

CHAPITRE II

Le conflit d'intérêts dans le domaine privé

Dans son rapport 2004, le service central de prévention de la corruption avait traité du conflit d'intérêts dans le domaine public ¹.

Évoquée dans une recommandation du Conseil de l'Europe² et par le Comité de la gouvernance publique de l'OCDE³, la définition du conflit d'intérêts ne concerne que les agents publics. Or la notion de conflit d'intérêts ne se limite pas à ce secteur. Son application peut être étendue au secteur privé. Dans ce cas, on considère que : « *un conflit d'intérêts naît d'une situation dans laquelle une personne employée par un organisme public ou privé possède, à titre personnel, des intérêts qui pourraient influencer ou paraître influencer sur la manière dont elle s'acquitte de ses fonctions et des responsabilités qui lui ont été confiées* ».

Le SCPC s'est intéressé au conflit d'intérêts, car il existe un lien entre celui-ci et la corruption, même s'il ne semble pas évident. Il ne faut pas oublier que dans le domaine privé, la personne occupe des fonctions qui ont des répercussions sur l'activité et la survie de l'entreprise ou de l'association à laquelle elle appartient. De plus, l'évolution de la législation en matière de corruption démontre une prise en compte de la corruption privée (par la création dans le Code pénal des articles 445-1 à 445-3 – cf. fiche pratique dans ce rapport).

Il apparaît que dans le domaine privé, les risques de situations de conflit d'intérêts sont nombreux en ce qui concerne le dirigeant de société ou d'association mais également en ce qui concerne certains professionnels du chiffre en relation étroite avec les entreprises.

I. – Le conflit d'intérêts du ou des dirigeants (société, association...)

Le conflit d'intérêts est une situation de fait. Tout dirigeant d'une entité (société ou association), dans le cadre de ses pouvoirs est amené à prendre une décision, dans une situation où cohabitent un intérêt général et un intérêt privé. Cette réalité est d'autant plus prégnante que la personne en question cumule des fonctions très diverses. La notion de « cumul des fonctions » est un critère important de risque de conflits d'intérêts. Si dans le domaine public, cette notion est prise en compte de façon plus ou moins homogène, il faut admettre que dans le domaine privé, il en va différemment en raison du type d'entité concernée.

1. Une réalité très présente mais prise en compte de manière plus ou moins effective

Tout d'abord, il est utile de préciser que le terme de dirigeant doit être entendu dans son acceptation la plus large. Il peut s'agir du dirigeant d'une société, mais également du président d'une association. Il est alors nécessaire de rappeler les textes qui prennent en compte la notion de conflit d'intérêts et comment ces derniers régissent le domaine de la prévention.

1.1. Ce que prévoient les textes pour les associations ou organisations non gouvernementales (ONG)

Le Service central de prévention de la corruption avait, dans son rapport 2002, abordé le problème des dérives dans le monde associatif. Le développement qui suit vient compléter cette analyse en abordant le problème du conflit d'intérêts dans ce domaine.

En ce qui concerne les associations, les statuts sont là pour mettre en place les différentes obligations. Cependant, il existe des cas précis où en dehors des statuts, des règles sont applicables afin de prévenir les risques de conflits d'intérêts. Ainsi, comme dans le cas des sociétés, ces règles concernent aussi bien les incompatibilités, les cumuls de fonctions que les conventions réglementées.

Les incompatibilités

L'exercice de certaines activités est incompatible avec la gestion ou la représentation d'une association. Ne peuvent, notamment être dirigeant d'association :

- les commissaires aux comptes ;
- les militaires, s'agissant d'associations ayant une activité politique ou syndicale ;
- les parlementaires ⁴ ;
- les membres de l'Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires ⁵ .

Ces incompatibilités concernent également :

- les fonctionnaires en activité lorsque leur présence ès qualités pourrait faire craindre une violation des principes de neutralité et d'égalité des individus devant les services publics (à titre d'exemple, agents de l'Office national de la chasse et de la faune sauvage pour les associations de chasse, agents du ministère de la Culture pour les associations partenaires de ce ministère) ;
- tous les fonctionnaires ou agents non titulaires de l'Agence du médicament, de l'Agence française du sang, de l'Agence nationale du médicament vétérinaire.

Le cumul

En principe, une même personne physique ou morale peut cumuler plusieurs fonctions de direction dans une même association ou dans plusieurs groupements. Cependant, par dérogation, certains statuts types interdisent ou limitent ces cumuls. Ce peut-être le cas des présidents :

- des associations agréées de pêche et de pisciculture ;
- des fédérations départementales pour la pêche et la protection du milieu aquatique ;

- des associations départementales agréées de pêcheurs amateurs aux engins et aux filets sur les eaux du domaine public.

Les conventions entre l'association et ses dirigeants ⁶

Elles sont prévues et sont au nombre de trois :

- 1 – les conventions interdites ; certaines dispositions réglementaires spéciales prohibent diverses conventions. Par exemple, « *les associations agréées de pêche et de pisciculture et les associations départementales agréées des pêcheurs amateurs aux engins et aux filets sur les eaux du domaine public ne peuvent pas effectuer d'actes de commerce avec les membres de leur bureau et la famille de ceux-ci* » ;
- 2 – les conventions libres : ce sont les conventions courantes conclues à des conditions normales qui, en raison de leur objet ou de leurs implications financières ne sont significatives pour aucune des parties ⁷ ;
- 3 – par « *conventions courantes* » il faut entendre celles qui sont effectuées par une association dans le cadre de son activité habituelle et, s'agissant d'actes de disposition, arrêtées à des conditions suffisamment usuelles pour s'apparenter à des opérations habituelles ⁸.

Les conditions peuvent être considérées comme normales lorsqu'elles sont habituellement pratiquées par l'association dans ses rapports avec les tiers, de telle sorte que le dirigeant intéressé ne retire pas de l'opération un avantage qu'il n'aurait pas eu s'il avait été un partenaire quelconque de l'association. Il faut aussi tenir compte des conditions en usage pour des conventions semblables dans d'autres associations ayant la même activité ⁹.

Sont également libres, en principe, les conventions qui sont hors du champ de la réglementation (*cf. infra*).

Par exception sont réglementées ¹⁰, celles intervenant entre une association habilitée à collecter la participation des employeurs à l'effort de construction et l'un de ses administrateurs. Les conventions réglementées concernent (*cf. Code du commerce, articles L. 612-4 et L. 612-5*) les associations qui :

- quelle que soit leur activité, reçoivent annuellement de l'État ou de ses établissements publics ou des collectivités locales une ou plusieurs subventions dont le montant global excède 150 000 euros ;
- ou se livrent à une activité économique.

Sont visées toutes les conventions qui, sans être courantes et conclues à des conditions normales, sont passées directement entre une association susmentionnée « *et l'un de ses administrateurs ou l'une des personnes assurant un rôle de mandataire social* » c'est-à-dire l'un de ses dirigeants.

Lorsqu'une association souhaite conclure une convention avec son propre représentant, ce dernier ne peut ¹¹ :

- ni représenter le groupement (contrat avec lui-même) ;
- ni déléguer à une personne de son choix le pouvoir de représenter l'association pour la conclusion de cette convention. Le groupement doit donc se faire représenter par un mandataire *ad hoc* désigné, selon les modalités prévues par les statuts.

Sont également concernées les conventions conclues par personne interposée, entre une association visée et l'un de ses dirigeants. Ce dernier s'avérant le bénéficiaire réel alors qu'elles ont été apparemment passées avec un tiers.

Sont enfin soumises à réglementation les conventions entre une association visée et une société, dont un associé indéfiniment responsable (associé dans une SNC, SC, commandite simple ou par action) un gérant, un administrateur, le directeur général ou directeur général délégué, un membre du directoire ou du conseil de surveillance, un actionnaire disposant d'une fraction de droits de vote supérieure à 10 % s'il est aussi dirigeant de l'association.

Dans l'hypothèse particulière d'associations ayant une activité économique et de sociétés, la convention demeure soumise à la réglementation propre aux associations ainsi qu'à celle spécifique aux sociétés (*cf. infra*).

1.2. Le Code de commerce et le droit des sociétés

Le Code de commerce rassemble les textes pouvant intéresser le domaine des conflits d'intérêts. Les

articles traitant des questions de gérance, de rémunération et de conventions réglementées s'avèrent plus ou moins précis selon le type de société concernée.

Pour les sociétés de personnes, société en nom collectif ou en commandite simple

La loi du 24 juillet 1966 a laissé aux associés une certaine souplesse dans l'organisation que l'on ne retrouve ni dans la SARL ni dans la SA.

S'agissant de la gérance, la loi accorde une grande liberté aux associés pour la désignation du ou des gérants. Si les statuts sont muets sur ce point, tous les associés sont considérés comme gérants et chacun d'entre eux peut accomplir séparément tout acte de gestion dans l'intérêt de la société. Ils ont tous la qualité de commerçant. Mais les statuts prévoient la possibilité de choisir entre un gérant associé ou non associé. Dans le cadre de la société en nom collectif, le gérant non associé peut être lié à la société par un contrat de travail.

Pour ce qui est de la société en commandite simple, la particularité résulte du fait que les associés (au minimum deux) sont commandités (responsables indéfiniment) et commanditaires (responsables à concurrence de leurs apports). Les règles de gérance sont les mêmes que pour la société en nom collectif. Cependant, celle-ci ne peut jamais être confiée à un commanditaire car il ne peut faire aucun acte de gestion externe, même en vertu d'une procuration.

En ce qui concerne la rémunération, les associés étant tous commerçants aucune mention de la rémunération du dirigeant n'est prévue.

Le cas de la société à responsabilité limitée (SARL)

Elle est constituée entre des associés qui n'ont pas la qualité de commerçant. C'est le type de société le plus répandu en France et les articles du Code de commerce qui lui sont dédiés sont un peu plus précis que pour les sociétés évoquées précédemment.

S'agissant de la gérance, la loi du 24 juillet 1966 précise les obligations des gérants en calquant leurs responsabilités sur celles des dirigeants de sociétés anonymes.

Le nombre des gérants est librement fixé par les statuts. Ils sont choisis parmi les associés ou en dehors d'eux. Ce sont obligatoirement des personnes physiques qui n'ont pas la qualité de commerçant et ne doivent pas être frappées d'incapacité ou de déchéance¹².

Il y a possibilité de cumul avec un contrat de travail. À la différence de la stricte réglementation concernant les contrats de travail des administrateurs de société anonyme, aucun texte n'interdit à un gérant de SARL de devenir salarié de la société, ni *a fortiori* à un salarié d'accéder à la gérance. Cependant, la jurisprudence n'admet ce cumul que sous certaines conditions :

- le contrat de travail du gérant doit correspondre à un emploi effectif et ne pas avoir été conclu pour tourner les règles relatives à la révocation ;
- la gérance (direction générale de la société) doit être nettement distincte des fonctions techniques qui résultent du contrat de travail. Cette dualité est quelquefois plus facilement admise si le gérant salarié bénéficie de deux rémunérations séparées ;
- l'intéressé doit être placé dans un état de subordination à l'égard de la société. C'est pourquoi le cumul n'est pas permis pour le gérant associé majoritaire. Mais le seul critère du nombre de parts sociales détenu est insuffisant. L'état de subordination s'apprécie en fonction de l'ensemble des circonstances propres à chaque espèce ;
- enfin, si le contrat de travail est consenti pendant la gérance de l'intéressé, il est soumis à la procédure de contrôle des conventions visées à l'article L. 223-19 du Code de commerce (*cf. infra*).

Dans l'hypothèse où les conditions de cumul ne seraient pas remplies, par exemple lorsqu'un salarié devient gérant et n'est plus placé dans une situation de subordination, son contrat de travail est automatiquement suspendu, sauf disposition contraire. Il reprendra cependant son cours à la cessation du mandat social.

En ce qui concerne la rémunération, le gérant, organe de la société, n'est pas habituellement lié à la société par un contrat de travail. Dans le silence des textes, les statuts ou mieux une décision collective des

associés déterminent le montant de la rémunération qui comprend généralement un fixe et une part proportionnelle au chiffre d'affaires.

Lorsque le gérant est associé, la question se pose de savoir s'il peut prendre part au vote sur la fixation de sa rémunération. Deux thèses s'opposent : si l'on considère que la rémunération a un caractère conventionnel, en application de l'article L. 223-19 du Code de commerce, le gérant est exclu du vote. En revanche, si l'on admet qu'elle a un caractère institutionnel, en raison de la nature de ses fonctions, aucun texte ne peut lui interdire de participer au vote.

Pour les conventions réglementées, la SARL est concernée et se voit appliquer à peu près les mêmes règles que celles des associations.

Le principe du contrôle des conventions passées entre la société et l'un de ses gérants ou associés est le suivant : la loi de 1966, dans ses articles 50 et suivants, devenus l'article L. 233-19 du Code de commerce, a étendu aux SARL la réglementation prévue pour les SA lorsqu'une convention intervient entre la société et l'un de ses dirigeants (anciens articles L. 101 s., L. 143 s. de la loi, devenus L. 225-38 s., L. 225-86 s. du Code de commerce). Ces conventions peuvent en effet être très désavantageuses pour la personne morale.

L'article L. 223-19 du Code de commerce s'applique aux conventions intervenues directement ou par personnes interposées entre la société et l'un de ses gérants ou associés, même minoritaires. Il joue également pour les conventions passées avec une société dont un associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, directeur général, membre du directoire ou du conseil de surveillance, est simultanément gérant ou associé de la SARL (alinéa 5).

Les dispositions de l'article L. 223-19 du Code de commerce ne sont cependant pas applicables aux conventions portant sur des *opérations courantes et conclues à des conditions normales* (cf. *supra*) (article L. 223-20 du Code de commerce). L'exception rejoint logiquement celle qui existe en matière de SA.

Bien sûr, échappent au contrôle, parce qu'elles sont interdites en raison de leur danger pour la société, certaines conventions énumérées par l'article L. 223-21. *À peine de nullité du contrat, les gérants ou associés, sauf s'il s'agit de personnes morales, ainsi que leurs conjoints, ascendants et descendants ne peuvent pas directement ou par personne interposée, contracter des emprunts auprès de la société, se faire consentir par elle un découvert, en compte courant ou autrement, ni faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers.* L'interdiction s'applique également aux représentants légaux des personnes morales associées (article L. 223-21, alinéa 1 du Code de commerce). Toutefois, si la société exploite un établissement financier, cette interdiction ne s'applique pas aux opérations courantes de ce commerce conclues à des conditions normales (article L. 223-21, alinéa 2 du Code de commerce).

1.3. Quelques exemples de situations de conflits d'intérêts

En dépit des dispositions légales qui viennent d'être énoncées, certains dirigeants d'associations, de sociétés (ou cumulant les deux fonctions) mettent en place des montages leur permettant de favoriser leurs intérêts personnels au détriment de l'intérêt de l'entité dont ils ont la direction. Les dérives apparaissent le plus souvent en l'absence de réglementation stricte (sur les cumuls, la rémunération, etc.) ou en cas de carence du contrôle interne.

Ainsi dans le domaine **associatif**, il existe des types d'organisation (des structures holding, des filiales, des sous-filiales et des sociétés liées) sensiblement identiques à ceux utilisés pour les sociétés commerciales.

Les montages réalisés sur ce modèle peuvent être conçus dans le seul but de favoriser le ou les dirigeants. Souvent le *modus operandi* est le suivant :

- afin de ne pas se voir soumis à l'obligation de contrôle des conventions réglementées (cf. *supra*) le dirigeant de l'association crée ou suscite la création d'une structure (société) dirigée par des proches (ou homme de paille) à qui il offre la réalisation d'une prestation, dont la nature importe peu, l'essentiel étant qu'elle présente un potentiel certain de gains ou de chiffre d'affaires ;
- le chiffre d'affaires est surfacturé de diverses manières ;
- le bénéficiaire en profite à titre personnel.

Exemple :

Une société qui travaillait dans un secteur particulier (métallurgie) avait comme critère distinctif d'avoir son P.-D.G. lié à un président d'association célèbre. Cette société avait créé un secteur « commande de papier ». Elle était devenue le fournisseur exclusif de l'association, grande consommatrice, qui en faisait un usage immodéré.

L'entreprise commandait le papier et le facturait à l'association. Elle avait donc une activité d'intermédiaire simple, puisque les livraisons étaient directement réalisées par le fournisseur réel.

La marge tirée de cette opération avoisinait les 28 %. Le directeur de l'association voyait en revanche l'ensemble de ses frais de chasse pris en charge par l'entreprise.

La réalisation de cette opération a été facilitée par l'absence de réaction du contrôle interne au sein de l'association, le directeur validant, le service fait et le faux justificatif.

Les situations de conflits d'intérêts et les dérives qui y sont rattachées affectent les secteurs classiques du monde associatif tels que l'informatique, la gestion des salaires, etc., mais aussi ceux plus spécifiques afférents aux frais de promotion ou de commercialisation.

Ainsi il n'est pas rare de constater la présence d'un journal dans une structure associative, cela relève de la même logique puisque le périodique sert de courroie de transmission pour les informations associatives. Il est de plus le trait d'union entre les membres. La publication d'une revue est une activité à part entière qui consiste à mettre en cohérence un travail d'imprimeur (imprimerie, distribution), un travail d'éditeur (pour le contenu rédactionnel) et un travail de régie (pour la publicité qui peut y figurer). Dans la plupart des cas, un contrat est passé directement avec chacun des professionnels concernés ou avec une régie qui reverse une quote-part des bénéfices à l'association. Le risque qui peut être rencontré dans cette activité est celui inhérent au conflit d'intérêts qui peut concerner toutes les prestations nécessaires à la réalisation de l'activité. Tous les cas de figure ont été rencontrés depuis l'utilisation de fournisseurs liés, jusqu'à l'organisation de sociétés écrans ayant leur siège dans les paradis fiscaux.

Enfin, pour terminer sur un dernier exemple, il est important de parler du secteur de l'immobilier.

Exemple :

Dans une association qui gère des camps de vacances ou de loisirs, le poste le plus risqué est celui de l'immobilier et de son environnement.

En effet, il est arrivé que des dirigeants d'associations peu scrupuleux achètent l'immobilier utilisable et, par un jeu classique de revente entre sociétés civiles immobilières liées, provoquent une augmentation sensible du prix payé par l'association.

On a découvert des cas où l'association avait cautionné le prêt effectué par le dirigeant pour acheter les locaux qu'il a ensuite revendus à la même association.

Enfin, il est possible de boucler le montage, pour le dirigeant ou l'un de ses proches, en créant une société dont l'objet sera la réparation et l'entretien des locaux¹³

En ce qui concerne le droit des sociétés, l'absence de règle sur le cumul des mandats ou sur les rémunérations entraîne bien souvent des situations de conflits d'intérêts se traduisant par de réelles dérives.

En effet, quelques exemples démontrent la possibilité pour une même personne d'être à la tête de différentes sociétés. Cela la positionne dans une situation où il sera difficile de choisir entre plusieurs intérêts différents. Ce problème a été pris en compte en ce qui concerne la société anonyme (cf. *infra*).

Si le dirigeant d'une société désire tirer un profit personnel de sa situation, il lui est aisé de mettre en place des systèmes plus ou moins complexes de groupe de sociétés afin de favoriser, directement ou indirectement, des intérêts qui lui seront propres. Seront abordés ici différents domaines où se retrouvent les groupes de sociétés, les sociétés écrans (de préférence dans des paradis fiscaux).

Un exemple :

Dans le cadre des SARL, il existe une législation concernant les conventions passées entre une société et le dirigeant ou associé d'une autre entité. Afin de contourner la réglementation, l'entité qui passe le contrat avec la société semble totalement indépendante du dirigeant de celle-ci. En fait, il s'agit d'une société gérée par un « homme de paille » et qui appartient en réalité au dirigeant de la société ayant passé le contrat. Dans ces cas, plus fréquents qu'on pourrait le croire, les montages sont réalisés en utilisant des sociétés fictives, des paradis fiscaux ou des États peu coopératifs. La mondialisation des échanges est un apport important aux montages frauduleux.

De même, le problème de la rémunération du dirigeant est un secteur très sensible pour le conflit d'intérêts. En effet, il n'existe pas de réglementation précise quant à la rémunération des dirigeants. Aussi certains d'entre eux utilisent leur position pour faire fructifier leur patrimoine personnel et ce, au détriment de la société dont ils ont la direction. Le salaire du dirigeant est un point particulier à analyser lorsque l'on recherche d'éventuelles dérives. Souvent, lorsqu'on se trouve face à des entreprises en difficulté, on découvre que le salaire du dirigeant est exagérément élevé et qu'il n'est pas tenu compte de la situation réelle de l'entreprise. Ainsi, si le salaire comprend un fixe et un pourcentage sur le chiffre d'affaires ou s'il est calculé sur la création de valeurs, il ne prend pas en compte l'aspect bénéfices de l'entreprise. Un chiffre d'affaires élevé peut engendrer un bénéfice faible ou générer des pertes.

Dans ce cas, le maintien d'une rémunération basée sur ces seuls critères, s'il répond à l'intérêt du dirigeant, va à l'encontre de la société elle-même.

Force est de constater qu'au sein des sociétés, le problème des conflits d'intérêts peut être ignoré ou contourné.

1 Rapport 2004 du SCPC, p. 25 et suivantes.

2 Recommandation n° R (2000) 10 du Comité des ministres du 11 mai 2000.

3 29^e session du Comité de la gouvernance publique, Paris, 15-16 avril 2004.

4 S'agissant des associations dont l'activité principale est l'exécution de travaux, la prestation de services ou de fournitures pour le compte ou sous le contrôle de l'État, d'une collectivité ou d'un établissement public ou d'une entreprise nationale ou d'un État étranger.

5 Pour toute responsabilité associative donnant à son titulaire un intérêt direct ou indirect à l'activité des aéroports.

6 Cf. également le domaine des conventions dans le cadre de la société anonyme ci-après.

7 Code de commerce, article L. 612-5, al. 6, introduit par la loi 2003-706 du 1^{er} août 2003.

8 Cass. Com., 1^{er} octobre 1996 : RJDA 1/97 n° 65, solution retenue en matière de société et transposable aux associations.

9 Rép. Lebas : AN 3-4-1969, p. 870, transposable aux associations.

10 CCH articles L. 423-10 et L. 423-11.

11 CA Versailles, 28 septembre 1989 : Bull. Joly, 1989, p. 992, paragraphe 340, note Jeantin.

12 Précision : si la SARL a pour objet l'exercice d'une profession réglementée, les gérants doivent personnellement remplir certaines conditions. C'est le cas, par exemple, d'une société qui exploite un cabinet d'experts-comptables, les gérants doivent être experts-comptables.

13 Pour de plus amples développements, voir le rapport 2002 du SCPC, *Les dérives du monde associatif*, p. 25 et suivantes.

2. La société anonyme : une entité très surveillée ¹

L'actualité nationale et internationale montre que la gouvernance d'entreprise est en crise. Le mal est visiblement profond puisqu'il a généré une crise de confiance globale du marché, tant pour les investisseurs, que pour les équipes dirigeantes, et a touché de nombreux métiers de la finance. Cette crise a conduit à la disparition de plusieurs sociétés multinationales et des investissements provenant des portefeuilles de milliers d'actionnaires sont partis en fumée. On observe que les conflits d'intérêts sont une des causes récurrentes qui sont à l'origine de ces cataclysmes et qu'ils ont pris naissance dans des sociétés dont les caractéristiques sont voisines de celles d'une société anonyme française.

2.1. Pourquoi deux textes : la nouvelle régulation économique et la loi sur la sécurité financière ?

On peut définir le conflit d'intérêts comme « toute opération au cours de laquelle des personnes ou organisations vont, directement ou indirectement, faire passer leur intérêt personnel ou l'intérêt d'un réseau auquel elles appartiennent, avant celui de l'organisation qui les salarie » ². Il semble que trois éléments matériels déterminants peuvent être dégagés et constitueraient les trois caractéristiques essentielles d'un conflit d'intérêts :

- une fonction dans le cadre de laquelle l'individu dispose d'un pouvoir décisionnel réel ou supposé ;
- une contradiction entre les intérêts que lui imposent sa fonction et ses intérêts privés ou autres (politique, familial, professionnel, financiers, honorifique ou virtuel) ;

- un choix final entre les divers intérêts en présence.

Cette notion très réglementée dans le secteur public français où de nombreuses dispositions sont en place en matière de prévention et de répression est aussi développée dans les pays anglo-saxons.

Cependant, dans le secteur privé français aucun texte de loi ne le définissait véritablement et, par conséquent, ne faisait l'objet d'aucune réglementation.

Dans différents pays, les gouvernements cherchent à assainir leur marché national et à se conformer aux exigences de transparence du marché mondial. Exigences qui n'ont pourtant pas permis de déceler des abus importants et l'imminence de la crise. De nombreux scandales sont nés à la suite de décisions par les dirigeants au contenu mensonger qui servaient à rassurer le marché coûte que coûte et dont les conséquences ont été particulièrement graves.

Il apparaît alors que le phénomène est mondial. Les Anglo-Saxons ont été les premiers à ouvrir les débats sur la gouvernance d'entreprise. Les États-Unis ont été les premiers à réagir et à légiférer en juillet 2002 avec la loi Sarbannes-Oxley.

L'Union européenne, notamment grâce aux travaux de la Commission, a fourni de louables initiatives en matière d'analyse et de réglementation.

En France, la prise de conscience a eu lieu lors de la publication du rapport Cardbury, en 1992, qui indiquait déjà le nécessaire centrage sur la protection des actionnaires mais aussi de prendre en compte d'autres aspects moins directement financiers.

Par la suite, certaines associations françaises d'entreprise telles que l'AFEP, l'ANSA ou encore le MEDEF se saisissent de ces mêmes interrogations et préoccupations. Des rapports furent rédigés afin d'anticiper sur les actes du législateur. Ces rapports ont mis en lumière les points générant des difficultés et l'urgente nécessité d'assainir la situation (rapports Viénot I³ et II⁴ puis enfin rapport Bouton⁵).

La loi sur la sécurité financière du 1^{er} août 2003, inspirée par la loi américaine et les précédents rapports, est venue combler quelques lacunes sans pour autant traiter et prévenir clairement les conflits d'intérêts.

Comment faire pour que le dirigeant révèle spontanément les conflits d'intérêts auxquels il est exposé dans un cas précis ? Il était nécessaire de trouver des moyens de rendre cette révélation obligatoire. Ainsi le Code de commerce prévoit dans le cadre :

- de l'octroi d'avantages particuliers⁶ la révélation de l'intérêt personnel qu'il satisfait au même titre que les apports en nature à la société ;
- du cumul des fonctions qui doit être présent dans le rapport annuel présenté par le conseil d'administration⁷ ;
- et de la procédure des conventions réglementées⁸, obligatoirement déclarées au conseil d'administration puis à l'assemblée des actionnaires.

La Cour de cassation a pris le parti d'une jurisprudence audacieuse en créant l'obligation, pour les administrateurs (et donc pour le P.-D.G.⁹ lui-même administrateur) une obligation de loyauté, qui implique « *une exigence accrue de transparence de la part des dirigeants* ». Elle estime que l'exigence de loyauté et de transparence commande cette révélation¹⁰.

En France, la loi sur la sécurité financière de 2003 a néanmoins apporté quelques avancées sur ce point ainsi que sur les relations entre dirigeant et actionariat. La désormais célèbre procédure de l'article 117¹¹ impose au président du conseil d'administration de rendre compte du fonctionnement du conseil et des procédures de contrôle interne dans un rapport joint.

Cette procédure fait écho au rapport publié par la Commission européenne, en novembre 2002 puis en mars 2003, par le groupe de haut niveau d'experts en droit des sociétés¹² qui avait prévu l'obligation de décrire dans le rapport annuel de la société : « *le fonctionnement du conseil d'administration, la procédure de nomination des membres du conseil d'administration, le rôle et les qualifications de chacun de ceux-ci et les liens directs et indirects pouvant exister entre les membres du conseil et la société au-delà de ce mandat* ».

Ce texte doit être rapproché avec l'article L. 225-51¹³ du Code de commerce. La loi sur la sécurité financière vient prolonger les efforts de la loi NRE de 2001 en multipliant les obligations d'information.

2.2. Les mesures relatives au statut du dirigeant de la société anonyme (SA)

La prévention par la réglementation des cumuls des mandats sociaux

C'est effectivement la loi NRE qui a apporté les modifications les plus importantes aux règles du cumul des mandats sociaux. En effet, elle avait instauré tout d'abord que le nombre de mandats d'administrateur (article L. 225-21) exercés par une même personne dans une société anonyme ayant son siège sur le territoire français ne pouvait être supérieur à cinq au lieu de huit précédemment. Les exceptions à ce principe ont été pour la plupart supprimées. La seule dérogation maintenue concerne les groupes de sociétés. Les mandats d'administrateur exercés dans ces sociétés ne devaient pas être pris en compte. Cette dérogation est dite « verticale ». Par ailleurs, les directeurs généraux ne peuvent exercer plus d'un mandat de ce type. Une exception concernant également les groupes de sociétés a été prévue, mais elle ne permet que l'exercice d'un second mandat.

En second lieu, la loi NRE a fixé une limite globale en interdisant l'exercice simultané de plus de cinq mandats de directeur général, d'administrateur, de directeur général unique, de membre du directoire ou du conseil de surveillance (article L. 225-94 I). Une exception tenant, à nouveau, aux groupes de sociétés permettait de ne pas prendre en compte les mandats exercés dans une société contrôlée (alinéa 2). Les limites au cumul des mandats sociaux fixées par la loi NRE étaient assez restrictives. Or, le législateur a eu quelques doutes sur l'opportunité de dispositions aussi rigoureuses qui accentuaient le peu d'attractivité du système français.

La loi « Houillon » du 29 octobre 2002 a apporté des exceptions supplémentaires concernant les mandats d'administrateur dans les sociétés sœurs. Cette dérogation est dite « horizontale ». La loi permet l'exercice de deux mandats de direction dans des sociétés qui n'ont aucun lien de capital, dès lors qu'elles ne sont pas cotées.

La loi sur la sécurité financière du 1^{er} août 2003 a également levé le doute sur la question intéressant les cas où un directeur général exerçait aussi un mandat d'administrateur dans des filiales. Aujourd'hui, l'article L. 225-94-1 prévoit qu'il n'est pas tenu compte des mandats d'administrateur exercés dans une société contrôlée pour le calcul de la limite globale. Elle témoigne, par cet assouplissement, d'une volonté de prendre en compte les évolutions actuelles du droit des sociétés et la multiplication des groupes de sociétés.

De plus la possibilité ouverte par la loi NRE en 2001 de dissocier les fonctions de P.-D.G. en deux fonctions distinctes semble également élémentaire en termes de prévention des conflits d'intérêts mais n'a malheureusement pas eu le succès escompté. En France, la majorité des sociétés anonymes ont préféré garder le système de la présidence unique, mais quelques sociétés anonymes cotées en bourse – une large minorité – commencent à instaurer une présidence dissociée.

L'obligation de publier les rémunérations des mandataires sociaux dans les sociétés anonymes cotées

Les vraies questions que les actionnaires et autres acteurs dans la société, mais aussi tout le marché se posent, sont : combien gagne ce dirigeant ? est-ce justifié ?

Notre droit des sociétés doit être en mesure répondre à cette interrogation.

Les conflits d'intérêts, se révèlent souvent lorsque la société est en situation difficile tandis que les rémunérations du dirigeant croissent.

La rémunération doit être liée aux objectifs et à l'ambition de l'entreprise et non répondre aux besoins de trésorerie personnels de son P.-D.G.

En France, on ne fait traditionnellement pas état publiquement du montant de sa rémunération. Cette généralité vaut également pour les dirigeants des sociétés. Longtemps, les informations sur leur rémunération ont donc été limitées. Les actionnaires, ne pouvaient obtenir que le montant global, certifié exact par le commissaire aux comptes, des rémunérations versées aux cinq ou dix personnes les mieux rémunérées de la société. Cette opacité entretenue par les dirigeants français indisposait les investisseurs outre-Atlantique.

La loi NRE a donc « brisé un tabou »¹⁴ en ajoutant un article L. 225-102-1 prévoyant que le rapport général

sur la gestion doit rendre compte de la rémunération totale et des avantages de toute nature versés durant l'exercice, à chaque mandataire social, et doit également rendre compte de ceux reçus de la part des sociétés contrôlées (L. 223-16)¹⁵.

La loi sur la sécurité financière a ajouté une modification concernant les groupes de sociétés. Elle a imposé que cette publicité des rémunérations soit également descendante. Autrement dit, les rémunérations versées par une société mère à un mandataire exerçant ses fonctions dans une filiale doivent désormais être mentionnées dans le rapport. Cette modification témoigne du souci de transparence manifesté par les actionnaires à propos de leur filiale et de leur gestion. C'est également une avancée dans la lutte contre les sociétés fictives, ou les coquilles vides. Il est à noter que les rémunérations ne sont pas soumises à la procédure de contrôle des conventions réglementées à l'exception de celles présentant un caractère exceptionnel (article L. 225-46).

La rémunération du P.-D.G. se compose des jetons de présence qu'il reçoit en qualité d'administrateur et d'une somme fixe et/ou proportionnelle au chiffre d'affaires ou aux bénéfices, déterminée par le seul conseil d'administration (article L. 225-47, alinéa 1). Le montant de la rémunération allouée au P.-D.G. ne peut pas être fixé par un comité des rémunérations, il ne peut donner qu'un avis. Toutefois, les juges peuvent annuler, après avoir considéré comme abusive, l'augmentation substantielle d'une rémunération décidée par le conseil sur l'initiative de son président¹⁶. Des poursuites pénales peuvent même être intentées, pour abus de biens sociaux, lorsque, par exemple, la rémunération est manifestement excessive compte tenu de l'activité très réduite de la société, ou n'a pas été autorisée par le conseil¹⁷.

L'obligation de transparence relative aux opérations effectuées sur les titres du dirigeant

La rémunération du dirigeant est souvent complétée par des stock-options qui font également l'objet d'une information auprès des actionnaires (article L. 225-184). Cette obligation étendue de publicité est consacrée par le nouvel article L. 621-18-2 du Code monétaire et financier¹⁸, qui puise ses origines dans une recommandation de la Commission des opérations de bourse (COB devenue depuis AMF) de février 2002¹⁹. Elle a précédé une des dispositions de la directive communautaire « Abus de marché »²⁰. La transparence des opérations sur titres ainsi organisée, vise à éviter les opérations spéculatives réalisées par les dirigeants et toutes autres personnes qui, du fait de leur fonction, ont accès à des informations privilégiées. En conformité avec cette directive, l'article 122 de la loi sur la sécurité financière prévoit que les sociétés cotées doivent désormais déclarer à l'Autorité des marchés financiers (AMF) les opérations effectuées par les mandataires sociaux sur leurs titres. Les obligations de publicité couvrent un domaine très large (acquisitions, cessions, souscriptions ou échanges) de façon à inclure largement les titres de capital donnant ou pouvant donner accès au capital (offres de rachat d'action).

Les personnes soumises à cette obligation de transparence sont énumérées par la loi, les dirigeants, les mandataires sociaux et les membres du conseil d'administration. Cette obligation de publicité est directement inspirée par la loi « Sarbanes-Oxley ».

L'extension de l'obligation de déclaration aux opérations faites par les personnes ayant des liens étroits avec le dirigeant – ce qui n'implique pas seulement les liens familiaux – est particulièrement intéressante en matière de prévention des conflits d'intérêts et de lutte contre la fraude. Il faudra attendre que le décret en Conseil d'État définisse cette notion de *lien étroit*²¹.

Le débiteur de l'information est la société émettrice. Là encore l'obligation pèse sur toute personne faisant appel public à l'épargne. Les destinataires de l'information sont l'AMF et le public, ainsi que, logiquement, les actionnaires.

Mais, il est regrettable que la loi n'ait **pas prévu une sanction** pour non-communication de ces informations. La loi ne dit mot des obligations qui pourraient incomber personnellement au dirigeant d'avoir à informer la société des opérations qu'il aurait réalisées sur ses titres.

La sanction des parachutes dorés

Le P.-D.G. peut être révoqué par le conseil d'administration à tout moment, conformément à l'article L. 225-47 alinéa 3 du Code de commerce, qui érige comme impérative cette disposition, laquelle ne peut souffrir d'aucune exception accordée par les statuts de la société. La révocabilité *ad nutum*, pour « juste motif » est donc une règle d'ordre public.

C'est ainsi qu'une clause promettant un « parachute doré » à un dirigeant qui en bénéficiera le jour de la cessation de ses fonctions, à la suite d'une révocation ou de toute autre cause, est interdite puisqu'elle dissuaderait les administrateurs d'exercer leurs fonctions de révocation.

En effet, est illicite « *la convention qui a pour objet ou pour effet de restreindre ou d'entraver la révocation ad nutum du président-directeur général d'une société anonyme par les conséquences financières qu'elle entraîne pour un tiers qui peut exercer une influence sur la décision de révocation* »²². Ce parachute doré sera alors frappé de nullité.

Toutefois, la jurisprudence tend à ne prononcer la nullité de ces conventions que si par leurs conséquences financières importantes, elles dissuadent les administrateurs d'exercer leur faculté de révocation²³.

Pourtant, la pratique passe outre cette interdiction accordant aux dirigeants des indemnités de départ, comme corollaire de la hausse des rémunérations. La chambre commerciale a, le 4 juin 1996, admis que certaines d'entre elles étaient valables à condition que « l'intérêt social » soit respecté et que la somme promise n'ait pas un caractère dissuasif.

2.3. Les différentes obligations d'informations

L'impérative obligation pour le P.-D.G. d'informer les administrateurs

Le droit à l'information des administrateurs est une création jurisprudentielle. Il date de l'arrêt « Cointreau » du 2 juillet 1985, par lequel la Cour de cassation a affirmé que le président du conseil d'administration devait « *mettre les administrateurs en mesure de remplir leur mission en toute connaissance de cause* » et donc leur fournir les informations nécessaires dans un délai suffisant sous peine de nullité de la délibération²⁴. Il paraissait donc légitime de faire peser l'obligation d'information sur ce dirigeant.

La loi sur les nouvelles régulations économiques a inscrit cette obligation dans un article L. 225-35 alinéa 3 : « *chaque administrateur reçoit toutes les informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission et peut se faire communiquer tous les documents qu'il estime utiles* ».

Mais la loi NRE étant marquée par l'instauration d'une dissociation des fonctions de président du conseil et de directeur général, le texte était imprécis sur le point de savoir sur qui reposait cette obligation de communication, car en cas de dissociation, certaines informations sont difficilement accessibles au président. L'obligation devait alors soit reposer sur le directeur général, soit partager la charge de celle-ci.

La loi sur la sécurité financière a modifié cet alinéa : « *le président ou le directeur général de la société est tenu de communiquer à chaque administrateur tous les documents et informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission* ». Ainsi, la loi a choisi de laisser les dirigeants libres à cet égard (sans même l'avoir prévu dans les statuts), ce qui paraît sage : la nouvelle rédaction visant en effet l'un ou l'autre. Cette réforme exclut désormais clairement la possibilité pour les administrateurs de demander directement des informations aux commissaires aux comptes, aux directeurs généraux délégués, voire aux salariés ou aux organes représentatifs du personnel, c'est-à-dire à un autre que le président du conseil ou le directeur général.

Le rapport sur le gouvernement d'entreprise : une nouvelle obligation pesant sur le dirigeant et qui tend à une plus grande transparence des activités et des choix de la société

La loi sur la sécurité financière, à l'instar de la loi « Sarbanes-Oxley », se veut « *une réponse à la fois politique et technique à la crise de confiance dans les mécanismes du marché et aux insuffisances de régulation dont le monde économique et financier a pris conscience* »²⁵ à la suite de divers scandales financiers et de l'effondrement de grandes entreprises multinationales.

Ainsi, le nouvel article 117 de la loi sur la sécurité financière a ajouté un alinéa à un texte existant, l'article L. 225-37 du Code de commerce. Ce texte dispose désormais : « *le président du conseil d'administration rend compte dans un rapport joint au rapport mentionné aux articles L. 225-100, L. 225-102, L. 225-101-1 et L. 233-26 des conditions de préparation et d'organisation des travaux du conseil ainsi que des procédures de contrôle interne mises en place par la société* ». Le même texte ajoute : « *sans préjudice des dispositions des articles L. 225-56, le rapport indique en outre les éventuelles limitations apportées au pouvoir du directeur général* ».

Parallèlement, le nouvel article L. 225-235 prévoit que les commissaires aux comptes présentent dans un rapport joint à leur rapport général, leurs observations sur le rapport effectué par le président du conseil. Ces observations portent sur les procédures de contrôle interne relatives à l'élaboration et au traitement de l'information comptable et financière. Enfin, l'article L. 621-18-3 du Code monétaire et financier met en place pour les sociétés faisant appel public à l'épargne, une publicité des informations relevant des procédures de contrôle interne.

Sans doute l'article L. 225-51 du Code de commerce précise-t-il que le président du conseil d'administration organise et dirige les travaux du conseil et rend compte à l'assemblée des travaux de celui-ci. Mais le nouvel alinéa 3 de l'article 225-37 va beaucoup plus loin.

Ces nouveaux rapports sur le gouvernement d'entreprise constituent l'innovation essentielle de la loi de sécurité financière relative à l'information. Malheureusement, peu avant le mois d'août 2005, le Parlement a décidé de supprimer l'obligation d'établir ce rapport sur le contrôle interne et sur la gouvernance dans les sociétés ne faisant pas appel public à l'épargne. La loi sur la sécurité financière votée il y a deux ans se voit donc amputée de l'une de ses principales mesures destinées à établir la transparence dans les entreprises²⁶.

Le contrôle des conventions passées par le dirigeant avec sa société placée par la loi au centre de la prévention des conflits d'intérêts

La position privilégiée des dirigeants peut les amener à prendre une décision favorisant leurs propres intérêts aux dépens des intérêts de la société et de ses actionnaires. Dès lors, il est à craindre que lorsqu'un dirigeant contracte avec sa société, il abuse de sa position pour obtenir des avantages injustifiés. Mais d'un autre côté, le contrat peut être utile à la société et intéressant pour les deux parties. Pour résoudre cette opposition d'intérêts, dans des situations où l'on est souvent proche du « contrat avec soi-même »²⁷, (le même individu vend à titre personnel et achète en qualité de représentant de la société), la loi de 1867 avait instauré une réglementation dans son article 40²⁸ dont le champ d'application a été étendu par la loi NRE.

Cette loi dans son chapitre consacré à la « *prévention des conflits d'intérêts* » reste assez limitée en matière de prévention des conflits d'intérêts puisqu'elle se borne à traiter de la procédure des conventions interdites et réglementées comme *unique* moyen de prévention (article 111 de la loi NRE).

Nombreux sont ceux qui auraient souhaité la rédaction d'un principe général qui imposant, par exemple, une obligation de révélation aux cocontractants de la société, et des décisions d'approbation de certains organes sociaux²⁹.

Le Code de commerce retient **trois catégories d'opérations** et y affère trois différents types de procédures : les conventions interdites, réglementées et courantes.

• **Les conventions interdites**

Le législateur a dressé une liste limitative des conventions interdites qu'il souhaite exceptionnelles. Ainsi l'article L. 225-43 C. com dispose que : « *à peine de nullité du contrat, il est interdit aux administrateurs autres que les personnes morales de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert, en compte courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers* »³⁰.

Ces interdictions sont applicables aux conventions souscrites également par le président-directeur général (article L. 225-43 alinéas 1 et 3) et à toute personne interposée. La nullité absolue des opérations interdites est une sanction ouverte à tout intéressé sans qu'il soit tenu d'établir l'existence d'un préjudice pour la société. Elle ne peut pas être couverte par un acte confirmatif et obéit à la prescription trentenaire. Le législateur a voulu faire de l'action en nullité une action très ouverte dans ce domaine des conventions interdites et dont la preuve serait facilitée. La loi a ainsi voulu mettre fin aux crédits abusivement consentis par les sociétés à leurs administrateurs et directeurs ou ceux de leurs filiales.

• **Les conventions portant sur des « opérations courantes et conclues à des conditions normales »**

À l'inverse, les conventions portant sur des « opérations courantes et conclues à des conditions normales », échappent à la procédure de contrôle (article L. 225-39 du Code de commerce). Ces deux conditions sont de fait, et il s'agit de tenir compte des circonstances dans lesquelles sont habituellement conclues les conventions semblables, dans la société mais aussi dans les autres entreprises du même secteur d'activité. Il faudra prendre en compte l'objet social pour déterminer la nature des opérations courantes³¹.

Aucune procédure d'approbation par le conseil n'est donc nécessaire. Les conventions courantes doivent être communiquées au président du conseil d'administration qui les transmettra à son tour au conseil et au commissaire aux comptes (article L. 225-39 alinéa 2).

• Les conventions réglementées comme moyen efficace de contrôler les intérêts du dirigeant

Il s'agit de toutes les conventions qui n'entrent dans aucune des deux autres catégories, interdites ou libres (article L. 225-38 C. com). Elles sont soumises alors à la procédure de contrôle et elles devront être préalablement autorisées par le conseil, puis approuvées, après leur conclusion, par l'assemblée des actionnaires.

La procédure s'applique donc aux modifications d'une convention conclue antérieurement, par exemple aux rémunérations exceptionnelles allouées par le conseil à ses membres, et par conséquent à son dirigeant³² ainsi que le prévoit expressément l'article L. 225-46 du Code de commerce.

Cependant, cette procédure ne s'applique pas à la rémunération du président et du directeur général fixée par le conseil (article L. 225-47 alinéa 1) ainsi qu'aux jetons de présence des administrateurs déterminés par l'assemblée générale des actionnaires (article L. 225-45 C. com) dans la mesure où ces rémunérations ont un caractère plus institutionnel que contractuel.

• Conventions et cocontractants concernés

L'article L. 225-38 du Code de commerce vise de manière très large « toute convention ». *A contrario*, en l'absence de convention, la procédure ne sera pas applicable, et d'autres voies seront alors nécessaires pour traiter les conflits d'intérêts. Pour autant, l'expression reste générale et trouvera très souvent application. En effet, une convention ne requiert aucun acte écrit³³, et il suffit que l'accord oblige la société et l'intéressé. L'article L. 225-38 vise non seulement les contrats signés par le président, mais aussi toute décision prise par lui ou par le conseil accordant à un intéressé un droit accepté par lui. À titre d'illustration, la décision du conseil d'administration de transférer des actifs ou des fonds sociaux à une filiale ayant des dirigeants communs avec la société mère et l'acceptation de ce transfert constitue une convention au sens de l'article L. 225-38.

Le président-directeur général est bien entendu concerné par ces réglementations, et toutes les conventions qu'il passe sont soumises à la procédure de contrôle du conseil d'administration.

La réglementation de l'article L. 225-38 du Code de commerce s'applique à *trois types de conventions* :

- *les conventions directes* : conclues entre la société anonyme et ses administrateurs, directeur général et membres du conseil d'administration ;
- *les conventions indirectes* : conclues entre la SA et une société dans laquelle les mêmes personnes sont associées indéfiniment responsables, gérants, administrateurs, membres du conseil ;
- *les conventions sans administrateurs communs* : (depuis la loi NRE). Les conventions entre la SA et un actionnaire détenant plus de 5 % des droits de vote. Les conventions entre une société contrôlée et une société ou personne physique détenant plus de 5 % des droits de vote.

L'exclusion des dirigeants de fait

Une difficulté provient de ce que l'article L. 225-38 ne vise que les dirigeants de droit et non les dirigeants de fait. La Cour de cassation qui en a décidé ainsi depuis un arrêt du 29 mai 1967. Cette situation est tout à fait anormale : sa position de dirigeant lui donne le pouvoir d'intervenir dans la gestion du patrimoine social, et sa situation de fait l'exonère du contrôle « *ouvrant ainsi la porte aux abus clandestins* »³⁴.

Il est communément admis qu'un dirigeant de fait est celui qui exerce « *en toute indépendance, une activité*

positive de gestion et de direction », impliquant donc deux situations : le directeur général de fait et l'administrateur de fait étant donné que l'article L. 46-2 du Code étend les dispositions applicables aux dirigeants de droit à « *toute personne qui, directement ou par personne interposée, aura, en fait, exercé la direction, l'administration ou la gestion* » de la société. En conséquence, selon M. Schmidt, dès lors qu'une personne participe de façon régulière et habituelle aux prises de décisions du conseil d'administration, elle est administrateur de fait et donc dirigeant de fait.

Une petite évolution est apparue dans un arrêt de la Cour de cassation du 6 février 2001 en approuvant les juges du fond d'avoir retenu que les deux personnes dont la responsabilité était recherchée en leur qualité de dirigeant de fait « *ne se sont pas bornées à leur rôle d'investisseur ou à procéder à des recherches techniques ou à trouver des solutions de restructurations financières mais, dépassant une intervention à titre de conseil, ont exercé un véritable pouvoir de direction en plaçant le conseil d'administration dans un état de dépendance, en soumettant ses décisions aux résultats de leurs recherches et de leurs avis auxquels le conseil d'administration ne s'opposait pas, même s'il n'avait reçu que le minimum d'informations, ce dont se sont plaints les membres du conseil* ». C'est l'emprise sur le conseil qui caractérise ici un pouvoir de direction.

On remarque très vite l'importance de prendre en compte les dirigeants de fait dans le champ d'application des conventions réglementées, et le législateur devrait répondre à l'invitation de la jurisprudence à légiférer sur ce point. Beaucoup de conventions ont dû être conclues, pour le compte du dirigeant, par des hommes de paille.

Nous constatons que dans le cadre de la société anonyme, la réglementation est assez précise et qu'elle peut permettre d'éviter que des situations de conflit d'intérêts n'aboutissent à des dérives de la part des dirigeants.

3. Les infractions pénales découlant d'une situation de conflits d'intérêts

En fait, que ce soit dans le cadre des sociétés, des associations ou autre, le conflit d'intérêts étant une situation de fait, il n'aboutit pas toujours à des dérives. C'est donc par l'intermédiaire d'infractions pénales qu'il est appréhendé. Nous pouvons différencier ces infractions en les qualifiant de directes ou indirectes, suivant la relation qu'elles ont avec la situation de conflit d'intérêts.

3.1. Les infractions « directes »

En premier lieu, dans le domaine des sociétés, l'usage abusif des biens ou du crédit de la société communément appelé **abus de biens sociaux** (ABS) est au droit des affaires ce que le vol est au droit pénal général (confusion des biens de l'entreprise avec ceux du dirigeant). Cette infraction n'existe que pour les entreprises revêtant la forme d'une société commerciale.

Cette infraction est prévue dans deux cas de figure : la SARL (étendu à l'EURL) par les articles 241-3-4 et 5 du Code de commerce et la SA (étendu à la SASU) par les articles 242-6-3 et 4 du même Code.

L'ABS est le fait pour un dirigeant d'employer de mauvaise foi les biens ou le crédit de la société dans un intérêt qu'il sait contraire à celle-ci, pour son profit ou pour celui d'une entreprise où il détient lui-même des intérêts directs ou indirects.

La notion de dirigeant englobe, le gérant (statutaire ou non) pour les SARL, EURL et SCA et pour les SA, le P.-D.G., le ou les directeurs généraux, les membres du conseil d'administration, du conseil de surveillance ou du directoire. Précisons également que si les dirigeants de droit sont responsables de cette infraction, cela est vrai également pour les dirigeants de fait. Les textes visent en effet, toute personne interposée, qui aura en fait exercé la direction de la société.

Dans le cadre du conflit d'intérêts, il y a la poursuite d'un intérêt personnel de la part du dirigeant. Les articles 241-3 et 242-6 du Code de commerce donnent à la notion d'intérêt personnel un domaine d'application vaste :

- tout d'abord et c'est en pratique l'un des phénomènes les plus courant, il y a l'intérêt personnel du dirigeant. Ce dernier va confondre le patrimoine de la société avec le sien propre, en abusant de ses prérogatives pour faire entrer dans ce dernier des biens appartenant à la société ;

- ensuite, il y aura délit lorsque l'acte favorisera une tierce entreprise dans laquelle le dirigeant aura un intérêt direct ou indirect : intérêt direct : soit le dirigeant est l'un des associés (actionnaire ou propriétaire) de la tierce entreprise, soit il en est le dirigeant de droit ou de fait ; intérêt indirect : le dirigeant peut se trouver dans de nombreuses situations différentes et opaques, vis-à-vis de l'entreprise bénéficiaire (exemple : conjoint associé ou dirigeant de la tierce entreprise, existence de liens juridiques et commerciaux entre les deux entités, etc.).

En pratique les cas d'ABS peuvent s'analyser en cinq catégories principales :

- la rémunération des dirigeants ;
- les dépenses personnelles ;
- les avantages pécuniaires ;
- la confusion du patrimoine social et personnel ;
- la confusion des patrimoines entre sociétés.

L'auteur d'abus de biens sociaux encourt une peine d'emprisonnement de cinq ans et une peine d'amende de 375 000 euros. Remarquons que cette infraction n'entraîne pas la peine complémentaire d'interdiction de gérer.

Si certains faits matériels de cette infraction sont commis après que la société soit en situation de cessation de paiement, l'infraction se transforme en **banqueroute** (article L. 626-1 et suivants du Code de commerce). Il faut que la société soit déclarée en redressement ou en liquidation judiciaire par le tribunal de commerce, c'est une condition impérative.

Enfin, cette infraction d'ABS n'est pas applicable au dirigeant d'une association, qui peut toutefois être poursuivie pour **abus de confiance**. En effet, selon l'article 314-1 du Code pénal, l'abus de confiance est le détournement frauduleux de choses remises à l'agent, à charge pour lui de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé.

On peut retenir l'exemple du président d'une association qui utilise à des fins personnelles des biens appartenant à l'association. Dans ce cas, il détourne les biens qui étaient destinés à un usage déterminé, l'objet de l'association elle-même.

Peuvent être encourues une peine d'emprisonnement de trois ans maximum et une amende d'un montant de 400 000 euros pour les personnes physiques. Cette amende peut être quintuplée si l'auteur est une personne morale.

De même dans le domaine particulier des sociétés anonymes, il faut mentionner une infraction spécifique : **le délit d'initié** prévu à l'article 465-1 du Code monétaire et financier¹ et punie d'une peine d'emprisonnement de deux ans et d'une amende de 1 500 000 euros qui peut être proportionnelle au profit éventuellement réalisé.

La jurisprudence a déduit l'élément intentionnel de la seule violation de l'obligation d'abstention² et a estimé que l'information privilégiée ne devait pas nécessairement présenter le caractère de certitude³. L'amende proportionnelle est passée du quadruple au décuple du profit réalisé. De plus, la jurisprudence a étendu, d'une certaine manière, l'obligation d'abstention aux sociétés non cotées, en se fondant sur le devoir de loyauté du président du conseil d'administration, de ne pas profiter de sa connaissance des opérations sur les actions de la société pour réaliser une plus-value au détriment d'un actionnaire qui lui a demandé d'acquérir ses titres⁴. Ce devoir de loyauté incombe, selon la jurisprudence, à tout administrateur, y compris, donc, le dirigeant. Mais, depuis les années soixante-dix, très peu de poursuites judiciaires ont été menées (moins de trente). Ce petit nombre s'explique par la difficulté de prouver ce délit.

Une récente directive communautaire du 29 avril 2004⁵, impose aux États membres de dresser des « listes d'initiés » incluant « *toutes les personnes qui ont accès à des informations privilégiées le concernant directement ou indirectement, de manière régulière ou occasionnelle* » (article 5). Cette liste doit mentionner le motif pour lequel la personne y est inscrite. Par ailleurs, elle met en place une obligation pesant sur les autorités compétentes des États membres de notifier les opérations suspectes en « *tenant compte des éléments constitutifs de l'opération d'initié ou de la manipulation de marché* » (article 7).

La Commission a souhaité mettre en place un système identique à celui de TRACFIN⁶ à propos des délits de blanchiment. La directive 2004/72 du 29 avril 2004 a institué une possibilité pour les professionnels de la

finance de notifier, révéler leurs doutes quant à une opération dont ils ont connaissance, et qui pourrait constituer un délit d'initié. Ici, l'article 11 relatif à la responsabilité professionnelle, édicte que « *les États membres veillent à ce que les personnes qui procèdent à une notification à l'autorité compétente – l'AMF en France – n'en informent personne, en particulier pas les personnes pour le compte desquelles les opérations ont été effectuées ou les parties liées à ces personnes* ». Elle ajoute surtout : « *le respect de cette obligation n'expose la personne ayant effectué la notification à aucune responsabilité d'aucune sorte pour autant que la personne qui notifie agisse de bonne foi. Les États membres veillent à ce que les autorités compétentes s'abstiennent d'informer quiconque de l'identité des personnes qui ont notifié ces opérations si en le faisant, elles leur nuisent ou risquent de leur nuire.* » Le professionnel de la finance ne pourra pas voir sa responsabilité engagée et, le client qu'il a dénoncé ne pourra pas se retourner contre lui. Ainsi, la Commission européenne adhère à l'objectif de faire du secret professionnel un « secret partagé »⁷ nécessaire à la révélation et la détection des opérations bancaires et financières délictueuses.

3.2. Les infractions « indirectes »

Il s'agit là d'infractions proches de la situation de conflit d'intérêts. Tout d'abord, on peut être en présence d'infractions classiques utilisées par le dirigeant dans son intérêt personnel.

Ce sera le cas de **l'escroquerie**, du **vol**, du **détournement de fonds publics** (cf. fiche pratique dans ce rapport), du **faux et usages de faux**, de **la corruption privée**⁸, voire de **l'atteinte à la déontologie de l'activité pour les opérations privées**.

Mais ensuite d'autres délits relatifs à la comptabilité. Ces délits font aussi l'objet d'une législation pénale sévère. Celui de présentation ou de publication de comptes inexacts expose le dirigeant à un emprisonnement de cinq ans et une amende de 375 000 euros. De quelles inexactitudes s'agit-il ? On peut citer quelques exemples : omission de certaines recettes occultes destinées à alimenter les caisses noires de la société, inscription dans les comptes « immobilisation » de biens qui ne sont pas la propriété de l'entreprise, mention à l'actif de créances fictives, dissimulation de dettes ou d'engagements, ou encore, les fraudes les plus faciles à commettre et les moins aisées à déceler : majoration des éléments d'actif (immobilisations, actifs circulants) et minoration des éléments du passif (réserves, provisions pour risques et charges, dettes certaines et conditionnelles). Là encore, et conformément à la démarche classique en droit pénal des affaires, la seule qualité de dirigeant pèsera lourd et anéantira tout système de défense axé sur l'imprudence ou la négligence, spécialement en cas de fausse évaluation.

Le délit de distribution de dividendes fictifs découle du délit précédent, la présentation d'un faux bilan prenant alors tout son sens. Le caractère fictif de cette distribution donne une impression générale de fallacieuse prospérité qui risque d'être fatale à la société.

II. – Des maillons fragiles de la chaîne de transparence financière : les conflits d'intérêts chez les professionnels du chiffre

La technique comptable repose sur des éléments objectifs (enregistrement de coûts, d'acquisitions) mais aussi sur des éléments subjectifs (évaluation d'une moins-value).

Pour quantifier ces éléments subjectifs les professionnels du chiffre peuvent être influencés et confirmer des données fausses qui seront interprétées par un grand nombre d'individus (actionnaires, investisseurs, économistes, comité d'entreprise, clients et fournisseurs...).

Le contrôle des comptes de l'entreprise et l'interprétation de ces comptes représentent une telle importance qu'il a fallu encadrer légalement l'action de certains de ces intervenants. Il est évoqué ici le risque de conflit d'intérêts d'une part chez le commissaire aux comptes, acteur le plus souvent obligatoirement désigné, et d'autre part chez les analystes financiers et agences de notation, acteurs facultativement choisis.

1. L'interprète imposé des comptes : le commissaire aux comptes

La désignation du commissaire aux comptes est obligatoire dans certaines entités, de par leur forme (sociétés anonymes ou en commandite notamment), de par leur importance (personnes morales dépassant deux des trois critères liés à l'importance du chiffre d'affaires, du total du bilan ou du nombre de salariés) ou de par leur nature (associations recevant des subventions ou faisant appel à la charité publique).

En dehors de ces cas, fort nombreux, toute entité est libre de procéder ou non à la désignation d'un commissaire aux comptes.

En France, le commissariat aux comptes est une institution ancienne instaurée pour la première fois par la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés anonymes avec l'obligation de désignation d'un commissaire aux comptes, de l'établissement d'un rapport par celui-ci et de sa présentation en assemblée générale.

Progressivement la mission du commissaire aux comptes est montée en puissance et a été sacralisée. C'est ainsi que le décret-loi du 8 août 1935, pris à la suite de la crise financière de 1929 et de scandales financiers divers, instaure le devoir de révélation au procureur de la République et l'agrément par les cours d'appel des commissaires aux comptes missionnés dans les sociétés faisant appel à l'épargne publique.

La loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales instaure les grands principes régissant encore la profession aujourd'hui : comptes certifiés, professionnels indépendants, incompatibilités, regroupement au sein d'une organisation professionnelle. Le décret du 12 août 1969 créant la Compagnie nationale des commissaires aux comptes a unifié le métier au plan national.

Par la suite, diverses lois imposées par le développement du commerce, l'harmonisation européenne et les normes internationales ont vu le jour. Notamment la loi du 1^{er} mars 1984 sur la prévention des difficultés des entreprises qui étend l'intervention du commissaire aux comptes à certaines associations ou aux établissements publics à caractère industriel et commercial et à d'autres sociétés commerciales qui en étaient jusqu'alors dispensées.

Enfin, des textes plus récents, loi NRE (nouvelles régulations économiques) du 15 mai 2001, loi LSF (loi de sécurité financière) du 1^{er} août 2003 et l'ordonnance du 8 septembre 2005, ont confirmé le rôle majeur de la profession dans la transparence financière et de son contrôle. A notamment été instauré le Haut Commissariat aux comptes, véritable clef de voûte de l'institution en affirmant le principe de séparation des activités de conseil et d'audit et le non-renouvellement de mandat dans les sociétés cotées.

1.1. La mission des commissaires aux comptes et ses dérives

La mission initiale des commissaires aux comptes était dictée par l'intérêt de la protection des investisseurs. Elle s'étend aujourd'hui à la protection du public, victime indirecte des conséquences multiples de publication de comptes mensongers. Des exemples récents montrent à quel point des errements pratiqués dans

une banque où l'État est actionnaire majoritaire se répercutent sur le contribuable.

Ainsi, le commissaire aux comptes participe à une véritable mission d'intérêt général en attestant de la sincérité des comptes que se doit d'établir annuellement toute entité économique.

Cette mission consiste à certifier que les comptes annuels de l'entité contrôlée – en justifiant de ses appréciations – sont réguliers et sincères et donnent une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice. Les récentes dispositions prévoient notamment la vérification du rapport de gestion du président du conseil d'administration par le commissaire aux comptes.

Ces obligations de certification des comptes annuels se traduisent par l'établissement d'un rapport général annuel faisant suite à l'établissement des comptes obligatoires et d'un rapport spécial portant sur les conventions réglementées, c'est-à-dire celles liant la société vérifiée à l'un de ses administrateurs.

En cas de doute sur des faits susceptibles de constituer des infractions, le commissaire aux comptes doit alerter le parquet du tribunal de grande instance du ressort de l'entité qu'il contrôle : c'est le devoir de révélation.

De même, le commissaire aux comptes se doit de déclencher la procédure d'alerte auprès des dirigeants et, en cas de nécessité, auprès du président du tribunal de commerce lorsque la société est menacée de cessation des paiements.

En fait, la mission des commissaires aux comptes est triple : une mission de contrôle, une mission d'information et une mission d'alerte.

Ces missions sont assorties de dispositions pénales rigoureuses qui doivent cependant être soumises au feu de la réalité. Comme le dit l'adage pratiqué dans la profession : « *le commissaire aux comptes a une obligation de moyens, mais pas de résultat* »...⁹ Autrement dit, si le professionnel du chiffre prouve qu'il a employé les moyens communément admis pour contrôler une comptabilité, on ne peut lui reprocher de ne pas avoir découvert les fraudes qui y figuraient.

Ainsi, le commissaire aux comptes procède à des sondages lui permettant de s'assurer de la véracité des comptes mais si ces sondages ne s'appliquent pas systématiquement à des « comptes sensibles », la vigilance du professionnel du chiffre ne sera que superficielle.

Depuis le décret du 12 août 1969, les commissaires aux comptes doivent établir un programme de travail. Un esprit déplacé pourrait y voir une invitation à utiliser les parties de la comptabilité non explorées par ce travail de vérification défini à l'avance pour y dissimuler des malversations. On pourrait imaginer un commissaire aux comptes limitant pudiquement ses contrôles sur des points qu'il sait inattaquables pour ne pas avoir à découvrir des faits conduisant au refus de certifier et à son corollaire, la dénonciation au parquet du tribunal de grande instance.

De même, dans les normes professionnelles, intervient une notion de chiffres ou d'éléments « insuffisamment significatifs... » ou la certification « avec réserve ». D'où la mention consacrée dans bon nombre de rapports : « *sous réserve de... je certifie que les comptes de l'exercice sont réguliers et sincères* »...

Dès lors, si un dirigeant de société pratique indûment des avances de trésorerie pour plusieurs millions d'euros à l'une des sociétés avec laquelle il est lié à titre personnel, et que ce chiffre ne représente qu'un pourcentage réduit du total du bilan, ce montant sera-t-il « assez significatif » pour entraîner un refus de certifier et une dénonciation au parquet ? « Sous réserve » que le dirigeant consente, après la clôture des comptes, à augmenter l'importance d'une provision liée à une créance impayée vieille de plusieurs années les comptes seront-ils sincères et présenteront-ils une « image fidèle » ?

Il a été trop souvent observé des dérives de la fonction initiale du commissaire aux comptes qui se transforme en conseil ou en enseignant lorsqu'il facture la formation du personnel comptable de la société qu'il contrôle. Ces déviances se pratiquent avec d'autant de discrétion que bien souvent le commissaire aux comptes fait partie d'un ensemble dont seulement l'une des branches se consacre à l'audit. La récente loi LSF a voulu faire cesser ces abus en instaurant une interdiction, visée à l'article L. 822-1 du Code de commerce, de la fourniture de prestations de service ou de conseils y compris par l'intermédiaire d'un réseau. Ce contrôle est placé sous l'autorité du Haut Conseil mais il faudra attendre l'interprétation qui en sera faite, le texte étant encore trop récent.

1.2. Le mode de désignation et de rémunération et ses dangers

« Nul ne peut exercer les fonctions de commissaire aux comptes s'il n'est préalablement inscrit sur une liste établie à cet effet »¹⁰.

Cette liste est établie par le conseil régional des commissaires aux comptes existant auprès du siège de chaque cour d'appel. Il appartient à ce conseil de s'assurer de la qualité morale et de l'aptitude de chaque candidat. Le postulant devra avoir subi avec succès les épreuves du certificat d'aptitude aux fonctions de commissaire aux comptes ou être titulaire du diplôme d'expertise comptable.

Ainsi, une entité soumise à l'obligation de désignation d'un commissaire aux comptes devra choisir une personne physique ou morale agréée, il n'est pas nécessaire qu'elle soit inscrite sur la liste du siège de la société. Dès lors le dirigeant pourra toujours solliciter un commissaire aux comptes qui sera limité dans ses interventions par exemple par l'éloignement de son cabinet du siège social de l'entreprise.

L'une des originalités de la fonction de commissaire aux comptes provient du fait que « celui qui est contrôlé est celui qui paye ». Certes, il existe bien une grille de rémunérations (se rapportant au nombre d'heures par rapport au chiffre d'affaires augmenté des produits d'exploitation et des produits financiers) fixée par décret, mais au-delà d'un certain montant de chiffre d'affaires ou pour les sociétés cotées, les durées d'interventions sont fixées de gré à gré et les honoraires qui en découlent. La grille ne concernant que le temps consacré à la vérification mais pas le tarif horaire.

À l'heure des restrictions de coûts, les dirigeants de société peuvent être tentés de diminuer de plus en plus les interventions du commissaire aux comptes alors que son travail d'une complexité croissante nécessiterait au contraire une réévaluation de celles-ci. Le jeu de la concurrence sévissant dans la profession de commissaire aux comptes, comme dans toute autre activité, d'aucun pourrait imaginer que les honoraires les plus bas ne se rapportent pas aux contrôles les plus pointus.

Un autre risque important existe : comment un commissaire aux comptes ne pourrait-il exposer son objectivité dans sa mission de certification des comptes quand l'entité qu'il contrôle lui fournit des honoraires représentant près de 20 % de son chiffre d'affaires annuel ? Dans sa dernière version, le code de déontologie élaboré par le Conseil national de commissaires aux comptes et soumis au Haut Commissariat des commissaires aux comptes, se contente d'indiquer que les honoraires perçus ne doivent pas représenter une « part significative » par rapport au chiffre d'affaires...¹¹.

Le code de déontologie a été définitivement approuvé, après d'intenses tractations, le 16 novembre 2005 et ce terme de « part significative » des honoraires a été maintenu en précisant qu'il convient de prendre les « mesures de sauvegarde appropriées ».

De même, comment le contrôle peut-il se faire de façon rigoureuse lorsqu'un franchiseur a le même commissaire aux comptes que plusieurs de ses franchisés ou lorsqu'une société en absorbe une autre possédant le même commissaire aux comptes, ou tout simplement lorsqu'un groupe de sociétés, regroupement de personnalités morales distinctes, a un commissaire aux comptes commun ?

Un commissaire aux comptes saura-t-il résister dans l'appréciation d'un risque insuffisamment pris en compte par le dirigeant d'une société ? En cas de refus de certifier les comptes celui-ci pourrait se voir taxer de « pointillisme » et remercié à l'issue de son mandat de six ans. Derrière l'insuffisance de la provision constatée et devant l'intransigeance du dirigeant pour ne pas l'augmenter, ne se profile-t-il pas le spectre des charges de fonctionnement du cabinet ?

Toutes les sociétés dans lesquelles interviennent les commissaires aux comptes ne sont pas des sociétés cotées ou des sociétés d'une telle importance qu'elles soient pourvues d'un comité d'audit. Dans la pratique, c'est bien souvent l'expert-comptable qui suggérera le nom du commissaire aux comptes avec lequel il a « l'habitude de travailler ». Ainsi il va s'établir une sorte de confiance présumée dans le contrôle des comptes pouvant nuire à la qualité des contrôles.

1.3. Le commissariat aux comptes, une profession encadrée

Jusqu'à la loi LSF du 1^{er} août 2003, la Compagnie nationale des commissaires aux comptes (CNCC) était

l'organe suprême représentant la profession chargée de l'organiser, de la contrôler et de la défendre. Elle était secondée dans sa mission par les compagnies régionales des commissaires aux comptes (CRCC) placées dans chaque circonscription de cour d'appel.

Depuis l'application de cette loi, cette structure a été conservée mais il y a eu création du Haut Conseil du commissariat aux comptes placé sous l'autorité du garde des Sceaux et présidé par un haut magistrat (conseiller à la Cour de cassation). Si la CNCC s'est vue reconnaître le statut d'établissement d'utilité publique doté de la personnalité morale, elle ne fait que *second* le Haut Conseil dans sa mission de surveillance de la profession, du respect de la déontologie et de l'indépendance, de l'identification et de la promotion des bonnes pratiques, du contrôle et d'instance d'appel des décisions des CRCC.

Ainsi, on assiste à la naissance d'un contrôle externe public émanant d'un contrôle interne professionnel. Mais la LSF a instauré une régulation duale qui fait intervenir la profession mais aussi l'Autorité publique. Les grandes dispositions de ce texte récent figurent dans les propositions de directive du Parlement européen et du Conseil de l'Europe concernant le contrôle légal des comptes annuels et comptes consolidés du 16 mars 2004 ce qui tend à prouver que la préoccupation de la sécurité des comptes financiers se fait également dans le cadre du Marché unique.

La naissance du Haut Conseil du commissariat aux comptes résulte du décret d'application en date du 25 novembre 2003. Sur les douze membres du Haut Conseil, figurent trois commissaires aux comptes et trois magistrats ce qui montre la volonté de dualité du législateur.

Les commissaires aux comptes sont soumis à des inspections, des contrôles périodiques et des contrôles occasionnels. Ces dispositifs résultent notamment de l'Autorité administrative mais sont pratiqués de fait sous l'égide de la CNCC avec la participation de ses membres.

Malgré sa création récente, le Haut Conseil du commissariat aux comptes a rendu plusieurs décisions et avis, notamment sur la justification des appréciations des commissaires aux comptes, et sur le dernier code de déontologie proposé par la CNCC ¹².

Cependant dans la réalité, cette nouvelle institution aura-t-elle les moyens de sa mission face aux ressources significatives de son « bras armé », la CNCC, riche, de sa technicité et de son quart de siècle d'existence ?

Certains ont proposé un partenariat entre le Haut Conseil du commissariat aux comptes et l'AMF voulant ainsi rapprocher le nouvel organisme du modèle américain. Ce rapprochement se justifierait d'autant plus avec la disparition du *Comité de déontologie et de l'indépendance*, mis en place par la COB et la CNCC en 1999, et qui contribuait, par ses avis et ses propositions, à concourir à l'indépendance de la profession pour les commissaires aux comptes des sociétés faisant appel à l'épargne publique.

1.4. Les sanctions liées au dysfonctionnement de la fonction du commissariat aux comptes

Il existe des sanctions civiles, des sanctions disciplinaires et des sanctions pénales pour lutter contre les dérives de la mission du commissaire aux comptes.

En ce qui concerne la responsabilité civile du commissaire aux comptes, elle est expressément visée par les textes et déclenchée le plus souvent par des actionnaires ou des créanciers qui estiment que le professionnel du chiffre doit indemniser les conséquences de ses erreurs de certification des comptes ou son absence de découverte de détournements d'actif ou tout manquement à sa mission. Le régime de responsabilité solidaire incite les plaignants à poursuivre les responsables les plus solvables. Les commissaires aux comptes souscrivent des contrats d'assurance pour faire face à d'éventuelles indemnités.

Les sanctions disciplinaires peuvent être prononcées de façon indépendante ou accompagnées des sanctions civiles ou pénales frappant les manquements aux devoirs des commissaires aux comptes. Celles-ci sont prises par la chambre régionale de discipline instaurée au sein de chaque CRCC, le Haut Conseil du commissariat aux comptes intervenant en tant que chambre d'appel.

La chambre régionale de discipline peut être saisie par le garde des sceaux, le procureur de la République ou les présidents de la CNCC ou de la CRCC. Les sanctions prévues vont de l'avertissement et du blâme à l'interdiction temporaire ou définitive.

Entre 1995 et 2004, le nombre de mises en jeu de la responsabilité civile des commissaires aux comptes se situe entre 150 et 200 par an, tandis que les mises en cause de leurs responsabilités pénales sont de l'ordre d'une trentaine de cas annuels pour la même période ¹³.

En ce qui concerne les sanctions pénales, et pour garantir une certaine efficacité à la fonction de commissaire aux comptes, le législateur a prévu des séries de protections : sanctions liées à la personne du commissaire aux comptes, sanctions liées à la qualité de la mission de celui-ci, sanctions liées aux obligations.

La profession de commissaire aux comptes répond donc à certaines normes de moralité et de qualité, normes qui font l'objet de sanctions en cas de violation : usage frauduleux du titre de commissaire aux comptes, exercice illégal de la profession, faits punissables d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ¹⁴.

Pour faciliter sa mission, celle-ci est assortie de certaines protections : deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende pour non-désignation ou non-convocation du commissaire aux comptes à toute assemblée générale, cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende pour obstacle aux contrôles ou refus de communication de toutes pièces utiles à l'exercice de la mission ¹⁵.

Afin de garantir la qualité des contrôles, un emprisonnement de cinq ans et une amende de 75 000 euros se rapportent au commissaire aux comptes qui donne ou confirme des informations mensongères ou ne révèle pas au procureur de la République les faits délictueux dont il a eu connaissance ¹⁶.

Le commissaire aux comptes est donc un professionnel du chiffre obligatoirement désigné, strictement encadré, et ayant un devoir de révélation, mais il existe d'autres acteurs de la chaîne de confiance qui interviennent régulièrement dans les sociétés importantes, les analystes financiers et les agences de notation.

1 Et sanctionne, en ces termes : « le fait, pour le dirigeant d'une société et pour les personnes disposant à l'occasion de l'exercice de leur profession, d'informations privilégiées sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé, de réaliser ou de permettre de réaliser, soit directement, soit par personne interposée, une ou plusieurs opérations avant que le public ait connaissance de ces informations ».

2 Cass. Crim., 26 octobre 1995.

3 Cass. Crim., 26 juin 1995.

4 Com., 26 février 1996, JCP G, 1996, II, 22665.

5 Directive 2004/72/CE portant modalités d'application de la directive 2003/6 en ce qui concerne les pratiques de marché admises, l'établissement de listes d'initiés.

6 TRACFIN signifie « traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins ».

7 Rapport 2003 du SCPC : « Du secret ».

8 Cf. fiche pratique sur la corruption privée dans ce rapport.

9 *Guide du commissaire aux comptes, normes professionnelles.*

10 Article L. 822-1 du Code de commerce.

11 Article 34 du projet de code de déontologie.

12 Celui-ci a été entériné le 17 novembre 2005.

13 CNCC, colloque du 17 octobre 2005.

14 Article L. 820-5 du Code de commerce.

15 Article L. 820-4 du Code de commerce.

16 Article L. 820-7 du Code de commerce.

2. Les interprètes des comptes librement choisis : les analystes financiers et les agences de notations

Assurer l'indépendance d'appréciation des analystes financiers lorsqu'ils expriment leurs opinions est fondamental dans la participation à l'intégrité du marché et la confiance des investisseurs.

Les multiples affaires qui secouent la planète financière ont mis en lumière le rôle primordial joué par ces acteurs. Il leur est reproché notamment de ne pas instaurer de frontières nettes, de « murailles de Chine » pour employer un terme consacré, entre leurs différentes activités. C'est notamment le cas de l'analyse financière et du conseil aux entreprises, objet de reproche fait à la profession de commissaire aux comptes qui a entraîné les dispositions pénales évoquées en *supra*.

Il semble permis de regrouper la profession d'analyste financier et celle d'agence de notation car il paraît difficile de noter une entité économique sans l'avoir analysée.

2.1. La mission des analystes financiers et des agences de notation

À la différence de celle de commissaire aux comptes, les professions d'analyste financier ou d'agence de notation sont beaucoup moins encadrées juridiquement. La profession fait l'objet d'obligations spécifiées depuis peu ¹ qui font suite aux dispositions d'application de la loi sur la sécurité financière. Cependant de nombreux articles se rapportent aux analystes financiers dans le règlement général de l'AMF, autorité de tutelle.

La profession cherche à s'organiser autour d'associations professionnelles comme la Société française des analystes financiers (SFAF), association majoritaire, ou le Cercle de liaison des informateurs financiers en France (CLIFF).

La SFAF voudrait aboutir à la délivrance d'une carte professionnelle unanimement reconnue. Actuellement cette carte existe mais elle est attribuée par l'employeur sur délégation de l'AMF.

La SFAF assure des modules de formations depuis 1967 et participe régulièrement à des travaux avec l'AMF. L'accès à la profession est ouvert aux titulaires d'un diplôme universitaire en commerce, administration des affaires ou en économie, ayant suivi des stages. Il n'y a pas de délivrance d'un diplôme spécifique organisé et contrôlé par la profession comme pour l'exercice du commissariat aux comptes.

On rencontre deux catégories d'analystes financiers, les analystes indépendants qui sont minoritaires et les analystes salariés. Il existe également deux sortes de mission, le « sell side » et le « buy side », la première se réalisant habituellement auprès d'un courtier tandis que la seconde s'exerce le plus souvent à travers une société de gestion.

Les analystes interviennent soit directement sur les marchés financiers, dans le cas de banque ou de sociétés de bourse, soit dans le cadre d'un rachat d'entreprises pour le compte de sociétés d'investissement.

Ils utilisent les documents et les informations qu'ils possèdent sur une société pour conseiller les vendeurs dans la salle des marchés ou pour exercer un rôle de conseil pour les gestionnaires de portefeuilles.

Le travail d'analyse se matérialise par un rapport qui intègre le plus souvent des prévisions à moyen terme et dans lequel il est donné des conseils d'achats ou de ventes.

Les agences de notation proprement dites ou agences de « rating » donnent des appréciations se répartissant en catégories allant du risque de défaillance très faible (notation entre AAA et AA) au risque de défaut important, catégorie spéculative (notation inférieure à BBB).

Il convient de préciser que les fonds communs de créances (FCC) sont soumis à une obligation de notation et que cette note détermine bien souvent la politique d'investissement.

2.2. Un principe, celui de la fiabilité des informations communiquées par les entreprises

Les instruments servant à l'analyse sont les comptes de synthèse établis de façon biannuelle pour les entreprises cotées, les rapports annuels, les actualités de l'entreprise et plus généralement toutes informations communiquées par la société au cours de réunions. C'est ce qui s'intitule « l'analyse fondamentale » qui précède « l'analyse technique ».

Les analystes ne peuvent se prévaloir d'informations privilégiées pour développer leurs avis ce qui conduirait à des délits d'initiés. Ils ne peuvent qu'utiliser des informations rendues publiques et se doivent de respecter la confidentialité de certaines d'entre elles.

Dans l'hypothèse où les prévisions soumises à l'aune des réalités sont complètement erronées, les analystes invoquent le fait que les documents qui leur ont été communiqués n'étaient pas fiables.

Des conseils d'achat ont parfois précédé de quelques jours le dépôt de bilan des sociétés concernées.

On peut facilement imaginer que des entreprises mal intentionnées utilisent des analystes financiers ou des agences de notation pour diffuser une fausse information établie à partir de données tronquées. Pourtant le travail de base d'un analyste devrait reposer sur la qualité des informations qui lui sont transmises.

Avec le développement de l'économie mondiale, les grandes agences de notation en viennent à noter la fiabilité d'un pays. Elles peuvent de plus octroyer des notes à des entreprises qui ne les ont pas sollicitées, d'où la crainte de certaines de se faire mal noter en cas de refus de collaboration. Le seul fait de prévoir, même à tort, une faillite amène à la faillite.

2.3. Un encadrement « souple » de la profession

Les textes qui figurent tant dans le règlement de l'AMF que dans celui du Code monétaire et financier comportent de nombreuses recommandations ou obligations faites aux analystes financiers mais aucune sanction spécifique en cas de non-respect de celles-ci.

L'AMF apparaît comme l'Autorité de surveillance et la loi LSF lui impose de rendre annuellement un rapport sur les agences de notation. Le premier, en date du 26 janvier 2005, synthétise les risques inhérents à l'exercice de la profession : les émetteurs rémunèrent les agences de notation et non pas les investisseurs. Il y a un risque élevé de corruption à partir du moment où les analystes ou les notateurs obtiennent des informations privilégiées qu'ils sont susceptibles de négocier.

À la différence de la mission du commissaire aux comptes, aucune sanction pénale spécifique ne frappe l'analyste financier ou l'agence de notation qui a permis la propagation d'une fausse information et qui l'a, en quelque sorte, authentifiée.

Il existe bien une directive européenne² relative à la présentation équitable des recommandations d'investissement et la gestion des conflits d'intérêts s'appliquant aux analystes et journalistes financiers. Mais elle ne concerne pas l'activité des agences de notation à qui il est suggéré d'adopter des procédures internes. Le texte a le mérite d'énoncer une série de recommandations, de normes d'autorégulation mais le Comité européen des régulateurs des marchés des valeurs mobilières (CERVM) a remis un rapport en date du 31 mars 2005 recommandant un principe, celui de l'autorégulation.

2.4. Un mode de rémunération inadapté

La rémunération des analystes ou des notateurs se fait par des commissions globales de courtage (*sell side*) ou par des commissions de gestion (*buy side*) sans identification précise du coût de l'analyse proprement dite. Ce sont les entreprises notées qui rémunèrent leur notateur ou leur analyste.

Il conviendrait de s'orienter vers une participation étatique au financement des analystes indépendants, financement partagé de façon à permettre un choix plus vaste qu'actuellement. Le secteur des agences de notation se partage presque exclusivement entre quatre groupes anglo-saxons bien qu'il existe des équipes de

notation financière au sein de chaque banque.

On pourrait également imaginer une base collective de données, base contrôlée périodiquement par un organisme indépendant de façon à garantir l'égalité d'accès à l'information. Ceci aurait pour but de réduire les informations « privilégiées » que l'analyste peut obtenir auprès des responsables de l'entreprise à analyser. La communication éventuelle de ces informations est une source incontestable de corruption.

2.5. La prévention du conflit d'intérêts par les codes de déontologie et la mise en place de standards

Les analystes financiers et les agences de notation ont mis en place des règles déontologiques et des procédures internes pour prévenir les risques de conflits d'intérêts et pour assurer une objectivité maximale de l'appréciation et de la notation.

Ces règles, même dispersées dans plusieurs codes, concernent généralement la déontologie personnelle des analystes, les conflits potentiels vis-à-vis des entreprises étudiées, l'utilisation d'informations confidentielles, la diffusion des analyses et des notations et la possibilité de recourir à un déontologue interne. En France, il s'agit du code de déontologie de la SFAF dont la dernière version est celle de mars 2002 et de la charte CLIFF-SFAF d'avril 2003.

Ces prescriptions ne font pas l'objet de sanctions disciplinaires précises et on peut ainsi douter de leur efficacité. L'analyste ne doit pouvoir émettre, pour son propre compte, aucun ordre sur les instruments financiers de l'émetteur sur lequel porte son analyse. Il doit être écarté lorsqu'il détient à titre personnel des titres sur celui-ci, et ce, quelle que soit l'importance quantitative de ces ordres.

Il conviendrait de rendre homogène et transparent les outils servant à l'analyse des sociétés et à leur notation.

2.6. Sanctions pénales réprimant les manquements au devoir de probité

Comme indiqué précédemment, il n'existe pas de sanctions pénales spécifiques pour réprimer le manquement au devoir de probité des analystes financiers et des agences de notation.

Cependant, des infractions semblent concerner plus particulièrement des malversations liées à l'exercice de ces professions : manipulations de cours, délit d'initié et diffusion d'informations trompeuses.

*La manipulation de cours*³ réprime les agissements ayant pour objet d'entraver le fonctionnement régulier d'un marché en induisant autrui en erreur (deux ans d'emprisonnement et amende de 1 500 000 euros pouvant être portée au décuple du profit éventuellement réalisé).

*Le délit d'initié*⁴ réprime l'utilisation d'informations privilégiées pour réaliser directement ou indirectement des opérations avant que le public ait eu connaissance de ces informations (*cf.* fiche pratique dans le présent rapport) et le professionnel qui communique des renseignements privilégiés obtenus de par l'exercice de sa profession⁵.

La loi du 20 juillet 2005 a adopté des directives européennes pour prévenir les « abus de marché » en imposant l'information du public sur les opérations des dirigeants ainsi que l'établissement de listes d'initiés⁶ (*cf. supra*).

Pourtant, il ne se passe pas de semaines sans que l'actualité nationale ou internationale ne fasse état de faillites financières paraissant aussi soudaines qu'impromptues avec les graves conséquences qu'elles entraînent auprès des investisseurs, mais aussi auprès des contribuables : la faillite s'accompagne de milliers d'emplois supprimés et d'allocations chômage à verser. Il devient urgent d'encadrer plus rigoureusement ceux dont la profession est de participer à la chaîne de confiance et de permettre de tirer plus tôt les conséquences de l'activité économique ou des malversations des dirigeants de sociétés.

Conclusion

Les conflits d'intérêts dans le secteur privé sont peut-être les plus fondamentaux. En effet, la vie économique passe par les décisions des chefs d'entreprises et l'action de ceux qui sont chargés de les contrôler ou de les juger. Les répercussions pouvant résulter de conflits auxquels ils sont soumis sont graves. La fin brutale d'une société engendre des pertes d'emplois par milliers et le fait de cautionner des décisions dévoyées provoque une rupture dans la chaîne de confiance.

Il est évident que celui qui fait passer son intérêt personnel avant l'intérêt général se détourne de son devoir, et ce détournement n'a pas que des conséquences morales. Il engendre des dommages pécuniaires pour l'ensemble de la société au bénéfice de celui ou de ceux qui n'ont pas respecté les règles : coûts économiques souvent supportés par le plus grand nombre, perte de confiance des investisseurs, telles sont les conséquences notables de ces manquements.

Le Service central de prévention de la corruption ne se contente pas d'avoir exposé les spécificités des conflits d'intérêts chez le dirigeant ou le professionnel du chiffre et rappelé les sanctions pénales qui frappent certains manquements. Il propose des mesures pour limiter les risques liés à ceux-ci, mesures qui pourraient s'ajouter à celles prises récemment par le législateur.

Ainsi, la prise de conscience de ces manquements s'est internationalisée durant ces dernières années mais il semble que trop souvent les obligations prescrites ne sont pas assorties de sanctions.

L'époque du dirigeant d'entreprise échappant à toute évaluation semble définitivement révolue. À l'heure du gouvernement d'entreprise, celui-ci n'est plus l'élément central d'une société ou d'une association mais il symbolise la courroie de transmission de la volonté des apporteurs de capitaux.

Le dirigeant n'est plus seulement celui vers qui s'est dirigée la confiance et qui n'est jugé qu'à l'issue de son mandat, car il est aussi un être humain avec ses forces et ses faiblesses. C'est pourquoi des mesures législatives, telles qu'énoncées précédemment, ont été prises. Il s'agit notamment du cas des interdictions de cumuls d'activités, de l'interdiction de certaines conventions liant le dirigeant avec la structure qu'il dirige, de l'obligation pour le dirigeant de sociétés faisant appel à l'épargne publique d'établir un rapport spécifique sur les procédures de contrôles mises en œuvre.

Le dirigeant doit accepter les contre-pouvoirs internes du conseil d'administration mais aussi celui de professionnels externes et indépendants.

Le commissaire aux comptes, qui est un maillon essentiel de la chaîne de confiance, doit constituer un garant de l'information sûre, contrôlée et certifiée. Il est l'œil des investisseurs mais également de l'ensemble des acteurs économiques. Il se doit de donner aux différents partenaires une information sincère, sans laquelle aucune confiance n'est durable.

Quant aux agences d'analyse ou de notation, elles doivent être perçues comme les météorologues de la société, c'est-à-dire ceux qui analysent à partir d'instruments objectifs une situation et prévoient avec le maximum de précisions son évolution au vu d'éléments mis à sa disposition.

Le législateur, conscient de l'importance de ces enjeux, a pris de récentes mesures qui viennent d'être exposées. En effet, les relations entre un commissaire aux comptes et les sociétés contrôlées par lui, sont avant tout des relations commerciales.

La récente création du Haut Conseil du commissariat aux comptes est une volonté de mettre un terme à ce constat : une profession à risque contrôlée par elle-même. Cependant, si les mesures prises, et particulièrement celles concernant la nette séparation des activités de commissaire aux comptes et d'auditeur à travers les réseaux qui suscitent tant d'émois dans la profession, vont dans la bonne direction, elles paraissent insuffisantes.

Il en est de même en ce qui concerne la prévention du conflit d'intérêts chez le dirigeant. On arrive à ce triste constat : en l'absence de sanctions l'observation des règlements et des lois n'est qu'une affaire de conscience. Il faut enfin combattre l'idée que le dirigeant, qu'il soit à la tête d'une société ou d'une association, soit le maître incontesté. Faire que l'intérêt général prenne le pas sur les intérêts particuliers est une nécessité

pour assainir la vie économique et sociale. Plus les mesures de contrôle seront efficaces, plus il sera difficile de les contourner. Pour les auteurs de malversations, cela doit devenir moins lucratif car plus complexe et risqué.

Le SCPC a tenu à proposer clairement des mesures pour prévenir et limiter les conflits d'intérêts chez les dirigeants et les professionnels du chiffre. Celles-ci doivent être les radars automatiques sanctionnant le franchissement de l'intérêt général au profit de l'intérêt privé.

Propositions du SCPC pour limiter les conflits d'intérêts dans le secteur privé

Prévention des conflits d'intérêts chez les dirigeants

Pour le monde associatif :

- mettre en place une comptabilité plus précise et détaillée à l'image de celle des sociétés ;
- créer une obligation de divulgation des liens existant entre le président de l'association et les différentes entités gravitant autour d'elle ;
- obliger la mise en place d'un véritable contrôle interne, vérifiant entre autres les avantages accordés au président ou ses collaborateurs ;
- obliger les associations de désigner un commissaire aux comptes, selon les mêmes critères que les sociétés ;
- établir une réglementation concernant les cumuls de fonctions pour les dirigeants d'associations.

Pour les sociétés en général : étendre à tous les dirigeants les règles du cumul des mandats et des rémunérations prévues dans les seules sociétés anonymes.

Pour les sociétés anonymes :

- restaurer la disposition prévoyant l'obligation de transparence issue de la loi LSF en l'appliquant à toutes les sociétés anonymes ;
- créer une sanction pour la non-communication des informations concernant les opérations effectuées sur les titres des dirigeants (ou de leurs proches) ;
- mettre en place un système général d'obligation de divulgation des liens existant entre les dirigeants et les différents partenaires avec lesquels ils ont un intérêt ;
- intégrer la notion de gérant de fait dans l'application des règles des conventions réglementées.

Propositions en ce qui concerne certains professionnels du chiffre

Pour les commissaires aux comptes :

- établir une grille précise de vérifications *a minima* auxquelles devra se livrer le commissaire aux comptes portant, à titre d'exemple, sur la vérification de la situation des sociétés dans laquelle la société vérifiée a des participations ou sur le loyer perçu par une société liée à l'un des administrateurs ;
- supprimer la possibilité de certifier *sous réserve* : soient les comptes sont réguliers et sincères, soient ils ne le sont pas ;
- révéler au parquet tout refus de certifier ;
- interdire de désigner un même commissaire aux comptes pour un ensemble de sociétés liées entre elles à raison de plus de 10 % de participation dans le capital social ;

- imposer une part maximale des honoraires perçus par un commissaire aux comptes dans une société ou un groupe de sociétés par rapport au total de ses honoraires ;
- instaurer une réelle communication entre le commissaire aux comptes titulaire et le commissaire aux comptes suppléant.

Pour les analystes financiers et les agences de notation :

- instaurer la délivrance d'une carte professionnelle par une autorité publique à tout candidat ayant les diplômes requis et ayant effectué un stage d'une durée minimale auprès d'entités agréées ;
- établir une base de données accessible à tous, alimentée par les sociétés analysées afin de réduire l'influence néfaste de certaines informations confidentielles qui se prête particulièrement au risque de corruption ;
- assortir les recommandations de l'AMF et du Code monétaire et financier de sanctions ;
- rétribuer les agences de notation et les analystes financiers par un organisme alimenté par des fonds spécifiques, afin que le *noté* ne soit plus *celui qui paye* ;
- rendre plus efficaces les « murailles de Chine », afin qu'une même entité ne puisse à la fois analyser ou noter une structure et participer ensuite à des actions d'achats ou de ventes d'actions.

1 Article L. 544-1 à L. 544-4 du Code monétaire et financier.

2 2003/125/CE du 22 décembre 2003.

3 Article L. 465-2 du Code monétaire et financier.

4 Article L. 465-1, alinéa 1 du Code monétaire et financier.

5 Article L. 465-1, alinéas 2 et 3 du Code monétaire et financier.

6 Article L. 621-18-4 du Code monétaire et financier.