <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Cf le deuxième alinéa du II de l'article L 622-9 du Code monétaire et financier pour ce qui concerne le Conseil des marchés financiers.

## **2.2. Les pouvoirs et actions de la Commission bancaire constituent une garantie complémentaire de l'indépendance des commissaires aux comptes**

À ce titre, la Commission bancaire dispose pour l'essentiel d'un pouvoir consultatif, exercé de manière préalable à la désignation des commissaires aux comptes. Elle peut également intervenir en cours de mandat, si nécessaire, en particulier par des actions pouvant aboutir au relèvement de fonctions. La Commission bancaire dispose également du pouvoir de désigner un commissaire aux comptes supplémentaire dans les établissements soumis à son contrôle.

### **2.2.1. Avis préalable à la désignation du commissaire aux comptes**

#### **2.2.1.1. Rappel historique**

À l'origine, le décret d'application n° 84-709 de la loi bancaire de 1984 avait prévu l'exercice d'un pouvoir d'opposition de la Commission bancaire à la désignation ou au renouvellement des commissaires aux comptes — tant titulaires que suppléants — des établissements de crédit. Ce pouvoir d'opposition fut mis en œuvre à quelques reprises dès la première année d'application de la loi bancaire. Ces dispositions ont été étendues aux entreprises d'investissement en 1996, suite à l'adoption de la loi de modernisation des activités financières. Sous ce régime, il était prévu que les établissements devaient faire connaître les noms des commissaires à la Commission bancaire, qui disposait de deux mois pour s'opposer au choix envisagé. Le silence de la Commission bancaire à l'expiration du délai valait acceptation.

#### **2.2.1.2. Le nouveau régime issu de la loi du 25 juin 1999 et du décret n° 2002-301 du 28 février 2002**

Depuis la loi du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière, le droit d'opposition de la Commission bancaire a été remplacé par un avis consultatif préalable de la Commission bancaire sur la désignation des commissaires aux comptes des établissements bancaires et financiers. La matière générale des procédures administratives contradictoires ayant beaucoup évolué au cours des dernières années, en particulier avec l'adoption de la loi n° 2000-321 du 24 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, une mise à jour des textes d'application de la loi bancaire (décrets n° 84-708 et n° 84-709 du 24 juillet 1984) est venue préciser les modalités d'application des dispositions issues de la loi du 25 juin 1999. C'est l'objet du décret n° 2002-301 du 28 février, modifiant le décret n° 84-709 du 24 juillet 1984 pris en application de la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit<sup>1</sup>. Même s'il s'agit pour l'essentiel d'appliquer les principes généraux régissant les mesures et décisions administratives, les modalités de leur application dans le cas d'avis sans force juridique contraignante pouvaient utilement être précisées, au bénéfice tant des administrés que de l'administration.

La soumission à l'avis de la Commission bancaire de toute proposition de désignation de tout commissaire aux comptes constitue désormais une obligation générale, applicable à tout établissement de crédit, compagnie financière ou entreprise d'investissement soumise au contrôle de la Commission bancaire<sup>2</sup>, en ce qui concerne tant les commissaires titulaires que leurs suppléants, aussi bien lors de leur désignation initiale que lors de leur(s) renouvellement(s).

#### **2.2.1.3. Procédure**

En ce qui concerne les aspects de procédure, le dispositif actuel exige de l'établissement concerné<sup>3</sup> qu'il fasse connaître à la Commission bancaire le nom des commissaires aux comptes qu'il se propose

<sup>1</sup> Paru au Journal officiel en date du 3 mars 2002, p. 4061, parallèlement au décret n° 2002-300.

<sup>2</sup> Cette dernière rédaction vise à exclure les sociétés de gestion de portefeuille, qui relèvent du « bloc de compétence » de la Commission des opérations de bourse, laquelle dispose pour sa part de pouvoirs spécifiques en matière de désignation de commissaires aux comptes.

<sup>3</sup> Terme visant ici à désigner n'importe quel établissement de crédit, compagnie financière ou entreprise d'investissement soumis au contrôle de la Commission bancaire.

de désigner (article 29 du décret n° 84-709). Le décret n'impose pas de modalités particulières de transmission à la Commission bancaire, mais cette transmission doit être effectuée dans un délai suffisant avant la convocation de l'assemblée générale qui sera appelée à approuver les comptes de l'exercice précédent et à procéder à la désignation de commissaires aux comptes. La Commission bancaire dispose alors d'un délai de deux mois pour faire connaître à l'établissement concerné son avis sur la proposition de désignation du commissaire aux comptes qui lui a été soumise. En l'absence de réponse de la Commission bancaire dans le délai imparti, son avis est réputé favorable.

Si la Commission bancaire l'estime nécessaire, elle peut demander des informations complémentaires par lettre recommandée avec demande d'avis de réception adressée soit à l'établissement concerné, soit au commissaire aux comptes proposé. La Commission bancaire fixe dans sa demande d'informations complémentaires un délai de réponse, lequel ne peut être inférieur à un mois. Dans le cas où la demande d'informations complémentaires ne serait adressée qu'au commissaire aux comptes, la Commission bancaire doit néanmoins en informer l'établissement concerné. Le délai initial de deux mois est alors suspendu jusqu'à la réception des informations complémentaires.

Le décret prévoit une modalité particulière lorsque l'établissement concerné a l'intention de désigner comme commissaire aux comptes une société de commissaires aux comptes. En effet, dans ce cas, l'établissement concerné doit préciser à la Commission bancaire le nom du commissaire aux comptes associé, actionnaire ou dirigeant, qui sera désigné comme responsable de la mission de contrôle des comptes au nom de la société. L'établissement devra par la suite informer la Commission bancaire de tout changement du responsable de mission. La prise en considération de la personne physique dans le cadre d'un exercice professionnel sous une forme sociale peut sembler inhabituelle. Néanmoins, dans le cas particulier de la profession de commissaire aux comptes, l'exercice sous forme sociale ne fait pas obstacle à ce que les associés conservent une responsabilité individuelle. L'article L 225-218 du Code de commerce pose d'ailleurs le principe d'une certaine « transparence » de la personnalité juridique dans le cas des sociétés de commissaires aux comptes, puisqu'il dispose que « dans les sociétés de commissaires aux comptes inscrites, les fonctions de commissaire aux comptes sont exercées, au nom de la société, par des commissaires aux comptes personnes physiques, associés, actionnaires ou dirigeants de cette société ». La distinction personne morale – personne physique trouve donc des limites dans le cas des commissaires aux comptes. Ainsi, le décret de 1969 pose pour obligation générale que tout rapport ou document émanant d'une société de commissaires aux comptes dans l'exercice de sa mission légale doit porter, indépendamment de la signature sociale, la signature de celui ou de ceux des membres de la société personnes physiques, associés, actionnaires ou dirigeants, qui ont participé à l'établissement du rapport ou du document (article 69 du décret de 1969). De plus, un commissaire aux comptes radié ne peut plus exercer ses fonctions dans la société et il doit céder ses parts. Il est donc cohérent avec l'organisation même de la profession que la Commission bancaire puisse rendre son avis en pleine connaissance des modalités d'exercice du contrôle par la société de commissaire aux comptes qui lui est soumise, y compris au regard de la personne physique qui sera appelée à exercer les fonctions de contrôle des comptes au nom de la société de commissaires aux comptes proposée.

L'avis de la Commission bancaire, s'il est défavorable ou assorti de réserves, ne peut être pris qu'après que le commissaire aux comptes proposé a été invité à faire connaître ses observations. L'avis défavorable ou assorti de réserves est notifié par lettre recommandée avec demande d'avis de réception à l'établissement concerné et au commissaire aux comptes proposé. Une copie de cette notification est adressée à la compagnie régionale dont est membre le commissaire aux comptes. Quant à la qualification juridique de l'avis, même si on l'assimilait à une décision administrative (et non à une simple « mesure » administrative non contraignante), l'avis défavorable ne serait en aucun cas qualifiable de sanction administrative. Certes, la qualification de sanction administrative semblerait a priori plus protectrice des droits des administrés puisqu'elle entraînerait automatiquement bénéfice du principe général des droits de la défense. Mais la qualification de sanction n'est pas la seule à entraîner l'application de ce principe général du droit<sup>1</sup>. En revanche, l'avis relève indiscutablement de la

<sup>1</sup> Le Conseil constitutionnel a décidé que le respect des droits de la défense avait un caractère constitutionnel, même en dehors du domaine pénal : « conformément au principe du respect des droits de la défense, lequel constitue un principe fondamental reconnu par les lois de la République, aucune sanction ne peut être infligée » sans que l'intéressé ait été mis à même d'assurer sa défense (CC 88-248 DC 17 janv. 1989, GDCC). Cette valeur constitutionnelle du principe n'a toutefois pas été reconnue en ce qui concerne son application aux autres mesures administratives prises en considération de la personne. Malgré l'érection du principe des droits de la défense en principe

qualification de « mesure prise en considération de la personne », dont la jurisprudence du Conseil d'État fournit comme exemples traditionnels les mesures qui prononcent le retrait d'une qualité, d'un agrément, d'une autorisation ou d'un avantage ou une interdiction d'exercer telle activité<sup>1</sup>. Or, les mesures prises en considération de la personne constituent le seul cas, à l'exception des sanctions administratives, dans lequel la jurisprudence du Conseil d'État applique les droits de la défense au titre de principe général du droit. Enfin, la condition de gravité de la mesure, qui conditionne l'obligation du respect des droits de la défense, si elle est d'une actualité discutable en matière de sanctions<sup>2</sup>, reste pleinement valable dans le cas des mesures prises en considération des droits de la personne<sup>3</sup>.

Une fois l'avis de la Commission bancaire rendu, les dirigeants de l'établissement concerné ont l'obligation de le communiquer à l'organe compétent de l'établissement appelé à désigner les commissaires aux comptes. Toutefois, l'organe en question n'est pas tenu d'obtempérer et il peut toujours désigner un commissaire aux comptes initialement proposé, nonobstant l'avis de la Commission bancaire. En revanche, la désignation d'un commissaire aux comptes qui interviendrait sans avoir respecté la soumission à l'avis préalable de la Commission bancaire est lourde de conséquences puisque la sanction en serait, en application du droit commun, celle prévue par l'article L 225-227 du Code de commerce. Ainsi, les délibérations prises à défaut de désignation régulière de commissaires aux comptes sont nulles. L'action en nullité est éteinte si ces délibérations sont expressément confirmées par une assemblée générale sur le rapport des commissaires aux comptes régulièrement désignés.

#### 2.2.1.4. *Motivation de l'avis*

L'avis défavorable ou assorti de réserves doit être motivé par la Commission bancaire (article 30 du décret n° 84-709). L'obligation de motiver résulte du fait que le décret d'application de l'article L 511-38 prévoit une obligation de motivation des avis par la Commission bancaire. En effet, comme il n'existe pas de principe général d'obligation de motiver les actes administratifs, le décret d'application de l'article L 511-38 a dû prévoir une obligation de motiver spécifique pour les avis défavorables (ou assortis de réserve) de la Commission bancaire.

Parmi les motifs possibles, le décret n° 84-709 prévoit que l'avis défavorable peut notamment être fondé sur le fait que le commissaire aux comptes proposé « ne présente pas toutes les garanties d'expérience, de compétence ou d'indépendance nécessaires à l'exercice de ses fonctions compte tenu de la personne responsable de la mission ou de la nature et des caractéristiques de l'activité de l'établissement concerné ». On notera ici encore l'importance de l'appréciation de la notion d'indépendance et la référence aux termes de l'article L 511-38 du Code monétaire et financier.

#### 2.2.2. *Action de la Commission bancaire à l'égard du commissaire aux comptes en cours de mandat*

Une fois le commissaire aux comptes désigné, son remplacement en cours de mandat n'est permis que dans des cas strictement indépendants de la volonté de l'établissement contrôlé : décès ; démission à l'initiative du commissaire aux comptes ; suspension ou

radiation, dans le cadre d'une procédure disciplinaire ; relèvement de fonctions par décision du tribunal statuant en la forme des référés, « en cas de faute ou d'empêchement », sur saisine d'un des

---

fondamental à valeur constitutionnelle, le Conseil d'État, qui ne saurait juger de la constitutionnalité de la loi, continue de juger que le législateur peut avoir eu pour intention d'exclure les droits de la défense dans le processus de décision infligeant pénalités ou sanctions (pour les pénalités fiscales, CE 8 janv. 1997, X...), cité dans Maillard Desgrees du Lou, Droit des relations de l'administration avec ses usagers, n° 142.

<sup>1</sup> Voir l'arrêt fondateur « Dame Vve Trompier-Gravier » (CE 5 mai 1944) — retrait de l'autorisation de vendre des journaux dans un kiosque parisien — cité dans D. Maillard Desgrees du Lou, n° 146.

<sup>2</sup> La condition de gravité des sanctions prononcées, si elle apparaît dans l'arrêt fondateur « Dame Vve Trompier-Gravier » (CE 5 mai 1944), n'est pas prise en considération dans d'autres arrêts (CE 26 oct. 1946, « Aramu »). Elle n'est pas une condition d'application du principe fondamental tel que reconnu par le Conseil constitutionnel, même si c'est une condition qui demeure devant le juge administratif (CE 12 juin 1992, « Caisse primaire d'assurance maladie de Paris »).

<sup>3</sup> La condition de gravité a même été imposée en matière de décision conservatoire (non disciplinaire) de la Fédération française de football interdisant jusqu'à nouvel ordre toute délivrance d'une nouvelle licence à un joueur professionnel soupçonné d'avoir participé à une entreprise de truquage de matches (CE 5 mai 1995, « M. Burruchaga »), cité dans Maillard Desgrees du Lou, n° 144.

nombreux organes ou personnes qui ont le pouvoir de le demander au tribunal. En revanche, ni la dissolution de la société ni l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ne mettent fin au mandat d'un commissaire aux comptes. La Commission bancaire dispose toutefois de certains pouvoirs à l'égard d'un commissaire aux comptes en cours de mandat.

#### *2.2.2.1. Demande de relèvement de fonctions d'un commissaire aux comptes par la Commission bancaire*

Le législateur a investi la Commission bancaire, comme de nombreux autres organes liés au fonctionnement ou au contrôle de l'entreprise, du pouvoir de demander le relèvement de fonctions d'un commissaire aux comptes. Si les motifs d'une demande de relèvement par la Commission bancaire ne sont pas strictement identiques à ceux du droit commun des sociétés, la procédure de relèvement de fonctions se déroule selon la même procédure que n'importe quelle autre demande de relèvement, quelle que soit la nature de la société contrôlée.

Ainsi, en application des dispositions de l'alinéa 8 du II de l'article L 613-9 du Code monétaire et financier, la Commission bancaire peut demander le relèvement de fonctions d'un commissaire aux comptes exerçant dans un établissement bancaire ou financier soumis à son contrôle. Une telle demande de relèvement est adressée au tribunal compétent du ressort du siège de l'établissement concerné et s'effectue selon les modalités prévues à l'article L 225-233 du Code de commerce.

Le pouvoir de la Commission bancaire est ouvert dans des cas différents des cas de « faute ou empêchement » prévus par la procédure de droit commun <sup>1</sup>, puisqu'il peut être mis en œuvre :

- lorsque la Commission bancaire considère que les conditions d'indépendance nécessaires au bon déroulement de la mission de ce commissaire aux comptes ne sont pas remplies ;
- ou lorsque la Commission bancaire a connaissance <sup>2</sup> d'une infraction aux dispositions du Code monétaire et financier commise par le commissaire aux comptes.

En revanche, la mise en œuvre de ce pouvoir ne constitue pas une obligation pour la Commission bancaire, à la différence par exemple de l'obligation de transmission au parquet qui lui incombe en vertu de l'article 40 du Code de procédure pénale (V. infra).

Les infractions au Code monétaire et financier susceptibles d'être commises par un commissaire aux comptes sont peu nombreuses, dans la mesure où le Code monétaire et financier ne pose pas lui-même beaucoup d'obligations nouvelles pour les commissaires aux comptes des personnes soumises au contrôle de la Commission bancaire mais qu'il renvoie en grande partie aux dispositions générales du Code de commerce. On notera néanmoins quelques obligations importantes, comme le devoir d'information en faveur de la Commission bancaire, l'obligation de répondre aux demandes de renseignement de la Commission bancaire, l'obligation de répondre par écrit aux observations de la Commission bancaire.

Les cas d'infractions susceptibles de se produire étant limités, le pouvoir d'initiative de la Commission bancaire est essentiellement lié à des questions d'indépendance.

**La procédure de relèvement de fonctions** est celle de droit commun, définie par l'article L 225-233 du Code de commerce, qui prévoit qu'en cas de faute ou d'empêchement, les commissaires aux comptes peuvent, à la demande du conseil d'administration, du directoire, du comité d'entreprise, d'un ou plusieurs actionnaires représentant au moins un dixième du capital social ou de l'assemblée générale, du ministère public, de la COB dans les sociétés qui font appel public à l'épargne et, dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, des associations d'actionnaires de l'article L 225-120 du Code de commerce, être relevés de leurs fonctions avant l'expiration normale de celles-ci, par décision de justice, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État. Le décret du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales fixe les conditions. L'article 188 dispose que « le tribunal de commerce statue en la forme des référés sur (...) le relèvement de

<sup>1</sup> L'article L 225-233 Code de commerce.

<sup>2</sup> Vis-à-vis des commissaires aux comptes, il n'appartient pas à la Commission bancaire mais aux juridictions — civiles ou pénales — de juger si des faits qui lui ont été rapportés ou dont elle a pris connaissance au cours de l'accomplissement de ses missions constituent ou pas des infractions.

fonctions d'un commissaire aux comptes. La demande de (...) relèvement de fonctions est formée contre le commissaire aux comptes et la société. »

#### 2.2.2.2. *Sanction disciplinaire à l'initiative de la Commission bancaire*

Lorsque la Commission bancaire considère que les conditions d'indépendance nécessaires au bon déroulement de la mission de ce commissaire aux comptes ne sont pas remplies ou lorsqu'elle a connaissance d'une infraction aux dispositions du Code monétaire et financier commise par le commissaire aux comptes, la Commission bancaire peut également dénoncer cette infraction à l'autorité disciplinaire compétente (dernier alinéa du II de l'article L 613-9 du Code monétaire et financier). A cette fin, la Commission bancaire peut communiquer tous les renseignements nécessaires à la bonne information de cette autorité. Dans ce cas, il y a donc levée du secret professionnel applicable à la Commission bancaire, mais seulement à l'égard des chambres de discipline.

Les procédures disciplinaires professionnelles figurent au titre IV — Discipline — du décret du 12 août 1969. L'article 88 du décret dispose que « toute infraction aux lois [règlements et règles professionnelles] commise par un commissaire aux comptes, personne physique ou société, même ne se rattachant pas à l'exercice de sa profession, constitue une faute disciplinaire passible d'une peine disciplinaire. » La formule est très large et va bien au-delà de la définition pénale de la faute, qui suppose l'existence d'un texte incriminateur : la maxime « *Nullem crimen, nulla poena sine lege* » est étrangère au droit disciplinaire. Il en résulte que le juge disciplinaire apprécie librement les faits qui lui sont soumis au seul regard des règles déontologiques et qu'il n'est pas lié par la constatation, au pénal comme au civil, d'une absence de faute pénale ou civile ; même si la chose jugée s'impose au juge disciplinaire, celui-ci est libre de qualifier les faits qui lui sont soumis par rapport à la norme professionnelle ou déontologique<sup>1</sup>. Les sanctions prévues sont l'avertissement, la réprimande, la suspension à temps et la radiation.

#### *Procédure*

La discipline professionnelle est exercée par les « chambres régionales de discipline »<sup>2</sup>, dont la composition est la même que celles des commissions d'inscription (article 91 du décret de 1969). Un magistrat du Parquet ou du Parquet général exerce les fonctions de Ministère public auprès de chaque chambre régionale et de la chambre nationale.

Les plaintes dirigées contre un commissaire aux comptes sont reçues par le procureur général près la cour d'appel ou le conseil régional et transmises au commissaire du Gouvernement auprès de la chambre régionale de discipline. Si le commissaire du Gouvernement estime que les faits constituent une faute disciplinaire, il saisit la chambre régionale de discipline (article 92 du décret de 1969). Les sanctions disciplinaires ne sont pas exclusives de sanctions judiciaires. En toute hypothèse, les sanctions disciplinaires ne sont pas couvertes par le secret professionnel et aucune disposition légale n'interdit leur production en justice dans une instance en relèvement, quand bien même elles auraient trait au fonctionnement d'autres entreprises que celle en cause (CA Paris, 28 septembre 1989 : Dr. Sociétés 1989, comm. n° 335). Même l'amnistie n'interdit pas la production en justice de jugements, arrêts ou décisions prononçant des sanctions disciplinaires ou professionnelles (Cass. Com, 18 octobre 1994, Bull. Joly, 1995, p. 34 § 5, note Pasqualini, cité par Barbieri).

Par ailleurs, des procédures d'urgence existent. L'art 112 du décret de 1969 prévoit en effet que, s'il y a urgence, le procureur général peut saisir directement la chambre de discipline afin de lui demander d'interdire temporairement d'exercice des fonctions dans une ou plusieurs formes ou catégories d'entreprises, tout commissaire aux comptes contre lequel une poursuite pénale est engagée.

#### 2.2.2.3. *Mise en cause de la responsabilité pénale du commissaire aux comptes*

Il s'agit certainement là de la procédure la moins courante. En application de l'article 40 du Code de procédure pénale, « toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit, est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements,

<sup>1</sup> J.F. Barbieri, n° 136.

<sup>2</sup> Avec possibilité d'appel devant une chambre nationale.

procès-verbaux et actes qui y sont relatifs ». Cette disposition s'applique à la Commission bancaire, autorité publique de contrôle. Dans l'exercice de sa mission générale de contrôle des établissements du secteur bancaire et financier, la Commission bancaire signale ainsi régulièrement au procureur de la République des faits susceptibles de qualification pénale<sup>1</sup>. Dans le cas des commissaires aux comptes des établissements soumis au contrôle de la Commission bancaire, le Parquet peut donc être, indépendamment des autres procédures présentées ci-dessus, saisi par la Commission de faits portés à la connaissance de cette dernière et qui sont susceptibles de caractériser d'éventuelles infractions pénales.

#### *Les infractions susceptibles d'être commises par un commissaire aux comptes*

Parmi les infractions susceptibles d'être reprochées à un commissaire aux comptes et dont la Commission bancaire peut avoir connaissance dans l'exercice de ses missions, les plus caractéristiques sont évidemment celles qui renvoient au Code de commerce et aux infractions aux règles de fonctionnement des sociétés commerciales<sup>2</sup> :

- infraction aux règles d'incompatibilité : l'article L 820-6, sanctionne d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de 7.500 euros le fait, pour toute personne, d'accepter, d'exercer ou de conserver les fonctions de commissaire aux comptes, nonobstant les incompatibilités légales, soit en son nom personnel, soit au titre d'associé dans une société de commissaires aux comptes ;
- infraction à l'obligation de confirmation d'informations mensongères ou de révélation : l'article L 820-7 punit d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 75 000 euros (sanctions pénales) le fait, pour toute personne, de donner ou confirmer soit en son nom personnel, soit au titre d'associé dans une société de commissaires aux comptes des informations mensongères sur la situation de la personne morale. On peut penser que cette sanction s'appliquerait également au commissaire aux comptes qui viendrait à transmettre ou certifier des informations mensongères transmises à la Commission bancaire en application des articles L 613-8 ou 613-9 du Code monétaire et financier<sup>3</sup> ;
- infraction au devoir de révélation : le même article L 820-7 punit des mêmes peines « le fait, pour toute personne, de ne pas révéler au procureur de la République les faits délictueux dont il a eu connaissance ». En revanche, la non-dénonciation à la Commission bancaire en application du II de l'article L 613-9 du Code monétaire et financier n'est pas susceptible de sanctions pénales ;
- infraction à la règle du secret professionnel : l'article L 820-5 précise que les articles 226-13 et 226-14 du Code pénal relatifs au secret professionnel sont applicables aux commissaires aux comptes. Un commissaire aux comptes qui viole la règle du secret s'expose à une peine d'emprisonnement d'un an maximum et à une amende de 15 000 euros.

#### *2.2.2.4. Mise en cause de la responsabilité civile du commissaire aux comptes*

Par souci d'exhaustivité, on rappellera le principe posé par l'article L 225-241 du Code de commerce, selon lequel : « les commissaires aux comptes sont responsables, tant à l'égard de la société que des tiers, des conséquences dommageables des fautes et négligences par eux commises dans l'exercice de leurs fonctions ». La responsabilité du commissaire aux comptes peut ainsi être engagée sur le plan civil, en réparation d'un dommage, action qui n'est pas exclusive des autres actions en responsabilité ou sanctions présentées ci-dessus (sous réserve du respect du principe selon lequel « le pénal tient le civil en l'état »). On voit toutefois difficilement un rôle pour l'autorité de contrôle prudentiel dans ce cadre.

#### *2.2.3. Désignation d'un commissaire supplémentaire par la Commission bancaire*

<sup>1</sup> Cf Rapport annuel de la Commission bancaire.

<sup>2</sup> Article L 571-5 du Code monétaire et financier, renvoyant aux articles L 242-26 et L 242-27 du Code de commerce, abrogés par la loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001, qui les a remplacés par l'insertion des nouveaux articles L 820-5 et suivants.

<sup>3</sup> En revanche, en l'état actuel de la législation, le refus de répondre aux demandes de la Commission bancaire n'est pas, pour un commissaire aux comptes, susceptible de sanction pénale mais seulement des mesures de demande de relèvement, disciplinaires, et autres.



Outre les pouvoirs et procédures susceptibles d'être mis en œuvre par la Commission bancaire à l'encontre d'un commissaire aux comptes dont elle estimerait que les conditions d'exercice de la mission posent problème, l'article L 511-38 du Code monétaire et financier confère à la Commission bancaire la faculté de procéder à la désignation d'un commissaire aux comptes supplémentaire. La rédaction de l'article L 511-38 est ouverte « *lorsque la situation le justifie* ». Le législateur a souhaité laisser à la Commission bancaire la plus grande latitude d'appréciation, dans la mesure où une telle mesure de contrainte pour l'établissement est nécessaire à l'accomplissement des missions de contrôle de la Commission bancaire.