

LA LETTRE DU DIRIGEANT

Lundi 14 décembre 2009

AU SOMMAIRE

● **Le contrôle interne et la maîtrise des risques au sein des sociétés cotées en 2008** : des dispositifs désormais structurés pour répondre à de nouvelles obligations p2

● **Droit pénal et procédure pénale** : faire le point au milieu d'incessantes réformes p6

● **Comment liquider sa retraite** tout en conservant la fonction de dirigeant social de la société et le bénéfice de l'exonération de l'ISF au titre de l'outil professionnel ? p8

● **La crise accroît le risque de fraude en entreprise**
Résultats de la 5^e étude mondiale sur «la fraude en entreprise» de PricewaterhouseCoopers p12

LANDWELL & ASSOCIÉS
Cabinet d'avocats correspondant de PRICEWATERHOUSECOOPERS

Supplément du numéro 1056/1057
du 14 décembre 2009

EDITORIAL

Administrateurs : de quelle information avez-vous besoin en matière de gouvernance, contrôle interne et gestion des risques ?
Au-delà du droit à l'information, comment remplir le devoir d'information... ?

Aux termes de l'article L.225-35 du Code de commerce, «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». Il s'agit là du droit individuel à l'information. Toutefois, si l'administrateur dispose d'un tel droit, il pèse sur lui un véritable devoir d'information qui va lui permettre non seulement d'exercer pleinement sa mission, mais également d'améliorer sa vigilance. Il s'agit d'un véritable travail de collecte et d'exploitation, car l'information reçue ou obtenue se doit d'être pertinente, fiable et exploitable avec des sources diversifiées (cf. Recommandations AFEP/Medef et de l'IFA). Or, aux termes du même article, le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre... et se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société et règle par ses délibérations les affaires qui la concernent. La mission de l'administrateur est donc des plus vastes. L'évolution du rôle et des responsabilités du conseil d'administration sous l'impulsion du législateur et de la «soft law» (code de gouvernement d'entreprise APEP-Medef, recommandations de l'AMF et de l'IFA...) le confirme si besoin était. Les sujets qui concernent les administrateurs sont fort nombreux et de plus en plus complexes.

Rappelons que le législateur a souhaité, pour les sociétés cotées, que le président du conseil rende compte en matière de gouvernance, de contrôle interne et de gestion des risques aux termes d'un rapport spécifique, approuvé par le conseil d'administration ou de surveillance et rendu public. S'agissant de la gouvernance, outre les informations données sur la composition, les conditions de préparation et d'organisation des travaux du conseil, des explications sont désormais demandées sur le Code de gouvernement d'entreprise que la société entend appliquer et sur les raisons pour lesquelles certaines dispositions seraient écartées le cas échéant. Le sujet sensible et complexe de la rémunération des dirigeants en fait partie. C'est l'apparition du concept «Comply or Explain» qui résulte de la loi du 3 juillet 2008 (transposition de la directive du Parlement européen et du conseil du 14 juin 2006)¹. En ce qui concerne le contrôle interne et la gestion des risques, l'ordonnance du 8 décembre 2008 transposant la 8^e directive précise que le conseil, au travers du comité d'audit, est responsable du suivi de l'efficacité des systèmes de contrôle interne et de gestion des risques. Cela confirme que l'administrateur joue un véritable rôle dans la maîtrise des risques.² Outre la question de la signification des termes «suivi de l'efficacité des systèmes de contrôle et de gestion des risques»³, il convient de mieux définir la répartition des rôles et responsabilités en la matière au sein de l'entreprise. Il est certain que toutes ces évolutions vont amener, si ce n'était déjà fait, les conseils d'administration et leurs comités spécialisés à travailler plus étroitement et de manière plus formalisée avec certaines fonctions de l'entreprise (audit interne, directions financières, juridique, RH...). ■

Par Sylvie Le Damany, avocat, associé du cabinet Landwell et Associés, correspondant du réseau PricewaterhouseCoopers, responsable du département litiges/pénal des affaires et de l'activité gouvernance et gestion des risques

(1) Cf. Rapport annuel sur le code AFEP-Medef du 18 novembre 2009.

(2) Cf. Guide pratique IFA/AMRAE/PWC/Landwell sur le rôle de l'administrateur dans la maîtrise des risques.

(3) L'AMF a constitué sur le sujet un groupe de travail en septembre 2009 (rapport attendu avant l'été 2010).

Le contrôle interne et la maîtrise des risques au sein des sociétés cotées en 2008 : des dispositifs désormais structurés pour répondre à de nouvelles obligations



Par **Jean-Pierre Hottin**, associé de PricewaterhouseCoopers, activité «Maîtrise des risques, contrôle interne et audit interne»,



Jean-Marc Truchi, associé de PricewaterhouseCoopers, activité «Maîtrise des risques, contrôle interne et audit interne»

Présentation de l'édition 2009 de l'enquête annuelle de PricewaterhouseCoopers et Landwell & Associés sur les rapports du président du conseil relatifs aux dispositifs de contrôle et de gestion des risques¹.

Les principaux enseignements de l'édition 2009 de l'enquête annuelle PwC

L'analyse des rapports des présidents sur le contrôle interne et la gestion des risques publiés par les principales sociétés françaises au titre de l'exercice 2008 permet d'apprécier le niveau de maturité des dispositifs actuellement en place, ainsi que les défis que les sociétés auront à relever dans les prochains mois.

Les principales sociétés françaises ont aujourd'hui franchi un palier en matière de contrôle interne et de gestion des risques

Force est de constater que, à fin 2008, les principales sociétés françaises disposent de procédés structurés en matière de contrôle interne et d'identification des risques. Leur enjeu ne semble plus aujourd'hui porter sur l'appropriation du cadre réglementaire ou des bonnes pratiques.

En matière de contrôle interne, tout d'abord, on constate en effet que :

- le cadre de référence de l'AMF ou le COSO report sont appliqués par 88 % des entreprises,
- 94 % des entreprises disposent d'une charte d'éthique ou de déontologie, 85 % de manuels de procédures comptables, 76 % de manuels de procédures internes, 70 % de manuels de contrôle interne.

Autant d'outils dont elles doivent cependant dé-

sormais assurer le déploiement et la mise en œuvre effective à tous les niveaux de leur organisation.

De même, en matière de gestion des risques, on constate que l'ensemble des sociétés procède à un inventaire des risques, et que 73 % d'entre elles élaborent une cartographie des risques. Ainsi, au-delà de l'existence même de la cartographie, les entreprises doivent désormais s'assurer de sa mise à jour régulière et de son utilisation effective dans les processus de management.

Un enjeu pour fin 2009 : comment répondre aux nouvelles obligations imposées aux comités d'audit ?

L'ordonnance de décembre 2008 impose désormais aux comités d'audit des sociétés cotées de suivre l'efficacité des systèmes de contrôle interne et de gestion des risques. Le débat est actuellement ouvert afin de préciser si leur rôle ne porte que sur l'information financière ou si au contraire ils vont devoir suivre l'efficacité des systèmes en place couvrant d'une part l'élaboration de l'information financière et d'autre part les autres natures de risques.

Au-delà de ce débat, on constate que les rap-

ports des présidents des principales sociétés portent quant à eux de plus en plus sur l'ensemble des objectifs de contrôle interne (finance, opérations, conformité) et couvrent un nombre croissant de procédures de gestion des risques des sociétés, dépassant largement le seul cadre de l'information financière. Ainsi, les risques opérationnels, juridiques, environnementaux, industriels, informatiques, et financiers sont couverts dans plus de 75 % des cas.

couvrant à la fois les risques majeurs de l'entreprise et les principales composantes de son organisation sont utiles afin de s'assurer de leur bon fonctionnement opérationnel et du correct dimensionnement des moyens dédiés à la gestion des risques de l'entreprise.

Horizon 2010 et au-delà : les tendances identifiées en matière de contrôle interne et de gestion des risques

Au-delà de la mise en œuvre opérationnelle des dispositifs de contrôle interne déjà conçus et de l'exploitation des résultats des démarches de cartographie des risques, il apparaît que les futurs enjeux des sociétés sont les suivants :

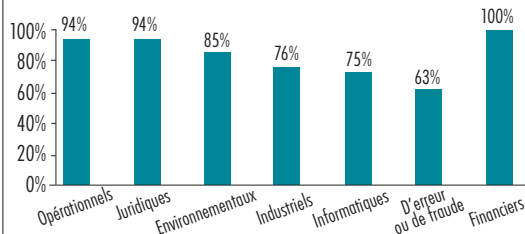
– coupler le pilotage des risques au pilotage de la performance

Aujourd'hui, 54 % des sociétés déclarent que le pilotage de la maîtrise des risques est confié à la direction générale et 42 % au comité d'audit. A l'avenir, et quel que soit l'organe en charge du pilotage des risques, les sociétés devront se prononcer sur l'utilité de prendre en compte leur analyse des risques lors des revues de performance conduites par leurs directions opérationnelles ou lors de l'élaboration de leur plan stratégique. Une bonne pratique en la matière consiste à intégrer la maîtrise des risques et les dispositifs de contrôle interne aux modes de fonctionnement de l'entreprise afin d'assurer la pertinence des risques identifiés et la cohérence des dispositifs de maîtrise associés.



et **Sylvie Le Damany**, avocat, associé du cabinet Landwell, membre du réseau PwC, responsable du département litiges et pénal des affaires et de l'activité «gestion des risques juridiques et judiciaires» sylvie.le.damany@fr.landwellglobal.com

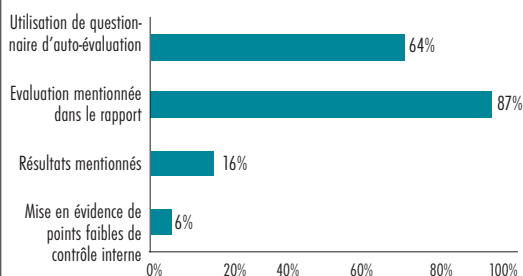
Typologie des risques couverts



Plusieurs réponses possibles

Les sociétés s'interrogent désormais sur la façon dont elles vont permettre à leur comité d'audit d'assumer leurs nouvelles obligations. Certaines tendances se dessinent dès à présent. On constate en effet qu'aujourd'hui 94 % des entreprises disposent d'un département d'audit interne, que 87 % d'entre elles précisent procéder à l'évaluation de leur dispositif de contrôle interne et que 64 % utilisent des questionnaires d'autoévaluation.

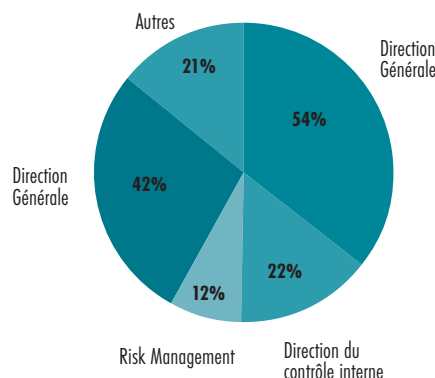
Evaluation du contrôle interne



Plusieurs réponses possibles

En effet, la revue critique de la pertinence des dispositifs mis en œuvre, tout comme l'évaluation régulière des dispositifs de maîtrise des risques,

Pilotage du contrôle interne



Plusieurs réponses possibles

– rationaliser les dispositifs de contrôle interne et de maîtrise des risques

La mise en cohérence des dispositifs déjà développés en matière de gestion des risques, contrôle interne et audit interne, mais également avec des domaines comme la qualité, la conformité ou encore la prévention de la fraude ou de la corruption, représente l'un des enjeux essentiels pour les sociétés. Seules quelques-unes d'entre elles ont aujourd'hui initié des démarches de rationalisation leur permettant notamment d'identifier les dispositifs surdimensionnés ou inefficaces, d'optimiser la manière dont elles gèrent leurs risques et de réduire les coûts des dispositifs de contrôle interne, notamment.

– disposer d'un suivi régulier des risques

Deux tendances se dessinent par rapport aux enquêtes réalisées par PwC au cours des années précédentes :

- les sociétés commencent à mettre en place des tableaux de bord leur permettant de faire un suivi régulier de l'évolution de leurs risques majeurs. Elles sont en effet 30 % à en faire mention dans le rapport du président ;

- certaines sociétés mettent en place un comité dédié au suivi des risques. Ce comité rassemble tous les acteurs de la maîtrise des risques et favorise leur collaboration.

La direction générale est ainsi assurée de l'exhaustivité du périmètre d'analyse et de la cohérence des risques majeurs qu'elle suit au regard des enjeux de la société. Elle évite une gestion des risques en silo et améliore la cohérence «risque et dispositif de maîtrise».

Quel regard critique porter sur les dispositifs déployés par les entreprises en matière de gestion des risques, contrôle interne et audit interne ?

L'analyse des rapports des présidents fait apparaître que la plupart des entreprises cotées ont développé des dispositifs de maîtrise des risques. Toutefois, une enquête

Pertinence et la cohérence entre eux des dispositifs

menée auprès de directeurs financiers a mis en évidence que ces derniers perçoivent parfois difficilement la valeur ajoutée de ces dispositifs, qui devraient mieux adresser les enjeux réels de l'entreprise, s'intégrer dans les dispositifs de gestion et anticiper les risques émergents.

Les dispositifs se sont souvent développés indépendamment les uns des autres pour répondre à l'évolution des exigences des parties prenantes et de la réglementation. De fait, il est parfois difficile d'appréhender la cohérence globale. Par exemple, la plupart des départements d'audit interne déclarent se baser sur la cartographie des risques pour établir le plan d'audit, mais la démonstration du lien n'est pas toujours évidente. De même, il est très souvent difficile de faire le lien entre les risques identifiés dans la cartographie des risques et ceux couverts dans les questionnaires d'autoévaluation utilisés par un grand nombre d'entreprises. Autre point d'attention, les dispositifs sont-ils déployés de manière pertinente par rapport aux spécificités de l'entreprise ? Par exemple, un questionnaire d'autoévaluation unique est-il la meilleure approche dans des groupes ayant des branches d'activité hétérogènes ? L'exercice de cartographie des risques détaillé doit-il être mené à la même périodicité dans toutes les entités ?

«Mieux adresser les enjeux réels de l'entreprise, s'intégrer dans les dispositifs de gestion et anticiper les risques émergents.»

(1) L'enquête 2009 de PricewaterhouseCoopers porte sur les rapports des présidents publiés au titre de l'exercice 2008 par toutes les sociétés du CAC 40 ainsi que par 30 sociétés significatives cotées à Paris, ainsi que sur les mises à jour éventuelles de leurs informations relatives à leurs facteurs de risques publiées au titre du premier semestre 2009.

enjeux réels de l'entreprise, s'intégrer dans les dispositifs de gestion et anticiper les risques émergents.

Nous pensons que trois enjeux sont essentiels pour adresser ces points : la pertinence et la cohérence entre eux des dispositifs risques, contrôle interne et audit interne, la convergence et la correcte intégration avec d'autres démarches comme la qualité, et la pérennisation de ces dispositifs dans le souci de délivrer une réelle valeur ajoutée.

L'équipe d'audit interne dispose-t-elle des compétences et connaissance des contextes locaux pour intervenir là où il le faut ? Se poser ces questions permet d'identifier des leviers pour renforcer la maîtrise des risques tout en améliorant l'efficacité des dispositifs déployés.

Convergence et intégration avec les autres démarches

Les dispositifs se sont également développés aux côtés d'autres démarches contribuant globalement au contrôle. Citons par exemple les démarches éthiques initiées par des directions juridiques ou bien les démarches de certification qualité. Les contextes locaux ou spécifiques à un métier peuvent également faire peser sur les entités opérationnelles des démarches de conformité qui se chevauchent avec les démarches initiées par le groupe. Par exemple, les réglementations anti-corruption dans certains pays, ou bien les réglementations spécifiques au secteur financier. In fine, il est essentiel de donner les moyens aux acteurs opérationnels dans les entités de dégager des synergies entre ces démarches. En premier lieu, ces synergies sont bien évidemment à identifier du point de vue du siège, en assurant la coordination des différentes directions fonctionnelles. Toutefois, un travail pratique avec les entités opérationnelles, qui permet de comprendre réellement ce qui fait le quotidien face à la multiplicité des démarches et de dégager des recommandations et bonnes pratiques réellement opérationnelles, est incontournable. Au-delà des gains d'efficacité évidents pour l'entreprise, c'est un gage de pérennisation des démarches mise en œuvre.

Pérennisation des dispositifs

Dans ce domaine, il nous semble important que les entreprises se préoccupent de trois aspects essentiels. Tout d'abord, il faut considérer l'articulation de la gestion des risques avec le pilotage de l'entreprise, notamment pour gagner en pertinence

et dans l'identification et le suivi des risques. Ainsi, des entreprises mettent en place des processus qui permettent par exemple de lier la réflexion sur les risques avec le processus budgétaire, et leur suivi avec les revues de performance périodiques. Chaque entreprise doit identifier quels sont les processus, comités, points de rencontre, les plus adaptés pour gérer au mieux cette articulation avec les acteurs en charge de la maîtrise des risques, c'est-à-dire essentiellement les responsables d'entités opérationnelles. Ce sont ces points de rencontre qui permettront de vraiment responsabiliser les acteurs opérationnels sur la qualité de l'information remontée et donc de conforter la direction générale sur le degré de maîtrise de ses risques.

En second lieu, il faut être capable d'anticiper les évolutions de l'entreprise pour adapter les dispositifs de contrôle interne, notamment par une meilleure implication des équipes contrôle interne dans les projets de changement (nouvel-

« Identifier des leviers qui permettront de gagner en pertinence et en efficacité. »

les organisations, nouveaux systèmes d'information, acquisitions, nouveaux métiers,..). Par exemple, associer les équipes contrôle interne aux équipes en charge des projets de transformation peut

s'avérer utile lorsque les entreprises sont en mutation profonde.

En dernier lieu, il ne faut pas oublier le facteur humain. Les études que nous avons menées ont montré que l'essentiel des causes de défaillance de systèmes de contrôle étaient liées à la mise en œuvre au jour le jour de ces dispositifs, à leur surveillance et au pilotage. Cela démontre également que l'importance accordée au contrôle par le management opérationnel, et donc par ses équipes, est essentielle. Il est important qu'à chaque niveau de l'organisation, la culture du contrôle soit développée.

A n'en pas douter, tous ces enjeux nécessitent de poser un regard attentif sur ce qui a été développé et sur les résultats obtenus, pour identifier des leviers qui permettront de gagner en pertinence et en efficacité. ■

Droit pénal et procédure pénale : faire le point au milieu d'incessantes réformes



Par **Caroline Joly**
avocat du cabinet
Landwell, membre du
réseau PwC

«Une première évaluation de la loi du 10 août 2007 montre que le taux moyen d'application des peines planchers national est proche de 50 % en première instance.»

Ces dernières années, la matière pénale a fait l'objet de nombreuses réformes. Ainsi, le chapitre IV de la loi n°2009-526 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures du 12 mai 2009 est venue «clarifier» les règles relatives à la récidive, la responsabilité pénale des personnes morales et la procédure pénale. Ces modifications sont, pour certaines, purement formelles. D'autres, ont des conséquences pratiques susceptibles d'affecter le droit pénal ou la procédure pénale applicable aux infractions commises dans le cadre de la vie des affaires.

Harmonisation des différents régimes de récidive

La loi du 12 mai 2009 est venue aligner de nombreuses lois spéciales relatives à la récidive sur les règles du Code pénal en toilettant divers codes (Code général des impôts, Code de la propriété intellectuelle, Code de l'environnement...).

La récidive est une cause d'aggravation de la peine et les récentes réformes sont venues

durcir la répression, notamment par l'instauration de peines planchers résultant de la loi du 10 août 2007. Pour qu'il y ait récidive en matière correctionnelle, il faut que le prévenu ait commis un second délit identique ou assimilé au premier dans un délai de cinq ans. Dans ce cas, il encourt un doublement des peines d'emprisonnement et d'amende pour la nouvelle infraction. Les

peines planchers s'appliquent si le délit est puni d'une peine d'au moins trois ans (un an si le délit est puni de trois ans, deux ans si le délit est puni de cinq ans). Une première évaluation de la loi du 10 août 2007¹ montre que le taux moyen d'application des peines planchers national est proche de 50 % en première ins-

tance, avec toutefois de fortes disparités régionales², et près de 65 % en appel. Les infractions qui ont donné lieu au prononcé de ces peines planchers sont essentiellement les atteintes aux biens.

Responsabilité des personnes morales

La loi du 12 mai a opéré un fastidieux travail de toilettage et de réécriture de textes relatifs aux peines applicables aux personnes morales. Son impact semble essentiellement formel, à l'exclusion de quelques modifications ponctuelles, dont l'une a défrayé la chronique à l'occasion du procès dit de la scientologie, au cours duquel l'impossibilité de dissoudre une personne morale condamnée pour escroquerie a trouvé une éclatante application. Les sénateurs ont tenté de corriger le tir en adoptant le 23 septembre 2009 un amendement à l'article 16 bis du projet de loi sur la formation professionnelle. Le Conseil Constitutionnel est désormais saisi du texte.

Le «plaider coupable» retouché

Cette procédure - la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC) - a été instituée par la loi du 9 mars 2004. Elle vise à désengorger les tribunaux par le prononcé rapide d'une peine préalablement acceptée

par le prévenu pour des délits punis de peines inférieures à cinq années d'emprisonnement maximum. Elle se décompose en deux temps : une partie « négociation » devant le parquet et une partie homologation de la peine acceptée. Cette homologation avait lieu quasi immédiatement après l'acceptation de la peine (la première phase se déroulant par exemple le matin et l'homologation l'après midi), rapidité qui pouvait faire l'attrait de cette procédure.

La loi du 12 mai 2009 prévoit désormais la possibilité pour le ministère public de différer d'un mois la présentation du prévenu non détenu pour la phase d'homologation. Le prévenu, une fois la peine acceptée, sera donc placé dans une situation d'attente et d'incertitude jusqu'à l'homologation, ou non, de la peine proposée.

Ce texte a également institué la possibilité pour le parquet de doubler cette présentation d'une convocation devant le tribunal correctionnel, ce qui signifie que s'il n'y a pas d'accord sur la peine, le prévenu saura qu'il comparaitra devant le tribunal correctionnel selon un circuit déjà organisé. Cette disposition prend le contrepied de la jurisprudence de la Cour de cassation qui censurait de telles pratiques mises en œuvre par les parquets.

Collégialité de l'instruction

La loi nouvelle a retardé au 1^{er} janvier 2011 la mise en œuvre de la collégialité de l'instruction.

Les réformes à venir

En juillet 2009, lors de la réunion des chefs de Cour, Madame Alliot-Marie, garde des Sceaux, ministre de la justice, indiquait que la poursuite des réformes engagées pour moderniser l'institution judiciaire était une priorité.

Le rapport Coulon comportait trente recommandations, parmi lesquelles l'allongement des délais de prescription. Le projet de loi, annoncé par la précédente garde des Sceaux, ne semble plus d'actualité.

Les propositions de la Commission Guinchard tendent, elles, au déve-

loppement de la transaction en matière pénale et à l'extension de la CRPC à tous les délits (sauf les délits de presse, les homicides involontaires, les délits politiques et les délits dont la procédure de poursuite est prévue par une loi spéciale) quelle que soit la peine encourue.

Mais ce sont les travaux de la Commission Léger³ sur la phase préparatoire du procès pénal qui risquent de bouleverser le plus en profondeur la procédure pénale. La commission propose en effet la suppression de la phase d'instruction et la transformation du juge d'instruction en « juge de l'enquête et des libertés » investi exclusivement de fonctions juridictionnelles. L'idée est d'instituer un cadre unique d'enquête dans lequel le Procureur est à la fois le directeur de l'enquête et l'autorité de poursuite. Toutefois, la Commission ne préconise pas, concomitamment, la rupture du lien entre le parquet et le pouvoir exécutif, comme contrepois à l'extension des pouvoirs du parquet. ■

«Ce sont les travaux de la Commission Léger sur la phase préparatoire du procès pénal qui risquent de bouleverser le plus en profondeur la procédure pénale.»

(1) Rapport d'information de l'assemblée nationale, n°1310

(2) 34 % à Paris contre 72 % à Bourges

(3) Rapport déposé le 1^{er} septembre 2009

Comment liquider sa retraite tout en conservant la fonction de dirigeant social de la société et le bénéfice de l'exonération de l'ISF au titre de l'outil professionnel ?



par **Francis Collin**,
avocat associé Landwell &
Associés
francis.collin@fr.landwellglobal.com



et **Nicole Goulard**,
avocat associé,
Landwell & Associés.
nicole.goulard@fr.landwellglobal.com

La loi Fillon n° 2003-775 du 21 août 2003 avait déjà assoupli les possibilités d'occuper un emploi au cours de la retraite. La reprise d'une activité procurant des revenus était possible sous réserve que certaines conditions soient respectées. Les revenus de l'activité reprise, ajoutés à la retraite de base et aux retraites complémentaires légalement obligatoires, ne devaient pas dépasser le dernier salaire d'activité perçu avant la liquidation de la pension (article L. 161-22 du code de la sécurité sociale) et cette reprise, si elle avait lieu au service du dernier employeur, devait intervenir au plus tôt six mois après la date d'entrée en jouissance de la pension. Lorsque la limite de cumul était dépassée, le paiement de la pension était suspendu.

La loi de financement de la Sécurité Sociale (LFSS) pour 2009 du 17 décembre 2008 a, dans le même souci de prolonger l'activité des salariés âgés, véritablement libéralisé le cumul emploi retraite en permettant de cumuler entièrement ses pensions de retraite avec le revenu d'une activité professionnelle et sans délai d'attente particulier.

Les principes de cette loi s'appliquent aux dirigeants sociaux qui sont assujettis à titre obligatoire au régime général de sécurité sociale et aux régimes de retraites complémentaires des salariés, soit en leur seule qualité de dirigeant social, soit au titre d'un contrat de travail dont le dirigeant serait par ailleurs titulaire. Bien entendu, avant de mettre en œuvre les opérations de cumul emploi-retraite, il sera indispensable d'en examiner toutes les consé-

quences juridiques et pratiques, y compris sur le bénéfice de l'exonération d'ISF au titre de l'outil de travail (Cf. infra 3) et sur le bénéfice des régimes de prévoyance et des frais de santé en vigueur dans la société (Cf. notre étude dans le prochain numéro).

1. L'application du régime du cumul emploi-retraite aux dirigeants sociaux

Le régime du cumul emploi-retraite total s'applique aux dirigeants sociaux qui sont assujettis aux régimes de retraite des salariés.

1.1. Nouveau régime légal

La LFSS pour 2009 a assoupli considérablement les conditions dans lesquelles un assuré du régime général peut cumuler les revenus d'une activité avec une pension de retraite. (Cf. aussi circulaire interministérielle n° DSS/3A/2009/45 du 10 février 2009, circulaire CNAV n° 2009/25 du 13 mars 2009 et circulaire AGIRC-ARRCO 2009-7 DRE du 26 mars 2009).

Elle supprime la condition selon laquelle la rupture du lien professionnel entre la société et son salarié (ou assimilé) doit être définitive pour le service d'une pension de vieillesse et permet de cumuler sans restriction une pension de vieillesse et une activité professionnelle.

Ainsi, les pensions de vieillesse de base et complémentaires sont servies en intégralité si l'assuré qui reprend une activité :
– a cessé sa dernière activité salariée, ce qui implique la cessation du mandat (et, le cas

«Le régime du cumul emploi-retraite total s'applique aux dirigeants sociaux qui sont assujettis aux régimes de retraite des salariés.»

échéant, du contrat de travail) ;
 – a fait liquider ses pensions de vieillesse personnelles auprès de la totalité des régimes légaux obligatoires, de base et complémentaires, français et, le cas échéant, étrangers ;
 – a au moins 60 ans et justifie d'une carrière complète pour bénéficier d'une retraite à taux plein ou a au moins 65 ans quelle que soit la durée d'assurance.

1.2. Application aux dirigeants mandataires sociaux

Le nouveau régime légal s'applique aux dirigeants sociaux qui sont assujettis au régime général des salariés.

La situation des dirigeants de sociétés assimilés aux salariés (PCA, DG, directeurs généraux ou membres du directoire de SA, les présidents et dirigeants statutaires de SAS ..., sous réserve du régime d'assurance-chômage) n'est pas explicitement visée par les textes légaux ni davantage par les circulaires des caisses de retraite sur l'application du nouveau régime de cumul emploi-retraite. Cependant, compte tenu de la généralité des textes et de l'assimilation de ces dirigeants aux salariés au regard du droit de la sécurité sociale, ceux-ci doivent bénéficier du nouveau régime de cumul emploi-retraite.

Les mêmes principes s'appliquent aux dirigeants qui cumulent leur mandat social avec un contrat de travail. Lorsque le dirigeant perçoit une double rémunération, les conditions du cumul emploi-retraite devront être respectées au regard à la fois du mandat et du contrat de travail. Lorsque le dirigeant exerce déjà son mandat social à titre gratuit et perçoit sa rémunération exclusivement au titre de son contrat de travail, les règles de cumul emploi-retraite ne s'appliqueront qu'au regard du contrat de travail. Le dirigeant pourra ainsi continuer à exercer sa fonction de dirigeant et, une fois le contrat de travail rompu et les pensions liquidées, percevoir une rémunération au titre du mandat. La situation sera plus simple encore si le dirigeant, bien que rémunéré à ce titre ne relève

«Le bénéficiaire du régime du cumul total emploi-retraite est subordonné à l'interruption de la dernière activité salariée ou assimilée.»

d'aucun régime obligatoire de sécurité sociale (ex : Président de conseil de surveillance). Dans ce cas, il lui suffira de cesser le contrat de travail avant de liquider les pensions de retraite.

Ces principes ne s'appliquent pas aux dirigeants qui sont assujettis à titre obligatoire aux régimes des travailleurs indépendants (ex : le gérant majoritaire de SARL). Pour ce qui les concerne, le service de la pension au titre du régime de retraite de base des artisans, industriels et commerçants est en principe subordonné à la cessation définitive des activités relevant de ce régime, sous réserve de quelques dérogations (cumul dans la limite d'un plafond ; retraite progressive ; transmission d'entreprise).

2. La liquidation effective de toutes les retraites personnelles de base et complémentaires et l'interruption momentanée d'activité

Le bénéfice du régime du cumul total emploi-retraite est subordonné à l'interruption de la dernière activité salariée ou assimilée.

2.1. Des conditions nécessaires

Au sens de la nouvelle réglementation, pour bénéficier d'un cumul total, il est nécessaire d'avoir liquidé toutes les retraites personnelles des régimes légalement obligatoires de base et complémentaires dont a relevé l'assuré.

Cette condition de liquidation des pensions de base et complémentaires s'entend pour l'assuré d'une entrée effective en jouissance de l'ensemble des retraites personnelles dont il remplit les conditions d'attribution, et ce pour l'ensemble des régi-

mes dont il relève.

A défaut, et notamment en cas de seule liquidation de la retraite du régime général, le cumul emploi-retraite total n'est pas possible et les anciennes limites de cumul trouvent de nouveau à s'appliquer.

Il faut également avoir cessé la dernière activité justifiant l'assujettissement aux régimes de

retraite des salariés. Cette condition implique la cessation du mandat social (sauf sans les cas visés supra 1.2. et, le cas échéant, la rupture du contrat de travail (lorsque le dirigeant cumule son mandat avec un contrat de travail ou lorsque, du fait du mandat, son contrat de travail a été suspendu). Il faudra également examiner les fonctions et les mandats exercés par le dirigeant dans des filiales étrangères et les conditions d'ouverture des droits à retraite ouverts dans ces pays. Si les droits ne sont pas ouverts au titre d'un régime obligatoire, la poursuite de l'activité à l'étranger ne devrait normalement pas remettre en cause le bénéfice du cumul emploi-retraite total. Lorsque le dirigeant exerce plusieurs activités salariées ou assimilées dans plusieurs Etats de l'Union européenne dont la France et réside en France, il relèvera en principe du seul régime français de retraite à la fois pour l'activité en France et pour en application des dispositions de l'article 14-2-b) (i) du règlement communautaire n° 1408/71. Les conditions légales du cumul emploi-retraite s'appliqueront à cette situation de pluriactivité.

«Si le dirigeant ou la société ne veut pas envisager la démission ou la révocation du mandat social, il ne pourra en principe bénéficier du cumul intégral de ses pensions et des revenus de son activité professionnelle.»

Ainsi, le dirigeant souhaitant liquider sa retraite, doit obligatoirement démissionner ou être révoqué de son mandat social. Il lui sera demandé d'attester par écrit de la date de cessation de son activité.

Une fois la rupture du mandat social (et, le cas échéant, du contrat de travail) intervenue et les retraites effectivement liquidées, l'intéressé peut, à nouveau, être nommé mandataire social de la même société sous réserve de n'avoir exercé aucune activité pendant un laps de temps. Même si la CNAV semble admettre au minimum une journée, il peut être prudent, dans l'attente d'une circulaire ministérielle ou d'une réponse écrite de la CNAV sur ce point, de respecter un délai plus long (exemple : une ou deux semaines). Aucune disposition légale n'interdit de reprendre la même fonction ou d'exercer des fonctions analogues.

La reprise des fonctions dans le cadre du nouveau mandat social (ou du nouveau contrat de

travail) peut avoir des conséquences sur le bénéfice des prestations du régime de prévoyance ou du régime de frais de santé en vigueur dans la société (délai de carence ? assiette de calcul ? Etc.)

2.2. La poursuite sans interruption de la fonction de dirigeant

Si le dirigeant ou la société ne veut pas envisager la démission ou la révocation du mandat social, il ne pourra en principe bénéficier du cumul intégral de ses pensions et des revenus de son activité professionnelle.

Dans ce cas, plusieurs solutions peuvent être envisagées.

La retraite progressive, sous réserve que ce régime soit prorogé, permet de ménager une transition entre activité et retraite. Ce régime qui a été prolongé jusqu'au 31 décembre 2009 permet aux assurés âgés d'au moins 60 ans et justifiant d'au moins 150 trimestres d'assurance de faire liquider une pension provisoire tout en poursuivant une activité professionnelle à temps partiel. Toutefois, selon l'administration (Lettre DSS 19 décembre 1988), cette solution n'est envisageable que si le dirigeant justifie d'une activité à temps partiel au titre d'un contrat de travail (ce qui implique un cumul actif mandat social/contrat de travail) et que la fonction de mandataire ne donne pas lieu au versement d'une cotisation à un régime de base d'assurance vieillesse.

L'exercice du mandat peut être exercé à titre gratuit. La question ne se pose pas lorsque le mandat est déjà exercé à titre gratuit. Mais lorsqu'il est rémunéré, il faut organiser la cessation de la rémunération du mandat conformément aux règles légales et statutaires, et ce, pour ne pas risquer de mettre en cause le bénéfice du régime du cumul emploi-retraite, bien avant de demander la liquidation des pensions de retraite.

Dans cette hypothèse, il est possible de rattacher la rémunération à l'exécution d'un contrat de travail conclu après la liquidation des pensions. Cette solution implique que le cumul du mandat social et du contrat de travail soit possible, ce qui sera bien difficile, voire impossible pour un directeur général de SA ou un président de SAS. En outre, par sécurité, il convient

dra de respecter un délai suffisant d'abord entre la cessation de la rémunération au titre du mandat social et la demande de liquidation des pensions, puis entre la liquidation effective des pensions et la conclusion d'un nouveau contrat de travail. La situation est plus simple lorsque le dirigeant exerce déjà son mandat social à titre gratuit et perçoit sa rémunération exclusivement au titre de son contrat de travail (Cf. supra 1.2.).

Il est également possible de cumuler les pensions avec **les revenus d'une activité réduite dans la limite d'un plafond** (inférieur au tiers du SMIC). Cette solution n'est guère praticable compte tenu du montant dérisoire du plafond.

3. Le bénéfice de l'exonération d'ISF au titre de l'outil de travail

La libéralisation du cumul emploi-retraite a largement simplifié la question de l'exonération d'impôt sur la fortune (ISF) au titre de l'outil de travail pour le dirigeant de société voulant faire valoir ses droits à pension.

Rappelons que, pour le dirigeant actionnaire d'une entreprise soumise à l'impôt sur les sociétés (de plein droit ou sur option), trois conditions doivent être simultanément remplies pour que leur propriétaire puisse arguer de leur caractère de biens professionnels exonérés d'ISF (article 885-O bis du CGI)¹ :

- il doit exercer des fonctions de direction «qualifiées» dans la société (Gérant de droit de SARL ou de SCA, associé en nom d'une société de personne, président, directeur général, président du conseil de surveillance, membre du directoire ou directeur général délégué d'une société par actions)² ;
- il doit recevoir une rémunération «normale» pour ses fonctions de direction, c'est-à-dire suffisante (qui doit représenter plus de 50 % des revenus professionnels du contribuable) ;
- il doit détenir plus de 25 %, directement ou indirectement, du capital de la société, sauf à ce que ladite participation représente plus de 50 % de son patrimoine brut total imposable à l'ISF.

Le dirigeant actionnaire souhaitant faire valoir ses droits à la retraite devait naviguer dans le passé entre deux écueils :

- l'exigence de fonctions qualifiées au 1^{er} janvier d'une année d'imposition donnant lieu à une rémunération normale pour les besoins de l'ISF, d'une part ;
- la limitation des revenus provenant de l'activité reprise pour les besoins de la pension, d'autre part.

La conjugaison de ces règles avait notamment pu conduire certaines sociétés anonymes à revoir leur mode d'organisation et à préférer à la forme de SA à conseil d'administration, celle à directoire et conseil de surveillance, les fonctions de Président du conseil de surveillance étant alors confiées au dirigeant retraité. Ces fonctions pouvaient être normalement rémunérées pour les besoins de l'ISF sans que cette rémunération, considérée comme un revenu de valeur mobilière, ne pose de problème au regard des droits à pension.

Le sujet est désormais réglé : le dirigeant retraité qui souhaite poursuivre son activité professionnelle peut percevoir la juste rémunération de son travail et bénéficier ainsi, toutes autres conditions remplies par ailleurs, de l'exonération d'ISF au titre des biens professionnels.

Rappelons que la rémunération que percevra le dirigeant retraité devra être normale, à savoir suffisante eu égard aux fonctions exercées (Cass.com, 15 mai 2007). La prise de retraite n'affecte pas l'appréciation par l'administration du caractère normal que doit revêtir cette rémunération pour les besoins de l'ISF. Cette rémunération doit, en outre, représenter plus de 50 % des revenus professionnels du contribuable à savoir les revenus soumis à impôt sur le revenu dans la catégorie des traitements, salaires et assimilés, des bénéfices industriels et commerciaux, des bénéfices non commerciaux, des bénéfices agricoles, des revenus des gérants et associés ; En revanche, les revenus dits non-professionnels ne sont pas pris en compte pour apprécier ce seuil ; il s'agit notamment des revenus de valeurs mobilières, des plus-values, des jetons de présence et surtout des pensions de retraite. ■

1 Des dérogations ont pu être apportées à l'exigence cumulée de ces trois conditions, soit par la loi (ex : les gérants et associés visés à l'article 62 du CGI sont dispensés du seuil de participation), soit davantage par la doctrine administrative (ex : pour les professions libérales exercées en SA ou SARL).

2 Dans les sociétés par actions simplifiées (SAS), peuvent bénéficier de cette qualification : les associés titulaires de fonctions dont l'étendue, conformément aux statuts de la SAS, est au moins équivalente à celles qui sont exercées dans les SA par les personnes mentionnées au 1° de l'article 885-O bis (Cf. supra) . En ce qui concerne les directeurs généraux et directeurs généraux délégués, l'appréciation de la nature « équivalente » de leurs fonctions suppose qu'ils soient bien investis, d'un pouvoir de représentation de la société opposable aux tiers (délégations de pouvoirs enregistrées auprès du registre du commerce et des sociétés-voir Rép. Luart ; Sénat 17 juillet 2003).

La crise accroît le risque de fraude en entreprise

Résultats de la 5^e étude mondiale sur «la fraude en entreprise» de PricewaterhouseCoopers



Par **Dominique Perrier**, associée département Litiges et Investigations



et **Jean-Louis Di Giovanni**, associé département Litiges et Investigations

Selon la cinquième édition de l'étude mondiale sur la fraude, qui vient de sortir, la crise accroît le risque de fraude en entreprise. Une grande entreprise sur deux est touchée par la fraude en France et dans le monde et 43 % des entreprises qui ont relevé des fraudes constatent une augmentation de leur nombre par rapport au passé. La pression au travail et la réduction des effectifs des équipes de contrôle accroissent le risque de fraude. Cette pression, conjuguée à la volonté de maintien d'un niveau de vie malgré la crise conduisent à une très forte augmentation des fraudes commises par le middle management (celles-ci passent de 26 % en 2007 à 42 % en 2009). De plus, les entreprises sondées anticipent une augmentation sensible des fraudes pour les douze mois à venir : à titre d'exemple, on note un accroissement de 9 points pour les détournements d'actifs (de 13 % à 22 %) et de 5 points de la fraude comptable (de 6 % à 11 %). A cet égard, il faut noter que l'augmentation des pressions sur les entreprises et sur les individus s'est aussi traduite par la hausse des

fraudes comptables visant à manipuler les états financiers en vue de donner une meilleure image de l'entreprise (cette catégorie passe de 27 % en 2007 à 38 % en 2009). Une note positive parmi ces différents constats : les dispositifs de contrôle interne détectent désormais une fraude sur deux, ce qui montre l'importance des efforts réalisés par les entreprises, en particulier celles de plus de 1 000 salariés. En dernier lieu, la tolérance zéro est désormais de mise dans les entreprises, puisque 85 % des fraudeurs sont licenciés.

Dans ce contexte, trois recommandations aux entreprises :

- Fixer des objectifs réalistes et exercer une étroite supervision du middle management
- Identifier les zones de vulnérabilité à la fraude et définir des contrôles ciblés
- Maintenir la tolérance zéro pour les fraudeurs, de manière à promouvoir une culture d'entreprise propice à la lutte contre la fraude. ■

Si vous souhaitez contacter les auteurs de cette lettre, vous pouvez vous adresser à la rédaction qui transmettra aux personnes concernées. Vous pouvez également vous adresser à :

LANDWELL & ASSOCIÉS
Cabinet d'avocats correspondant de PRICEWATERHOUSECOOPERS
61, rue de Villiers
92208 Neuilly-sur-Seine Cedex
Tél. 01 56 57 56 57
Fax 01 56 57 56 58

M^e Sylvie Le Damany - Tél. 01 56 57 82 70
E-mail : sylvie.le.damany@fr.landwellglobal.com

Option Finance
Le premier hebdomadaire des décideurs financiers

Supplément du numéro 1056/1057 du 14 décembre 2009
Option Finance - 91 bis, rue du Cherche-Midi 75006 Paris - Tél. 01 53 63 55 55
SAS au capital de 2 043 312 € RCB Paris 343256327
Directeur de la publication : François Fahys
Service abonnements : B 310 - 60732 Ste-Geneviève Cedex. Tél. 03 44 07 44 52
Impression : Megatop - Naintre - N° commission paritaire : 1108 T 83896