

33 Comités d'audit : une consécration entourée d'incertitudes

Dominique MANGENET,
responsable juridique Investment
banking/Corporate,
direction juridique Calyon

Jean-Yves MARTIN,
docteur en droit,
avocat associé, Racine

David ROBINE,
maître de conférences
à l'université de Rouen,
avocat au barreau
de Paris, Racine

En transposant en droit français la directive 2006/43/CE du 17 mai 2006, l'ordonnance n° 2008-1278 du 8 décembre 2008 a imposé la présence, au sein de certaines entités, d'un organe commun de la pratique sur la dénomination de « comité d'audit ». Cette consécration est cependant entourée d'incertitudes en ce qui concerne à la fois l'obligation de désigner un tel organe et la responsabilité que ses membres pourraient encourir du fait de l'exécution de leur mission. Le présent article a pour objet d'identifier ces difficultés et d'ouvrir des pistes de réflexion sur ces deux points.

1 - Une ordonnance n° 2008-1278 du 8 décembre 2008 a transposé la directive n° 2006/43/CE du 17 mai 2006 concernant les contrôles légaux des comptes annuels et consolidés. Les textes issus de cette ordonnance, ratifiée par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, imposent aux établissements de crédit, aux entreprises d'assurance et de réassurance, aux mutuelles et aux institutions de prévoyance, mais aussi aux sociétés dont les titres sont admis à la négociation sur un marché réglementé¹, l'identification d'un organe chargé notamment² d'assurer le suivi des questions relatives à l'élaboration et au contrôle des informations comptables et financières ainsi que de l'efficacité des systèmes de contrôle interne et de gestion des risques³.

2 - L'organe qui sera chargé de cette mission est en principe un « comité spécialisé », déjà connu de la pratique sous l'appellation de « comité d'audit », qui trouve donc là sa consécration. L'ordonnance comporte cependant des incertitudes quant à la portée de l'obligation de désigner un comité spécialisé (1.). À cet égard, « la nécessité d'avoir une interprétation claire des textes et d'en faciliter l'application » a conduit l'AMF à constituer un groupe de travail sur les comités d'audit (AMF, communiqué, 4 nov. 2009) ainsi que de préciser de manière concrète le contour de ses missions. Nous nous interrogeons quant à nous sur la question de

la responsabilité des membres du comité dans l'hypothèse où sa désignation serait suivie d'une mauvaise exécution de la mission qui lui est dévolue (2.).

3 - Le présent article a pour objet d'approfondir ces deux points et d'ouvrir des pistes de réflexion qui pourraient être utiles en vue de la mise en place et du suivi des comités d'audit sans procéder à un examen de l'ensemble des dispositions nouvelles qui ont déjà été exposées⁴.

1. La consécration du comité d'audit

4 - A. Le nouvel article L. 823-19 du Code de commerce dispose que l'organe compétent pour assurer la mission qu'il énonce sera en principe un « comité spécialisé »

Sa composition est fixée par l'organe chargé de l'administration ou de la surveillance. Celui-ci n'est toutefois pas totalement libre de ses choix⁵. L'article L. 823-19 du Code de commerce précise en effet que le comité comprendra nécessairement au moins un membre devant « présenter des compétences particulières en matière financière ou comptable et être indépendant au regard de critères précisés et rendus publics par l'organe chargé de l'administration ou de la surveillance ». Le texte⁶ indique également que ses membres ne peuvent être que des membres de l'organe chargé de l'administration ou de la surveillance en fonction dans la société⁷, tout en précisant que sont exclus de la composition ceux « exerçant des fonctions de direction ».

5 - Cette exclusion est tout à fait logique. On peut en effet voir dans les dispositions nouvelles le prolongement de la réflexion menée sur le gouvernement d'entreprise qui avait connu un regain d'intérêt particulier après l'affaire Enron et qui avait conduit à

1. Pour une étude plus développée de ce champ d'application V. P. Le Cannu et B. Dondero, *La consécration des comités d'audit par l'ordonnance du 8 décembre 2008* : RTDF 2009, p. 187.

2. L'article L. 823-19 du Code de commerce dispose que : « Sans préjudice des compétences des organes chargés de l'administration, de la direction et de la surveillance, ce comité est notamment chargé d'assurer le suivi :

a) Du processus d'élaboration de l'information financière ;
b) De l'efficacité des systèmes de contrôle interne et de gestion des risques ;
c) Du contrôle légal des comptes annuels et, le cas échéant, des comptes consolidés par les commissaires aux comptes ;
d) De l'indépendance des commissaires aux comptes.

Il émet une recommandation sur les commissaires aux comptes proposés à la désignation par l'assemblée générale ou l'organe exerçant une fonction analogue.

Il rend compte régulièrement à l'organe collégial chargé de l'administration ou à l'organe de surveillance de l'exercice de ses missions et l'informe sans délai de toute difficulté ».

3. Les dispositions relatives au comité d'audit issues de l'ordonnance figurent principalement aux articles L. 823-19 et suivants du Code de commerce. L'article 21 de cette ordonnance précise que les dispositions du 2° de l'article L. 823-16 du Code de commerce ainsi que celles des articles 14 à 18 de ladite ordonnance, qui concernent les comités d'audit, entrent en vigueur à l'expiration d'un délai de huit mois qui suit la clôture du premier exercice ouvert à compter du 1^{er} janvier 2008 au cours duquel un mandat au sein de l'organe d'administration ou de surveillance vient à échéance. V. à propos de cette question de l'entrée en vigueur de l'ordonnance et de l'existence d'une erreur au sein de son article 21, P. Le Cannu et B. Dondero, *chron. préc.*

4. V. sur cette ordonnance, O. Dufour, *Comités d'audit : vrai ou fausse révolution ?* : Option finance, 19 janv. 2009, p. 10. – P. Le Cannu et B. Dondero, *chron. préc.* – H. Hovasse, *Réforme : contrôle légal des comptes* : Dr. sociétés 2009, comm. 28. – D. Martin et O. Tat Tieu, *Rôle et responsabilité du conseil d'administration en matière d'information financière* : JCP G, 2009, I, 122. – Ph. Merle, *Les nouvelles responsabilités des comités d'audit* : Bull. Joly Sociétés 2009, p. 216. – G. Notté, *Commissaires aux comptes* (Ord. n° 2008-1278, 8 déc. 2008) : JCP E 2008, act. 562. – C. Motol, *Des contrôles renforcés pour les sociétés cotées* : La Tribune, 9 mars 2009.

5. Pour une étude des sanctions applicables en cas d'irrégularité de nomination V. P. Le Cannu et B. Dondero, *chron. préc.*

6. Cette règle comporte des dérogations ponctuelles pour certaines des personnes soumises à l'obligation de désigner un comité spécialisé (C. mut., art. L. 114-7-1).

7. On notera qu'ainsi les obligations en matière de composition des comités d'audit ont une incidence sur les règles gouvernant la composition du conseil d'administration ou du conseil de surveillance.

l'adoption des lois Sarbanes-Oxley et de « Sécurité financière ». L'objectif recherché est en effet un rééquilibrage du pouvoir dans la société, avec un renforcement des organes assurant le contrôle, qui ne pourrait être atteint si ceux que l'on estime trop bien dotés en matière de pouvoir participaient au fonctionnement des nouveaux organes.

6 - On regrettera néanmoins que la notion de « direction » n'ait pas été définie. Si cette notion couvre à l'évidence les fonctions de directeur général et de directeur général délégué, une plus grande précision aurait été souhaitable afin d'éviter toute incertitude en ce qui concerne certaines fonctions salariées qui pourraient être considérées comme des fonctions de direction. À cet égard, on pourrait se demander s'il ne convient pas d'assimiler la « fonction de direction » à la « gestion quotidienne de la société » qui est le critère retenu pour définir l'« administrateur exécutif » par la Recommandation de la Commission du 15 février 2005 « concernant le rôle des administrateurs non exécutifs et des membres du conseil de surveillance des sociétés cotées et les comités du conseil d'administration ou de surveillance »⁸.

7 - Les dispositions intégrées dans le Code de commerce par l'ordonnance de 2008 ne constituent pas une révolution. Les comités émanant des organes d'administration et de surveillance étaient déjà connus en droit français. Ainsi, l'article R. 225-29 du Code de commerce dispose que le conseil d'administration « peut décider la création de comités chargés d'étudier les questions que lui-même ou son président soumet, pour avis, à leur examen. Il fixe la composition et les attributions des comités qui exercent leur activité sous sa responsabilité »⁹. De même, s'agissant plus particulièrement des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, l'article 4 du Règlement n° 97-02 relatif au contrôle interne de ces établissements de crédit et de ces entreprises d'investissement envisage la création, à l'initiative de l'organe délibérant, d'un comité appelé « comité d'audit » en vue de l'assister dans l'exercice de ses missions, et dont il fixe la composition, les missions et les modalités de fonctionnement. Cet article a d'ailleurs été modifié postérieurement à l'ordonnance de 2008 pour faire le lien avec ce dernier texte. Il précise dorénavant que « ce comité peut être le comité chargé en application du Code de commerce du suivi du processus d'élaboration de l'information financière et du suivi du contrôle légal des comptes annuels et comptes consolidés ou tout autre organe remplissant des fonctions équivalentes », sans pour autant effectuer la moindre tentative d'harmonisation du contenu des missions de ce comité¹⁰.

8 - Il demeure que, même si le comité d'audit était déjà connu, les textes issus de l'ordonnance du 8 décembre 2008 innoveraient en ne se situant pas sur le terrain de la simple faculté mais bien sur celui de l'obligation. Il faut de prime abord qu'un organe spécialisé exécute la mission de contrôle décrite plus haut dans les institutions que l'on peut qualifier de « sensibles »¹¹ visées à l'article L. 823-19 du Code de commerce.

9 - **B.** – On peut néanmoins s'interroger sur la portée réelle du texte nouveau en raison de l'existence, à l'article L. 823-20 du Code de commerce, d'« exemptions » à l'obligation de désignation d'un comité d'audit dans un certain nombre de cas dont un retiendra particulièrement l'attention. Le 4° de cet article dispose en effet que sont exemptées des obligations mentionnées à l'article L. 823-19 « les personnes et entités disposant d'un organe remplissant les fonctions du comité spécialisé (...), sous réserve d'identifier cet organe, qui peut être l'organe chargé de l'administration ou l'organe de surveillance »¹², et de rendre publique sa composition ».

10 - À la lecture de cette disposition, l'identification du conseil d'administration ou du conseil de surveillance comme organe remplissant des fonctions équivalentes à celles d'un « comité spécialisé » doit permettre à l'entité en cause de s'affranchir des contraintes liées à l'existence et à la composition d'un tel comité. Or, on peut se demander si cette possibilité offerte par l'ordonnance est bien conforme à la directive du 17 mai 2006. Il nous semble que le texte français pourrait constituer un amalgame infidèle de deux articles de la directive.

11 - Le premier est son article 41, 1, alinéa 2, qui permet aux États membres d'alléger les contraintes relatives à la composition du « comité spécialisé » en autorisant que l'organe d'administration ou de surveillance dans son ensemble exerce les fonctions attribuées au comité d'audit. De prime abord, l'article L. 823-20 du Code de commerce semble être la transposition de ce texte. En réalité, ce ne peut être le cas pour plusieurs raisons. En premier lieu, la liberté qu'il offre comporte deux limites qui ne figurent pas dans le texte issu de l'ordonnance. La première concerne le champ d'application de la faculté offerte par l'article 41, 1, alinéa 2, qui ne peut être mise en œuvre que dans « les entités d'intérêt public satisfaisant aux critères de l'article 2, paragraphe 1, point f), de la directive 2003/71/CE », c'est-à-dire pour l'essentiel les PME au sens de la directive¹³. La seconde limite résulte de ce que l'article 41, 1, alinéa 2, prévoit que lorsque le président de l'organe d'administration ou de surveillance « est un membre exécutif », il ne faut pas qu'il « soit le président du comité d'audit ». En second lieu, la logique de ce dernier texte, compte tenu de la restriction qui vient d'être évoquée, consiste à prévoir qu'un comité d'audit existe mais que sa composition se confond avec celle de l'organe d'administration ou de surveillance. Or, telle n'est pas la position adoptée par l'article L. 823-20, 4° du Code de commerce qui paraît plus radicalement permettre de ne pas désigner un tel comité spécialisé, ce qui n'est pas dans l'esprit de l'article 41, 1 alinéa 2 de la directive.

12 - L'article L. 823-20, 4° du Code de commerce semble dès lors davantage être la transposition de l'article 41, 5 de la directive. Ce texte dispose en effet que « les États membres peuvent permettre ou décider que les dispositions établies aux paragraphes 1 à 4 ne s'appliquent pas aux entités d'intérêt public qui disposent d'un organe remplissant des fonctions équivalentes à celle d'un comité d'audit, instauré et fonctionnant en vertu des dispositions en

8. JOUE n° L 52, 25 févr. 2005, p. 51. Le considérant 24 de la directive du 17 mai 2006 indique que « les États membres peuvent prendre en considération la recommandation de la Commission du 15 février 2005 concernant le rôle des administrateurs non exécutifs et des membres du conseil de surveillance des sociétés cotées et les comités du conseil d'administration ou de surveillance, qui énonce les modalités de constitution et de fonctionnement des comités d'audit ».

9. V. également C. com., art. R. 225-56.

10. Règl. n° 97-02, art. 4 : « Le comité d'audit est notamment chargé, sous la responsabilité de l'organe délibérant, de :
– vérifier la clarté des informations fournies et porter une appréciation sur la pertinence des méthodes comptables adoptées pour l'établissement des comptes individuels et, le cas échéant, consolidés ;
– porter une appréciation sur la qualité du contrôle interne, notamment la cohérence des systèmes de mesure, de surveillance et de maîtrise des risques, et proposer, en tant que de besoin, des actions complémentaires à ce titre ».

11. À rapprocher de l'article L. 823-19 du Code de commerce précité.
La directive du 17 mai 2006 fait référence à des « Entités d'intérêt public ».

12. Souligné par nous.

13. L'article 2, paragraphe 1, point f) de la directive 2003/71/CE vise : les « petites et moyennes entreprises » (PME) : les sociétés qui, d'après leurs derniers comptes annuels ou consolidés publiés, présentent au moins deux des trois caractéristiques suivantes : un nombre moyen de salariés inférieur à 250 personnes sur l'ensemble de l'exercice, un total du bilan ne dépassant pas 43 000 000 d'euros et un chiffre d'affaires net annuel ne dépassant pas 50 000 000 d'euros ». On ajoutera à ce titre que la Recommandation de la Commission européenne du 15 février 2005 précitée est également en faveur d'une subordination de cette exemption à une condition de taille. Son point 7, 2 recommande ainsi que « dans les sociétés où le conseil d'administration ou de surveillance est petit » les fonctions attribuées à certains comités puissent être exercées par l'organe d'administration ou de surveillance dans son ensemble « pour autant qu'il remplisse les exigences de composition préconisées pour les comités et que des informations adéquates soient fournies à ce sujet ». Il est alors affirmé que « les dispositions nationales relatives aux comités (notamment les dispositions relatives à leur rôle, à leur fonctionnement et à leur transparence) devraient s'appliquer, le cas échéant, au conseil d'administration ou de surveillance dans son ensemble ».

vigueur dans l'État membre où l'entité à contrôler est enregistrée. En pareil cas, l'entité indique quel est l'organe qui remplit ces fonctions et révèle sa composition ». On comprend qu'il s'agit ici plus globalement d'évincer l'exigence d'un comité d'audit remplissant des fonctions particulières lorsqu'il existe un « organe remplissant des fonctions équivalentes ». Il nous semble cependant que la filiation entre cet article 41, 5 de la directive et l'article L. 823-20, 4° du Code de commerce n'est pas aussi évidente. Elle supposerait, en effet, de considérer que l'organe chargé de l'administration ou l'organe de surveillance exerce une fonction équivalente à celle d'un comité d'audit¹⁴. Or, si cette position semble admissible s'agissant du conseil de surveillance, elle est plus discutable s'agissant du conseil d'administration. D'ailleurs, l'ANSA avait très justement souligné, avant l'adoption de l'ordonnance du 8 décembre 2008, qu'il « n'existe aucune disposition, ni légale ni réglementaire, ayant créé un organe équivalent dans notre pays » mais qu'« il semble cependant que le conseil de surveillance de droit français puisse être considéré comme « un organe remplissant des fonctions équivalentes »¹⁵. L'ANSA paraissait ainsi réserver l'usage de cette exemption aux sociétés de forme duale. En autorisant le conseil d'administration à remplacer le comité d'audit, l'ordonnance du 8 décembre 2008 pourrait dès lors être infidèle à cette directive.

13 - Quoi qu'il en soit, à la lecture des règles internes, la désignation d'un comité d'audit ne serait donc pas obligatoire, sous la réserve importante que l'organe remplissant les fonctions du comité spécialisé mentionné à l'article L. 823-19 soit identifié et que sa composition soit rendue publique. Rien n'interdit que l'organe (en l'espèce le conseil d'administration ou de surveillance) s'identifie lui-même comme remplissant ces fonctions, avec pour corolaire l'obligation d'exercer en formation plénière les tâches et fonctions dévolues au comité « restreint » que constitue le comité d'audit. Faut-il alors que l'organe désigné comprenne au moins un membre disposant de compétences spécifiques et indépendant ? Ce serait le cas si cet organe était le comité spécialisé. Or, telle ne nous semble pas être la position adoptée par l'article L. 823-20, 4° qui, se situant dans la lignée de l'article 41, 5 de la directive, paraît plus radicalement permettre de ne pas désigner un tel comité spécialisé.

14 - D'autres cas d'exemption sont plus spécifiques. Mentionnons ainsi celui prévu au 1° de l'article L. 823-20 du Code de commerce qui exempte des obligations énoncées à l'article L. 823-19, les « personnes et entités contrôlées au sens de l'article L. 233-16, lorsque la personne ou l'entité qui contrôle est elle-même soumise aux dispositions de l'article L. 823-19 ». Les cas d'exemption étant indépendants les uns des autres, celui visé au 1° est susceptible de bénéficier aux entités « cotées » ainsi qu'aux établissements de crédit, « cotés » ou non, faute d'une exclusion expresse¹⁶. Cette exemption a une portée plus large que celle visée au 4° puisqu'il n'est pas nécessaire en vertu de ce texte qu'un autre organe remplissant les fonctions du « comité spécialisé » soit identifié¹⁷.

15 - La consécration des comités d'audit est donc, on le voit, limitée par les exemptions qui l'accompagnent. Doit-on en conclure que les textes issus de l'ordonnance du 8 décembre 2008 sont inutiles ? La conclusion serait certainement hâtive. Les textes nouveaux devraient en effet permettre de s'assurer de l'effectivité de l'indépendance et de la valeur ajoutée des « comités spécialisés » lorsqu'ils sont désignés. Au-delà, la latitude laissée par les dispositions issues de l'ordonnance ne concerne que les modalités d'accomplissement de la mission visée à l'article L. 823-19 du Code de commerce et non l'obligation d'assurer ladite mission.

16 - Il demeure néanmoins que la portée de la consécration du comité d'audit comporte, on l'a vu, des incertitudes¹⁸. Il en va de même en ce qui concerne la responsabilité de ses membres.

2. La responsabilité des membres du comité d'audit

17 - Dès lors que l'ordonnance du 8 décembre 2008 impose au comité d'audit l'accomplissement d'une mission dans l'intérêt de la société et des tiers, se pose la question de la responsabilité encourue en cas de mauvaise exécution.

18 - Les recours pourraient émaner de la société elle-même, via le cas échéant une action *ut singuli* d'un associé¹⁹, voire de tiers, étant observé qu'à l'égard de ces derniers, la jurisprudence²⁰ conditionnant la responsabilité du dirigeant à l'existence d'une faute détachable devrait s'appliquer²¹.

19 - A. L'une des questions qui vient immédiatement à l'esprit consiste à s'interroger sur la ou les cibles de l'éventuelle action en responsabilité. Dans une première approche on pourrait hésiter entre l'organe chargé de l'administration ou de la surveillance et le comité d'audit.

20 - Il nous semble cependant que la question doit être posée différemment. En effet, ni le conseil d'administration, ni le conseil de surveillance, ni le comité d'audit ne sont dotés de la personnalité morale²². Ils ne peuvent donc engager leur responsabilité en tant qu'organe. En réalité, ce sont leurs membres qui sont susceptibles d'encourir une telle responsabilité et la question consiste à savoir s'ils ont commis une faute ayant causé un préjudice. Or, dès lors que la mission confiée au comité d'audit n'aura pas été correctement exécutée les membres de ce comité doivent être considérés comme fautifs. La victime du préjudice causé par cette faute pourrait par conséquent, selon une première approche, se tourner

18. Par ailleurs, force est de constater qu'il reste un important travail interprétatif à accomplir sur certaines notions-clé utilisées par les textes, à défaut duquel persisteront d'importantes divergences dans la pratique des comités.

19. V. toutefois sur l'absence d'action *ut singuli* à l'encontre des membres du conseil de surveillance en raison de l'absence de renvoi à l'article L. 225-252 par l'article L. 225-257, M. Germain et V. Magnier, *Les sociétés commerciales*, tome 1, Volume 2, LGDJ 2009, t. 1, vol. 2, 19^e éd., n° 1711.

20. V. not., Cass. com., 20 mai 2003 : *JurisData* n° 2003-019081 ; D. 2003, p. 2623, note B. Dondero ; JCP E 2003, 1203, n° 2, obs. J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker ; Rev. sociétés 2003, p. 479, note J.-F. Barbière.

21. Il a toutefois été relevé qu'« il faudrait imaginer d'improbables déviations pour voir dans les membres du comité de possibles dirigeants de fait, susceptibles de commettre des fautes détachables » : P. Le Cannu et B. Dondero, *chron. préc.*

22. V. Ph. Merle, *art. préc.*, à propos de la question de la responsabilité du conseil d'administration pour une faute commise par les membres du comité d'audit. (V. à propos d'une action en justice du conseil d'administration : Cass. com., 3 oct. 2006 : *JurisData* n° 2006-035332 ; Bull. civ. 2006, IV, n° 205 ; Bull. Joly Sociétés 2007, p. 33, note J.-F. Barbière ; Dr. et proc. 2007, p. 32, note D. Gibrila) qui énonce que « l'arrêt retient à bon droit que le conseil d'administration, s'il a qualité, aux termes des articles L. 225-233 du code de commerce et 188 du décret du 23 mars 1967, pour décider le relèvement des fonctions de commissaire aux comptes de la société, doit, en l'absence de personnalité morale, agir en justice par l'intermédiaire du représentant légal de la société et que l'irrégularité tenant à l'inexistence de la personne morale qui déclare agir en justice doit être retenue même en l'absence de grief et n'est pas susceptible d'être couverte ».

14. Le 24^e considérant de la directive du 17 mai 2006 paraît également en ce sens puisqu'il énonce que « les États membres peuvent prévoir que les fonctions assignées au comité d'audit ou à un organe assurant des tâches équivalentes peuvent être exercées par l'organe administratif ou de surveillance dans son ensemble ».

15. ANSA 2008 – II, avr. 2008 « Comités d'audit – Le droit et la pratique français sont conformes à la directive sur le contrôle légal des comptes ».

16. Cette analyse trouve sa confirmation dans les termes mêmes de la Directive : celle-ci regroupe sous l'appellation « entités d'intérêt public » aussi bien les établissements de crédit que les entités « cotées » et l'article 41.6 a) de la Directive sur les exemptions vise les « entités d'intérêt public qui sont des entreprises filiales ». V. en ce sens, ANSA, *Comité juridique*, 7 janv. 2009.

17. On notera cependant, s'agissant des établissements de crédit et des entreprises d'investissement soumis au Règlement n° 97-02 que ce dernier prévoit dans son article 4 qu'à défaut de comité d'audit, ses missions sont remplies par l'organe délibérant lui-même (sur le contenu de ses missions, V. *supra* note 7).

vers ceux-ci pris individuellement en cette qualité²³ en invoquant le cas échéant une faute collective²⁴.

21 - L'affirmation par l'article L. 823-19 du Code de commerce que le comité d'audit agit « sous la responsabilité exclusive et collective des membres, selon le cas, de l'organe chargé de l'administration ou de l'organe de surveillance » pourrait cependant militer pour une deuxième approche. La référence à une « responsabilité exclusive et collective » pourrait en effet conduire à penser que l'on est en présence d'une responsabilité pour autrui des membres de l'organe d'administration ou de surveillance sans responsabilité personnelle de l'auteur du dommage et, par conséquent, à une responsabilité objective semblable à celle qu'assume le commettant du fait de ses préposés. Les membres du comité d'audit ne seraient ainsi pas susceptibles d'engager leur responsabilité en cette qualité²⁵. Selon cette approche, les membres de l'organe d'administration ou de surveillance répondraient des fautes commises par les membres du comité d'audit. S'agissant d'une responsabilité collective, elle déboucherait sur une responsabilité *in solidum*²⁶, ouvrant en principe la voie aux actions récursoires entre membres de l'organe concerné. La question est alors de savoir si ces recours pourraient aboutir à ce que l'un des membres supporte *in fine* une part plus importante de la dette.

22 - Pour y répondre, il convient de se référer aux règles qui gouvernent la contribution à la dette entre coobligés *in solidum*. En ce domaine, on distingue généralement trois situations²⁷. Soit aucun des responsables (ici, les membres de l'organe chargé de l'administration ou de l'organe de surveillance) n'a commis personnellement de faute. Alors la charge de la responsabilité se répartit par parts viriles. Soit tous les responsables ont commis une faute. Dans ce cas, la charge se répartit en fonction de la gravité respective des fautes de chacun, suivant l'appréciation du juge²⁸. Soit, enfin, certains ont commis des fautes et d'autres non. En pareille hypothèse, ceux qui n'ont pas commis de faute échappent en principe à toute contribution, laquelle repose intégralement sur le fautif ou, le cas échéant, sur les fautifs dans les proportions de gravité précédemment évoquées.

23. La qualité de membre du conseil de surveillance ou d'administrateur est une condition d'accès au comité d'audit mais l'activité au sein de ce comité ne relève pas de cette fonction. Le régime de responsabilité applicable aux membres du comité d'audit pris en tant que tels devrait être alors le droit commun, et non celui prévu par les articles L. 225-251 et L. 255-257 du Code de commerce, s'agissant respectivement des administrateurs et des membres du conseil de surveillance. Comp. Ph. Merle, art. préc., qui considère que les règles relatives à la responsabilité des administrateurs « s'appliquent également aux membres du comité d'audit qui auraient commis une faute dans leur obligation de suivi ».

24. Sur cette notion V. not., G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité* : LGDJ 2006, n° 377.

25. Cela ne permettrait en tout état de cause pas aux membres du comité d'échapper à toute responsabilité puisqu'ils sont nécessairement membre de l'organe d'administration ou de surveillance.

26. La solidarité des administrateurs résulte également des dispositions de l'article L. 225-251 alinéa 1^{er} du Code de commerce. Sur l'intérêt de cette disposition, tenant aux effets secondaires de la solidarité, au regard de l'existence d'une responsabilité *in solidum* en cas de faute collective, V. A. Hontebeyrie, *Le fondement de l'obligation solidaire en droit privé français* : *Economica*, 2004, n° VII. S'agissant des membres du conseil de surveillance il a été souligné que « les membres du conseil de surveillance ne sont pas, en principe, tenus les uns pour les autres, puisque l'article L. 225-257 du Code de commerce parle de fautes personnelles (...) ». Toutefois, ce principe se concilie mal avec le caractère collégial du conseil de surveillance. Il serait donc souhaitable d'admettre une responsabilité *in solidum* en cas de faute commune » (Y. Cuyon et B. Le Bars, *Administration – responsabilité civile des administrateurs* : *JCl. Sociétés*, n° 126). V. égal., M. Germain et V. Magnier, *Les sociétés commerciales* : LGDJ 2009, t. 1, Vol. 2, 19^e éd. 2009, n° 1711 pour qui « l'absence de référence à l'article L. 225-251, et la formule maladroite de l'art. L. 225-257, al. 1, qui ne vise que les « fautes personnelles », n'empêchent pas, à notre avis, que les membres du conseil de surveillance peuvent être déclarés responsables solidairement en cas de faute commune ».

27. G. Viney et P. Jourdain, *op. cit.*, n° 421 et s.

28. Étant ajouté qu'une faute très légère peut parfois être « absorbée » par une faute très grave. L'auteur de cette faute très légère échappe alors à toute contribution : V. p. ex. Cass. 1^{re} civ., 13 janv. 2004 : *Bull. civ.* 2004, n° 16.

23 - La responsabilité objective des membres de l'organe chargé de l'administration ou de l'organe de surveillance devrait conduire à une répartition par parts viriles. On pourrait certes songer à faire reposer une répartition inégalitaire sur l'appartenance de certains de ces membres au comité d'audit qui, par hypothèse, a failli dans l'exercice de sa mission. Cependant, dès lors que l'on s'intéresse à la contribution à la dette au sein du conseil d'administration ou du conseil de surveillance la faute commise par un membre du comité d'audit n'a pas à être prise en compte²⁹. Seule une action récursoire des membres de l'organe chargé de l'administration ou de l'organe de surveillance contre ce dernier pourrait être envisagée. Mais, cette possibilité devrait être écartée dès lors que l'on donnerait la portée la plus grande aux termes « responsabilité exclusive et collective ».

24 - Cependant, on perçoit mal la raison qui conduirait à octroyer une telle immunité aux membres du comité d'audit. Ne faudrait-il pas dès lors comprendre que par la formule employée les auteurs de l'ordonnance ont entendu créer une responsabilité objective de l'organe d'administration ou de surveillance du fait du comité d'audit sans pour autant exclure la responsabilité de ce dernier ? Une telle lecture permettrait à la victime d'agir contre les membres du comité d'audit pris en cette qualité ou contre les membres de l'organe chargé de l'administration ou de la surveillance. Dans cette dernière hypothèse les seconds pourraient alors exercer un recours contre les premiers³⁰. Une telle interprétation supposerait toutefois de donner une portée réduite au terme « exclusive », voire d'en faire abstraction, ce qui paraît difficilement concevable.

25 - B. Il demeure cependant que la formule « responsabilité exclusive et collective » est susceptible de faire l'objet d'une toute autre interprétation. Les termes employés pourraient en effet uniquement signifier que le comité d'audit ne rapporte qu'à l'organe chargé de l'administration ou de la surveillance et que seul cet organe, dans son ensemble, assure un contrôle de l'exercice de sa mission. Il s'agirait ainsi d'une description de l'organisation des pouvoirs et non des conditions de mise en œuvre d'une éventuelle responsabilité qui relèverait du droit commun³¹. L'exercice défaillant par les administrateurs ou les membres du conseil de surveillance de leur mission serait ainsi susceptible, *in fine*, d'aboutir à leur responsabilité sans exclure celle des membres du comité d'audit pris en cette qualité³².

26 - L'ensemble des membres de l'organe chargé de l'administration ou de l'organe de surveillance seraient concernés. La référence à une responsabilité « collective » à l'article L. 823-19 laisse en effet entendre *a minima* qu'il n'est pas possible qu'un membre de cet organe soit plus spécifiquement chargé des relations avec le comité spécialisé. Au-delà, il semble bien, ici encore, que la faute résidant dans le défaut de contrôle du comité d'audit constituerait une faute collective. La référence à une responsabilité « collective » pourrait être interprétée en ce sens. Mais cette référence ne paraît même pas nécessaire puisque la faute ne serait pas l'œuvre d'un administrateur ou d'un membre du conseil de surveillance pris isolément mais du conseil d'administration ou de surveillance dans son ensemble sauf pour certains de ses membres à établir qu'ils n'y ont pas participé³³. Cette qualification de faute

29. En partant du postulat que le comité d'audit est un organe distinct du conseil d'administration ou du conseil de surveillance.

30. Avec la particularité que certains membres de l'organe chargé de l'administration ou de la surveillance auteurs du recours sont également membres du comité d'audit.

31. V. déjà en ce sens, Ph. Merle, art. préc., qui s'appuie sur l'article 41, § 2 de la directive du 17 mai 2006.

32. On retrouverait ainsi ici la « première approche » visée *supra* au II. A.

33. En effet, comme cela a été souligné, « la responsabilité *in solidum* pour faute collective suppose que chacun ait participé à la faute commune, ce qui n'est plus le cas si l'on ne peut rien reprocher à certains des membres du groupe, ou encore si la preuve de la participation à l'action fautive n'a pu être rapportée » (G. Viney et P. Jourdain, *op. cit.* n° 377). V. égal. P. Le Cannu et B. Dondero, *chron. préc.*, qui relèvent que « le ou les administrateurs opposants, voire absents, ne peuvent se voir condamner pour des faits qu'ils n'ont pas commis ».

collective conduit à ce que les administrateurs ou les membres du conseil de surveillance soient tenus *in solidum*. Cependant, ceux-ci pourraient, en invoquant la faute distincte des membres du comité d'audit, exercer une action contre ceux-ci pour leur faire supporter une part plus importante dans la dette.

27 - Il nous semble, pour finir, qu'il ne s'agit pas là de la seule faute pouvant être commise par les administrateurs ou les membres du conseil de surveillance en lien avec l'activité du comité d'audit³⁴. L'article L. 823-19 du Code de commerce dispose en effet que la mission de ce comité s'exerce « sans préjudice des compétences des organes chargés de l'administration, de la direc-

tion et de la surveillance ». Par conséquent, lorsqu'il y aura coïncidence des missions, ce qui sera particulièrement le cas s'agissant du conseil de surveillance, la responsabilité des membres d'un autre organe que le comité d'audit pourrait être engagée.

28 - En conclusion, on perçoit que, au-delà des divergences doctrinales possibles, le poids de la responsabilité pourrait peser davantage sur les membres du comité d'audit et plus particulièrement sur celui présentant « des compétences particulières en matière financière ou comptable » qui risque ainsi de supporter au final une part plus importante de la responsabilité.

29 - Cette fonction paraît donc être une fonction à risque qui pourrait, pour cette raison, ne pas être priseée...

Malgré la vigueur de l'article L. 823-19 du Code de commerce, on peut penser qu'il n'existe pas de raison sérieuse d'abandonner le principe de la responsabilité individuelle ».

34. On ajoutera qu'une responsabilité des administrateurs ou des membres du conseil de surveillance indépendamment de toute faute des membres du comité d'audit, en cette qualité, est envisageable. Tel pourrait être le cas dans l'hypothèse où ce comité aurait correctement accompli sa mission sans que l'organe

Mots-Clés : Comité d'audit - Constitution - Mission - Responsabilité des membres

auquel il devait rendre compte ne tienne compte, à tort, des résultats rapportés.

Annexe

Ord. n° 2008-1278, 8 déc. 2008 transposant la dir. 2006/43/CE du 17 mai 2006 et relative aux commissaires aux comptes : JO 9 déc. 2008, p. 18720

Art. 14. – Après l'article L. 823-18, sont insérés deux articles L. 823-19 et L. 823-20 ainsi rédigés :

« Art. L. 823-19.-Au sein des personnes et entités dont les titres sont admis à la négociation sur un marché réglementé, ainsi que dans les établissements de crédit mentionnés à l'article L. 511-1 du Code monétaire et financier, les entreprises d'assurances et de réassurances, les mutuelles régies par le livre II du Code de la mutualité et les institutions de prévoyance régies par le titre III du livre IX du code de la sécurité sociale, un comité spécialisé agissant sous la responsabilité exclusive et collective des membres, selon le cas, de l'organe chargé de l'administration ou de l'organe de surveillance assure le suivi des questions relatives à l'élaboration et au contrôle des informations comptables et financières.

« La composition de ce comité est fixée, selon le cas, par l'organe chargé de l'administration ou de la surveillance. Le comité ne peut comprendre que des membres de l'organe chargé de l'administration ou de la surveillance en fonctions dans la société, à l'exclusion de ceux exerçant des fonctions de direction. Un membre au moins du comité doit présenter des compétences particulières en matière financière ou comptable et être indépendant au regard de critères précisés et rendus publics par l'organe chargé de l'administration ou de la surveillance.

« Sans préjudice des compétences des organes chargés de l'administration, de la direction et de la surveillance, ce comité est notamment chargé d'assurer le suivi :

« a) Du processus d'élaboration de l'information financière ;
« b) De l'efficacité des systèmes de contrôle interne et de gestion des risques ;

« c) Du contrôle légal des comptes annuels et, le cas échéant, des comptes consolidés par les commissaires aux comptes ;

« d) De l'indépendance des commissaires aux comptes.

« Il émet une recommandation sur les commissaires aux comptes proposés à la désignation par l'assemblée générale ou l'organe exerçant une fonction analogue.

« Il rend compte régulièrement à l'organe collégial chargé de l'administration ou à l'organe de surveillance de l'exercice de ses missions et l'informe sans délai de toute difficulté rencontrée.

« Art. L. 823-20.-Sont exemptés des obligations mentionnées à l'article L. 823-19 :

« 1° Les personnes et entités contrôlées au sens de l'article L. 233-16, lorsque la personne ou l'entité qui les contrôle est elle-même soumise aux dispositions de l'article L. 823-19 ;

« 2° Les organismes de placement collectif mentionnés à l'article L. 214-1 du Code monétaire et financier ;

« 3° Les établissements de crédit dont les titres ne sont pas admis à la négociation sur un marché réglementé et qui n'ont émis, de manière continue ou répétée, que des titres obligataires, à condition que le montant total nominal de ces titres reste inférieur à 100 millions d'euros et qu'ils n'aient pas publié de prospectus ;

« 4° Les personnes et entités disposant d'un organe remplissant les fonctions du comité spécialisé mentionné à l'article L. 823-19, sous réserve d'identifier cet organe, qui peut être l'organe chargé de l'administration ou l'organe de surveillance, et de rendre publique sa composition. »

Art. 15. – Le Code des assurances est ainsi modifié :

1° Après l'article L. 322-2, il est rétabli un article L. 322-3 ainsi rédigé :

« Art. L. 322-3.-Outre les personnes et entités contrôlées au sens de l'article L. 233-16 du Code de commerce, sont exemptées des obligations mentionnées à l'article L. 823-19 du même code les personnes et entités liées à une entreprise mère au sens du 1° de l'article L. 334-2 lorsque l'entreprise mère est elle-même soumise à ces obligations. » ;

2° Après l'article L. 322-26-2-2, il est inséré un article L. 322-26-2-3 ainsi rédigé :

« Art. L. 322-26-2-3.-Par dérogation aux dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 823-19 du Code de commerce, le comité spécialisé mentionné à cet article peut comprendre deux membres au plus qui ne font pas partie du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, mais qui sont désignés par lui à raison de leurs compétences. »

Art. 16. – Après l'article L. 512-1 du Code monétaire et financier, il est inséré un article L. 512-1-1 ainsi rédigé :

« Art. L. 512-1-1. – Sont exemptées des obligations mentionnées à l'article L. 823-19 du Code de commerce :

« a) Les personnes et entités affiliées, au sens de l'article L. 512-92, à une caisse d'épargne et de prévoyance ;

« b) Les personnes et entités agréées collectivement avec une caisse régionale ou fédérale ou une fédération régionale au sens de l'article R. 511-3 ;

« c) Les personnes et entités agréées collectivement avec une banque mutualiste et coopérative au sens de l'article R. 515-1, dès lors qu'elles n'ont pas émis de valeurs mobilières admises à la négociation sur un marché réglementé. »

Art. 17. – Le Code de la mutualité est ainsi modifié :

1° Après l'article L. 114-17, il est inséré un article L. 114-17-1 ainsi rédigé :

« Art. L. 114-17-1. – Par dérogation aux dispositions de l'article L. 823-19 du Code de commerce, le comité spécialisé dont sont dotées les mutuelles régies par le livre II du présent code peut comprendre deux membres au plus qui ne font pas partie du conseil d'administration mais qui sont désignés par lui à raison de leurs compétences. » ;

2° Après l'article L. 212-3, il est inséré un article L. 212-3-1 ainsi rédigé :

« Art. L. 212-3-1. – Outre les personnes et entités contrôlées au sens de l'article L. 233-16 du Code de commerce, sont exemptées des obligations mentionnées à l'article L. 823-19 du même code les personnes et entités liées à un organisme de référence au sens du 1° de l'article L. 212-7-1 lorsque l'organisme de référence est lui-même soumis à ces obligations. »

Art. 18. – Le Code de la sécurité sociale est ainsi modifié :

1° Après l'article L. 931-13-1, il est rétabli un article L. 931-14 ainsi rédigé :

« Art. L. 931-14. – Par dérogation aux dispositions de l'article L. 823-19 du Code de commerce, le comité spécialisé mentionné à cet article peut comprendre deux membres au plus qui ne font pas partie du conseil d'administration mais qui sont désignés par lui à raison de leurs compétences. » ;

2° Après l'article L. 931-14 est inséré un article L. 931-14-1 ainsi rédigé :

« Art. L. 931-14-1. – Outre les personnes et entités contrôlées au sens de l'article L. 233-16 du Code de commerce, sont exemptées des obligations mentionnées à l'article L. 823-19 du même code les personnes et entités liées à un organisme de référence au sens du 1° de l'article L. 933-2 lorsque l'organisme de référence est lui-même soumis à ces obligations. »