

# ARTICLE

## GOVERNANCE ET FORME JURIDIQUE DES ÉTABLISSEMENTS DE CRÉDIT, ENTREPRISES D'INVESTISSEMENT ET SOCIÉTÉS DE FINANCEMENT : PRÉCISIONS IMPORTANTES

Corporate - M&A | 31/01/14 | Valéry Denoix de Saint Marc

L'Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution (« ACPR ») a publié le 29 janvier 2014 trois positions portant sur la gouvernance et la forme juridique des établissements de crédit, des entreprises d'investissement et des sociétés de financement. Ces positions concernent :

- La dissociation des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général (Position 2014-P-02) ;
- Le cumul des fonctions de président du conseil d'administration et de « dirigeant responsable » (Position 2014-P-03) ;
- Les conditions dans lesquelles la forme juridique de société par actions simplifiée peut être adoptée par les établissements de crédit, les entreprises d'investissement et les sociétés de financement (Position 2014-P-04).

La publication de ces positions répond à une nécessité résultant de l'entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2014 de la directive 2013/36/UE du 6 juin 2013, dite « **CRD IV** »[1], concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (la « **Directive** ») et qui doit prochainement être transposée dans le droit positif français par ordonnance[2].

Si cette Directive a pour principal objectif de déterminer les nouvelles exigences prudentielles relatives aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement, notamment en matière de fonds propres réglementaires, de liquidités, de ratio de levier..., il est important de rappeler qu'elle comporte aussi des éléments nouveaux relatifs au renforcement de la gouvernance de ces établissements.

Le considérant (53) du préambule de la Directive justifie ces éléments nouveaux par le constat sans retenue des « lacunes de la gouvernance d'entreprise dans un certain nombre d'établissements [ayant] conduit à des prises de risques excessives et imprudentes dans le secteur bancaire, ce qui a entraîné la défaillance de certains établissements et des problèmes systémiques dans les Etats membres et dans le monde ». Le texte regrette « le caractère non contraignant » des codes de conduite et « l'absence de véritable équilibre des pouvoirs au sein des établissements ». En conséquence, la Directive requiert des Etats membres qu'ils introduisent « des principes et des normes visant à assurer une supervision efficace par l'organe de direction, à promouvoir une saine culture du risque à tous les niveaux de ces établissements, et à permettre aux autorités compétentes de suivre l'adéquation des dispositifs de gouvernance internes ».

C'est dans ce contexte que l'ACPR publie les trois positions précitées.

### I. La dissociation des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général


L'article 88 1)e. de la Directive dispose que « le président de l'organe de direction dans sa fonction de surveillance d'un établissement ne peut pas exercer simultanément la fonction de directeur général dans le même établissement, sauf lorsqu'une telle situation est justifiée par l'établissement et approuvée par l'autorité compétente ».

Prenant acte de cette disposition, la position 2014-P-02 de l'ACPR pose le principe selon lequel le cumul des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général n'est plus possible pour les établissements de crédit, les entreprises d'investissement autres que les sociétés de gestion de portefeuille et les sociétés de financement (les « **Etablissements Assujettis** »).

Conformément au considérant (54) de la Directive qui précise que les principes et normes en matière de gouvernance doivent s'appliquer en tenant compte de la nature, de l'échelle et de la complexité des établissements, il est cependant possible pour les Etablissements Assujettis de demander à bénéficier d'un régime dérogatoire auprès de l'ACPR.

Le régulateur accèdera ou non à leur demande sur la base des critères suivants :

- La nature et la variété des activités exercées ;
- La taille du bilan et du hors-bilan ;
- La présence à l'international ;
- Le nombre, la qualité et la nature de l'actionariat.
- 
- **II. L'incompatibilité des fonctions de président du conseil d'administration et de « dirigeant responsable »**



Aux termes des articles 88.1).e., 13.1). et 3.7) de la Directive, les dirigeants responsables (*i.e.* les « *personnes dirigeant effectivement les activités de l'établissement* ») sont ceux qui définissent la « *stratégie, les objectifs et la direction globale de l'établissement* ».

Le président « dissocié » du conseil d'administration – sur le fondement de la Position 2014-P-02 – ne dispose donc pas des pouvoirs nécessaires pour être désigné dirigeant responsable, dans la mesure où il ne détient pas ce pouvoir de direction globale de l'établissement[3].

Afin d'apprécier l'importance de cette Position, il convient de garder à l'esprit qu'antérieurement à un communiqué du 16 juillet 2008 du CECEI[4], le président dissocié du conseil d'administration était à l'inverse nécessairement considéré comme dirigeant responsable par le régulateur.[5]

La Position 2014-P-03 précise que le président du conseil d'administration exerce néanmoins une fonction essentielle en ce qu'il préside « *l'organe de direction dans sa fonction de surveillance* », *i.e.* dans son rôle consistant à assurer la supervision et le suivi des décisions en matière de gestion.

Ce rôle non exécutif « *devrait consister à critiquer de manière constructive la stratégie de l'établissement et contribuer ainsi à son élaboration, à contrôler l'action de la direction dans la réalisation des objectifs convenus, à vérifier l'exactitude de l'information financière et s'assurer que les contrôles financiers et les systèmes de gestion des risques sont solides et justifiables, à contrôler la conception et la politique de mise en œuvre de la politique de rémunération de l'établissement et à émettre des avis objectifs sur les ressources, les nominations et les règles de conduite* »[6].

### **III. Le recours à la forme juridique de société par actions simplifiée par les établissements de crédit et les entreprises d'investissements**

Dans une troisième position 2014-P-04, l'ACPR tire les conséquences des principes précités en ce qui concerne les établissements de crédit et les entreprises d'investissement qui opteraient pour la forme juridique de société par actions simplifiée.

En effet, les dispositions de la Directive exposées plus haut exigent, d'une part, que les fonctions exécutives et les fonctions de surveillance d'un organe de direction soient séparées et exercées en principe par des personnes différentes et, d'autre part, que le président de l'organe de direction dans sa fonction de surveillance ne puisse exercer simultanément la fonction de directeur général dans le même établissement, sauf lorsqu'une telle situation est justifiée par l'établissement et approuvée par les autorités compétentes.

Outre le rappel selon lequel la forme juridique de société par actions simplifiée et l'offre au public de titres financiers sont incompatibles, la Position 2014-P-04 pose les principes suivants[7] :

- la compatibilité de la forme de SAS d'un établissement de crédit ou d'une entreprise d'investissement est examinée *in concreto* par l'ACPR ;
- toute modification statutaire significative d'un SAS est soumise à l'appréciation de l'ACPR ;
- les SAS doivent prévoir dans leurs statuts l'existence d'un organisme collégial[8] d'au moins trois membres ;
- afin de permettre l'exercice de sa fonction de surveillance par l'organisme collégial statutaire, le président de cet organe, dans sa fonction de surveillance, ne peut être ni le président de la SAS, ni le directeur général ni un directeur général délégué.

Il appartient en conséquence aux établissements de crédit, entreprises d'investissements et sociétés de financement assujettis de vérifier la conformité de leur gouvernance aux principes dégagés par ces trois positions publiées simultanément par l'Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution.

Valéry Denoix de Saint Marc, Associé


David Malamed, Associé

Cédric Leroyer, Avocat

---

[1] « CRD » pour *Capital Requirements Directive*

[2] Article 11 de la Loi n°2014-1 du 2 janvier 2014 habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises.



[3] En effet, aux termes de l'article L.225-51 du Code de commerce, le président du conseil d'administration « *représente le conseil* » et « *organise et dirige les travaux de celui-ci, dont il rend compte à l'assemblée générale* ». Il « *veille au bon fonctionnement de la société* » mais ne dispose pas de pouvoir de représentation ni n'assume la direction générale de la société.

[4] Comité des Etablissement de Crédit et des Entreprise d'Investissement, responsable des agréments desdits établissements avant la création de l'ACPR.

[5] Depuis ledit communiqué, le CECEI considérait que tout PCA dissocié n'était pas nécessairement dirigeant responsable mais que la situation de chaque PCA dissocié devait être examinée à l'aune des réalités des pouvoirs qu'il exerce.

[6] Considérant (57) de la directive 2013/36/UE

[7] Les trois premiers principes exposés étaient cependant déjà contenus dans un communiqué du CECEI du 19 septembre 2005 auquel la présente position se substitue.

[8] Au sens de l'article 4.b) du règlement 97-02 du Comité de la réglementation bancaire et financière, i.e. l'organisme collégial ayant notamment la charge de surveiller, pour le compte des apporteurs de capitaux, la gestion et la situation de l'entreprise.

---