

Le 7 juillet 2009

*Avis rendu par le Haut Conseil du Commissariat aux Comptes
en application de l'article R.821-6 du code de commerce
relatif à l'exercice d'une activité commerciale*

Introduction

Le Haut Conseil a été saisi, sur le fondement de l'article R.821-6 du code de commerce, par le Président de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes des questions qui suivent.

Un commissaire aux comptes peut-il exercer, dans une société dont il n'est pas le commissaire aux comptes,

- des fonctions de président directeur général d'une société anonyme,
- ou de gérant d'une SARL dans laquelle il est associé ?

Convient-il de distinguer selon que la société, bien que de forme commerciale, exerce une activité civile ou commerciale ?

Doit-on considérer qu'un commissaire aux comptes peut être dirigeant d'une société commerciale exerçant une activité civile d'expertise financière mais ne peut pas diriger une société commerciale exerçant une activité d'hôtellerie ?

Le Haut Conseil a par ailleurs été saisi, sur le fondement de l'article R.821-1 du code de commerce, de la question de la compatibilité des fonctions de commissaire aux comptes avec une activité de « *conseiller en investissements financiers* », profession dont le statut est réglementé par les articles L.541-1 et suivants du code monétaire et financier.

Il a rendu l'avis qui suit.

Avis du Haut Conseil

I – Notion d'activité commerciale

Selon l'article L.822-10 du code de commerce « *les fonctions de commissaire aux comptes sont incompatibles (...) – avec toute activité commerciale, qu'elle soit exercée directement ou par personne interposée* ».

Le Haut Conseil relève que l'article L.822-10 3° du code de commerce ne comporte pas de définition de la notion « *d'activité commerciale* ».

Cette notion doit être appréciée par référence au droit commun. Le code de commerce donne, dans son article L.121-1, une définition du commerçant : « *Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle* ». Il énumère aux articles L.110-1 et L.110-2 les actes que la loi répute actes de commerce.

Le Haut Conseil estime que chaque situation doit être examinée au cas par cas, par référence à ces dispositions, en fonction de la nature des activités, de leur caractère habituel ou non, et du niveau d'implication directe ou indirecte du commissaire aux comptes.

Le Haut Conseil relève que la forme commerciale d'une société n'implique pas automatiquement l'exercice, par cette dernière, d'une activité commerciale. La nature des actes effectivement réalisés par la société doit être analysée pour déterminer le caractère commercial ou non de son activité. Le caractère habituel ou non doit également être pris en compte.

Le fait d'être associé, dirigeant ou mandataire social d'une société, même si elle exerce une activité commerciale, n'est pas en soi incompatible avec les fonctions de commissaire aux comptes. De telles attributions n'emportent pas nécessairement, selon le Haut Conseil, une implication dans l'activité commerciale de l'entité. Le niveau d'implication du commissaire aux comptes dans l'activité devra être analysé pour déterminer s'il est compatible avec ses fonctions.

Par ailleurs, il conviendra de rechercher si le commissaire aux comptes n'est pas impliqué dans l'activité commerciale par personne interposée, conformément à l'article L.822-10 du code de commerce.

II – Compatibilité entre les fonctions de commissaire aux comptes et l'exercice d'une activité de conseiller en investissements financiers

Selon l'article L. 541-1 du code monétaire et financier, « I - Les conseillers en investissements financiers sont les personnes exerçant à titre de profession habituelle les activités suivantes :

1° Le conseil en investissement mentionné au 5 de l'article L. 321-1 ;

2° Le conseil portant sur la réalisation d'opérations de banque mentionnées à l'article L. 311-1 ;

3° Le conseil portant sur la fourniture de services d'investissement mentionnés à l'article L.321-1 ;

4° Le conseil portant sur la réalisation d'opérations sur biens divers définis à l'article L. 550-1.

II- Les conseillers en investissements financiers peuvent également fournir le service de réception et de transmission d'ordres pour le compte de tiers, dans les conditions et limites fixées par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers et exercer d'autres activités de conseil en gestion de patrimoine. »

Le Haut Conseil considère que les activités mentionnées au I de cet article ne constituent pas des activités commerciales, dès lors qu'elles relèvent de prestations purement intellectuelles, qu'elles ne comportent pas d'intermédiation et n'impliquent pas une immixtion dans les activités des entités conseillées.

Toutefois, si le commissaire aux comptes était amené à réaliser d'autres activités, en tant que conseiller en investissements financiers, il conviendrait de rechercher la nature de ces activités. Seraient de nature commerciale, notamment, des opérations d'agent d'affaires ou d'intermédiaire en placements financiers, des opérations de change, de banque, ou de courtage, ayant un caractère habituel. De telles activités seraient dès lors incompatibles avec les fonctions de commissaire aux comptes.

Christine THIN

Présidente