

Chapitre 1

Liens entre l'avenir de l'audit et jeu concurrentiel

Marie-Anne FRISON-ROCHE
Professeur des universités à Sciences Po (Paris)
Directeur de *The Journal of Regulation* (JR)

57. Puisque les réflexions renouvelées autour de l'audit résultent en grande partie du Livre vert publié par la Commission européenne¹ et la suggestion selon laquelle l'audit doit être conçu comme un outil grâce auquel les investisseurs pourraient devenir aptes à mesurer leurs risques, attente que l'audit doit satisfaire, il convient donc de reprendre l'esprit dans lequel le droit a pris place dans la construction européenne. Cette mise en perspective est d'autant plus légitime que la Commission européenne, la Chambre des Lords² ou le régulateur britannique des normes comptables³ considèrent que la concurrence serait un outil adéquat et efficace en la matière, comme le firent les concepteurs de l'espace européen pour bâtir celui-ci.

58. Or, le droit européen est avant tout un droit téléologique, c'est-à-dire une série d'instruments gouvernés par les buts, l'invention de la théorie de « l'effet utile », de la proportionnalité ou de la « règle de raison » en étant le plus parfait exemple⁴. Ainsi, la normativité est davantage dans les fins que dans les moyens. La

1. « *Pour une politique de l'audit : les leçons de la crise* », 12 oct. 2010. La Commission a organisé un colloque le 10 et 11 février 2011, autour des contributions en réaction à ce document. V. la synthèse qui y fut rendue disponible : « *Summary of Responses, Green Paper Audit Policy: Lessons from the Crisis* », 4 fév. 2011. Le Commissaire européen Michel Barnier exprima lors du colloque sa conception dans un discours intitulé « 2011, l'année de l'audace ». Sur une analyse méthodologique du Livre Vert, v. not. M.-A. FRISON-ROCHE, « Les présupposés du Livre Vert de la Commission européenne sur l'audit », *Bull. Joly Bourse*, janv. 2011, p. 47-54.

2. House of Lords, Select Committee on Economic Affairs, 2nd Report of Session 2010-2011, *Auditors: Market concentration and their role*, 2 vol., 15 mars 2011.

3. S. HADRILL, « Regulatory perspective on the policies on Audit regulation », *The Journal of Regulation* 2011, n° 7, I-1.35.

4. M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, coll. « Précis Dalloz », Dalloz, 2006, n° 273, p. 241 s.

question qui doit demeurer en permanence à l'esprit de chacun est celle de la détermination du but. C'est à partir de la connaissance du but que se précisent les moyens adéquats. L'art législatif est contraint par ce pragmatisme.

59. Depuis l'origine du projet européen, dès le traité CECA de 1951 et dans le traité de Rome de 1957, la finalité poursuivie est la construction d'un marché intérieur commun aux pays européens. Le but est politique puisque, reprenant l'idée kantienne du XIX^e siècle on suppose qu'un espace unifié dans lequel circulent librement les personnes, les biens et les capitaux, ne peut plus être un champ de bataille. Dès lors et dès le départ, la concurrence est un moyen et non une fin. Lorsque la déclaration en est faite à l'occasion du traité de Nice, ce n'est que la révélation d'un principe et non l'instauration d'un fondement nouveau, la concurrence ne constituant pas une fin poursuivie pour elle-même. Les écrits de Jean Monnet notamment montrent bien que si l'Europe politique a bâti sa première marche par l'économie, le projet ne s'est pas dénaturé pour autant.

60. Plus récemment, l'Europe a entendu, notamment par le Plan d'action pour les services financiers de 2000, se doter d'un marché financier et bancaire. Cela se justifie de deux façons. En premier lieu, comme pour l'énergie, la banque et la finance sont des systèmes sous-jacents aux marchés des biens et services par l'injection de crédit et de confiance qu'ils y opèrent, l'intégration de ceux-ci requérant la constitution de ceux-là. En second lieu et plus trivialement, l'enjeu est politique parce que les États sont devenus les premiers débiteurs des marchés financiers et des banques. Ils ont besoin d'institutions européennes et d'un marché européen qui soient aptes à les soutenir, indépendamment ou en relais des institutions internationales. C'est sans doute pourquoi la Commission européenne perçoit l'audit à travers le monocle de la stabilité financière, dont les États ont les premiers besoins, plus encore qu'ils n'en sont les garants.

61. Mais si l'on s'éloigne des marchés concurrentiels des biens et services pour se soucier de la stabilité des marchés financiers, laquelle dépend en grande partie de la solidité et du comportement adéquat des banques, on pénètre dans un système de régulation financière qui n'a que très peu de points de contact avec la concurrence.

62. En effet, le marché financier a pour bien public et commun l'information. L'asymétrie d'information qui naturellement affecte les rapports de marché, justifie la régulation. Le marché financier est intermédié, généralement par des banques contrôlées *ex ante* par des superviseurs ou *ex post* par les juges à travers des jurisprudences particulièrement strictes. La dérégulation des marchés financiers, c'est-à-dire leur désintermédiation, notamment à travers la directive MIF, a été une catastrophe dont on se remet avec difficulté. Le rapport Fleuriot a montré l'ampleur des dommages causés par la concurrence et la mise en contact direct des offreurs et des demandeurs⁵. Il est un espace dans lequel le risque est au centre et se présente d'une façon paradoxale, puisqu'espace de spéculation, il incite l'investisseur à prendre les risques, l'image du casino lui étant naturelle, mais, alors

5. P. FLEURIOT, *Rapport sur la révision de la directive sur les Marchés d'Instruments Financiers (MIF)*, remis au Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, 17 févr. 2010.

que le marché des biens et services sort en principe revigoré d'une faillite d'un agent économique, celle-ci constitue un risque insupportable pour le marché financier si elle déclenche un effet systémique, éloignant d'autant les vertus concurrentielles.

63. Dès lors, la régulation financière est construite principalement sur le risque, lequel n'est que la façon péjorative d'exprimer le souci de stabilité financière. Les deux termes n'évoquent que les deux faces de la même médaille : ainsi, lorsque le Livre vert situe l'audit dans la perspective de la stabilité financière, elle le loge en creux dans la sphère de la régulation du risque systémique. Le titre même du document appartenant à cette catégorie de « littérature grise », socle de la *soft Law*, pose d'ailleurs que la Commission doit tirer « les leçons de la crise », ce qui suppose un rôle causal entre la certification des comptes et le déclenchement de la crise.

64. Cela paraît étonnant puisque la crise est survenue par des comportements corrélés des banques et des gouvernements, du fait de l'aléa moral très fort animant les banques ayant joué du soutien public, lequel a brutalement cessé. Ce point d'appréciation rétrospective ne sera pas ici développé puisque l'objet de la présente étude est prospective et que rechercher quelles sont les sorcières devant être brûlées relève davantage d'une démarche populaire d'exutoire que d'une démarche raisonnée.

65. Il convient plutôt de chercher le lien qui peut exister, comme le Livre vert le suppose, entre la concurrence et la stabilité financière, médiatisé par une lutte contre la concentration sur le marché de l'audit. De la même façon, revenant ici à ce qu'est le projet européen, si l'auditeur a un rôle à jouer sur les marchés financiers⁶, puisqu'est entamée la construction d'un marché financier européen intégré, la construction d'un marché européen de l'audit doit s'opérer. Cela est affaire de régulation et non de concurrence. Dès lors, parce que les marchés financiers sont par nature régulés, la concurrence n'y a sa place que si est démontrée son efficacité régulatrice.

66. Dans le cas contraire, ce serait confondre marchés ordinaires des biens et services et marchés financiers. Ce serait confondre processus de libéralisation de secteur qu'il convient, en favorisant les nouveaux entrants, d'ouvrir à la concurrence, désignée comme but en soi, avec l'efficacité de la régulation des marchés financiers. La concurrence est donc un instrument et non le principe ; il convient de partir de la spécificité des marchés financiers, puisque le Livre Vert pose que l'essentiel est d'accroître leur bon fonctionnement.

67. Or, le marché financier est spécifique, en ce qu'il a pour bien commun l'information sur les instruments financiers, qu'il est intermédié (la suppression de celle-ci ayant montré les dangers encourus de ce fait, notamment au regard de l'information), qu'il est construit sur la confiance. En cela, même s'il est « le plus pur des marchés » puisque l'information est disponible et immédiatement incorporée par la cotation, il est aussi le contraire d'un marché ordinaire, en

6. M.-A. FRISON-ROCHE, « The auditor, a crucial player on financial markets », *The Journal of Regulation*, 2011, n° 6, I-1.26.

ce que celui-ci se base sur la défiance entre les offreurs et les demandeurs, alors que le marché financier suppose que les agents faibles puissent faire confiance aux agents forts, ce qui explique notamment les impératifs déontologiques.

68. Au regard de ces spécificités, qui interdisent que l'on transpose le principe de la concurrence animant les marchés ordinaires, puisque le Livre Vert conçoit le marché de l'audit comme étant un sous-système du marché financier, lequel relève d'une autre logique économique, il faut donc déterminer la fonction de chacun dans la perspective du bon fonctionnement du marché financier, principalement par rapport à la qualité de l'information. Il est ainsi essentiel de distinguer et d'établir les rapports adéquats entre les missions confiées aux sociétés émettrices elles-mêmes, aux actionnaires, aux comités d'audit, aux régulateurs, aux agences de notation, aux comptables et aux auditeurs. Il ne semble pas que cela soit établi clairement.

69. Il faut néanmoins reconnaître que le Livre Vert a sans ambiguïté corrélié ce qu'il estime être la nécessité de favoriser une plus grande concurrence dans le marché de l'audit et l'impératif incontestable de stabilité financière (section I). Pourtant l'audit devrait être pensé en termes de régulation et non pas en termes de concurrence (section II).

Section I

LE JEU CONCURRENTIEL DANS L'AUDIT AU REGARD DE LA STABILITÉ FINANCIÈRE

70. Puisque le Livre Vert estime que le marché de l'audit gagnerait à être gouverné par les principes de la concurrence, il convient de rappeler les lois économiques et juridiques de celles-ci (I), avant d'aborder l'affirmation d'une règle centrale, présentée comme acquise alors qu'il convient de la démontrer, à savoir l'adéquation du schéma concurrentiel avec la mission de l'audit (II).

§ I

LES LOIS ÉCONOMIQUES ET JURIDIQUES DU JEU CONCURRENTIEL

71. La doctrine juridique distingue souvent la compétition, qui serait le comportement naturel des agents qui convoitent la même chose, à savoir le choix à leur profit des demandeurs, et la concurrence, qui est le résultat d'une organisation par le droit du marché⁷, laquelle n'est pas un phénomène naturel mais est produit par le droit, dont l'intervention normative est préalablement requise⁸.

7. L. BOY, *L'ordre concurrentiel : essai de définition du concept*, in *L'ordre concurrentiel*, Éditions Frison-Roche, 2003, p. 23-56.

8. F. ZENATI, « Le droit et l'économie au-delà de Marx », in *Droit et Économie*, Archives de Philosophie du Droit, t. 37, Sirey, 1992, p. 121-129.

72. Dans cette organisation juridique qu'est le jeu concurrentiel, la branche du droit qui lui est propre réagit aux comportements et non aux structures, sauf exception : il en résulte que la concentration n'est pas un problème en soi (A). En outre, le marché concurrentiel est autorégulé du fait de l'opposition des intérêts des agents économiques qui contractent entre eux sur le marché (B). Ces rappels élémentaires sont nécessaires pour mesurer l'écart entre le jeu concurrentiel et le marché de l'audit.

A. La concentration n'est pas un problème en soi

73. Dès l'origine, le droit européen, aussi bien dans les textes que dans la jurisprudence, a posé que le caractère concentré d'un marché n'est pas reprochable en soi. Ainsi, si une entreprise bénéficie d'un monopole sur un marché, forme ultime de la concentration, cela n'est pas une raison pour que les autorités de concurrence sanctionnent l'entreprise en cause. Le droit de la concurrence a mis en place un système de réaction, certes violent puisque les sanctions sont assimilables à du droit pénal, mais *ex post* et en considération de comportements et non pas d'une structure de marché. La tentation de la théorie de « l'abus de domination automatique » a été abandonnée depuis longtemps, liant l'imputabilité d'un comportement abusif probable au seul constat d'une structure conférant une puissance de marché à une entreprise.

74. Seuls les régulateurs traitent en elle-même la situation de dominance lorsqu'il s'agit de libéraliser un secteur, parce qu'il s'agit de transformer celui-ci en marché concurrentiel en utilisant la puissance du droit pour affaiblir les opérateurs historiques au bénéfice des nouveaux entrants. Ce « traitement de la dominance » a été opéré par la Commission européenne et les régulateurs sectoriels nationaux pour libéraliser les secteurs particuliers, comme les télécommunications ou l'énergie.

75. À lire le Livre Vert, on a parfois l'impression que la grille de lecture par laquelle la Commission analyse le secteur de l'audit est celle d'un secteur tenu par des opérateurs publics historiques, secteur qu'il s'agirait de libéraliser, alors que les deux situations n'ont rien à voir. En effet, dans l'hypothèse d'une libéralisation, l'objectif est l'obtention des prix de marché⁹, la concurrence la produisant par sa seule introduction, alors que l'enjeu d'une réforme de l'audit est d'accroître la stabilité financière, dont il n'est pas établi que la concurrence par son seul fait la favorise. Il manque donc un chaînon dans la démonstration.

76. Si l'on ne prend plus la perspective du droit de la concurrence mais la perspective du droit de la régulation¹⁰, celui-ci prend en considération les structures de marché. C'est pour cela que la régulation bancaire est attentive aux structures internes des agents économiques eux-mêmes, à travers les règles prudentielles. Le contrôle s'opère alors d'une façon permanente et *ex ante*. Cela est particulièrement

9. V. par ex. T. TUOT, « Les barricades mystérieuses : quelques réflexions sur l'ouverture à la concurrence des marchés du gaz et de l'électricité en France », *CJEG* 2003, n° 604, p. 615.

10. Sur la différence et la relation dialectique entre les deux, v. M.-A. FRISON-ROCHE, « Regulation versus Competition », *The Journal of Regulation*, 2011, n° 7, I-1.30.

justifié concernant les établissements financiers en ce que ceux-ci sont des agents systémiques.

77. D'une façon insistante, le Livre Vert pose que les firmes d'audit sont des agents « systémiques ». Il s'agit d'un des présupposés du document, qui conduit la Commission à établir une analogie entre les entreprises d'audit et les banques, justifiant l'emprunt du régime juridique appliqué aux premières, comme la technique des testaments¹¹. Mais il est très dangereux en droit d'utiliser un terme dans un sens qui n'est pas seulement celui que le système juridique strictement lui attache. En effet, la puissance performative du droit, déclenchant des effets juridiques par le seul usage du vocabulaire, interdit de tels dérapages¹².

78. Or, un agent est systémique si sa défaillance, ou la perspective de celle-ci, produit un effet d'affolement qui fait s'écrouler la confiance et entraîne la faillite d'autres acteurs du marché¹³ qui, sans cet « effet domino, seraient restés *in bonis*. Les auditeurs n'entraînent pas un tel effet domino. Si la disparition d'un auditeur peut perturber l'entreprise auditée, l'affirmation peut être soutenue pour un fournisseur, un conseiller ou un avocat travaillant sur un dossier en cours. En deviennent-ils systémiques? Où s'arrête la qualification?

79. La régression à l'infini à laquelle conduit la qualification des auditeurs comme agent systémique est basée sur une erreur de qualification, elle-même engendrée par une erreur de vocabulaire. En effet, ce que veut exprimer la Commission, et nul ne le conteste, est le constat de l'importance des auditeurs dans le bon fonctionnement des marchés financiers, l'information des investisseurs et la solidité de la confiance. En cela, l'auditeur est un « opérateur crucial »¹⁴. Cela n'a rien à voir avec le fait d'être un danger pour le système en cas de défaillance.

80. Certes, l'auditeur n'est pas un agent ordinaire : c'est pourquoi le marché de l'audit ne relève pas de la simple concurrence mais de la régulation, car sa mission vise la satisfaction de l'intérêt général, l'information étant définie comme un bien public que l'addition de la protection des intérêts particuliers représentés sur le marché ne saurait satisfaire¹⁵. En effet, on ne peut se contenter en matière d'audit de l'autorégulation sur laquelle repose le jeu concurrentiel.

B. Le jeu concurrentiel est autorégulé par l'opposition des intérêts entre les agents, ce qui ne correspond pas à la configuration de l'audit

81. Le droit de la concurrence suit la théorie économique classique, qui pose qu'une fois les conditions générales du marché posées par le droit, il suffit de

11. M.-A. FRISON-ROCHE, « Les présupposés du Livre Vert de la Commission européenne sur l'audit », préc.

12. V. d'une façon générale G. CORNU, *Linguistique juridique*, 2^e éd., coll. « Précis Domat », éd. Montchrestien, 2005.

13. V. par ex. A. SCHWARTZ, « Real and pseudo- financial crises », in G. CAPIEANG et E. WOOD (dir.), *Financial crises and the World Banking System*, MacMillan Press, 1986, p. 11-31.

14. M.-A. FRISON-ROCHE, « The auditor, a crucial agent on financial markets », préc.

15. V. *infra* n° 83 et s.

laisser jouer la rationalité et l'égoïsme des agents pour qu'émergent les prix adéquats, que les innovations adviennent, que les besoins des demandeurs soient satisfaits, que les rentes des entreprises installées soient détruites par la compétition entreprise par leurs concurrents. Ainsi, non seulement les autorités de concurrence n'interviennent qu'*ex post* mais encore elles n'interviennent que ponctuellement. Seuls les régulateurs supervisent les secteurs qui les requièrent et les surveillent d'une façon permanente.

82. À l'inverse, un marché concurrentiel est autorégulé, du fait même de l'opposition des intérêts des agents qui contractent entre eux. L'exemple le plus simple est celui du vendeur qui voudrait vendre à un prix le plus élevé possible une marchandise qui lui a coûté le moins cher possible et dont la qualité est donc sans doute peu élevée, face à un acheteur qui veut se procurer un produit de la qualité la plus élevée possible au prix le plus bas possible. Il faut supposer qu'il n'existe pas d'asymétrie d'information entre les deux, ni d'aléa moral.

83. Il est vrai que ce schéma est très simplifié mais il demeure valide, et en économie et en droit de la concurrence. Or, il est très difficile à appliquer à l'audit. Cela tient tout d'abord au fait que l'audit est une information, parce que la certification de la fiabilité des informations fournies aux marchés, qu'elles soient simplement financières et portant sur le passé, ou ayant pour objet sur les risques futurs, est un bien public, externalité que la concurrence ne parvient pas à satisfaire.

84. En second lieu, l'équilibre général du rapport particulier entre les agents, engendrant notamment la demande d'informations complémentaires, l'attitude sceptique que les autorités britanniques appellent de leurs vœux en matière d'audit, suppose cette contradiction d'intérêts. Si les deux parties ont des intérêts convergents, le jeu concurrentiel est bloqué.

85. Or, les auditeurs sont des contrôleurs qui peuvent être capturés par les entreprises qu'ils contrôlent. Ce soupçon de « conflits d'intérêts », notion qui est au cœur de la régulation financière et bancaire, intervient précisément parce qu'il faut organiser un rapport qui surmonte cette relation d'intérêts qui n'est pas suffisamment contradictoire, en ce que par nature elle n'est pas un rapport d'opposition.

86. C'est pourquoi l'audit appelle la régulation et non la concurrence. En effet, si l'on accroît la concurrence, comme si l'on se mettait dans une démarche de libéralisation de secteur historiquement monopolistique, les vertus de la concurrence vont jouer, de deux façons.

87. En premier lieu, les prix des prestations vont baisser et les entreprises, mettant en concurrence les grandes entreprises d'audit et les nouveaux entrants, vont pouvoir choisir les prestations les moins chères. La difficulté vient du fait que la prestation n'est pas ordinaire, puisqu'il s'agit du contrôle même de l'entreprise au bénéfice de qui elle dépend, notamment les investisseurs, et contrairement au schéma de référence, l'entreprise n'a pas intérêt à une prestation de haute qualité. Dès lors, inversant le paradigme, le demandeur peut vouloir requérir un contrôle peu onéreux et de mauvaise qualité, ce que des entreprises d'audit, sans réputation forte acquise, peuvent éventuellement fournir. La méconnaissance de l'intérêt public est indifférente à l'entreprise. En second lieu, la qualité de l'audit va baisser.

Or, chacun s'accorde à poser que l'essentiel est d'accroître la qualité de l'audit. On ne peut qu'observer la contradiction au cœur du raisonnement. Il convient donc de s'éloigner du jeu concurrentiel, qui abîme les visées même de la Commission européenne, pour que les missions confiées à l'audit soient satisfaites.

§ II

LE JEU CONCURRENTIEL DANS L'AUDIT AU REGARD DE LA STABILITÉ FINANCIÈRE

88. Puisque la Commission européenne elle-même pose que l'essentiel, le but, est la stabilité financière, l'auditeur y participant d'une façon déterminante (donc d'une façon « cruciale » et non pas selon un vocabulaire maladroitement choisi d'une façon « systémique »)¹⁶, la concurrence elle-même n'est recevable qu'à l'aune de ce but¹⁷. C'est pourquoi il convient tout d'abord de rappeler les contraintes probatoires qui s'appliquent quant à l'usage du jeu concurrentiel sur le système de l'audit puisque l'essentiel posé est la stabilité financière (A), avant de mesurer si dans les faits la concurrence satisfait cet impératif de stabilité (B).

A. La contrainte probatoire pesant sur la recevabilité du principe de concurrence

89. Sur un marché de biens et services, la concurrence est de principe, une autre organisation devant se justifier, par exemple par la démonstration d'une défaillance structurelle de marché¹⁸. Sur un marché régulé, modèle auquel correspond le marché financier, le système probatoire s'inverse : il faut démontrer que le jeu concurrentiel est utile au système, alors qu'il est anormal dans celui-ci. Cela est tout à fait soutenable mais doit être prouvé.

90. Cette règle de charge de preuve, dont on connaît l'importance dans le contentieux de la concurrence, vaut aussi pour le bon établissement des textes. En effet, comme l'affirma depuis la Révolution le droit pénal, une règle de principe s'impose sans se justifier et s'applique largement, par analogie et dans le silence des textes, alors que les règles qui ne sont pas de principe, sont d'exception. Ce truisme, élémentaire, évident, a souvent été perdu de vue par l'utilitarisme qui marque le droit économique.

91. Or, il demeure que si une règle ne correspond pas au principe, elle est d'exception. Si elle est d'exception, celui qui s'en prévaut et demande son application, devra justifier l'adéquation de celle-ci. En outre, il n'est pas question d'appliquer une règle exceptionnelle par analogie à des cas non expressément visés par les textes.

16. V. *supra* n° 77 s.

17. Sur le fait que cela correspond au projet européen lui-même, v. *supra* n° 57 et s.

18. V. d'une façon générale, « Défaillance de marché », in M.-A. FRISON-ROCHE, *Les 100 mots de la régulation*, PUF, 2011, p. 55 s.

92. Ainsi, si l'on reprend la problématique des marchés financiers, puisque c'est bien au cœur de ceux-ci que le Livre Vert situe sa réflexion, le principe des marchés financiers est la régulation, pas la concurrence¹⁹. Certes la concurrence sur le marché de l'audit n'a pas à être écartée de ce seul fait. D'ailleurs, l'audit n'est pas un service de l'État, n'a pas été confié à un monopole, etc. Mais, parce que le jeu concurrentiel ne correspond pas au paradigme au système, il faut en démontrer la pertinence au regard de la stabilité financière, puisque celle-ci est le principe premier choisi pour le Livre Vert.

93. La question méthodologique dont on ne peut alors faire l'économie est de savoir, non pas si le marché de l'audit est concurrentiel ou non, parce que le paradigme n'est pas la concurrence, mais si sa structure actuelle sert ou dessert la stabilité financière, principe premier du marché financier. Cette simple question de la concurrence serait valable si le marché concerné n'était pas le marché financier mais les marchés ordinaires de biens et services. Mais la question est ici de savoir si le caractère plus ou moins concurrentiel du marché de l'audit a un effet plus ou moins positif sur la qualité du marché financier, en ce qu'il produit de la stabilité financière.

94. On n'a pas le droit de poser la question autrement, du fait même des pré-supposés d'où on est parti, à savoir le lien entre l'organisation de l'audit, la crise bancaire et la stabilité des marchés financiers²⁰.

B. Le jeu concurrentiel et l'aptitude de l'audit à participer à la stabilité financière

95. La mission de l'audit est de contrôler les comptes et – c'est déjà opérer une extension – la façon dont ils ont été élaborés. La mission de l'audit ne cesse, de textes en textes, de s'accroître, pour contrôler le respect par l'entreprise d'autres normes que les normes strictement comptables. Le fait que les normes comptables elles-mêmes se chargent de valeurs qui sont de nature sociale²¹, sociétale et environnementale, entraîne le cercle du contrôle de l'audit vers un même élargissement.

96. La question de la « mission de l'audit » est perturbée aujourd'hui par l'interférence avec la considération des « attentes du marché » et le fait qu'il y a un fossé entre celles-ci et ce que fournit l'audit (*expectations gap*). Mais tout d'abord, faut-il donner aux investisseurs « tout ce qu'ils demandent », en supposant que toute demande est légitime? En effet, un investisseur demande à investir pour pouvoir gagner, sans risquer de perdre. C'est pourquoi lorsque la perte inattendue arrive, et elle n'est jamais attendue, il y a *expectation gap*. Le fait que les investisseurs ne veulent plus que le risque soit sur leur tête, et que seuls les gains y

19. Sur la distinction et l'opposition dialectique des deux, v. M.-A. FRISON-ROCHE, « Regulation versus Competition », préc.

20. Sur le fait qu'on aurait pu prendre d'autres bases que celles ainsi choisies par le Livre Vert, v. M.-A. FRISON-ROCHE, « Les pré-supposés du Livre Vert de la Commission européenne sur l'audit », préc.

21. S. JUBE, *Droit social et normalisation comptable*, coll. « Droit et Économie », LGDJ, 2011.

demeurent, revendications de tous (des intermédiaires, des conseils, des États, etc.), est-il à suivre sans distance ?

97. En outre, il y a certes des informations que la comptabilité capte, tels les risques de contrepartie, les risques de crédits, mais la comptabilité est un système normatif qui assèche la réalité par le chiffrage et la catégorisation qu'elle en fait. Ainsi, des instruments financiers s'avérant risqués n'apparaissant pas dans la comptabilité, il faudrait changer radicalement la mission des auditeurs si l'objet de leur contrôle devenait le risque futur et non plus le contrôle de « l'image exacte, sincère et fidèle » de la société.

98. Ce qui serait une véritable extirpation de l'auditeur de l'intérieur de la société pour le mettre à l'intérieur du marché financier lui-même, cessant d'en faire un émetteur d'information vers le marché pour le transformer en contrôleur du marché sur la société, reviendrait à le confondre avec le régulateur lui-même.

99. On peut le faire, mais il faut mesurer à quel point la transformation est radicale de faire des auditeurs, qui sont pour l'instant des « agents cruciaux »²² des marchés financiers, en régulateurs de ceux-ci, contrôlant les émetteurs. Les auditeurs seraient alors comme les pseudopodes des régulateurs. Faut-il une telle révolution d'organisation ?

100. En outre, en même temps que le Livre Vert implique une telle révolution transformant donc les auditeurs en régulateurs de second rang (sous les régulateurs de premier rang que sont les régulateurs financiers publics), il requiert davantage de concurrence entre les auditeurs. N'y a-t-il pas contradiction ? Il convient pourtant de garder à l'esprit que, selon le Livre Vert, l'impératif de stabilité financière doit conduire l'audit à une nouvelle mission, à savoir non seulement le contrôle de la bonne tenue de l'information comptable, mais la qualité de l'information des risques et des faiblesses pouvant frapper l'entreprise à l'avenir. Ainsi, le contrôle que représente l'audit serait extrêmement renforcé.

101. Or, dans le même temps, l'idée serait de renforcer le jeu concurrentiel entre les firmes d'audit, par l'ouverture de force du marché de l'audit au bénéfice des nouveaux entrants. Nous avons vu que l'argument selon lequel il y aurait un risque « systémique » sur ce marché n'a pas de pertinence, car la défaillance d'une entreprise d'audit n'entraîne pas la faillite d'une firme d'audit ni d'une entreprise auditée²³.

102. Pour que le jeu concurrentiel soit encouragé, puisque nous ne sommes pas dans une logique de libéralisation de secteur²⁴ et que la règle du marché financier n'est pas le principe concurrentiel mais l'information et la prévention du risque systémique, il faut donc démontrer en quoi la concurrence va permettre ce renforcement du contrôle²⁵, dont le Livre Vert pose la nécessité pour assurer la stabilité financière.

22. M.-A. FRISON-ROCHE, « The auditor, a crucial agent for the financial markets », préc.

23. V. *supra* n° 77 et s.

24. V. *supra* n° 66.

25. Sur le raisonnement probatoire requis, v. *supra* n° 89 et s.

103. Or, contrairement au jeu concurrentiel dans lequel le demandeur a intérêt à une prestation de la haute qualité possible, ici l'entreprise contrôlée a intérêt à un contrôle de la plus basse qualité possible. Certes, les dirigeants sociaux ne désignent pas directement les auditeurs, mais les organes sociétaires sont le plus souvent capturés par les dirigeants sociaux.

104. Si l'on prend la théorie de la réputation, qui peut seule justifier que l'on se soumette de son plein gré à des contrôles, cela suppose que l'entreprise se sache suffisamment exposée au jugement extérieur, c'est-à-dire que la transparence du marché financier et que la force du régulateur soient par ailleurs suffisamment effectives.

105. Plus encore, du côté de l'entreprise d'audit, la théorie de la réputation va jouer pour l'auditeur très installé, notamment un des *Big Four*, parce qu'il ne peut pas risquer sa position par une défaillance sur une mission à propos d'une entreprise. Le souci de la réputation tient lieu de corset à des firmes très repérées. Ces contraintes n'existent pas pour un nouvel entrant. Un nouvel entrant va chercher à proposer un avantage concurrentiel d'une autre nature, puisque la réputation est basée sur un historique dont il est démuné.

106. Le plus souvent, sur les marchés ordinaires, il s'agira pour le nouvel entrant de séduire les clients des firmes installées par des prix moins élevés pour des prestations égales, équation possible du fait de la légèreté de leurs coûts. Ici, l'hypothèse n'est pas reproductible pour trois raisons.

107. En premier lieu, la qualité de l'audit, surtout si l'évolution voulue par le Livre Vert le fait glisser d'un contrôle des comptes vers un contrôle social, sociétale et des risques²⁶, implique des coûts qui ne cessent de s'accroître, notamment informatiques. On conçoit mal comment l'affaiblissement organisé des firmes dominantes va dans ce sens ni comment les nouveaux entrants vont endurer ces coûts de transactions.

108. En deuxième lieu, le jeu concurrentiel va pousser les opérateurs à se comporter comme des agents économiques ordinaires et non plus comme des professionnels libéraux. Ainsi, les nouveaux entrants, ne pouvant survivre qu'en captant de nouveaux clients, vont proposer des prestations de plus basse qualité à moindres honoraires. Un client ordinaire refusera une baisse de son avantage, du fait de la baisse de prestation. Mais dans le cas présent, l'entreprise auditée sera moins contrôlée et pourra le justifier aisément, puisque le coût de la prestation sera moindre. L'honoraire moins élevé sera lui-même possible du fait des investissements techniques moindre fait par le nouvel entrant, moins international, etc.

109. En troisième lieu, le Livre Vert lui-même évoque une solution, pour briser la dépendance entre l'auditeur et l'audité, interdisant à l'auditeur d'avoir dans son portefeuille de client certains y prenant une part trop importante. Cela signifie que, comme pour l'avocat qui doit demeurer indépendant de son client – définition de la profession libérale – et donc refuser le client, ce qu'un offreur ordinaire sur un marché n'a pas le droit de faire, l'auditeur doit être économiquement assez puissant pour refuser des clients.

26. V. *supra* n° 83 et s.

110. Dès lors, le jeu concurrentiel attaque la qualité du contrôle. La seule incitation qui pourrait diminuer cette érosion serait l'effet de réputation. Mais l'effet de réputation, qui retient la main invisible, ne joue précisément que pour les entreprises d'audit très visibles et pas pour les nouveaux entrants. Sauf à insérer dans le système des règles de comportements déontologiques. Il faut alors construire un système d'ordres et de disciplines professionnelles, mais c'est précisément quitter complètement la perspective de la concurrence pour aller vers celle de la régulation.

Section II

L'AUDIT PENSÉ EN TERMES DE RÉGULATION ET NON PLUS DE CONCURRENCE

111. L'audit doit donc être pensé en termes de régulation, et cela dans les deux sens que l'on peut donner à la régulation, à la fois dans son rapport transitoire à un marché concurrentiel et dans un rapport définitif lié à un autre souci, ici le risque systémique et la stabilité financière²⁷. En effet, le marché de l'audit doit être définitivement tenu en équilibre par les organes professionnels et les régulateurs, entre le principe de concurrence et d'autres principes, le principal étant ici la qualité de l'audit. Cela est une régulation de l'audit. Mais il s'agit, le Livre Vert insistant sur ce point, parce que l'audit est déterminant pour les marchés financiers et bancaires, qui eux-mêmes sont des sous-jacents nécessaires aux marchés des biens et services, de construire un marché européen de l'audit. La construction d'un marché est le premier usage de la régulation (I). Le second usage de la régulation est son équilibre définitif, lorsqu'il ne peut être laissé à la seule concurrence, même lorsqu'il a atteint sa maturité, entre le principe de concurrence et un principe non spontané de qualité (II).

§ I

LA CONSTRUCTION D'UN MARCHÉ EUROPÉEN DE L'AUDIT VOULU PAR LE LIVRE VERT

112. Le marché européen de l'audit ne peut pas se construire par la destruction, comme ce fût le cas pour les marchés de biens et services ordinaires, pour lesquels la destruction des frontières nationales, tarifaires et non-tarifaires, suffirent. Le marché européen ne s'est pas construit sur le droit de la concurrence mais sur les trois libertés de circulation, de biens, de personnes et de capitaux, sur l'idée d'un espace de liberté, donc sur l'idée d'absence de règles, la puissance de la liberté puisant dans sa négativité. Il en ressort que le marché européen de l'audit doit se

27. Pour une plus ample démonstration, v. M.-A. FRISON-ROCHE, « Ambition et efficacité de la régulation économique », in « Le droit face au risque financier », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 6, nov.-déc. 2010, étude n° 34, p. 59-66.

construire (A), mais il ne peut se faire qu'en s'appuyant sur un titre qui cristallise la compétence technique avérée du professionnel, le « passeport » européen (B).

A. La nécessité d'un marché européen de l'audit sous-jacent au marché intérieur financier

113. En ce qui concerne la construction du marché européen de l'audit, le Livre Vert le montre parfaitement bien, par un raisonnement en « poupée russe » : un marché de biens et services (« économie réelle ») ne fonctionne que soutenu par un marché du travail, un marché financier, un marché bancaire, un marché de l'énergie. L'autonomie de ceux-ci non seulement pas n'aide pas l'économie réelle, mais plus encore lui nuit : la « financiarisation » de l'économie n'est jamais que la prise d'autonomie de la finance par rapport aux marchés des biens réels, grâce à la puissance de la virtualité mathématique, détruisant les marchés. C'est la perspicacité de l'historien Fernand Braudel que de l'avoir décelé parmi les premiers²⁸.

114. Dès lors, l'Europe ne sera pleinement économique, et ne pourra notamment être gouvernée économiquement, que si elle se dote de ces sous-jacents, poupées à l'intérieur de la vaste poupée qu'est le marché intérieur, lui-même marque du projet politique européen²⁹.

115. Ainsi le Livre Vert a tout à fait raison de vouloir construire un marché européen de l'audit, pour satisfaire la volonté européenne de stabilité financière, dans une convergence des conditions. Pour cela, le principe est identique à celui du départ historique de l'Europe, à savoir la libre circulation, sa conséquence technique en étant le libre établissement. Ainsi, la condition de nationalité ne peut être en soi une condition d'exercice, comme vient de le rappeler la Cour de justice à propos des notaires dans son arrêt du 24 mai 2011³⁰, mais il ne serait pourtant être question de construire un marché où la libre circulation ne s'accompagne pas du primat de la qualité. C'est pourquoi la liberté de circulation ne peut s'accompagner que d'une technique de « passeport ».

B. La nécessaire attelle du passeport européen des auditeurs

116. Ainsi, et il n'en est pas différemment pour les établissements financiers, le Livre Vert propose la technique du « passeport » qui associe l'aptitude du professionnel à circuler au-delà de son pays d'origine, dès l'instant qu'il a démontré ses capacités techniques. L'avantage du « passeport » par rapport à la technique des équivalences délivrées par le pays d'accueil par exemple, est l'internationalisation dans le titre des compétences.

28. F. BRAUDEL, *La dynamique du capitalisme*, Flammarion, 1985.

29. V. *supra* n° 57 et s.

30. Grande chambre, C-50/08.

117. Ainsi, l'avenir des marchés, notamment du fait des crises de confiance, est dans les titres attribués aux personnes, ici un « passeport », dont le « diplôme » est une première espèce. Il est remarquable que Samuelson démontra que le marché concurrentiel est le mécanisme qui brisa le monde de l'Ancien Régime, monde des titres. On voit celui-ci réapparaître, à travers les agréments des personnes, les diplômes requis pour exercer, les passeports qui attestent de la compétence technique pour aller pratiquer son art au-delà des frontières de l'État qui a délivré le diplôme.

118. Ces techniques, dont nous avons ici un exemple, signifie-t-il une « remédiévalisation » des rapports économiques, gouvernés par les titres, les réseaux et les dépendances? Le droit économique a tendance à cette régression, mais celle-ci s'opère davantage par le contrat³¹ que par la technique des titres.

119. En effet, ces titres demeurent des techniques de marché et ne constituent pas une régression. Ils ne sont pas transmissibles et cristallisent les compétences techniques de la personne ou de l'entreprise, ce qui n'était pas le cas des titres d'Ancien Régime. Ainsi, la technique des titres sur les nouveaux marchés ne sont que des « réputations cristallisées », ou une titrisation de l'intermédiation, permettant au marché pourtant intermédié d'être le plus possible étendu. En effet, la construction d'un marché européen n'implique en rien qu'il soit exclusivement concurrentiel. Ainsi, le primat de la qualité de l'audit peut faire prévaloir la régulation sur la concurrence.

§ II

LA PRIMAUTÉ DE LA QUALITÉ DE L'AUDIT GRÂCE À UN MARCHÉ DE L'AUDIT RÉGULÉ

120. Il convient d'affirmer la primauté de la qualité de l'audit³². La régulation du marché de l'audit peut se faire *ex post* par le biais de la responsabilité professionnelle retenue par le juge. L'on peut raisonner par analogie en observant la puissance exercée par la sévérité des juges à l'égard des notaires, sévérité qui contribue à en faire la profession adéquate à assurer l'intermédiation sur le marché immobilier, profession dont l'existence a manqué aux États-Unis à propos des *sub-primes*.

121. En outre, les professions libérales sont nécessaires au marché, précisément parce qu'elles ne sont pas des professions ordinaires. Ainsi, l'auditeur va exercer un contrôle sur une entreprise qui le rémunère, ce qui est contraire à un comportement ordinaire, la qualité de profession libérale aidant à surmonter la difficulté. Si l'on ne veut pas se laisser aller à l'illusion ou au discours moral, il faut au contraire

31. A. SUPLOT, « Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale », in S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, coll. « Droit et Société », LGDJ, 2007, p. 19-44.

32. Dans ce sens, M. LEGER, « Comment créer l'audit du XXI^e siècle? Quelques pistes de réflexion... », in « Audit et comptabilité : une voix française dans le débat international », *LPA* n° spéc., 3 mars 2011, p. 27-29.

insister sur l'organisation de la notion clé de « profession », avec la dimension disciplinaire, de normes professionnelles, et d'organisations professionnelles qui sont mises en place.

122. Il ne s'agit pas ici d'entrer dans des problématiques qui ne concernent pas les questions concurrentielles elles-mêmes mais plutôt ce qui fait qu'un audit est « de qualité » ou non. En effet, un professionnel suit les normes professionnelles et s'il le fait, on doit considérer qu'il a mené un « audit de qualité ». Si cet audit n'a pas abouti à faire à jour des risques qui se sont révélés par la suite, il ne convient pas d'une façon rétrospective d'y voir une défaillance de l'auditeur, mais une défaillance des normes professionnelles.

123. La question qui se pose alors est de savoir si les normes dont il convient de mesurer l'efficacité sont les normes d'audit ou bien sont les normes comptables. En effet, on a l'impression que c'est parce qu'il hésite aujourd'hui sur la finalité de la comptabilité que le marché reporte sur l'audit ce qu'il attend (*expectation*). Déçu (*gap*), il cherche la tête à redresser, si ce n'est à faire tomber.

124. La Commission européenne doit désigner plus clairement qui doit « dire le risque » : l'entreprise à travers ses documents sociaux, sa comptabilité ? L'auditeur à travers sa certification, sur la comptabilité, au-delà de la comptabilité ? Qui doit « prendre le risque » ? L'entreprise dans son information financière, l'information sur le risque pouvant lever le vent de la panique ? L'auditeur, qui veillerait sur le secteur à la place du régulateur ? L'investisseur qui aurait un droit à ne jamais perdre ?

125. À tant y réfléchir, on finit par se demander quel est le but du Livre Vert. À travers l'objectif de stabilité financière, le lecteur perçoit que le fonctionnement concurrentiel du marché de l'audit semble un but à part entière. La protection de l'épargnant s'additionne à la stabilité financière, alors que les deux ne coïncident pas toujours. Or, on sait que la pluralité des buts est le vice de tout système téléologique, dont on avait vu qu'il est la marque du droit européen³³.

33. V. *supra* n° 1.