COMPAGNIE NATIONALE
DES EXPERTS-COMPTABLES DE JUSTICE

Cour de cassation, Cours d'appel, Conseil d'Etat, Cours administratives d'appel

CINQUANTE SIXIÈME CONGRÈS NATIONAL

~

Sur le thème

LA RESPONSABILITÉ DES PROFESSIONNELS DU CHIFFRE

CNECJ

BIARRITZ – 13 OCTOBRE 2017

ACTES DES CONGRÈS
DE LA COMPAGNIE NATIONALE DES EXPERTS-COMPTABLES DE JUSTICE

55e Congrès national : Nantes, 7 octobre 2016, sous la présidence de M. Jean-Pierre REMERY, conseiller doyen à la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Olivier PERONNET, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
Évaluation d'entreprise - Démarche, approche et référentiels de l'expert de justice

54e Congrès national : Aix-en-Provence, 16 octobre 2015. Sous la présidence de Mme Laurence FLISE, Présidente de la 2e Chambre civile de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Pierre BONNET, Expert près la Cour d'appel de Lyon.
La collégialité dans l'expertise

53e Congrès national : Poitiers, 26 septembre 2014. Sous la présidence de M. Jean-Pierre REMERY, doyen de la chambre commerciale, Financière et économique de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Pierre-François LE ROUX, expert près la Cour d'appel de Rennes.
Rôles et missions de l'expert-comptable de justice dans la résolution des conflits

52e Congrès national : Paris, 15 novembre 2013. Sous la présidence de M. Vincent LAMANDA, premier président de la Cour de cassation. Rapporteurs généraux, M. Patrick LE TEUFF et M. Jean-Luc FOURNIER, experts près la Cour d'appel de Paris, agréés par la Cour de cassation.
L'expertise, la preuve et l'expert-comptable de justice.

51e Congrès national : Toulouse, 21 septembre 2012. Sous la présidence de M. Yves GERARD, Haut conseiller doyen de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Michel TUDEL, expert près la Cour d'appel de Toulouse.
Du chiffre à la lettre : L'expert-comptable de justice et la sincérité de l'information financière.

50e Congrès national : Nice, 30 septembre 2011. Sous la présidence de M. Daniel TARDIF, président de chambre, directeur du service de la documentation de la Cour de cassation et de Mme Claire FAVRE, président de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Didier CARDON, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable de justice et l'évaluation des préjudices économiques.

49e Congrès national : Reims, 8 octobre 2010. Sous la présidence de M. Vincent LAMANDA, premier président de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Bruno DUPONCHELLE, expert près la Cour d'appel de Douai, agréé par la Cour de cassation.
Missions particulières confiées aux experts-comptables de justice : 1. Missions d'assistance et d'investigation dans les procédures collectives, 2. Missions de tiers évaluateur (art. 1592 et 1843-4 du code civil).

48e Congrès national : Lyon, 9 octobre 2009. Sous la présidence de M. Vincent LAMANDA, premier président de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Dominique LENCOU, expert près la Cour d'appel de Bordeaux, agréé par la Cour de cassation.
L'expertise comptable judiciaire des garanties d'actif et de passif consécutives aux cessions de titres de sociétés.

47e Congrès national : Caen, 24 octobre 2008. Sous la présidence de M. Vincent LAMANDA, premier président de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Michel ASSE, expert près la Cour d'appel de Rouen.
L'apport de l'expert-comptable judiciaire dans les affaires de contrefaçon.

46e Congrès national : Nancy, 12 octobre 2007. Sous la présidence de M. Vincent LAMANDA, premier président de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Henri LAGARDE, expert près la Cour d'appel de Toulouse.
L'expertise comptable judiciaire dans les affaires familiales.

45e Congrès national : Riom, 6 octobre 2006. Sous la présidence de Mme Perrette REY, présidente du Tribunal de commerce de Paris, présidente de la Conférence des juges consulaires de France. Rapporteur général, M. Didier KLING, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
La loi de sauvegarde des entreprises et l'expert-comptable judiciaire.

44e Congrès national : Aix-en-Provence, 30 septembre 2005. Sous la présidence de M. Daniel TRICOT, président de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Pierre LOEPER, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire et la notion de valeur.

43e Congrès national : Grenoble, 8 octobre 2004. Sous la présidence de M. Daniel TRICOT, président de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Didier FAURY, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire et l'évolution des normes comptables nationales et internationales (IFRS).

42e Congrès national : Tours, 11 octobre 2003. Sous la présidence de M. Jean-Claude MARIN, directeur des affaires criminelles et des grâces au Ministère de la justice. Rapporteur général, M. Jacques LOEB, expert près la Cour d'appel de Lyon.
Complexité des ensembles économiques, complexité des opérations, utilité de l'expert-comptable judiciaire.

41e Congrès national : Colmar, 11 octobre 2002. Sous la présidence de M. Bruno COTTE, président de la chambre criminelle de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Michel DEVILLEBICHOT, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire et les droits des associés minoritaires.

40e Congrès national : Rennes, 5 octobre 2001. Sous la présidence de M. Jean BUFFET, président de la 2e chambre civile de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. André DANA, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
Le principe de la contradiction dans l'expertise en matière civile.

39e Congrès national : Paris, 6 octobre 2000. Sous la présidence de M. Jean-Pierre DUMAS, président de la chambre commerciale de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Marc ENGELHARD, expert près la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, agréé par la Cour de cassation.
L'information financière et l'expert-comptable judiciaire.

38e Congrès national : Douai, 8 octobre 1999. Sous la présidence de M. Jean-François BURGELIN, procureur général près la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Jean FOURCADE, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire et l'abus des biens sociaux.

37e Congrès national : Lyon, 9 octobre 1998. Sous la présidence de M. Pierre TRUCHE, premier président de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Pierre DARROUSEZ, expert près la Cour d'appel de Douai, agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire en matière de soutien abusif et de rupture brutale de crédit.

36e Congrès national : Toulouse, 3 octobre 1997. Sous la présidence de M. Roger BEAUVOIS, président de la 3e chambre civile de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Marcel PERONNET, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire et la détermination des préjudices.

35e Congrès national : Montpellier, 25 octobre 1996. Sous la présidence de M. Pierre BEZARD, président de la chambre commerciale et de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. André DANA, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire et la transmission des entreprises.

CNECJ

56e CONGRÈS NATIONAL DES EXPERTS COMPTABLES DE JUSTICE

(13 octobre 2017)

La responsabilité des professionnels du chiffre

TABLE DES MATIÈRES

56e Congrès national

Allocutions de bienvenue et de présentation du thème du Congrès :

Monsieur Michel TUDEL, Président de la Compagnie nationale des experts comptables de justice p. 5

Madame Carole CHAMPALAUNE, Conseillère à la Chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation p. 7

Monsieur Michel ASSE, Rapporteur général du Congrès, membre du bureau de la Compagnie Nationale des experts comptables de justice p. 17

Intervenants :

Intervention de monsieur Philippe MERLE, Professeur émérite de l'Université Paris II (Panthéon-Arras) sur la responsabilité des professionnels du chiffre p. 18

Intervention de monsieur Stéphane TORCK, Professeur de droit et de monsieur Olivier PERONNET, Vice-Président de la Compagnie Nationale des experts comptables de justice sur les éléments constitutifs de la responsabilité civile des professionnels du chiffre p. 27

Intervention de madame Garance CATTALANO-CLOAREC, Professeur de droit et de madame Agnès PINIOT, membre du bureau de la Compagnie Nationale des experts comptables de justice sur la notion de perte de chance p. 39

Intervention de monsieur Christophe BAYLE, avocat au barreau de Bordeaux et monsieur Christian COLLETER, membre de la Compagnie nationale des experts comptables de justice sur les limitations de la responsabilité des professionnels du chiffre p. 53

Intervention de madame Christine GUEGUEN, Présidente du H3C et de monsieur Thierry RAMONATXO, rapporteur général du H3C sur le partage de la responsabilité dans la survenance du sinistre comptable p. 65

Intervention de maître Maxime DELHOMME et de maître Patrick de FONTBRESSIN, avocats au barreau de Paris sur la responsabilité de l'expert-comptable et sur celle de l'expert comptable de justice p. 74

Allocutions de synthèse et de fin de Congrès de :

Monsieur Michel ASSE, rapporteur général du Congrès p. 78

Madame Carole CHAMPALAUNE, Conseillère à la Chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation p. 79

Monsieur Michel TUDEL, Président de la Compagnie nationale des experts comptables de justice p. 81

56e Congrès National des
Experts Comptables
de Justice
12-13-14 octobre 2017 - Biarritz

(LA SÉANCE EST OUVERTE À 9 HEURES SOUS LA PRÉSIDENCE DE M. TUDEL)

OUVERTURE DU CONGRÈS

M. TUDEL, Président. – Bonjour à tous.
Madame la conseillère de la chambre commerciale représentant,
Monsieur le premier président de la Cour de cassation,
Madame la représentante du Procureur général de Pau,
Madame la présidente du Haut conseil du Commissariat aux comptes,
Monsieur le rapporteur général du Haut conseil du Commissariat aux comptes,
Monsieur le Président de la Compagnie Nationale des Experts de Justice,
Monsieur le président de CCI France, notre confrère, Pierre Goguet,
Messieurs les présidents du tribunal de commerce de Pau et de Tarbes,
Monsieur le président de la Compagnie des experts de Pau,
Monsieur le représentant du président de la Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes,
Monsieur le représentant du président du Conseil supérieur de l'Ordre des experts-comptables,
Monsieur le Président d'Infores,
Mesdames et Messieurs les magistrats,
Mesdames Messieurs les professeurs,

Chers consœurs et confrères,

Nous nous retrouvons aujourd'hui dans cette belle ville impériale de Biarritz pour le 56e congrès national de notre Compagnie qui est dans sa 104e année d'existence, pour évoquer la responsabilité des professionnels du chiffre.

Je vous rappellerai que nous sommes venus à Pau le 16 octobre 1987 en présence de M. Jean-Marie GUTH, conseiller à la Cour de cassation, notre regretté confrère, M. François WINDSOR, en était le rapporteur général sur le thème précisément traitant de l'expert judiciaire face à la responsabilité civile des professionnels.

L'occasion nous sera donnée à Biarritz de mesurer les profondes mutations relatives à ce sujet après déjà 30 années. Nous étions revenus en Aquitaine, deux ans après, le 6 octobre 1989, sous la présidence de M. de FONTAINE, alors président de la chambre commerciale de la Cour de cassation.

Notre très estimé président d'honneur, M. André DANA, dont je salue la mémoire avec émotion, avait mené la réflexion sur le rôle de l'expert-comptable judiciaire et l'application des clauses de garantie de passif.

Revenons au thème qui nous réunit aujourd'hui. Nous allons évoquer, au cours de cette journée, un sujet qui tétanise toujours : l'idée de mise en cause des professionnels du chiffre.

Il s'agit d'une nécessité pourtant de mettre en place des règles d'éthique applicable à tous protégeant usagés, patients, clients, consommateurs des services, et plus que jamais une nécessité dans notre société.

Les organisations ordinales ont renforcé cette reconnaissance sans enlever la force ou leur représentativité. Je pense que la négation du fait ordinal constituerait un frein à leur reconnaissance, notamment des professionnels libéraux, comme corps social homogène et autonome.

Certes, les prérogatives des Ordres ne sont que des délégations du pouvoir réglementaire de l'Etat en matière de discipline ou de bonne pratique en matière économique.

Les professions réglementées ou soumises à statut bénéficient d'une reconnaissance conférée, ne l'oublions pas, dans l'intérêt des usagers et pour parfaire la qualité des services rendus.

Je rappellerai simplement que les professionnels du chiffre représentent un peu moins de 20 000 professionnels en France, soit 200 000 salariés et un chiffre d'affaires de 10 Md€.

Le fondement même de l'exercice professionnel des métiers du chiffre repose sur l'initiative et la responsabilité :

- responsabilité dans l'exercice de son art, de sa connaissance, et de sa compétence ;
- responsabilité vis-à-vis des pouvoirs publics et des usagers ;
- et enfin, responsabilité dans le fonctionnement de notre vie économique.

A mes yeux, il serait pure couardise que d'évoquer le moins souvent possible ce sujet en imaginant que cette posture serait protectrice, d'autant que pour les commissaires aux comptes, les experts-comptables et les experts-comptables de justice, l'environnement juridique a considérablement changé depuis ces dernières années, et comme souvent consécutivement à des sinistres très importants.

Alors je ne reviendrai pas à 2001, date de mon arrivée à la présidence de la Compagnie où j'avais reçu, comme cadeau d'arrivée, si je puis dire, l'affaire Enron qui a marqué la fin de l'autorégulation pour aller dans cette profession vers une régulation partagée.

A ce texte, s'est substituée la réforme européenne de l'audit avec l'ordonnance du 17 mars 2016 créant encore plus d'exigences spécifiques s'appliquant au contrôle légal.

Nos amis experts-comptables ont adopté en 2007 un Code de déontologie ainsi que des normes professionnelles élaborées par le Conseil supérieur et agrées en 2016 par arrêté du ministère des Finances avec force obligatoire.

En regard de ce texte dont la nature est législative ou réglementaire, nous pouvons d'ores et déjà pressentir qu'il serait tentant d'agir en responsabilité contre les professionnels.

Les commissaires aux comptes encourent une responsabilité délictuelle pour l'exécution de leurs missions légales, mais également contractuelle pour les services d'un audit ou services autres que la certification des comptes. Il s'agit de l'héritage de la réforme de l'audit qui a surtout inversé notre mode réflexif : tout ce qui n'est pas autorisé est interdit ; à l'inverse, tout ce qui n'est pas interdit est autorisé.

Je marque là, si vous le permettez, un moment de réflexion me conduisant à penser que notre droit germano-latin est en train de se fissurer sérieusement pour laisser plus de place à la soft low et ses espaces interprétatifs.

Je vous invite, à cette occasion, à remarquer que le Haut conseil du commissariat aux comptes est devenu le régulateur de l'audit, incluant non seulement les commissaires aux comptes, mais également les entités à auditer.

En revanche, les experts-comptables sont essentiellement dans une relation contractuelle avec leurs clients dont le socle est la lettre de mission, véritable contrat entre ces derniers.

J'en viens maintenant aux experts-comptables de justice pour lesquels il n'existe pas de texte particulier. De fait, les deux grands régimes de responsabilité civile s'appliquent, à savoir contractuel et délictuel.

Je citerai, par exemple, l'expertise de partie relevant bien sûr du contrat, ou la mission de tiers évaluateur de l'article 1843-4 relevant de la responsabilité quasi délictuelle.

Je tiens tout de même à vous rassurer à l'issue de ces propos introductifs sur le fait que les professionnels du chiffre n'ont qu'une obligation de moyen. Ce sera à la présumée victime de prouver l'existence d'une faute commise par le professionnel.

Avant même d'aborder plus précisément ce sujet pour lequel je vous sais particulièrement impatients, je voudrais préciser qu'en accord avec le rapporteur général et l'ensemble des intervenants, nous avons volontairement écarté de discourir sur la responsabilité pénale des professionnels, car ces derniers engagent leur responsabilité sur des fondements de nature juridique différente qui nécessiteraient des développements justifiant, à eux seuls, un congrès dédié.

Enfin, je rappellerai, et pour moi c'est le plus important, que cette journée d'étude se veut positive, pour nous professionnels, que la question n'est pas d'éluder le risque qui forge la noblesse et l'aura de nos métiers, mais de savoir comment le contenir, et notamment s'en prémunir.

Je vais donner la parole à Mme CHAMPALAUNE, conseillère à la chambre commerciale financière et économique de la Cour de cassation.

M. CHARRIER nous expliquera ensuite le déroulement de cette journée et de celle de demain.

L'équipe de M. Jacques CHARRIER a œuvré sans retenue pour le succès de ce congrès.

Je soulignerai que la section Pau-Bordeaux, et notamment à Pau, est une petite section. M. CHARRIER a donc beaucoup de mérite : mille mercis.

Michel ASSE prendra ensuite la parole en tant que rapporteur général et instigateur du thème de ce congrès. Il a eu la lourde responsabilité de réunir de prestigieux intervenants, sachant qu'ils vous livreront une réflexion très aboutie sur notre responsabilité dans l'exercice de nos missions.

Permettez-moi, avant même leur intervention, de remercier également Mme Christine GUEGUEN, présidente du Haut conseil au Commissariat aux comptes, qui nous a fait l'honneur de participer à nos travaux, et qui a accepté d'y participer avant même que je finisse de le lui demander. Merci beaucoup, Madame la présidente, c'est tout à votre honneur.

M. RAMONATXO, rapporteur général du Haut conseil au Commissariat aux comptes, nous fera part de sa vision sur ce thème.

Je ne vous présenterai pas M. le Pr Philippe MERLE tant sa réputation est grande et établie.

Mme Garance CATTALANO-CLOAREC, professeur agrégée de droit à l'université d'Orléans, a accepté spontanément de remplacer l'un de nos intervenants empêché.

Merci beaucoup, Madame le professeur.

M. Stéphane TORCK, professeur agrégé de droit à Paris II Panthéon-Assas, pour sa connaissance particulièrement approfondie du sujet, interviendra également.

Me Christophe BAYLE, avocat inscrit au Barreau de Bordeaux, Patrick de FONTBRESSIN, avocat inscrit au Barreau et habitué de nos congrès et Me Maxime DELHOMME, inscrit au Barreau, nous ferons part de leur vision extérieure et externe de la problématique qui nous occupe.

Enfin, permettez-moi de remercier ma consœur, Mme Agnès PINIOT, et mes confrères, Messieurs Olivier PERONNET et Christian COLLETER pour leur apport de leur expérience incontestable.

Je vous souhaite une excellente journée.

Merci beaucoup pour votre attention.

(Applaudissements)

Mme CHAMPALAUNE. – Monsieur le président de la Compagnie nationale des experts-comptables de justice,
Monsieur le procureur général près la Cour d'appel de Pau,
Madame la présidente du Haut Conseil du commissariat aux comptes,
Monsieur le rapporteur général du Haut Conseil,
Monsieur le président de la Compagnie nationale des experts de justice,
Monsieur le président de CCI France,
Monsieur le président de la Compagnie des experts de Pau,
Monsieur le représentant du président de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes,
Monsieur le représentant du Conseil supérieur de l'ordre des experts-comptables,
Mesdames et messieurs les présidents,
Mesdames et messieurs les magistrats, mes chers collègues,
Monsieur le premier président de la Cour de cassation m'a fait l'honneur de me désigner pour le représenter et ainsi présider les travaux de votre 56e congrès ce dont je le remercie vivement.

Je mesure cet honneur à la liste des prestigieuses personnalités qui m'ont précédée dans cet exercice, et en premier lieu les chefs de la Cour de cassation. Venant il y a quelques mois de rejoindre la Chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation, c'est évidemment avec beaucoup d'humilité que je succède également dans la présidence de votre journée d'études au président Bézard qui m'accueillit comme conseiller référendaire dans cette Chambre, mais aussi aux présidents DUMAS, TRICOT, FAVRE qui ont guidé mes pas dans cette Chambre.

Le thème de cette journée augure d'échanges qui seront, ceux du passé en témoignent, riches d'enseignements. A cet égard, la publication des actes des congrès sur le site de la Compagnie nationale permet de disposer des réflexions appuyées sur des expériences concrètes dans vos domaines d'expertise, dans cette dynamique de confrontation des concepts et de leur mise en oeuvre, qui permet d'améliorer, si nécessaire, à la fois la norme, juridique ou comptable, et ses conditions d'application, grâce à ces enseignements.

La présence très constante de la Cour de cassation lors de vos congrès témoigne de l'intérêt qu'elle porte aux travaux de votre Compagnie, laquelle concourt par ses membres à la réalisation de l'œuvre de justice.

Ce concours se manifeste notamment le domaine si délicat de l'appréciation de l'existence et de l'évaluation des préjudices économiques. Il paraît pertinent, avant de présenter quelques observations sur le sujet de la responsabilité des professionnels du chiffre auquel cette journée est consacrée, de relever quelques éléments d'actualité s'agissant de l'évaluation de ces préjudices, sujet auquel vous aviez consacré votre congrès de Nice en 2011.

Cette question fait en effet l'objet d'une attention prégnante par les juridictions, tandis que de nouveaux outils juridiques sont de nature à entraîner de nouvelles occurrences de recours, par les juridictions, aux experts-comptables de justice dans ce domaine.

L'attention prégnante de la justice, saisie d'actions en réparation de préjudices économiques, est mobilisée par l'exigence d'assurer dans ce domaine comme dans l'ensemble du domaine de la réparation, le respect du principe de la réparation intégrale. Elle se manifeste par des travaux réguliers consacrés à cette question. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle publié une étude sur le préjudice économique, réalisée par un de ses membres, dans son bulletin d'information *(n° 781 du 1er mai 2013)*, laquelle rendait d'ailleurs hommage à vos travaux du congrès de Nice déjà évoqués, et, la question justifiant toujours son approfondissement, la cour d'appel de Paris y a de son côté consacré un colloque le 10 octobre 2016.

Mais cette exigence juridique, constante, qui n'est pas nouvelle et est au cœur du système français de la responsabilité civile, se trouve confrontée à des situations économiques de plus en plus complexes, à la mesure de la sophistication de l'activité économique, de ses ramifications diverses au plan organisationnel, de son internationalisation aussi.

La difficulté d'évaluer les préjudices économiques dans ce contexte apparaît donc évidente et pour autant l'exigence d'effectivité du droit et en l'espèce du droit de la réparation en fait un impératif juridique, quelles que soient les difficultés concrètes rencontrées. La Cour de cassation ne manque pas d'ailleurs de rappeler, lorsque

c'est nécessaire, que les juges ne peuvent refuser d'évaluer un préjudice dont ils ont constaté l'existence, aux motifs de cette difficulté d'évaluation *(voir, par exemple, un arrêt de la 3e Chambre civile du 2 février 2011, rendu sur le pourvoi n° 10-30.427)*.

Monsieur le président de chambre Olivier DOUVRELEUR avait relevé, lors du colloque de la cour d'appel de Paris précité, que la réparation des préjudices économiques constituait *« le talon d'Achille de la réparation judiciaire »*. Cela signifie donc que des améliorations, notamment de méthodes, doivent être apportées.

Il y a lieu de relever que le préjudice économique n'est pas le seul à avoir été confronté à la difficulté de son appréciation à la fois exhaustive et précise. La réparation du dommage corporel, au demeurant d'une complexité humaine toute particulière, chacun pense à la question du prix de la douleur ou de l'évaluation des souffrances morales, a connu et connaît encore des enjeux de juste et intégrale réparation des différents préjudices engendrés par ce dommage.

Ces enjeux sont nés notamment de circonstances de survenance du dommage corporel posant la question de l'existence de chefs de préjudice nouveaux. A titre d'exemple, a été consacré l'existence d'un préjudice d'anxiété dont on trouve une première trace de reconnaissance, dans un arrêt de la 1ère Chambre civile du 9 juillet 1996, pourvoi n° 94-12.868, Bulletin 1996, I, n° 306, puis de façon systémique, dans le cadre de la réparation des préjudices causés par l'amiante *(Soc., 11 mai 2010, pourvoi n° 09-42.241, 09-42.242, 09-42.243, 09-42.244, 09-42.245, 09-42.246, 09-42.248, 09-42.247, 09-42.249, 09-42.250, 09-42.251, 09-42.252, 09-42.253, 09-42.254, 09-42.255, 09-42.256, 09-42.257, Bull. 2010, V, n° 106)*.

Des efforts de méthode, compte tenu de l'identification de la difficulté à assurer le respect du principe de la réparation intégrale, conjuguée à une exigence légitime des victimes, dans un contexte d'exposition au risque parfois systémique ont alors été recherchés, qui ont conduit à la mise au point d'une nomenclature des préjudices établie en 2005, portant le nom du regretté Président DINTILHAC, pour assurer l'homogénéité des méthodes d'évaluation et donc de la réparation, ainsi que sa prévisibilité, destinées tout à la fois à assurer la réparation intégrale et garantir l'égalité entre les victimes, tout en prenant en compte la singularité et l'individualisation de leur situation, hors toute *« barémisation »*. La nomenclature est ainsi une typologie des chefs de préjudice envisageables en matière de dommage corporel, même si elle n'a pas valeur impérative et n'interdit pas au juge de s'en écarter.

D'autres événements, comme les accidents collectifs, ou les actes de terrorisme, confrontent ce droit de la réparation du dommage corporel à de nouvelles interrogations sur l'identification de préjudices spécifiques comme celui d'attente pour les familles de victimes. Hors ces éléments contextuels particuliers, il peut être relevé que l'exigence de réparation revêt une acuité toujours accrue à la mesure de la souffrance éprouvée par les victimes ou leurs ayant-droits lesquelles invoquent des chefs de préjudice (souffrance morale engendrée par la conscience d'une mort imminente par exemple), sur la spécificité desquels la jurisprudence a dû se prononcer. Ainsi la 2e Chambre civile a -t-elle énoncé que le préjudice moral lié aux souffrances psychiques et aux troubles qui y sont associés étant inclus dans le poste de préjudice temporaire des souffrances endurées ou dans le poste de préjudice du déficit fonctionnel permanent, il ne peut être indemnisé séparément *(2e Civ., 5 février 2015, pourvoi n° 14-10.097, Bull. 2015, II, n° 22)*.

C'est dire que les questions en matière d'évaluation du préjudice ne restent pas figées, et que la recherche d'une adéquation entre le dommage causé et l'intégralité de la réparation des préjudices engendrés par ce dommage constitue une préoccupation permanente.

S'agissant du préjudice économique, découlant d'un dommage matériel, il en est de même, dans des circonstances, moins dramatiques au plan humain, mais où s'incarnent des enjeux extrêmement importants d'efficacité économique et de bon fonctionnement des marchés.

A cet égard, selon certains auteurs, certains chefs de préjudice sont, dans ce domaine, insuffisamment analysés et donc chiffrés. A titre d'exemple, le constat avait été ainsi fait par Madame la professeure Suzanne CARVAL de l'insuffisante prise en considération du temps et donc du prix du temps, ô combien important en matière économique, en relevant que les intérêts moratoires n'étaient pas suffisants à cet égard. Il peut être observé cet égard que le projet de réforme de la responsabilité civile engagé par le Ministère de la justice comportait dans sa version rendue publique au printemps 2016 la possibilité d'identifier un chef spécifique de préjudice en matière de retard de paiement de sommes d'argent autre que les seuls intérêts moratoires.

Dans le domaine économique, s'il est présupposé un comportement rationnel des acteurs, la juste réparation apparaît comme un facteur d'évitement de la survenance des dommages par la dissuasion de la commission de la faute, lorsqu'elle est volontaire, ou par la construction d'une organisation de l'entreprise ou la mise en place de contrôles internes ou externes de nature à prévenir sa survenance, lorsqu'elle est involontaire. Or, l'exigence de prévention présente un caractère particulier dans ce domaine, dans la mesure où les comportements fautifs, défaillants, intentionnels ou non, exposent à des risques de dommages allant bien au-delà de la victime directe et présentent ainsi un caractère systémique. C'est bien dans ce contexte du risque systémique, qui se présente d'ailleurs aussi en matière d'accidents sanitaires collectifs, qu'il existe un débat sur la question de savoir si les dommages-intérêts punitifs augmenteraient encore cette dissuasion.

C'est dire que, au regard de la fonction préventive de la responsabilité civile, l'exigence d'une évaluation toujours plus précise et plus fine des préjudices économiques est de nature à requérir toujours plus les experts-comptables de justice sur lesquels s'appuient les juges lorsqu'ils décident de recourir à une expertise dans le cadre d'actions en réparation.

Un autre facteur est de nature à favoriser cette sollicitation, qui provient de l'apparition ou de la prochaine adoption de nouveaux outils juridiques qui ont pour objectifs de favoriser la réparation de certains types de préjudices économiques ou de ceux causés par certains types de pratiques prohibées.

Trois exemples peuvent être évoqués.

Le premier concerne la contrefaçon et la loi n° 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon.

Le texte illustre d'ailleurs l'effort d'adaptation régulier de la législation en ce domaine, puisqu'il vient après la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007, transposant la directive n° 2004-48-CE du 29 avril 2004, introduisant la possibilité pour le juge de prendre en compte les bénéfices réalisés par le contrefacteur et la possibilité d'une réparation forfaitaire, déjà constitutives d'une double innovation et illustrant le caractère spécial de ce régime de réparation. Votre Compagnie avait consacré des travaux du congrès de Caen en 2008 à ses questions, suivant ainsi au plus près les évolutions normatives pour assurer efficacement leur application. Pour autant et ainsi que l'indique l'exposé des motifs de la proposition de loi ayant conduit à ces nouvelles dispositions, un rapport parlementaire, le rapport BÉTEILLE, avait identifié une insuffisance du dispositif face au caractère toujours lucratif de la contrefaçon.

La loi du 11 mars 2014 poursuit donc, ainsi que l'indique l'énoncé de son chapitre II consacré à ces dispositions, lequel est intitulé *« l'amélioration des dédommagements civils »*, une meilleure évaluation des préjudices. Dans la perspective unitaire de la précédente loi qui unifiait le mode d'évaluation des préjudices, quelle que soit la nature du droit de propriété intellectuelle ou industrielle en cause (propriété littéraire et artistique, dessins et modèles, brevets, obtentions végétales, marques, indications géographiques), les nouveaux articles L. 521-7, L. 615-7, L. 623-28, L. 716-14 et L. 722-6 L. 331-1-3 du Code de la propriété intellectuelle adoptent une rédaction identique, avec cette double nouveauté rédactionnelle constitutive, d'une part, d'une exigence méthodologique faite au juge de prendre en considération distinctement trois chefs de préjudices, et, d'autre part, d'une identification, elle-aussi d'ordre méthodologique, des économies réalisées par l'auteur de l'atteinte aux droits ou le contrefacteur, entrant dans le périmètre des bénéfices pris en compte pour l'évaluation des dommages-intérêts.

Ainsi, selon le premier de ces textes, ensuite décliné et adapté, *« Pour fixer les dommages et intérêts, la juridiction prend en considération distinctement :*

« 1° Les conséquences économiques négatives de l'atteinte aux droits, dont le manque à gagner et la perte subis par la partie lésée ;

« 2° Le préjudice moral causé à cette dernière ;

« 3° Et les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirées de l'atteinte aux droits.

Toutefois, la juridiction peut, à titre d'alternative et sur demande de la partie lésée, allouer à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire. Cette somme est supérieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte. Cette somme n'est pas exclusive de l'indemnisation du préjudice moral causé à la partie lésée ».

Ainsi ce nouveau régime augmente-t-il les exigences descriptives dans les expertises qui sont susceptibles d'être confiées aux experts-comptables de justice en ce domaine et qui sont sans doute répercutées dans les missions ordonnées.

Un deuxième exemple du renforcement du dispositif normatif en matière de préjudice économique résulte d'un texte plus récent, et traitant, quant à lui, pour la première fois de ce type de préjudice. Il est issu de la directive 2014/104 du 26 novembre 2014 relatives à certaines règles régissant les actions en dommages-intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des Etats membres et de l'Union européenne, transposée par une ordonnance et un décret du 9 mars 2017 publiés au JO du 10 mars 2017. Ce nouveau régime vise à assurer l'effectivité du droit de la concurrence s'agissant de son domaine subjectif, en prévoyant qu'à côté de la protection du fonctionnement concurrentiel des marchés assuré notamment par des sanctions prononcées par des autorités de régulation, il puisse exister une réparation des préjudices soufferts par les opérateurs économiques eux-mêmes. Ces deux régimes, l'un, de protection des marchés, l'autre, de réparation des préjudices privés, doivent concourir eux aussi à une fonction préventive *« par dissuasion »*, et à cette fin, sont articulés entre eux.

Ce texte, qui procède aussi d'un effort de méthode et de définition, donne la composition du préjudice réparable, perte faite, qui est définie, gain manqué, qui l'est également, perte de chance et préjudice moral. Il fait la place à ce qui est bien connu des experts que vous êtes et que rappelait votre collègue, Monsieur Maurice NUSSEMBAUM, lors du colloque de la cour d'appel de Paris précité, à savoir le scénario contrefactuel,

c'est-à-dire la situation qui aurait prévalu en l'absence de pratiques et en l'absence de dommages, étant précisé que l'un des principaux apports du texte relève du domaine probatoire et est constitué par la présomption de l'existence d'un préjudice causé par une entente horizontale, seule concernée par les règles de la directive et donc par la présomption, réfragable, qu'elle prévoit. De la pratique qualifiée et imputée par une décision de l'Autorité de la concurrence s'inférera, sous certaines conditions, et sauf preuve contraire, un préjudice.

Un troisième instrument, qui reste à transposer avant le 9 juin 2018, est celui de la directive n° 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites. L'objectif de réparation est ici second par rapport à celui qui est à l'origine de ce texte, qui a d'abord pour finalité la protection des secrets, dans une perspective de protection des innovations réalisées par les entreprises européennes. Ce texte comporte néanmoins un chapitre III intitulé *« Mesures, procédures et réparations »* lequel, dans son article 6 (§1) crée l'obligation pour les Etats de prévoir qu'une réparation *« au civil »* soit possible en cas d'obtention, d'utilisation et de divulgation illicites de secrets des affaires.

Sur le principe, cette obligation ne crée pas d'enjeu en droit interne puisque la responsabilité civile garantit déjà le principe de réparation causé par des dommages qui seraient causés en cas d'obtention, d'utilisation et de divulgation illicites de secrets des affaires.

Il existe néanmoins un enjeu qui porte sur les modalités de réparation, et donc d'évaluation, car la directive fixe des objectifs aux Etats en prévoyant que *« les mesures, procédures et réparations :*

a) doivent être justes et équitables,

b) ne doivent pas être inutilement complexes ou coûteuses et ne doivent pas comporter des délais déraisonnables ni entraîner des retards injustifiés,

et

c) doivent être effectives et dissuasives ».

L'intégration de l'objectif de dissuasion dans la fixation des réparations doit ainsi être soulignée.

L'article 14 de la directive est consacré aux dommages et intérêts dont les Etats doivent prévoir que les autorités judiciaires compétentes aient le pouvoir, à la demande de la partie lésée, de les accorder en cas de préjudice subi par un détenteur de secret d'affaires, causé par un contrevenant qui savait ou aurait dû savoir qu'il se livrait à une obtention, une utilisation ou une divulgation illicite d'un secret d'affaires. Notre Code civil pourvoit déjà à ce principe de réparation d'un dommage causé par un comportement fautif ou imprudent.

La directive prévoit que les dommages-intérêts sont *« fonction du préjudice que le détenteur a réellement subi »* ce qui là aussi ne trouble en rien nos règles internes.

Il est intéressant de relever qu'elle décrit la consistance de ce préjudice dans le même effort de méthodologie déjà relevé s'agissant de la directive relative à l'indemnisation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles. La multiplication de régimes spéciaux n'empêchent pas, et c'est heureux au plan de la sécurité juridique, d'assurer une cohérence d'approche et de terminologie de ceux-ci, lorsque les mêmes notions sont à l'œuvre.

Elle indique ainsi que la réparation devra comprendre : *« tous les facteurs appropriés tels que les conséquences économiques négatives, y compris le manque à gagner, subies par la partie lésée, les bénéfices injustement réalisés par le contrevenant, et dans les cas appropriés des éléments autres que les facteurs économiques, tel que le préjudice moral ».*

On retrouve ici les principes qui président à la réparation des préjudices causés par la contrefaçon.

Elle ouvre, en revanche, des brèches dans le principe général de la réparation intégrale, en prévoyant qu'un régime de réparation forfaitaire soit possible, ce qui devra conduire à transposition car cela est contraire au droit français qui prévoit la réparation intégrale du préjudice, sauf dans les régimes spéciaux tels que celui prévu en matière de contrefaçon, qui l'inspire d'ailleurs puisque dans ce régime forfaitaire, l'évaluation pourra être faite à partir de droits ou redevances éludés si le contrevenant avait demandé l'autorisation d'utiliser le secret. C'est le modèle connu de la protection des droits de propriété intellectuelle ou industrielle.

La directive n'impose pas aux Etats de prévoir la possibilité de prononcer des dommages-punitifs, ce qui introduira peut-être dans les débats, au regard de la perspective de dissuasion, la question de la sanction pénale précédemment envisagée dans les propositions de lois émanant du législateur national, lesquelles n'ont pas abouti, la directive qui est un texte d'harmonisation minimum, laissant les Etats membres libres de prévoir des mesures en ce domaine.

Voilà donc deux champs nouveaux de recours aux experts-comptables de justice dont on peut attendre, en relevant d'un simple point de vue judiciaire, qu'il ne faut pas l'espérer car personne n'appelle à la croissance du contentieux, qu'ils contribuent en revanche qualitativement à la meilleure réparation des préjudices économiques dans ces deux domaines.

Il est temps d'en venir au thème des travaux de ce congrès consacré à la responsabilité civile des professionnels du chiffre dans l'exercice de leur activité et les quelques observations qui suivent ne concerneront pas les aspects

pénaux ni disciplinaires ou assimilables, tels que les sanctions prononcées par le H3C pour les commissaires aux comptes.

La question sera posée au cours de cette journée d'une croissance ou pas, de la mise en jeu de la responsabilité civile des professionnels du chiffre, tandis que la question sera abordée aussi de la responsabilité de ces mêmes professionnels mais cette fois-ci dans leur activité expertale. A cet égard une observation sociologique et une observation statistique paraissent pouvoir être formulées.

Au plan sociologique, il paraît se manifester une exigence de plus en plus forte vis à vis des professionnels en général et de ceux qui se voient confier des monopoles d'exercice en particulier, d'autant qu'existe une obligation de recourir à leurs services, lesquels sont, évidemment, payants, certains diraient coûteux, ce qui est subjectif.

L'intervention de ces professionnels, lorsqu'elle est obligatoire, est conçue par le législateur, dans le domaine de l'expertise-comptable et du commissariat aux comptes, comme une garantie micro-économique et en principe doit être perçue comme telle par *« l'utilisateur »*, entreprise ou investisseur, sans compter, comme évoqué déjà, une protection au plan macro-économique.

Par ailleurs, il s'agit, pour reprendre la terminologie européenne, de professions et de prestations de confiance, avec une asymétrie d'informations et de compréhension entre le professionnel et entre celui qui y a recours, comme le chef d'entreprise ou l'investisseur ou l'épargnant.

Dans ces conditions, la défaillance éventuelle du professionnel est d'autant plus *« mal perçue »* par l'entreprise qui a été obligée, par ordre de la loi, de recourir aux services de ces professionnels ou par les tiers qui se sont fiées aux travaux de ceux-ci pour prendre leurs décisions d'investissement et d'épargne.

Dans ce contexte, la recherche judiciaire de la responsabilité et de la réparation est une forme de contrepartie non seulement économiquement légitime mais elle est aussi symboliquement nécessaire pour incarner l'absence d'immunité des membres de ces professions, étant observé qu'au-delà des caractéristiques qu'elles ou les prestations qu'elles assurent peuvent présenter (monopole d'exercice, recours obligatoire), l'absence d'immunité constitue une exigence sociétale très forte, et qui est générale.

Par ailleurs la multiplicité des acteurs qui peuvent concourir à un dommage explique aussi que la responsabilité de tous soit recherchée, avec le cas échéant, la nécessité pour le juge de déterminer le rôle causal de chacun de ces acteurs. La recherche de la responsabilité des professionnels peut être un devoir dans l'accomplissement de sa mission par un autre professionnel ; c'est le cas pour les professionnels de procédures collectives qui sont amenés à engager ce type d'actions. Ainsi certaines actions sont-elles introduites contre les professionnels du chiffre par le liquidateur judiciaire qui pourrait engager sa propre responsabilité s'il n'engageait pas les actions de nature à réduire les pertes des créanciers de l'entreprise.

Au plan statistique, la question se pose de savoir si cette exigence qualifiée rapidement de sociologique et qui répond aussi à des exigences juridiques se traduit par une augmentation du contentieux.

Une recherche sommaire sur la base de jurisprudence de la Cour de cassation, portant sur des mots-clefs et dont les enseignements ne sont donc que purement quantitatifs, permet d'observer que moins de 200 arrêts concernent des experts-comptables et moins de 100 des commissaires aux comptes, le nombre le plus important revenant logiquement, eu égard aux contentieux entrant dans ses attributions, à la Chambre commerciale, financière et économique.

A l'aune du nombre des arrêts rendus en matière de responsabilité par les mêmes chambres et par la Chambre commerciale en particulier, ce chiffre est peu élevé et ce d'autant que dans ces arrêts, la mention d'un expert-comptable ou d'un commissaire aux comptes peut résulter seulement d'un élément contextuel sans que l'objet du litige ne soit en réalité constitué par la recherche de la responsabilité de l'un ou de l'autre de ces professionnels.

Une autre indication statistique résulte de la présence au rapport annuel de la Cour de cassation qui signale les arrêts les plus importants, soit qu'ils résolvent une question nouvelle, soit qu'ils marquent une évolution ou un revirement de la jurisprudence.

Très peu d'arrêts sont commentés de cette façon au rapport annuel qui se consacre par ailleurs en général à une étude très ample sur une thématique particulière, à la restitution statistique de son activité, à des propositions de réforme et à la suite qui a été donnée par le législateur ou le gouvernement à ces propositions.

Mais à partir de cet échantillon qui est donc très limité, il est intéressant de relever qu'en 2016, un arrêt concernant la profession de commissaire aux comptes, du 8 octobre 2016 rendu sur le pourvoi n° 14 28 850 a eu les honneurs de ce rapport, sur le champ d'application du droit de révocation judiciaire d'un commissaire aux comptes. La Cour d'appel avait jugé qu'une Fédération syndicale, qui avait eu recours aux services d'un commissaire aux comptes, ne pouvait agir sur le fondement de l'article L. 823-7 du Code de commerce pour obtenir le relèvement de ses fonctions de ce professionnel. La Cour de cassation en a jugé autrement, en décidant, au visa du texte précité, que les dispositions de l'article L. 823-7, alinéa 1, du Code de commerce, qui prévoient notamment que les commissaires aux comptes peuvent être relevés de leurs fonctions, sur décision de justice, à la demande de l'organe collégial chargé de l'adminis-

tration, sont applicables à l'ensemble des personnes ou entités dotées d'un commissaire aux comptes.

C'était ainsi signifier qu'il n'y avait pas lieu à distinguer entre bénéficiaires des services d'un commissaire aux comptes en limitant le bénéfice des dispositions qui ont pour objet de protéger les entités qui ont recours à ces professionnels, à celles pour lesquelles il est vrai ,qu'originellement, cette intervention était principalement destinée. L'élargissement du périmètre d'intervention de ces professionnels, qu'il soit légal ou contractuel, a pour corollaire une interprétation des textes régissant leur activité en cohérence avec l'extension de leur champ d'activité.

Antérieurement, un autre arrêt très important, du 23 mars 2010, rendu sur le pourvoi n° 09-10.791, publié au bulletin sous le n° 60, a été aussi commenté au rapport annuel pour l'année 2010 et concerne le domaine de la responsabilité stricto sensu, encore que l'hypothèse du relèvement judiciaire évoqué ci-dessus peut constituer le préambule à la mise en jeu ultérieure de la responsabilité. Cet arrêt fait apparaître qu'au delà du mode d'exercice professionnel, c'est le comportement du professionnel qui s'incarne physiquement qui est évalué, la Cour de cassation mettant en évidence ici la spécificité du professionnel indépendant qu'est le commissaire aux comptes, cette caractéristique étant constitutive par ailleurs, pour la Cour de cassation, de la profession libérale.

La question était celle de savoir si, lorsque les fonctions de commissaire aux comptes sont exercées par une société de commissaire aux comptes, la personnalité juridique de cette société, et la responsabilité qui s'y attache, font obstacle, sauf dispositions contraires, à ce que le commissaire aux comptes personne physique ayant accompli des actes professionnels au nom de la société titulaire du mandat, réponde personnellement de ces actes.

En présence de Monsieur le professeur MERLE, il ne peut être passé sous silence que la question était débattue en doctrine, et notamment sous sa plume, et que deux thèses s'affrontaient, thèses que l'on peut présenter en les simplifiant exagérément, en indiquant que l'une faisait prévaloir l'écran de la personnalité morale, tandis que l'autre soulignait les spécificités inhérentes au caractère libéral de la profession de commissaire aux comptes.

La Cour de cassation a répondu à la question par la négative, en se fondant sur le caractère libéral de la profession, qui a pour corollaire l'indépendance du professionnel, lequel, exercerait-il dans une forme sociale, exerce son activité avec – c'est à la fois son droit et son obligation- liberté de choix et de conscience. Dès lors, il ne saurait être question que l'exercice de l'activité sous forme d'une société qui n'agit en réalité que par son intermédiaire, assure une immunité au professionnel qui effectue des actes dommageables.

La Chambre commerciale, financière et économique a donc décidé que le commissaire aux comptes agissant en qualité d'associé, d'actionnaire ou de dirigeant d'une société titulaire d'un mandat de commissaire aux comptes répond personnellement des actes professionnels qu'il accomplit au nom de cette société, quelle qu'en soit la forme.

Sans surprise, la même Chambre a appliqué la même règle aux experts-comptables, dans un arrêt du 21 juin 2011, rendu sur le pourvoi n° 10-22.790, publié au bulletin sous le n° 102 , et a jugé qu'aux termes de l'article 12 de l'ordonnance du 19 septembre 1945, la responsabilité propre des sociétés membres de l'ordre et des associations de gestion et de comptabilité laisse subsister la responsabilité personnelle de chaque expert-comptable ou salarié mentionné à l'article 83 ter et à l'article 83 quater de ce texte à raison des travaux qu'il exécute lui-même pour le compte de ces sociétés ou associations.

Après ces très rapides observations d'ordre sociologique et statistique, et la mention de ces deux arrêts commentés au rapport annuel, il est temps d'évoquer rapidement la mission de la Cour de cassation dans ce domaine de la responsabilité civile des professionnels du chiffre.

Elle ne présente en réalité pas de spécificité et est la même que dans tous les autres domaines du droit en général et de celui de la responsabilité en particulier : assurer l'interprétation uniforme du droit sur tout le territoire de la République, et s'agissant de la responsabilité civile, qu'elle soit des professionnels du chiffre ou de tous autres professionnels , assurer le respect du triptyque de la responsabilité civile, qui exige pour entrer en voie de condamnation à l'encontre d'une personne, la constatation d'une faute, l'existence d'un préjudice et l'existence d'un lien de causalité entre la première et le second.

Si les éléments de ces litiges sont nécessairement très factuels, le contrôle de la Cour porte sur le respect de standards de comportement, pour la qualification de la faute, et le respect des règles juridiques qui gouvernent la matière, (soit le principe de la réparation intégrale du préjudice lequel doit être réparable, direct et certain) et l'exigence de la vérification du lien de causalité, sachant que pour l'appréciation de celui-ci, c'est souvent, à l'aide de la technique de cassation et selon les moyens qui lui sont proposés par les avocats aux conseils, un contrôle de méthode qui est à l'œuvre.

Par ailleurs, la Cour de cassation veille au respect de la réalisation de l'oeuvre de justice en conformité avec les règles du procès et des garanties offertes par celui-ci, que ce soit par les règles internes ou, si elles n'y pourvoient pas, par les règles relatives au procès équitable issues de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Le principe de la contradiction est l'une des garanties que le juge doit observer, et on en trouve, parmi d'autres, un exemple en matière de perte de chance retenue par une Cour d'appel comme préjudice causé par un commissaire aux comptes en raison

de manquements dans la présentation du rapport spécial relatif à une convention réglementée, le commissaire aux comptes ayant indiqué à tort qu'une opération de cession d'actions relevant de ce régime avait fait l'objet de l'autorisation requise, arrêt cassé, au visa des articles 7 et 16 du Code de procédure civile, le 1er juillet 2008 *(pourvoi n° 07 17 729)*, dans la mesure où le caractère constitutif d'une perte de chance du préjudice n'avait pas été débattu et que la décision était fondée sur des faits qui n'était pas dans le débat. La doctrine avait observé, sous la plume du professeur Dominique SCHMIDT, qu'il s'agissait, à cette date, du seul exemple de faute retenue à l'égard d'un commissaire aux comptes s'agissant du contenu relatif au rapport spécial en matière de conventions réglementées. Encore eût-il fallu que cette condamnation eût été prononcée au terme d'une procédure respectant des principes cardinaux de la procédure civile. Dans le même esprit d'ailleurs, faute qu'ait été invoquée la perte de chance de ne pas approuver des conventions litigieuses, pouvant résulter des manquements, à les supposer démontrés, dans la présentation de son rapport spécial reprochés au commissaire aux comptes, la Cour de cassation a, en substituant des motifs de pur droit à ceux de la Cour d'appel, a retenu que ces manquements ne pouvaient être la cause du préjudice né de la conclusion de ces conventions *(Com., 26 février 2013, pourvoi n° 11-22.531, Bull. 2013, IV, n° 3)*. Pour mémoire, sur la responsabilité du commissaire aux comptes en ce domaine des conventions réglementées, un arrêt ancien du 2 juillet 1973, pourvoi n° 72-12.039, au bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambre commerciale n° 231, avait approuvé une Cour d'appel qui avait retenu la responsabilité du commissaire aux comptes lequel avait omis dans son rapport spécial de faire état d'un contrat de travail entrant dans le champ d'application des conventions dites réglementées, contrat annulé pour cette raison, annulation elle-même privative des salaires attendus par l'administrateur salarié.

La Cour statue sur les moyens dont elle est saisie et exclusivement ceux-ci sauf à se saisir exceptionnellement de moyens relevés d'office.

En cette matière, après les moyens de procédure et notamment les fins de recevoir liées à la prescription, viennent les moyens dits de fond sur la faute, le lien de causalité et le préjudice.

S'agissant du fondement de la responsabilité qui appelle des développements elle est, selon les cas, contractuelle ou délictuelle, selon les professions et/ou les missions. Ces points seront évoqués au cours de la journée.

S'agissant d'abord de la faute, elle s'apprécie à l'aune des obligations, qui sont de moyens, des professionnels, et en fonction d'un standard de diligences, lequel résulte, pour les commissaires aux comptes, de normes professionnelles d'exercice, dont le process d'adoption, qui présente un caractère collaboratif entre la Compagnie nationale des commissaires aux comptes et le Haut Commissariat aux comptes et, au terme de ce process, un arrêté du garde des sceaux, a été récemment réformé à la faveur de la vaste réforme rendue nécessaire par la directive du 16 avril 2014 et le règlement du 16 avril 2014 relatif aux exigences spécifique, applicables au contrôle légal des comptes des entités d'intérêt public transposée par une ordonnance du 17 mars 2016, laquelle a été suivie par un décret du 12 avril 2017 qui a modifié le Code de déontologie des commissaires aux comptes.

Il en est de même pour les experts-comptables, lesquels exercent leurs missions en conformité avec des normes professionnelles élaborées par le Conseil national de l'ordre des experts-comptables.

Elle relève selon les cas de la responsabilité contractuelle ou délictuelle, selon les professions et/ou les missions.

Le standard de comportement est à cet égard celui d'un professionnel normalement diligent, effectuant ses contrôles en conformité avec les normes professionnelles, en fonction desquelles les manquements sont appréciés, ainsi que l'a jugé la Chambre dans un arrêt du 19 octobre 1999, rendu sur le pourvoi n° 97-13446, publié au bulletin 1999, IV, sous le n° 176.

Ainsi, à titre d'exemple, le commissaire aux comptes n'a-t-il pas à procéder à la vérification exhaustive de la comptabilité de la société, ni à rechercher systématiquement toutes les erreurs et irrégularités que les comptes pourraient contenir, et est autorisé à procéder par sondage, ou autrement dit, selon une *« sélection de diligences »*.

A cet égard, le fait de ne pas déceler des irrégularités ou la falsification des comptes est l'une des fautes les plus couramment reprochées aux commissaires aux comptes comme le relève le professeur LE TOURNEAU dans son ouvrage consacré au Droit de la responsabilité et des contrats, *(Dalloz Action, éd. 2010, n° 5048)*.

Cette faute n'est pas nécessairement constituée par le seul constat de tels détournements, selon le mode opératoire utilisé, les falsifications opérées et le volume de ces détournements rapporté au chiffre d'affaires de la société. C'est ce qui avait conduit une Cour d'appel à exclure toute responsabilité du commissaire aux comptes, dès lors qu'il avait accompli son contrôle en conformité avec les exigences requises, c'est-à-dire par sondages, solution approuvée par la Cour de cassation dans un arrêt du 23 juin 2015, pourvoi n° 14-14.242.

Dans cette affaire et comme l'avait relevé Monsieur le professeur MERLE dans son commentaire sous cet arrêt, ni l'administration fiscale, ni l'URSSAF n'avaient détecté la fraude.

Il faut évidemment que le contrôle ait été sérieux et effectué en conformité, rappelons-le, avec les normes professionnelles.

Le manque de diligence est fondé sur des éléments factuels lesquels se réfèrent explicitement ou implicitement à ce qu'est l'exercice normal du contrôle, en référence, encore une fois, aux normes professionnelles. Pour un exemple de manque de diligence, on se référera à un arrêt du 27 octobre 1992, rendu sur le pourvoi n° 90-21127, publié au bulletin 1992 IV sous le n° 331, l'élément factuel étant, en l'espèce, le constat de ce que le professionnel n'avait consacré qu'une demi-journée à son contrôle. L'arrêt emploie l'expression, significative, de faute d'omission pour qualifier le comportement du professionnel.

La définition de la mission légale confiée aux commissaires aux comptes influe évidemment sur la caractérisation de la faute. C'est ainsi en l'état de textes antérieurs aux dispositions de l'article L. 822-16 du Code de commerce issue d'ordonnance du 8 septembre 2005 qui imposait au commissaire aux comptes, au titre de sa mission permanente de faire toutes observations utiles à l'entité contrôlée en cas de découverte d'inexactitudes ou d'irrégularités, qu'il a pu être jugé que le fait que le commissaire aux comptes n'avait pas relevé que l'entité contrôlée ne payait pas depuis plusieurs exercices la taxe professionnelle ne constituait pas en lui-même un manquement dès lors qu'il n'avait pas été recherché par les juges du fond l'existence d'une inexactitude dans les comptes de la société de nature à fausser la perception par les tiers de la situation patrimoniale de cette dernière *(Com., 2 novembre 2011, pourvoi n° 10-25.502)*.

Parmi les diligences figure une exigence de curiosité pesant sur le commissaire aux comptes lequel ne peut se contenter, sans engager alors sa responsabilité, d'entériner les informations qu'il reçoit, sans s'informer lui-même. C'est le sens d'un arrêt de la Chambre commerciale du 11 juillet 2000, rendu sur le pourvoi n° 96-13.668, Bull. civ. 2000, IV, n° 144.

Dans le même esprit, il doit être particulièrement vigilant quand les dirigeants refusent de lui communiquer des documents susceptibles de révéler des irrégularités. Tel est l'enseignement d'un arrêt ancien *(Com., 9 février 1988, pourvoi n° 86-13.121, Bulletin 1988 IV, n° 68)*.

La même exigence de curiosité à l'égard des dirigeants pèse sur l'expert comptable, et les termes de la lettre de mission influent également sur les vérifications et rapprochements que doit effectuer l'expert-comptable lequel doit alors s'interroger sur certaines opérations à effectuer (en l'espèce, la comptabilisation d'une provision). C'est ce qui a été jugé par une Cour d'appel approuvée par la Chambre commerciale *(Com., 10 décembre 2013, pourvoi n° 11-22.712, 11-22.188, 11-25.432, Bull. 2013, IV, n° 182)*.

Si ces quelques exemples relatifs à la caractérisation de la faute n'épuisent en rien le sujet, mais ce n'est pas l'objet de ces observations liminaires, un arrêt paraît devoir être cité pour mettre en évidence que la Cour de cassation est attentive à ce que ne soit pas imputé à faute à un professionnel du chiffre, en l'espèce un commissaire aux comptes, un comportement qui est en réalité la manifestation de ce qu'il accomplit avec diligence sa mission, dussent ces diligences prendre un certain temps. C'est le sens d'un arrêt du 18 février 2014, rendu sur le pourvoi n° 12-29.075, et publié au bulletin 2014, IV, sous le n° 39, par lequel la Cour de cassation a approuvé une Cour d'appel d'avoir estimé que le refus temporaire de commissaires aux comptes de ne pas certifier les comptes ne revêtait pas un caractère fautif dès lors que ceux-ci avaient eu des doutes sur la régularité d'une opération qui aurait eu des conséquences si elle avait été irrégulière sur les comptes de la société, ces doutes ayant été ensuite levés à la suite des vérifications opérées par les commissaires aux comptes.

En revanche, l'immunité légale, issue de l'article L. 811-12 du Code de commerce dans sa rédaction à l'époque des faits, pour l'exercice de la dénonciation de faits supposés délictueux au procureur de la République par le commissaire aux compte, instituée pour éviter que son exercice en soit paralysé en cas d'incertitude, qui peut exister sur la qualification pénale des faits en cause, est subordonnée à l'absence de mauvaise foi du professionnel, qui peut en revanche engager sa responsabilité en cas d'exercice de cette mission en étant animé d'une intention malveillante. La Cour de cassation a approuvé une Cour d'appel d'en avoir jugé ainsi dans un arrêt récent *(Com., 15 mars 2017, pourvoi n° 14-26.970)*.

S'agissant du préjudice, il est possible de s'étonner de l'évocation du rôle de la Cour de cassation alors qu'elle a rappelé, dans un arrêt de la Chambre sociale du 13 avril 2016 sur le pourvoi n° 14 28 293 qui a fait l'objet d'un commentaire au rapport annuel 2016, que l'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, étant observé que dans sa formation la plus solennelle elle avait déjà jugé qu'[une] Cour d'appel [apprécie] souverainement le montant du préjudice dont elle [justifie] l'existence par l'évaluation qu'elle en […] fait *(Ass. plén., 26 mars 1999, n° 95-20.640, Bull. 1999, Ass. plén., n° 3)*.

Mais certains auteurs critiquent ce qui serait un abandon par la Cour de cassation de son office par une trop grande délégation au pouvoir souverain des juges du fond.

Pourtant, l'exercice de ce pouvoir souverain d'évaluation du quantum du préjudice ne peut se faire qu'à partir de prémisses juridiques que la Cour contrôle.

Il en est ainsi, par exemple, du caractère certain que ce préjudice doit présenter.

Dans le domaine qui nous occupe, la question de la caractérisation du caractère certain s'était présentée dans l'arrêt déjà cité du 2 novembre 2011 rendu sur le pour-

voi n° 10 25 502. La cassation est intervenue dans cette affaire, dans laquelle la Cour d'appel avait accordé une certaine somme au titre du préjudice résultant du manquement qu'elle avait retenu s'agissant d'une erreur commise en matière d'imposition sur le bénéfice, les motifs de l'arrêt révélant par eux-mêmes un doute sur le caractère certain du préjudice, sans compter, mais ce n'est pas l'objet de la censure intervenue, une réparation qui paraissait forfaitaire.

Il en est ainsi, y compris pour la perte de chance, question qui sera plus largement abordée au cours de la journée. Il faut en tout cas, qu'elle soit certaine.

Pour l'évaluation du préjudice causé par une perte de chance, la jurisprudence indique que les juges du fond doivent d'abord évaluer l'entier dommage, puis fixer ensuite une fraction de ce dommage qui correspond à la perte de chance ainsi qu'il résulte de la jurisprudence *(par exemple Civ. 1re, 2 avril 1997, Bull. n° 118, ou Civ. 1re, 18 juillet 2000, Bull. n° 224)*. La Chambre commerciale, mais les autres chambres également, sont amenées régulièrement à rappeler en ce domaine que le montant du préjudice constitué par une perte de chance ne saurait en conséquence être évalué aux gains qui étaient attendus de la chance perdue, selon la formule régulièrement répétée selon laquelle *« la réparation d'une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée »*.

Il n'y a pas de place pour la réparation forfaitaire, ainsi qu'en témoigne un arrêt de la Chambre commerciale du 29 novembre 2011, rendu sur le pourvoi n° 11 10933, qui censure une telle réparation d'un préjudice causé par une perte de chance.

S'agissant du caractère réparable que doit présenter le préjudice, on prendra un exemple concernant, cette fois, un expert-comptable, dont les erreurs comptables servaient de fondement à une action en responsabilité engagée contre un associé s'étant engagé, à la faveur d'une cession des parts qu'il détenait de la société faisant l'objet des travaux comptables, à désintéresser le cessionnaire de tout préjudice en raison d'inexactitude ou d'omission dans les déclarations faites au moment de la cession, expert-comptable appelé en garantie par le cédant, et condamné à garantir le cédant de, ce qu'a censuré la Chambre commerciale *(Com., 10 décembre 2013, pourvoi n° 12-20.252)* dès lors que la restitution d'une partie du prix perçu ne constituait pas un préjudice réparable.

Le principe de la réparation intégrale conduit la Cour de cassation, qui la rappelle régulièrement, à censurer des arrêts dont les motifs démontrent une erreur de raisonnement, laquelle ne peut donc persister au nom de l'évaluation souveraine du quantum préjudice puisque le montant évalué, relevant de celle-ci , est le fruit d'une méconnaissance d'une norme contrôlée.

On en trouvera un exemple dans un arrêt récent de la Chambre commerciale, du 20 septembre 2016, rendu sur le pourvoi n° 15 13342.

Dans cette affaire, une société avait subi un redressement fiscal alors qu'elle avait confié ses déclarations en matière de taxe à la valeur ajoutée et d'impôt sur les sociétés à un expert-comptable. Elle recherchait donc sa responsabilité , retenue, en partie, par la Cour d'appel dès lors que l'expert-comptable n'avait pas alerté son client sur les conséquences d'une omission de déclaration en matière de TVA. Les majorations d'impôt avaient été mises à la charge du professionnel, en fonction du partage de responsabilité retenu, ce qu'a approuvé la Chambre commerciale en son principe. En revanche sur le quantum, la Cour de cassation a censuré la solution retenue par la Cour d'appel parce que celle-ci n'avait pas recherché si, en conservant dans son patrimoine le montant des impôts dus à compter de leur exigibilité, la société victime de la faute n'en avait pas retiré un avantage financier de nature à compenser, fût-ce partiellement, le préjudice résultant du paiement des intérêts de retard.

La Cour d'appel avait certes jugé à bon droit que le rappel fiscal né de l'absence de déclaration n'était pas un préjudice réparable car la société devait payer l'impôt mais qu'en revanche les intérêts de retard étaient bien un préjudice causé en partie par l'erreur de l'expert comptable qui n'avait pas alerté son client sur les conséquences attachées au non-dépôt des déclarations fiscales, mais elle s'est trompée, en tout cas ne s'est pas suffisamment expliquée, dans le calcul du préjudice, sur la déduction des intérêts de retard, de l'avantage financier tenant à la détention des sommes dans son patrimoine alors qu'elles auraient dû en sortir pour le paiement de l'impôt.

Cette affaire illustre, au-delà de l'aspect très factuel, que c'est bien le respect du principe de la réparation intégrale qui a été appliqué, le calcul effectué par la Cour d'appel ayant pour effet de mettre à la charge de la société d'expertise-comptable plus que la part de préjudice subie par l'entreprise et due à sa faute.

Il en est de même, on peut le répéter, de l'évaluation du préjudice constitué par la perte de chance.

Sur le lien de causalité, la nature des obligations des professionnels du chiffre fait que certains manquements peuvent paraître véniels mais que les conséquences peuvent être financièrement lourdes et ...inversement.

Selon certains auteurs critiques, c'est la pierre d'achoppement en terme de démonstration pour les demandeurs, de la responsabilité des professionnels du chiffre.

Les experts-comptables et/ou les commissaires aux comptes condamnés critiquent quant à eux souvent le lien de causalité qu'ils dénient entre les erreurs des comptes qu'ils ont établis pour les premiers ou contrôlés et certifiés pour les seconds en faisant valoir qu'il n'est pas éta-

bli que les comptes ont été pris en considération par les clients de la société ou les personnes qui ont investi dans celles-ci *(par l'acquisition de parts sociales ou d'actions, qui donnent lieu à mise en cause de la responsabilité des professionnels, sans doute en deuxième rang après l'hypothèse des détournements de fonds évoquée plus haut)*.

Un arrêt du 23 mars 2010 *(Com., 23 mars 2010, pourvoi n° 09-10.791, Bull. 2010, IV, n° 60)* approuve pourtant une Cour d'appel de rejeter une telle argumentation dans une hypothèse où les créanciers de la société et les banques ont maintenu leur clientèle et concours respectifs, en ayant été induits en erreur par des comptes annuels fallacieusement présentés.

Dans le même esprit, si la poursuite des relations commerciales d'une société avec une autre résulte de l'ignorance de la première de la situation dégradée de la seconde en l'état de comptes certifiés sincères et véritables, à tort, par le commissaire aux comptes, le lien de causalité entre la faute et le dommage est établi *(Com., 27 octobre 1992, pourvoi n° 90-21.127, Bulletin 1992, IV, n° 331)*.

La négligence fautive d'un commissaire aux compte qui certifie régulier et sincère un bilan inexact peut venir en concours avec une faute des dirigeants qui obtiennent en l'état de ces éléments faux une souscription au capital de leur société, qui a été permise par cette certification fautive *(Com, 9 février 1988, pourvoi n° 86-13.121, Bulletin 1988, IV, n° 68)*.

Mais dans certains cas, et en présence d'autres circonstances factuelles appréciées par la Cour d'appel, ce lien de causalité manquera effectivement. La dimension chronologique peut entrer en ligne de compte, comme dans une affaire où un investisseur prétendait avoir été trompé lors d'une cession d'actions d'une société placée ultérieurement en liquidation judiciaire. La Cour d'appel avait constaté que la certification était intervenue plus d'un an avant les apports en compte courant, prêt et facilités de paiement accordés par l'investisseur et la société dont il était le dirigeant et avait également relevé que ces opérations avaient été effectuées alors que ce dernier exerçait également la direction sociale de la société dont la certification des comptes était en cause, la Cour d'appel observant que cette situation conférait tant à l'investisseur qu'à la société prêteuse une connaissance personnelle et directe de la situation de l'entreprise. La Chambre commerciale a considéré que ces éléments faisaient ressortir que le lien de causalité entre le fait personnel du commissaire aux comptes et le préjudice allégué n'était pas établi *(Com., 8 février 2011, pourvoi n° 09-17.177)*.

Il ne fait pas de doute en revanche qu'il ne peut y avoir de lien de causalité entre le préjudice subi par une société victime de détournement de fonds et les manquements d'un commissaire aux comptes chargé de vérifier la comptabilité de celle-ci pour ceux des manquements commis avant le début de la mission. Cette évidence a conduit à une cassation d'un arrêt qui l'avait perdue de vue, en l'état de détournements commis sur une longue période dont seule la première année de commission n'était pas sous le spectre du commissaire aux comptes mandaté *(Com., 24 octobre 2000, pourvoi n° 98-10.702, Bull. 2000, IV, n° 160)*.

A ces quelques exemples de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de responsabilité des professionnels du chiffre en vue des débats de cette journée, et comme sera aussi abordée la question de la responsabilité de ces mêmes professionnels mais cette fois-ci dans leur activité expertale, une observation peut être ajoutée à cet égard en ce domaine, indépendamment de la spécialité professionnelle de l'expert.

Un arrêt récent de méthode précise en effet les conditions du contradictoire dans le cadre de l'expertise judiciaire et paraît important pour éviter ce qui, au-delà du légitime exercice des droits des parties, peut être parfois inspiré par des considérations moins légitimes et entraver la progression de l'expertise et donc la réalisation de l'oeuvre de justice.

Dans cet arrêt, du 9 mars 2017, rendus sur les pourvois n° 15-19.104, 15-18.105, 15-21.541, la troisième Chambre civile a approuvé une Cour d'appel qui avait énoncé que l'expert, auquel aucune règle n'imposait de permettre à chacune des parties de fournir des observations sur les dires déposés par les autres, avait respecté les règles relatives à la contradiction en les invitant à lui faire part des observations qu'appelait son pré-rapport, étant préalablement constaté que cet expert avait, préalablement au dépôt du rapport définitif, adressé aux parties un pré-rapport d'expertise en les invitant à présenter leurs observations et que le dépôt de son rapport avait été précédé de sept réunions au cours desquelles elles avaient pu s'exprimer.

Pour terminer sur ces éléments introductifs, il est vraisemblable que de nouvelles questions se poseront à la Cour de cassation en matière de responsabilité des professionnels du chiffre, dont l'évocation à ce stade suscitera peut-être des commentaires prospectifs.

Ainsi, si la réforme de la responsabilité civile préparée par la Chancellerie est soumise au Parlement, il y a lieu de relever que dans ce projet, et à supposer qu'il soit adopté dans les mêmes termes, il est prévu, pour certains types de préjudice, de poser le principe d'une évaluation distincte de chaque chef de préjudice allégué, dans l'esprit qui préside à cette même méthodologie retenue dans les régimes spéciaux de réparation évoqués supra; se posera donc le cas échéant la question du respect de cette méthodologie selon, évidemment qu'elle présentera un caractère contraignant ou pas.

Les nouvelles missions offertes aux commissaires aux comptes dans le cadre de la réforme européenne de

l'audit, avec l'inversion de la règle sur les services non audit qui désormais ne sont plus interdits sauf exception mais autorisés sous conditions, donneront lieu à d'autres occurrences de responsabilité, qui poseront peut-être de nouvelles questions en droit.

Il en est de même pour les experts-comptables dont le périmètre d'action se développe y compris dans le champ juridique, par exemple en matière d'assistance des Institutions représentatives du personnel. La situation normative n'est à cet égard par stabilisée car la disposition de l'article 22 de la loi du 8 août 2016 modifiant l'article L. 2254-2 du Code du travail prévoyant la possible assistance des experts-comptables pour assister les délégués syndicaux dans la négociation des plans sociaux a été modifiée mais modifiée par une ordonnance en vigueur depuis le 24 septembre dernier.

Les conditions d'exercice nouvelles, grâce à l'interprofessionnalité, laquelle permet aux professionnels du droit et aux experts-comptables de former des sociétés communes dans le cadre normatif issu de la loi relative à la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques n° 2015-990 du 6 août 2015, généreront peut-être de nouvelles questions contentieuses.

Autant d'évolutions du cadre juridique d'exercice des professionnels du chiffre qui donneront peut-être lieu à nouveaux litiges et qui seront ainsi l'occasion pour la Cour de cassation le cas échéant d'examiner, au regard de ces nouvelles dispositions, les conditions de la responsabilité des professionnels du chiffre.

Je vous remercie de votre attention et je passe la parole à M. CHARRIER.

(Applaudissements)

M. CHARRIER. – Bonjour.

Le président M. Michel TUDEL vous a accueillis tout à l'heure.

Vous me permettrez une entorse au protocole en vous souhaitant collectivement la bienvenue et en vous disant toute la joie qui est la nôtre, Compagnie des Experts-Comptables de Justice de la section Bordeaux-Pau, de vous accueillir à Biarritz.

Au-delà de l'organisation, le président avait confié deux responsabilités.

La première portait sur le temps, et je pense m'en être bien sorti, car le temps est merveilleux aujourd'hui pour vous accueillir à Biarritz.

La deuxième portait également sur le temps, à savoir être le gardien du temps de cette journée ; vu la richesse des débats et la qualité des intervenants, ce sera peut-être plus difficile à maîtriser.

Aujourd'hui, le programme vous sera présenté par mon confrère M. Michel ASSE.

Nous aurons une première pause aux environs de 11 heures et nous reprendrons vers 11 h 20.

Le déjeuner se passera ici dans la rotonde. Nous vous accueillerons donc avec une très belle vue sur Biarritz. Il ne faudra pas trop *« traîner »* puisque nous reprendrons nos travaux aux environs de 14 h 40.

Ensuite, nous ferons une pause en milieu d'après-midi aux environs de 16 h 40.

Nous terminerons la journée vers 18 h 30 après le discours de clôture de M. Michel TUDEL.

A 20 heures, pour ceux qui nous feront le plaisir et l'honneur de rester parmi nous, nous aurons notre dîner de gala dans la rotonde, au même endroit qu'à midi.

Je pense que nous devrions passer une bonne soirée avec une petite touche folklorique.

Voilà pour l'organisation matérielle de la journée. Si vous avez besoin de quoi que ce soit, mon numéro de portable est indiqué sur le programme ; vous pourrez donc m'appeler pour me le demander.

Demain, quelques-uns resteront parmi nous pour visiter le Pays basque ou goûter aux joies du golf ; nous terminerons agréablement ce 56e congrès.

Je passe la parole à M. Michel ASSE qui vous présentera les thèmes et l'ensemble des intervenants de la journée.

Je vous remercie et je vous souhaite une bonne journée.

M. ASSE. – Merci Jacques,

Mesdames, Messieurs, bonjour.

Nous sommes très heureux de vous accueillir à ce congrès.

Certains diront, et certains l'ont d'ailleurs déjà dit : *« Encore un énième congrès sur le problème de la responsabilité des professionnels du chiffre »*.

Ce faisant, c'est oublier qu'il n'y a pas eu de congrès récent intégrant toutes les modifications du cadre d'exercice du commissariat aux comptes et de l'expertise comptable. Or, il s'agit là d'une évolution importante qu'il convient de prendre en compte, notamment par les experts de justice, pour apprécier la conformité des démarches et des travaux réalisés par les professionnels du chiffre.

Pour des raisons de temps et en accord avec le président TUDEL, nous avons décidé de ne pas aborder la responsabilité pénale, dans la mesure où il s'agit d'un sujet très

spécifique qui nous écarterait en fait de la responsabilité civile.

M. le Pr MERLE, professeur émérite de l'université Paris II Panthéon-Assas, que chacun d'entre nous connaît bien, notamment pour ses publications remarquées et ses consultations au niveau de la Compagnie nationale des Commissaires aux Comptes, dressera un état des lieux de la responsabilité des professionnels du chiffre. Il nous fera part également des questions, à ce jour, résolues et également des nouvelles questions commençant à se faire jour concernant les professionnels du chiffre.

M. le Pr Stéphane TORCK et notre confrère, M. Olivier PERONNET, se pencheront sur les éléments constitutifs de la responsabilité civile des professionnels du chiffre. Ils aborderont la nature de la responsabilité des professionnels du chiffre au regard de leurs obligations, qui est différente selon qu'ils interviennent en qualité de commissaire aux comptes ou d'expert-comptable. Ils termineront leur exposé en abordant la question du préjudice réparable et de l'imputation qu'il y a lieu d'en faire en cas de concours de fautes ou de faute de la victime.

Je voudrais remercier Mme le Professeur Garance CATTALANO-CLOAREC d'avoir accepté de remplacer au pied levé un avocat intervenant très régulièrement devant la Cour de cassation et le Conseil d'Etat, qui n'a pu se libérer.

Mme Garance CATTALANO-CLOAREC et notre consœur, Mme Agnès PINIOT, aborderont le problème de la perte de chance.

Après avoir cerné la notion de perte de chance, elles évoqueront les principes de sa mise en œuvre. Elles se pencheront ensuite sur le problème de l'évaluation de la perte de chance, au plan des principes d'abord, puis à l'aide d'exemples.

Me Christophe BAYLE, avocat au Barreau de Bordeaux, et notre confrère, M. Christian COLLÉTER, examineront les limitations de la responsabilité civile des professionnels du chiffre. Ils attireront notre attention sur le soin qu'il convient d'attacher à la rédaction des lettres de mission ou des lettres d'affirmation ainsi que sur le caractère légal des clauses limitatives de responsabilité pour les experts-comptables. Ils ne manqueront pas de nous rappeler qu'il est de l'intérêt des professionnels du chiffre de se ménager la preuve écrite des conseils donnés ainsi que des positions ou options qu'ils ont déconseillées.

Mme Christine GUEGUEN, présidente du Haut conseil du Commissariat aux comptes et M. Thierry RAMONATXO, rapporteur général du H3C, nous feront l'honneur de participer à nos travaux. Au nom de tous les membres de notre Compagnie nationale des experts-comptables de justice, qu'ils en soient chaleureusement remerciés, d'autant plus qu'ils ont accepté sans aucune discussion le thème arrêté par votre serviteur, à savoir : le partage de responsabilité dans la survenance d'un sinistre comptable.

A l'occasion de leur exposé, ils nous feront part des modifications majeures introduites par l'ordonnance du 17 mars 2016, relative au commissariat aux comptes qui a transposé en droit français la directive sur la réforme européenne de l'audit du 16 avril 2014, du règlement également de l'Union économique du 16 avril 2014 et du rôle de régulateur des commissaires aux comptes qui est désormais confié au H3C.

Me Maxime DELHOMME, avocat au Barreau de Paris, attirera notre attention sur la différence entre l'erreur et la faute à laquelle nous avons tendance à ne pas prêter suffisamment d'attention.

Me Patrick de FONTBRESSIN, également avocat au Barreau de Paris, un fidèle de nos congrès, abordera le problème de la mise en cause éventuelle des experts-comptables de justice.

Avant de passer la parole aux intervenants, je souhaiterais les remercier et leur exprimer ma gratitude d'avoir consacré du temps à la préparation de ce congrès nonobstant leur emploi du temps déjà chargé et, au surcroît, de m'avoir supporté.

Je vous remercie de votre attention, et sans plus attendre je passe la parole à M. le Pr MERLE.

La responsabilité des professionnels du chiffre

M. le Pr MERLE. – Mesdames, Messieurs, Les projecteurs ont été braqués sur la responsabilité que pouvaient encourir les professionnels du chiffre par les affaires Enron et Worldcom survenus aux USA en 2001 et 2002. On se souvient que le naufrage d'Enron a entraîné la

disparition de son auditeur Arthur Andersen, un des plus célèbres des big five.

A partir de ces affaires, un doute important est né sur la qualité de l'information comptable et financière aux Etats-Unis et cette suspicion s'est étendue à l'ensemble des entreprises internationales. Les USA qui jusque là étaient partisans de l'autorégulation ont réagi rapidement à la crise de confiance par le vote de la loi Sarbanes-Oxley promulguée le 30 juillet 2002. Cette loi a proposé de nombreuses solutions aux dysfonctionnements identifiés dans la régulation des marchés financiers américains : condition de certification des comptes et indépendance des auditeurs, gouvernement d'entreprise, réforme des normes comptables, déontologie des analystes financiers, régulation des agences de notation…

La France et l'Europe ne pouvaient évidemment rester en dehors de ce vaste mouvement : la loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001 avait posé une première pierre. L'édifice a été consolidé par la loi de sécurité financière du 1er août 2003, qui a notamment donné lieu à la création du Haut conseil du commissariat aux comptes (H3C) organe de supervision de la profession.

Puis est intervenue la réforme européenne de l'audit avec l'ordonnance du 17 mars 2016, transposant la directive du 16 avril 2014 et le règlement UE du 16 avril 2014 relatif aux exigences spécifiques applicables au contrôle légal des comptes des Entités d'Intérêt Public (EIP). On ne saurait non plus oublier le décret du 12 avril 2017 qui a modifié le Code de déontologie des commissaires aux comptes, en renforçant leur indépendance.

Pour les experts-comptables, il faut évidemment citer le Code des devoirs professionnels et, parmi les textes les plus récents, l'arrêté du 1er septembre portant agrément de certaines normes professionnelles élaborées par le Conseil supérieur de l'Ordre.

Tous ces mouvements législatifs et réglementaires ont évidemment attiré l'attention sur le rôle joué par les experts-comptables et les commissaires aux comptes, certains critiquant ces professionnels pour tout ce qu'ils trouvent, d'autres les critiquant encore plus vertement pour tout ce qu'ils ne trouvaient pas.

Dans cette dernière hypothèse, il est tentant d'agir en responsabilité civile contre les professionnels du chiffre, d'autant qu'ils présentent l'avantage pour les plaignants d'être obligatoirement assurés. C'est ainsi que l'investisseur déçu par son acquisition ne manquera pas de soutenir qu'il s'est déterminé pour arrêter le montant de son acquisition sur la certification sans réserves du commissaire aux comptes ; le chef d'entreprise, victime de détournements opérés pendant plusieurs années par une comptable indélicate, ne manquera pas de reprocher à l'expert-comptable et au commissaire aux comptes l'insuffisance de leurs diligences.

Est-ce à dire que dans ce contexte les contentieux ont augmenté ? Quelques chiffres peuvent être donnés. Concernant les commissaires aux comptes, devant les juridictions, les mises en cause concernent pour environ :

- 30 %, des erreurs ou fraudes aux états financiers,
- 25 %, des difficultés financières et des procédures collectives,
- 20 %, des détournements de fonds par des salariés,
- 10 %, des appels en garantie à la suite de conflits entre actionnaires, des conséquences de démission.

Pour le reste, des contrôles fiscaux et des missions spécifiques.

Il vous intéressera de connaître les griefs retenus par les juges pour entrer en condamnation :

- non respect des diligences relatives à la circularisation auprès des tiers et à l'obtention des rapprochements bancaires ;
- absence de mise en œuvre des moyens de contrôle adaptés aux caractéristiques de l'entité contrôlée ;
- manque de vigilance du commissaire sur les mouvements financiers, en dépit des procédures d'alerte qu'il avait pourtant déclenchées ;
- le plus souvent, les tribunaux visent le non respect des normes d'exercice professionnel (NEP) :
  - 240 : absence de prise en considération de la possibilité de fraudes,
  - 260 : ne pas avoir informé les dirigeants de l'existence d'anomalies,
  - 500 : ne pas s'être interrogé sur le caractère probant des éléments collectés,
  - 510 : absence d'examen des comptes ayant précédé la prise de fonction,
  - 560 : avoir fait abstraction des évènements postérieurs à la clôture.

Les moyens de défense retenus par les juridictions pour limiter le montant de la condamnation des CAC concernent pour une proportion d'un tiers le jeu de la prescription partielle ; la faute de l'entité contrôlée (insuffisance du contrôle interne) et une limitation du préjudice indemnisable.

Enfin, les moyens de défense retenus par les tribunaux pour ne pas condamner les commissaires aux comptes ont été en 2016, la prescription (30 %), l'absence de faute (30 %), l'irrecevabilité à agir (20 %), l'absence de lien de causalité (15 %) et la négligence du réclamant (5 %).

Concernant les experts comptables, les actions les plus fréquemment engagées concernent :

- des erreurs relatives à l'établissement des déclarations fiscales,
- des manquements au devoir de conseil d'ordre social et fiscal,
- le dépôt tardif ou l'absence de dépôt des déclarations sociales ou fiscales.

On observe également qu'il y a beaucoup plus de réclamations amiables que de contestations judiciaires et très

peu de poursuites pénales. Pour cette présentation générale qui m'a été demandée, je voudrais vous présenter, sans empiéter sur les développements à venir des différents intervenants, les questions que l'on peut estimer résolues (I) et celles qui restent à trancher (II), tout en étant parfaitement conscient d'un certain arbitraire dans le classement opéré.

I. LES QUESTIONS RÉSOLUES

Distinguons les questions de procédure (A) et les questions de fond (B).

A. Les questions de procédure

1) Concernant les commissaires aux comptes, la prescription triennale de l'article L. 225-254 C. com. sur renvoi de l'article L. 822-18 joue incontestablement pour les actions engagées à l'occasion de leur mission légale. Et l'on pourrait penser qu'elle joue également pour leurs missions contractuelles puisque l'article L. 822-18 figure sous une section intitulée *« De la responsabilité civile »* qui n'opère aucune distinction entre mission légale et mission contractuelle. Cependant, la Cour de cassation dans un arrêt du 24 novembre 2015[1] a, semble-t-il, implicitement confirmé sa position ancienne selon laquelle la prescription triennale ne s'applique qu'à *« la mission légale de contrôle »*[2].

Cette prescription triennale s'applique, que l'action soit engagée contre le commissaire par l'entité contrôlée ou par un tiers.

Quant au point de départ, il est clairement fixé par le texte, *« à compter du fait dommageable »*. Ce n'est que s'il a été dissimulé qu'il peut être retardé au jour de la révélation. Certains juges de première instance, probablement sensibles à l'intérêt des victimes, ont tenté de retarder le point de départ en l'absence de toute dissimulation à la date de découverte du dommage ou ont essayé de faire application de la maxime *« contra non valentem agere non currit praescriptio »*. Mais toutes ces tentatives ont été vaines et ont toujours échoué devant la Cour de cassation qui s'en tient à une application stricte du texte[3].

Le fait dommageable doit correspondre à un fait précis, à une date unique. En cas de certification fautive des comptes annuels, les tribunaux fixent le point de départ de la prescription soit à la date de transmission du rapport à la société, soit à la date de sa présentation à l'assemblée générale.

Pour ce qui a trait à l'hypothèse de la dissimulation, la jurisprudence est très stricte pour l'admette. Il ne peut pas y avoir de dissimulation sans intention fautive et la dissimulation doit émaner du commissaire aux comptes lui-même. Comme le décide la Cour de cassation : les négligences imputées au commissaire aux comptes, consistant en une insuffisance de diligences et de contrôles ne sauraient *« être regardées comme une dissimulation, laquelle implique la volonté du commissaire aux comptes de cacher des faits dont il a connaissance par la certification des comptes »*[4].

Ces solutions jurisprudentielles, données par des juridictions qui disposent de peu de latitude pour l'interprétation, compte tenu de la rédaction du texte, sont évidemment très favorables aux auditeurs légaux. Ils bénéficient ainsi très souvent d'une prescription partielle qui leur permet d'obtenir une limitation de leur condamnation pécuniaire.

Pour les experts-comptables, faute de disposition spécifique les concernant, c'est le droit commun qui s'applique et donc la prescription quinquennale *(art. 2224 C. civ. issue de la loi du 17 juin 2008)*. Mais le point de départ du délai est différent : *« Les actions… se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer »*. La solution est donc beaucoup plus favorable à la victime.

2) L'article 145 du Code de procédure civile. Plusieurs décisions récentes ont apporté d'importantes précisions sur la mise en œuvre de cette expertise in futurum utilisée assez souvent par vous-mêmes, experts, ou par les plaignants afin d'avoir accès, par exemple, au dossier de travail du commissaire aux comptes.

Requête ou référé ? Selon l'article 145 : *« les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé »*.

Le choix du demandeur entre le référé et la requête est-il libre ? Il n'est pas impossible de le prétendre en faisant valoir que la procédure de cette expertise in futurum est autonome.

Ce n'est cependant pas la solution retenue par la jurisprudence qui considère, dans le respect des dispositions de l'article 812 CPC, que *« les mesures urgentes... ne peuvent être ordonnées [par voie de requête] que lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement »*[5]. C'est dans cette ligne que se situe un récent arrêt de la cour d'appel de Paris du 11 mars 2016[6].

Par ordonnance, le juge des requêtes du tribunal de commerce de Paris avait fait droit à la demande des requé-

1. Com. 24 nov. 2015, n° 14-17 014.
2. Com. 15 mai 2007, n° 05-14 283.
3. V. par ex. Com. 17 janv. 1995, *Bull. CNCC* n° 98-1995, p. 188.
4. Com. 17 déc. 2002, n° 99-21 553.
5. *Cf.* Cass. civ. 2e, 13 mai 1987, n° 86-11 098, *Bull. civ.* II, n° 112, p. 65. Les anciens auteurs donnaient volontiers comme exemple de l'utilisation admissible de la voie de la requête, celui du constat d'adultère, pour lequel le secret est indispensable à l'efficacité de la mesure sollicitée.
6. *Bull. CNCC* n° 182, p. 373.

rants (un cinéaste et sa société exploitant un très important studio de cinéma en région parisienne) et ordonné le séquestre de toutes les pièces recueillies. Sur recours des commissaires aux comptes, le juge des référés de ce même tribunal a, par ordonnance contradictoire, rétracté l'ordonnance sur requête et ordonné la destruction des pièces recueillies en exécution de cette décision.

Le cinéaste et sa société ont alors relevé appel de cette décision. A l'appui de la demande, il était soutenu pour justifier le recours à une procédure non contradictoire que les faits reprochés aux commissaires aux comptes étaient graves, qu'ils avaient des conséquences disciplinaires et financières et avaient un fort impact en termes d'image. Les demandeurs ajoutaient que si les commissaires aux comptes avaient connaissance de leur requête, il était à craindre qu'ils altèrent ou fassent disparaître tout ou partie des documents et éléments de preuve, en particulier ceux sur support informatique, par nature non pérenne.

La prétention est sèchement rejetée par la Cour de Paris qui relève que la motivation de la demande *« s'apparente à une clause de style adaptable à toute action en responsabilité »*. Aucune circonstance particulière n'est avancée par les demandeurs qui pourrait justifier une dérogation au principe de la contradiction. Et l'arrêt d'insister à l'appui de sa décision sur une obligation pesant sur les commissaires aux comptes : les documents établis par les commissaires relativement à leur mission doivent être conservés pendant six ans[7], ce qui réduit considérablement le risque de dépérissement des preuves[8], sauf allégation de circonstances particulières, non invoquées en l'espèce. La dérogation au principe de la contradiction n'était donc pas justifiée dans la requête.

La solution donnée par l'arrêt ne peut qu'être approuvée. Elle seule permet d'éviter les abus. En effet, l'une des conditions à remplir pour que le juge accorde une expertise in futurum est que la demande repose sur un motif légitime. Pour se prononcer sur la légitimité du motif invoqué, le juge ne peut raisonnablement le faire que s'il entend les deux parties contradictoirement. Sans la mise en oeuvre de la contradiction, l'existence du motif légitime, qui pour le commissaire aux comptes concerne le plus souvent son secret professionnel, ne serait pas sérieusement contrôlable. Voilà pourquoi, lorsqu'une expertise de l'article 145 est demandée, le référé est le principe, la voie de la requête ne peut être que l'exception.

Sur la notion de *« motif légitime »*, les arrêts rappellent volontiers[9] qu'une mesure d'expertise sollicitée en application de l'article 145 suppose qu'il existe un possible procès *« en germe »* sur la base d'un fondement juridique suffisamment déterminé et dont la solution peut dépendre de la mesure d'instruction sollicitée. Il y a donc lieu de la refuser lorsque la mesure d'expertise est en réalité sollicitée en vue de découvrir le fondement d'une demande et les personnes susceptibles d'être mises en cause et qu'au surplus le risque de dépérissement des preuves n'est pas avéré.

Enfin, il convient d'attirer l'attention sur un arrêt très récent de la 1re Chambre civile de la Cour de cassation en date du 22 juin 2017[10] qui fait application du principe de proportionnalité lorsqu'une demande d'expertise est fondée sur l'article 145 : le juge saisi d'une demande d'expertise in futurum doit rechercher si cette mesure d'instruction, confiée à un tiers soumis au secret professionnel, n'est pas proportionnée au droit des demanderesses d'établir la preuve d'actes de concurrence interdite ou déloyale et à la préservation des secrets d'affaires des sociétés concurrentes.

Cet arrêt témoigne de l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme, gardienne des libertés fondamentales. Depuis environ cinq ans[11], notre Cour de cassation vérifie en effet systématiquement si les juges du fond ont bien procédé à un contrôle de proportionnalité dans les litiges qui leur sont soumis. Appliquée au droit à la preuve, cette vérification conduit à censurer les juges d'appel qui n'ont pas recherché *« si la production litigieuse n'était pas indispensable à l'exercice de son droit à la preuve et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence »*[12].

L'arrêt du 22 juin 2017 étend le contrôle de proportionnalité à une demande d'expertise in futurum formée par une société d'assurances à la suite de la démission d'un de ses agents généraux. La solution qu'il apporte est parfaitement transposable à la demande d'expertise de l'article 145 CPC faite à l'égard d'un commissaire aux comptes en vue, par exemple, d'obtenir la communication de son dossier de travail.

En l'espèce, les faits étaient les suivants : un agent général d'assurances exerçant pour le compte des sociétés du groupe Allianz démissionne de ses mandats. Ces dernières le suspectant de se livrer à une concurrence statutairement interdite, voire déloyale, l'assignent sur le fondement de l'article 145 afin d'obtenir la communication de pièces permettant de retracer ses nouvelles activités d'agent général et de courtier. C'est ainsi qu'est demandée la production de la copie intégrale des fichiers clients

7. R. 821-68 C. com. : *« Les dossiers et documents établis par le commissaire aux comptes en application de l'article R. 823-10 sont conservés pendant six ans, même après la cessation des fonctions. Ils sont, pour les besoins des contrôles et des enquêtes, tenus à la disposition des autorités de contrôle, qui peuvent requérir du commissaire aux comptes les explications et les justifications qu'elles estiment nécessaires concernant ces pièces et les opérations qui doivent y être mentionnées »*. Auparavant, le délai de conservation était de dix ans (art. R. 821-23 anc. C. com.).
8. V. déjà dans le même sens, TGI Paris (ord. réf.) 1er sept. 2011, *Bull. CNCC* n° 164, p. 706.
9. Par ex. Nancy, 1re Ch. Civ., 29 fév. 2016, *Bull. CNCC* n° 183, p. 502. Dans le même sens, Trib. com. Nice, ord. référé 21 sept. 2016, *Bull. CNCC*, n° 183, p. 505.
10. Cass. 1re Civ., 22 juin 2017, n° 15-27 845, *Bull. CNCC* n° 186.
11. V. spécialement 1re Civ., 5 avril 2012, n° 11-14177, *D.* 2012, p. 1596, G. Lardeux ; 1re Civ., 4 déc. 2013, n° 12-26066, *D.* 2014, p. 179, F. Chenédé.
12. Arrêt précité 5 avril 1972, rendu à propos de la production d'une lettre missive violant l'intimité de la vie privée et le secret de la correspondance.

comprenant le nom, le prénom, l'adresse et le type de garantie, ainsi que la date de souscription des contrats garantis par son intermédiaire, la copie de son grand livre détaillant le montant des commissions qui lui ont été rétrocédées… Cette demande ayant été accueillie par le juge des référés, un recours est formé par l'ancien agent d'Allianz et les sociétés du groupe Gan, pour lesquelles oeuvrait désormais l'intéressé, interviennent volontairement en cause d'appel. Elles soutiennent que cette communication forcée attente à leurs secrets d'affaires, en permettant la divulgation d'informations confidentielles sur leur portefeuille de clientèle et leur politique tarifaire. Elles demandent en conséquence que soit substituée à cette production une mesure d'expertise confiée à un tiers soumis au secret professionnel, qui serait chargé d'analyser le portefeuille de clientèle des deux agences concurrentes, de les comparer et de dresser la liste des clients communs.

La Cour d'appel de Douai rejette la demande d'expertise formée par les sociétés du groupe Gan. A l'appui de son arrêt, elle retient que ni le secret d'affaires ni la circonstance que ces sociétés soient propriétaires du *« fichier clients »* constitué par leur agent général ne suffisent à justifier, au regard de la manifestation de la vérité, qu'elles s'opposent à la production en justice d'éléments de preuve que les sociétés Allianz ne peuvent obtenir par leurs propres moyens et qui sont nécessaires à l'appréciation de l'existence et, le cas échéant, de l'ampleur d'un détournement de clientèle permettant de qualifier une concurrence déloyale.

Cette décision est censurée par la première chambre civile de la Cour de cassation. Elle reproche aux magistrats douaisiens de ne pas avoir recherché, ce qui leur incombait, *« si cette mesure d'instruction, confiée à un tiers soumis au secret professionnel, n'était pas proportionnée au droit des sociétés Allianz d'établir la preuve d'actes de concurrence interdite ou déloyale attribués à l'agent général et à la préservation des secrets d'affaires des sociétés Gan »*.

La cassation est prononcée sur un double visa, celui de l'article 10 du Code civil, selon lequel *« chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité et l'article 145 CPC »*.

Pour décider si les mesures d'instruction sollicitées sont *« légalement admissibles »*, la Cour de cassation impose au juge d'opérer un contrôle de proportionnalité entre le droit d'établir la preuve et le droit au secret professionnel.

La question rebondit avec le point de savoir comment s'opère ce contrôle de proportionnalité. Certains auteurs pensent que le juge n'est ainsi tenu que de s'assurer que l'application de la loi nationale ne porte pas atteinte de façon disproportionnée à l'un des droits garantis par la CEDH[13]. D'autres considèrent que la répartition des rôles entre les juges doit s'opérer de la façon suivante :

- il appartient aux juges du fond de déterminer la nature du droit atteint, la réalité de l'atteinte et son caractère excessif,
- la Cour de cassation, quant à elle, se réserve le contrôle du contrôle. Elle vérifie que le contrôle a bien été effectué, qu'il a été correctement opéré et que la balance entre les droits et intérêts en présence a été *« justement »* effectuée.

On peut donc penser que c'est au fil des arrêts que la Cour va construire le régime du contrôle de proportionnalité. En ce qui concerne les professionnels du chiffre, la balance se fera entre leur secret professionnel et le droit à la preuve de leur contradicteur. L'appréciation ne peut être qu'au cas par cas. On peut se demander si cette instauration du contrôle de proportionnalité ne donne pas place à une trop grande subjectivité de la part des juges, qui ne sont ici que les juges du provisoire. Ne risque-t-on pas de porter atteinte à la sécurité juridique à laquelle a droit tout plaideur ?

B. Sur le fond

Il paraît inutile de s'attarder sur la nature de la responsabilité des experts comptables et des commissaires aux comptes, question à laquelle s'intéressent peu les juridictions et qui ne passionne plus guère la doctrine.

On s'accorde pour admettre que la responsabilité de l'expert-comptable vis-à-vis de son client est une responsabilité contractuelle en application du contrat d'entreprise qui les lie. Vis-à-vis des tiers, sa responsabilité est délictuelle.

Quant à la responsabilité du commissaire aux comptes, elle est également délictuelle vis-à-vis des tiers. A l'égard de l'entité contrôlée, étant donné que la mission du commissaire n'est plus celle d'un mandataire mais celle d'un organe social indépendant des personnes qui le désignent, de l'entité qu'il contrôle et de ses dirigeants, la tendance majoritaire est de considérer que la responsabilité est délictuelle lorsque la mission légale de certification est contestée. En revanche, les prestations de services autres que la certification des comptes s'inscrivent dans une logique contractuelle.

Sans vouloir empiéter sur ce que vous exposeront dans quelques instants mon collègue Stéphane TORCK et M. PERONNET, je rappellerai d'un mot que l'obligation qui pèse tant sur le commissaire aux comptes[14] que sur l'expert-comptable[15] n'est en principe qu'une obligation

13. V. Vigneau, *Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité, D.* 2017, p. 123.
14. *Mémento pratique Francis Lefebvre, Audit, Commissariat aux comptes, 18-19,* n° 12 255 ss. Sur les rares exceptions, n° 12 265.
15. A. Robert, *Responsabilité des commissaires aux comptes et des experts-comptables,* Dalloz Référence 2011-2012, § 21.23.

de moyens. La jurisprudence est unanime sur ce point. C'est donc à la victime de prouver l'existence d'une faute commise par le professionnel du chiffre. La question se pose régulièrement pour l'expert-comptable à propos de son obligation d'information et de conseil[16], spécialement en matière fiscale[17].

Il me semble plus intéressant de m'attarder quelques instants sur l'appréciation de la faute. Pendant longtemps, les juges se sont référés au comportement d'un *« professionnel normalement diligent »*, d'un *« professionnel normalement compétent, prudent, attentif aux diligences »*. Mais pour prendre la situation des commissaires aux comptes, le Code de commerce et les textes légaux ou réglementaires ne contenaient que peu de précision sur le contenu de leur mission.

C'est donc la Compagnie nationale qui a élaboré à partir de 1971 un ensemble de règles professionnelles concernant l'exercice des missions ainsi qu'un Code de déontologie. Le Recueil de normes établi par la Compagnie était destiné selon elle à poser un *« ensemble de règles professionnelles propres à garantir le bon exercice des missions »* et permettait de trouver *« dans une doctrine émanant de l'organisation professionnelle seule habilitée à la définir, les critères d'appréciation nécessaires »*[18].

Cette élaboration des normes par les seuls professionnels de l'audit a été perçue avec réserve par les tribunaux qui les ont considérées comme de simples avis professionnels. Comme l'avait estimé la cour d'appel de Paris : *« la position de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes ne s'impose pas aux juges »*[19].

Mais les choses ont changé depuis. D'abord avec la loi NRE (15 mai 2001) qui a décidé que les normes, élaborées par la Compagnie étaient transmises pour avis au H3C, avant leur homologation par arrêté du Garde des sceaux. Etait ainsi conférée aux normes la valeur réglementaire d'un arrêté. Les réformes suivantes et spécialement la réforme européenne de l'audit ont considérablement diminué le rôle de la CNCC et renforcé d'autant celui du H3C puisque, désormais, l'élaboration des normes s'effectue de la façon suivante : les projets de normes sont élaborés par une commission mixte paritaire placée auprès du Haut conseil *(art. L. 821-2, III C. com.)*. C'est le H3C qui *« adopte… les normes relatives à la déontologie des commissaires aux comptes, au contrôle interne de qualité et à l'exercice professionnel »* après un simple avis de la CNCC *(art. L. 821-1 et L. 821-14 C. com.)*. Les normes sont ensuite homologuées par arrêté du ministre de la justice *(art. L. 821-14, al. 3 C. com.)*.

Ces normes, ainsi débarrassées de tout soupçon de corporatisme, servent désormais de référence aux experts et aux juges pour apprécier le comportement fautif ou non du commissaire aux comptes. C'est ainsi qu'on peut lire dans un récent arrêt de la Cour de cassation que *« les commissaires aux comptes ont à l'évidence manqué de vigilance, une telle situation ne pouvant leur échapper s'ils avaient exercé un contrôle conforme aux normes professionnelles »* et plus loin *« ils ont manqué de vigilance et de sérieux et n'ont pas respecté les normes professionnelles »*[20]. Un arrêt de la cour d'appel de Montpellier du 24 novembre 2016[21] apparaît également comme exemplaire quant aux références faites aux normes :

- la société de commissaires aux comptes avait l'obligation au titre de la NEP 510 au titre de la première année de son mandat de vérifier que le bilan de clôture de l'exercice précédent ne contenait pas d'anomalies significatives… ;
- la société de commissaires aux comptes devait conformément aux NEP applicables à sa mission :
  - s'interroger sur le caractère probant des éléments collectés (NEP 500),
  - approfondir sa connaissance de l'entité et de son environnement et son évaluation du risque d'anomalies significatives dans les comptes (NEP 315),
  - mettre en œuvre la prise en considération de la possibilité de fraudes lors de l'audit des comptes (NEP 240), toutes choses qu'elle n'a pas faites.

Outre les NEP, les commissaires aux comptes ont à leur disposition les notes d'information (*« NI »*) émises par la CNCC, destinées à préciser les modalités pratiques de mise en œuvre des normes. Ces notes d'information constituent des guides d'application. Le H3C a apporté, dans un de ses avis[22], des précisions intéressantes sur ces NI :

- elles ne doivent en aucun cas se substituer aux NEP,
- elles ne doivent pas affaiblir les prescriptions des NEP,
- elles ne doivent avoir pour vocation ni d'interpréter la NEP, ni de proposer une expression différente de son contenu,
- elles ne doivent en aucun cas être source de confusion entre ce qui est obligatoire et ce qui est préconisé à titre indicatif.

On l'aura compris, les NI ne s'imposent pas aux commissaires aux comptes et elles sont inopposables aux tiers, qu'il s'agisse des experts ou des tribunaux. Elles ne sont qu'un élément de l'appareil doctrinal de la Compagnie.

Ces nouvelles normes doivent permettre de sécuriser aussi bien les entités contrôlées que les commissaires

16. V. par ex. Rouen 18 mai 2016, Rev. sociétés 2017, p. 373, Y. Muller-Lagarde.
17. V. notamment, Com. 6 fév. 2007, n° 06-10 109 : *« l'expert comptable qui accepte d'établir une déclaration fiscale pour le compte d'un client doit, compte tenu des informations qu'il détient sur la situation de celui-ci, s'assurer que cette déclaration est, en tout point, conforme aux exigences légales »*.
18. *Normes professionnelles et Code de déontologie, CNCC,* déc. 2000.
19. Paris 17 oct. 2003, *JCP* E. 2004 387, J.-F. Barbièri.
20. Com. 3 juin 2014, n° 13-19350.
21. RG 13/07077.
22. 21 décembre 2007.

aux comptes. Pour ces derniers, dès lors qu'ils ont fait application de ces règles professionnelles et respecté leur Code de déontologie, on peut penser qu'ils ne devront pas être condamnés même si l'entité contrôlée a subi un préjudice.

L'attention doit être attirée sur le cas particulier des normes dans les petites entreprises : le nouvel article L. 821-13 C. com., introduit lors de la réforme européenne de l'audit, prévoit que le commissaire aux comptes *« applique les normes de manière proportionnée à la taille de la personne ou de l'entité et à la complexité de ses activités dans des conditions fixées par le Haut conseil »*[23].

La norme est certes fondée sur le principe que *« l'audit est un audit »* mais elle vise à adapter le processus d'audit à la taille de l'entité contrôlée et à la complexité des opérations. Je n'ai pas encore vu de jurisprudence sur cette question, mais on peut supposer que cette application *« proportionnée »* va pouvoir donner lieu à des difficultés d'interprétation.

Une autre difficulté peut tenir à l'absence de norme d'audit sur la question soumise à l'expert. En ce cas, le H3C peut prendre l'initiative de combler le vide en préparant une nouvelle norme. Mais en attendant, je pense qu'il faudra faire application de l'ancienne démarche, c'est-à-dire se demander si le commissaire a eu le comportement d'un *« professionnel normalement diligent »*, d'un *« professionnel normalement compétent et prudent »*. Le respect des règles du Code de déontologie devra être examiné et rien n'interdira de faire éventuellement référence aux positions doctrinales de la Compagnie.

De façon plus concrète, on peut prendre l'exemple de l'article R. 225-134 C. com. *« En cas de libération d'actions par compensation de créances sur la société, ces créances font l'objet d'un arrêté de compte établi par le conseil d'administration ou le directoire et certifié exact par le commissaire aux comptes »*.

Il n'y a pas de référentiel normatif spécifique qui détermine les règles que devrait appliquer le commissaire pour effectuer ses diligences dans le cadre d'une conversion de créance en actions.

Dans une espèce récente, il est reproché au commissaire d'avoir certifié certaine, liquide et exigible une créance dans le cadre d'une augmentation de capital et d'émission d'obligations, alors que celle-ci serait en réalité fictive[24]. L'expert sollicité par le commissaire a eu, à mon avis, une démarche intéressante :

1) Il a pris connaissance de l'environnement dans lequel le professionnel était intervenu, susceptible de favoriser la réalisation des opérations capitalistiques en cours dans des conditions régulières et correctes d'un point de vue juridique et comptable. Il a relevé en particulier :

- que l'opération avait été effectuée par un professionnel de l'investissement,
- qu'il y avait eu l'intervention d'un cabinet d'avocats internationalement réputé,
- que la comptabilité était tenue par un cabinet d'expertise comptable réputé,
- que la mission préalable réalisée par un commissaire chargé de vérifier l'actif et le passif avait émis une conclusion positive.

2) Il a constaté l'existence de déclarations écrites signées par le président de la société avec rapport dudit président décrivant l'opération préparée par un cabinet d'avocats internationaux réputé, arrêté de comptes déclarant l'existence de la créance, précisant son caractère liquide et exigible ainsi que sa nature ; lettre d'affirmation signée par le président, tous éléments confirmant la régularité du montant de la créance convertie.

3) Ayant analysé les autres travaux effectués par le commissaire : revue analytique, consultation des comptes bancaires ; réciprocité parfaite du compte-courant, ces démarches le conduisaient à étayer l'appréciation du caractère exact de la créance en compte-courant.

En conclusion, l'expert indique qu'il est d'avis que le commissaire a réalisé des diligences adaptées au contexte de son intervention et émis dans son rapport une opinion cohérente avec les travaux qu'il a effectués.

L'appréciation de l'existence du lien de causalité donne lieu à une jurisprudence classique.

➢ Com. 9 fév. 2016[25] = Un engagement souscrit à l'occasion d'une opération de restructuration n'ayant pas été influencé par des comptes erronés qui n'étaient pas encore disponibles, le commissaire aux comptes mis en cause ne peut être condamné à des dommages-intérêts.

➢ Paris 10 déc. 2015[26] = Les fautes alléguées du commissaire aux comptes ont été signalées dans le rapport d'audit et malgré les irrégularités relevées, la société a néanmoins décidé d'acquérir la société cible sans en tenir compte.

Ce ne sont donc pas les comptes certifiés par le commissaire aux comptes qui ont déterminé la société à acquérir la société cible mais d'autres considérations que la Cour ignore.

Il en résulte que, quand bien même il y aurait eu faute de la part du commissaire aux comptes et un préjudice pour l'acquéreur, il n'existe aucun lien de causalité entre la faute et le préjudice allégué.

➢ TGI Bordeaux 31 janvier 2017[27] = Les difficultés économiques de la société contrôlée étant principale-

23. Ce texte s'est ajouté à l'article L. 823-12-1 C. com.
24. Le montant de la créance est d'environ 13 millions d'euros.
25. N° 14 - 15 34 ; *Bull. CNCC* n° 181, p. 56.
26. *Bull. CNCC* n° 183, p. 506.
27. *Bull. CNCC* n° 185, p. 67.

ment dues à la baisse de son activité, le lien de causalité entre les fautes retenues à l'encontre du commissaire aux comptes et le passif social n'est nullement démontré. Les demandes du liquidateur judicaire sont donc mal fondées et doivent être rejetées.

La preuve de l'existence du lien de causalité est probablement admise plus facilement quand le préjudice invoqué résulte d'une perte de chance. Ma collègue Garance CATTALANO-CLOAREC et Mme Agnès PINIOT nous en parleront tout à l'heure.

II. LES QUESTIONS EN DEVENIR

Les services autres que la certification des comptes (« SACC »)

Avant la réforme européenne de l'audit l'article L. 822-11 C. com. précisait qu'il était *« interdit au commissaire aux comptes de fournir à la personne ou à l'entité qui l'a chargé de certifier ses comptes ou aux personnes ou entités qui sont contrôlées par celle-ci … tout conseil ou toute autre prestation de services, n'entrant pas dans les diligences directement liées à la mission de commissaire aux comptes, telles qu'elles sont définies par les normes professionnelles mentionnées au sixième alinéa de l'article L. 821-1 ».*

Il en résultait que la prestation dont la mise en œuvre était demandée par une entité à son auditeur ne pouvait être accomplie que si elle portait sur un sujet directement liée à sa mission légale et que si elle faisait l'objet d'une norme ad hoc, dite *« norme DDL »*.

Le mécanisme des DDL a été supprimé par la réforme européenne de l'audit. Désormais, en effet, le commissaire peut fournir des *« services autres que la certification des comptes »* dès lors que les prestations fournies n'entrent pas dans les services portant atteinte à l'indépendance du commissaire aux comptes tels que définis par le Code de déontologie ainsi que pour les entités d'intérêt public (EIP) par le règlement européen (art. 5, §1 du règlement du 16 avril 2014).

Donc, les services qui ne sont pas interdits par les textes sont autorisés, sous réserve pour les EIP d'un processus d'approbation par le comité d'audit. Il résulte de la réforme que les normes DDL sont devenues caduques depuis le 17 juin 2016.

En l'absence de NEP ou de doctrine professionnelle applicable à l'intervention considérée, la CNCC considère, dans une recommandation assez vague, que le commissaire se réfère *« aux diligences qu'il a estimé nécessaires »*.

Sur le terrain de la responsabilité civile, et en particulier de la prescription, on pourrait soutenir, en s'appuyant sur l'article L. 822-18 C. com., texte très général qui ne distingue pas entre les actions en responsabilité fondées sur l'exécution de la mission légale et les actions fondées sur d'autres missions pouvant être effectuées par le commissaire, que ce devrait être la prescription triennale qui devrait s'appliquer.

Ce n'est cependant pas la position qui a été adoptée par la jurisprudence majoritaire à propos des DDL. Comme l'a jugé la cour d'appel de Paris[28] : *« la courte prescription de trois ans édictée au bénéfice des commissaires aux comptes, en raison du caractère dérogatoire au droit commun de cette prescription, ne concerne que les interventions des commissaires aux comptes définies par la loi. Les obligations résultant des interventions définies… par convention se prescrivent par dix ans … »*[29].

Cette solution devrait se maintenir pour les SACC. On se situe en effet bien dans une sphère contractuelle puisque le commissaire peut toujours refuser d'accomplir un service autre que la certification des comptes.

Si la responsabilité pour les SACC est bien une responsabilité contractuelle, il faut cependant tenir compte de l'incidence de la réforme du droit de la prescription en matière civile, opérée par la loi du 17 juin 2008. L'article 2254 du Code civil dispose en effet dans son alinéa 1er que *« la durée de la prescription peut être abrégée ou allongée par accord des parties. Elle ne peut toutefois être réduite à moins d'un an ni étendue à plus de dix ans »*. Il pourra donc fort bien être prévu dans la lettre de mission que la durée de la prescription est de trois ans… ou moins.

Cette lettre de mission pourra également contenir une clause limitative de responsabilité dont la validité est admise par la jurisprudence. Elle sera cependant privée d'effet en cas de faute lourde du professionnel du chiffre ou encore, depuis la réforme du droit des obligations opérée par l'ordonnance du 10 février 2016, si la clause *« prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur » (art. 1170 nouv. C. Civ.)*. Ces solutions sont évidemment applicables aux experts-comptables compte tenu du caractère contractuel de leur mission.

Reste un dernier point à examiner qui fait difficulté. Il concerne la distinction entre le préjudice collectif relevant du monopole du mandataire judiciaire dans le cadre d'une procédure collective et le préjudice personnel ouvrant la possibilité d'une action individuelle.

Le problème se pose assez fréquemment lorsque le mandataire judiciaire recherche la responsabilité du commissaire aux comptes et de l'expert-comptable (recherche d'autant plus volontiers effectuée que le mandataire ne souhaite pas engager sa propre responsabilité s'il reste inactif…).

28. Paris 30 juin 2006, *Bull. CNCC* n° 144, p. 683.
29. Cinq ans depuis la loi du 17 juin 2008.

Les articles L. 622-20 et L. 641-4 C. com. édictent en effet que le liquidateur judiciaire a seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers. Cette exclusivité conférée au liquidateur implique l'interdiction faite aux créanciers d'agir individuellement en réparation d'un préjudice subi par la collectivité des créanciers.

Ce n'est que lorsque le créancier peut se prévaloir d'un préjudice personnel et distinct du préjudice collectif qu'il sera recevable à exercer seul une action en responsabilité.

La jurisprudence de la Cour de cassation est constante : *« saisie … de l'action individuelle de certains créanciers demandant, après clôture de la liquidation judiciaire, réparation d'un préjudice non distinct de celui causé aux autres créanciers, la Cour d'appel a exactement énoncé qu'une telle action est irrecevable pour défaut de qualité… »*[30].

Ou encore, plus récemment : *« Attendu que pour dire M. Y... recevable à réclamer la réparation de son préjudice financier et lui allouer une somme de 150 000 euros, l'arrêt retient que celui-ci justifie d'un préjudice personnel résultant de la perte du capital social qu'il a apporté, ainsi que des revenus qu'il tirait de la société LE VÉRISCOPE en sa qualité de dirigeant ;*

Qu'en se déterminant ainsi, sans distinguer entre la perte des apports de M. Y..., qui n'était qu'une fraction du préjudice collectif subi par l'ensemble des créanciers, et la perte pour l'avenir des rémunérations qu'il aurait pu percevoir en tant que dirigeant social, à l'origine d'un préjudice distinct qui lui était personnel, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision … »[31].

Si le principe est clair, sa mise en œuvre n'est pas sans donner lieu à difficultés. En témoignent deux arrêts récents de la cour d'appel de Paris dans des affaires dont la presse économique a parlé.

Le premier, rendu le 22 septembre 2016 *(Pôle 5, Chambre 9)* a déclaré recevable l'action en responsabilité engagée par les représentants des obligataires de la société TETCO TECHNOLOGIES, retenant que celle-ci tendait à la réparation d'un préjudice personnel et distinct de celui collectif des créanciers au sein de la procédure collective. Selon la Cour, le préjudice invoqué résultait *« non pas de l'insolvabilité de la société en liquidation judicaire, mais bien de la faute personnelle rattachée au commissaire aux comptes ».*

Ce qui est curieux dans cet arrêt, c'est que la Cour a déduit le caractère personnel et distinct du préjudice invoqué par les représentants des obligataires de son lien de causalité avec la faute commise par le commissaire aux comptes.

En réalité, ce que risquent en l'espèce les obligataires c'est de ne pas recouvrer leur créance à raison de l'insolvabilité de la société émettrice, constatée par sa cessations des paiements. Or, ce risque de non recouvrement des créances détenues au titre de l'emprunt obligataire n'est qu'une fraction du préjudice collectif subi par l'ensemble des créanciers de la société en liquidation.

Si les obligataires ont pu être induits en erreur par les comptes certifiés de façon erronée par le commissaire, c'est également le cas des autres créanciers sociaux.

C'est dire qu'il n'y a pas eu de préjudice personnel et distinct subi par les obligataires.

L'autre arrêt qu'il convient de citer, émanant de la même Cour de Paris *(mais Pôle 2, Chambre 2)*, s'est prononcé dans un sens opposé dans l'affaire PROXIMANIA (30 mars 2017) à propos des actionnaires de la société : *« il est établi que le préjudice invoqué par les actionnaires de la société PROXIMANIA ne leur est ni personnel, ni distinct mais est le corollaire de celui de la société … et de ses créanciers ; dès lors seul le mandataire judiciaire a qualité pour engager l'action dans l'intérêt collectif des créanciers … ».*

Des pourvois ont été formés contre ces deux arrêts, les professionnels du chiffre étant demandeurs dans le premier, défendeurs dans le second. On attend avec intérêt les solutions qui seront données par la Cour de cassation.

En conclusion, deux observations peuvent être présentées :

- depuis peu, on assiste à un accroissement du nombre des actions des fonds d'investissement, avec des demandes d'indemnisation qui atteignent des montants très importants ;
- l'autre nouveauté, déjà présente mais qui va connaître des développements qu'on a peine à évaluer et qui concerne le risque informatique :
  - on a appris dernièrement la cyberattaque dont avait été victime la SEC en 2016 et qui avait permis aux hackers d'avoir accès à la base de données Edgar dans laquelle figurent des documents confidentiels sur les comptes des entreprises et leurs opérations financières,
  - plus récemment, un des big four a également été victime d'une cyberattaque qui aurait duré près de six mois et qui aurait permis aux assaillants d'avoir accès à des informations sensibles et aux mails échangés entre les collaborateurs et entre les clients et la firme.

C'est dire que tous les professionnels du chiffre, comme leurs clients, sont des victimes en puissance, avec des risques de perte des dossiers et des frais importants pour la reconstitution des archives, des pertes d'exploitation lourdes, des fraudes et des conséquences économiques considérables. La cyberassurance est en train de naître et de se développer dans un secteur difficile à appréhender.

30. Com. 10 juillet 2012, n° 11-23 097.
31. Com. 29 sept. 2015, n° 13-27 587.

Les experts ne vont pas manquer d'être sollicités pour donner leur avis sur des préjudices difficiles à évaluer, pour apprécier sous un angle nouveau les fautes éventuellement commises.

Je vous remercie.

(Applaudissements)

M. TUDEL, Président. – Merci professeur.

Effectivement, j'ai été victime d'une cyberattaque ; vous avez bien fait de le rappeler.

Je vous remercie également puisque, dans ma conclusion, je comptais annoncer que le congrès de Toulouse porterait sur ce thème.

Je n'aurai pas à le redire, merci beaucoup.

Je voudrais simplement revenir sur un point qui me semble très important – et que j'ai eu l'occasion de rappeler à plusieurs reprises dans des différentes interventions que j'ai pu faire, notamment à l'université à Toulouse, en compagnie de votre confrère, le professeur BARBIERI, sur les textes et la loi du 17 juin 2008 prévoyant que la durée de prescription peut être abrogée ou allongée ; de la même manière, dans cette lettre de mission, nous pouvons limiter la responsabilité des professionnels.

Je voudrais dire qu'en matière notamment de commissariat aux apports, j'observe que les confrères ne pensent pas forcément à traiter cette problématique dans la lettre de mission.

Je vous enjoins donc à regarder ce texte. Lorsque vous avez des missions de ce type, qui sont essentiellement contractuelles en matière d'apport, il faudrait que vous ayez une lettre de mission faisant référence à ce texte. Il faudrait bien veiller également à limiter votre responsabilité dans la mesure où cela ne contrevient pas à des textes d'ordre public.

Merci, Monsieur le professeur, d'avoir tenu le timing.

Monsieur le commissaire général, je crois qu'il y a une pause de 20 minutes.

Nous pouvons donc prendre cette pause.

Merci beaucoup.

(Applaudissements)

(Suspension de séance)

M. ASSE. – Nous allons poursuivre nos travaux et je vais passer, sans plus attendre, la parole au professeur Stéphane TORCK et à notre confrère, M. Olivier PERONNET.

Les éléments constitutifs de la responsabilité civile des professionnels du chiffre

M. le Pr TORCK. – Merci beaucoup, cher monsieur.

Nous allons dérouler, dans le temps imparti d'environ 45 minutes, les éléments constitutifs de la responsabilité civile des professionnels du chiffre et nous nous concentrerons sur la responsabilité civile des commissaires aux comptes et des experts-comptables.

Probablement, y a-t-il matière, avant de rentrer dans le vif du sujet, de rappeler que les éléments constitutifs de la responsabilité civile répondent à un triptyque faute-préjudice-lien de causalité qui est finalement extrêmement classique dans le droit commun de la responsabilité civile.

De ce point de vue, les conditions de mise en cause de la responsabilité civile des commissaires aux comptes et des experts-comptables ne dérogent pas aux principes et à leur application, bien connus dans la jurisprudence française.

Probablement quand même convient-il, parmi d'autres spécificités, de relever trois éléments d'ores et déjà qui, de manière générale, permettent de pointer les spécificités de la mise en cause de la responsabilité des commissaires aux comptes et des experts-comptables.

Certains de ces aspects ont été quelque peu développés précédemment.

La première spécificité est relative à la faute. Cela a été parfaitement explicité par le Professeur MERLE. Nous sommes passés d'un régime de responsabilité de qualification de la faute fondée sur le bon professionnel – nous aurions dit hier, quand l'expression existait encore, *« du bon père de famille »* – appliqué à cet art professionnel, à une responsabilité fondée plus précisément sur des normes d'exercice professionnel, connues chez les commissaires aux comptes et du référentiel normatif des experts-comptables.

Nous reviendrons sur la portée de cette référence un peu plus tard.

De ce point de vue, cette idée se rattache au propos qui est le mien ; la spécificité également de ces missions des commissaires aux comptes et des experts-comptables provient de ce que ces missions sont d'une technicité relativement importante et d'une complexité qui l'est tout autant. Ceci explique le rôle des experts de justice intervenant dans les procès en responsabilité.

La deuxième particularité probablement n'est pas propre à la profession de commissaire aux comptes et d'expert-comptable. C'est partagé avec nombre d'activités professionnelles garanties par une assurance Responsabilité. Elle concerne le préjudice. Il s'agit évidemment de la grande solvabilité des professionnels du chiffre au travers de leur assureur.

Il ne s'agit pas ici de faire de la polémique gratuite, mais nous comprenons tout de même que cet aspect des choses explique les raisons pour lesquelles les plaideurs cherchent quelquefois, par tout moyen, à engager la responsabilité des professionnels du chiffre. Il faut être attentif à ce point qui peut aussi expliquer les contournements ou détournements des règles ou principes juridiques que nous pouvions imaginer fermement acquis jusqu'alors.

Nous l'illustrerons au travers de la distinction évoquée par Pr MERLE entre le préjudice individuel et le préjudice collectif, notamment dans la procédure collective et de développement jurisprudentiel relativement inquiétant sur ce sujet.

La troisième spécificité ou particularité qui n'est pas propre nécessairement aux activités nous intéressant concerne le lien de causalité.

J'ai entendu, à juste titre, effectivement qu'il était question de ce point de vue d'asymétrie d'information.

Je me permets ici de douter qu'en toute occasion cette dissymétrie ou asymétrie existent autant que l'on veut bien le dire. Nous pourrons probablement l'illustrer.

Il est un principe cardinal du droit civil que le droit consumériste français. Par droit consumériste, je n'entends pas uniquement le droit de la consommation, mais ses prolongements, y compris dans les règles du droit commun ou les règles du droit spécial.

Cette idée du droit consumériste fait perdre de vue cette obligation qu'a tout homme honnête de se renseigner par ses propres moyens. Il est une notion cardinale lorsque nous approchons la question du lien de causalité : celle d'utilisateur des comptes. Nous aurons l'occasion d'y revenir.

Ceci étant précisé à titre d'introduction, nous nous proposons, avec M. Olivier PERONNET d'aborder la question des éléments constitutifs de la responsabilité civile des commissaires aux comptes et des experts-comptables autour de deux questions centrales.

La première est relative à la nature de la responsabilité civile. La question a quelque peu été évoquée.

La deuxième est relative, de manière probablement plus technique, aux conditions de la responsabilité.

Si nous nous intéressons, dans un premier temps, à la nature de la responsabilité civile, la situation des experts-comptables et des commissaires aux comptes n'est pas identique. Nous y reviendrons.

Les éléments de complexité sont plus grands s'agissant des commissaires aux comptes. Cependant, de façon générale, nous pouvons distinguer trois catégories de responsabilité : une responsabilité professionnelle caractérisant la responsabilité des commissaires aux comptes dans l'accomplissement de leurs missions légales, une responsabilité contractuelle ou une responsabilité délictuelle, selon le cas.

Nous pourrons y revenir, et je suis certain que la question sera également abordée cet après-midi en termes de limitation de la responsabilité.

Les enjeux de la qualification sont importants car, selon le type de responsabilité auquel nous avons affaire, les règles ou les aménagements à ces règles diffèrent, voire même peuvent être proscrites ; c'est le cas pour la responsabilité professionnelle.

La question de la prescription et la possibilité de l'aménager conventionnellement ont été évoquées.

Concernant l'étendue du droit à réparation, en matière de responsabilité contractuelle, les règles applicables sont différentes.

Le jeu des clauses limitatives de responsabilité sont à exclure dans la responsabilité professionnelle, mais peuvent parfaitement être mises en oeuvre de façon intelligente, le tout étant de savoir jusqu'à quel point. Probablement que cet après-midi il sera répondu à cette question s'agissant de la responsabilité contractuelle.

Nous vous rappelons quelques textes et principes applicables :

Concernant la prescription triennale pour ce qui concerne la responsabilité civile des commissaires aux comptes pour leurs missions dites *« légales »*, nous verrons comment il convient de départir ce qui relève de la mission légale et ce qui relève, par défaut, de la mission contractuelle, mais le principe est acquis.

L'article 2224 du Code civil : il s'agit d'un texte de droit commun en matière de prescription et son aménagement contractuel est permis, dans certaines limites, par l'article 2254 du Code civil.

Concernant la question de l'étendue du préjudice réparable, en matière contractuelle, le préjudice prévisible est réparable, sauf dol ou faute lourde. Le préjudice tel que les stipulations contractuelles convenues entre chacune des parties l'aurait aménagé ou implicitement prévu peut être réparé alors qu'en matière délictuelle il s'agit du principe de réparation intégrale du préjudice en vertu de l'ancien article 1382 qui est devenu l'article 1240 du Code civil suite à la recodification liée à la réforme des contrats.

En matière de responsabilité contractuelle, il est possible que la responsabilité civile délictuelle soit mise en oeuvre. Il existe donc une jurisprudence constante qui, en tout cas, pour ce qui nous concerne, ne pose pas de difficulté : un tiers peut invoquer l'existence d'une faute contractuelle pour engager la responsabilité délictuelle de l'auteur fautif.

Autrement dit, pour résumer, une responsabilité professionnelle est celle du commissaire aux comptes dans l'accomplissement de sa mission légale : une responsabilité contractuelle, à défaut de responsabilité professionnelle, à l'égard du cocontractant et potentiellement une responsabilité délictuelle de l'auteur fautif à l'égard du tiers se prévalant de ce que la faute contractuelle lui a causé un préjudice.

Si nous nous intéressons quelque peu à la responsabilité civile du commissaire aux comptes, on parle de responsabilité professionnelle dans l'accomplissement de sa mission légale ; et pour les autres missions – reste à savoir comment tracer la frontière entre ces deux catégories –, on parle de responsabilité contractuelle.

M. PERONNET. – M. le Pr MERLE l'a déjà remarquablement évoqué la responsabilité professionnelle est attachée à l'accomplissement de sa mission légale par le Commissaire aux Comptes. En substance, il s'agira d'appliquer les normes d'exercice professionnel dans toutes leurs composantes. Il y a le cadre conceptuel, et également la justification et la preuve de la mise en œuvre de ses diligences ainsi définies.

Concernant la responsabilité contractuelle ou délictuelle, l'importance résidera dans le contrat qui est la lettre de mission dans son ensemble. A chaque fois, nous sommes dans l'application d'un ensemble de normes. Il en est de même, par exemple, au commissariat aux apports et à la fusion que nous n'aborderons pas en détail aujourd'hui.

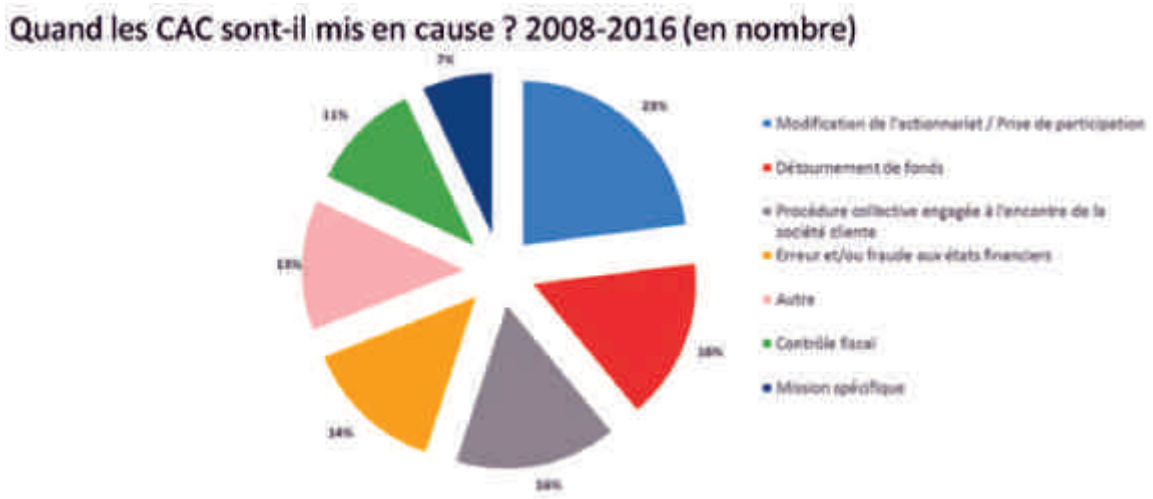
Dans ce cas précis, relevons toutefois qu'il ne s'agit plus des normes professionnelles au sens des NEP, mais d'avis techniques qui s'appliquent au commissariat à la fusion, et qui n'ont pas la même valeur dans la hiérarchie des normes. On parle de doctrine professionnelle.

De fait, en substance, nous serons dans le domaine du contrat. Il en est de même pour l'expert-comptable où l'essentiel de sa mission sera contenu dans sa lettre de mission, celle-ci faisant elle-même référence aux normes applicables ou aux avis applicables tels qu'édictés par la profession d'expert-comptable.

Un mot peut-être sur ce qui a été évoqué par le Pr MERLE sur les cas de mise en cause, plus particulièrement des commissaires aux comptes.

Les statistiques citées par M. le Pr MERLE ne couvraient pas exactement la même période ; c'est pourquoi vous trouverez quelques écarts par rapport aux chiffres qu'il a énoncés tout à l'heure et que j'ai attentivement écoutés, mais les ordres de grandeur sont là.

La nature de la responsabilité civile du CAC



Il est plutôt important d'examiner les contextes dans lesquels la mise en cause du commissaire aux comptes intervient.

Le cas le plus fréquemment rencontré est la modification de l'actionnariat et plus particulièrement celle d'une prise de participation. C'est un domaine vaste qui est celui des audits d'acquisition, ou plus simplement la prise de possession par le nouvel actionnaire, qui vont mettre en en évidence d'éventuelles faiblesses dans le dossier du commissaire aux comptes, qui conduisent à la remise en cause des travaux effectués par le professionnel qui a certifié les comptes.

Nous pouvons également penser, pour faire un parallèle, à la responsabilité du même professionnel et de la distinction à opérer entre la mission légale du commissaire aux comptes et la mission contractuelle de celui qui fait l'audit d'acquisition. Chacun aura évidemment une responsabilité distincte qui s'appliquera à sa mission car leur rôle respectif et leurs missions seront différents : l'un sera l'application légale des normes professionnelles, et l'autre sera dans un cadre purement contractuel.

Nous pouvons également penser au cas de l'acquéreur victime, c'est-à-dire éventuellement un tiers à l'entreprise auditée, ou dans certains cas d'une société elle-même qui se plaindra d'éventuelles faiblesses de la part de son commissaire aux comptes.

Les cas sont nombreux et le cadre des mises en cause variable, et surtout le lien de causalité pourra être très différent selon les situations.

Le deuxième cas le plus fréquent est le détournement de fonds. L'entreprise est la victime.

Cela engendre des conséquences en termes de causalité également, qui sont à distinguer. En fonction de la qualité du contrôle interne, des avertissements que le commissaire aux comptes a pu donner à son client dans la mise en œuvre d'un certain nombre de contrôles à l'intérieur de l'entreprise. Ce type de situations reste néanmoins un cas assez fréquent de mise en cause de nos confrères.

Le troisième cas qui intervient fréquemment est celui des procédures collectives.

Il y a là les règles applicables au domaine de l'alerte. Il faut avoir conscience qu'une alerte tardive par un commissaire aux comptes peut avoir des conséquences sur l'accroissement du passif.

Le sujet en tant que tel de l'alerte est un point d'attention particulier. Contextuellement, pour avoir tous été confrontés à cette situation, nous connaissons la difficulté dans laquelle nous nous trouvons quand une entreprise en difficulté est en train d'essayer de lever des fonds qui seront la solution partielle ou totale au problème de trésorerie et de pérennité auquel elle est confrontée. Dans un tel contexte, la difficulté de déclencher une procédure d'alerte qui risque de faire fuir l'investisseur, est un risque réel. Mais ne pas la déclencher fait courir dans un deuxième temps, un risque plus grand s'il finit par investir sans avoir eu toutes les informations, et il expliquera que l'alerte aurait dû être déclenchée par le commissaire aux comptes.

C'est, assez naturellement, un cas de contentieux fréquent.

Ensuite, il existe les erreurs, la fraude aux états financiers et des cas plus marginaux, notamment ceux des missions spécifiques sur lesquels nous reviendrons tout à l'heure.

M. le Pr TORCK – Si nous essayons de nous intéresser aux critères de distinction entre la mission légale et les missions qui ressortissent à la catégorie des missions contractuelles, la frontière entre les deux est a priori relativement simple, mais il devient intéressant de s'interroger dans le détail.

Nous avons au moins deux décisions – nous aurions pu en rajouter une troisième – qui appellent quelques commentaires.

Une première décision de la cour d'appel de Paris du 25 septembre 2014 : la Cour d'appel a considéré que le commissaire aux comptes qui auditait les comptes intermédiaires d'une société, à l'occasion de sa mission, n'accomplissait pas une diligence directement liée à l'audit peu important – et la précision est importante – et qu'au cas particulier, cette mission soit couverte par une norme d'exercice professionnel.

Il s'agissait dans ce cas d'évincer le jeu de la prescription triennale.

Nous comprenons, ce faisant, que l'on peut être en présence d'une mission qui n'est pas une mission légale, qui est couverte par une norme d'exercice professionnel, et pourtant elle ne ressortit pas à la mission légale et ne bénéficie pas de la prescription triennale.

Une décision plus récente dont a parlé le Pr MERLE : celle de la Chambre commerciale du 24 novembre 2015. La société de commissaires aux comptes auditait des comptes de l'entité. Il s'agissait, pour elle, de lever des fonds aux Etats-Unis, et la mission de la société de commissaire aux comptes qui auditait l'entité concernée était une mission de retraitement comptable pour que l'offre publique réalisée aux Etats-Unis puisse être validée par la SEC. C'est assez classique.

Cela s'opère de la même manière dans les offres publiques transfrontalières.

Nous aurions pu considérer assez légitimement que cette mission, secondaire ou liée, jouait en miroir de la cer-

tification des comptes car elle en était le prolongement assez naturel pour que l'offre publique de titres financiers puisse être réalisée aux Etats-Unis ; la Cour de cassation a considéré, au contraire, que la prescription triennale ne s'appliquait pas, ce qui me semble relativement contestable.

Je voudrais simplement apporter une précision au sujet de l'arrêt du 24 novembre 2015 : il a été interprété par défaut ou en creux comme qualifiant toutes les missions qui ne sont pas légales au sens strict – nous avons compris que la position de la Cour de cassation était extrêmement stricte – de missions contractuelles. Les possibilités ne sont pas infinies. Ce qui ne relève pas de la responsabilité professionnelle relève de la responsabilité contractuelle. Le raccourci peut être fait sans trop se tromper.

Je voudrais apporter une deuxième précision en lien avec la réforme de l'audit qui distingue les services d'audit et les services autres que la certification des comptes.

Cette distinction pourrait apparaître comme cristallisant, d'une certaine manière, la solution rendue par l'arrêt de la Chambre commerciale du 24 novembre 2015, mais j'observe que cette distinction entre le service des audits et les SACC gouverne, pour l'essentiel, le tout étant de savoir si le commissaire aux comptes de l'entité auditée peut accomplir, au profit de cette entité ou des entités qu'elle contrôle, d'autres services que la mission de certification des comptes, et qu'elle ne répond pas à la question de savoir ce qui ressortit au domaine de la mission légale et ce qui ressortit, par défaut, au domaine de la mission contractuelle.

Si nous contestons, et c'est plutôt mon cas, l'arrêt du 24 novembre 2015, la discussion mérite de rester ouverte. Je défends, en tout cas, ce point de vue.

Parlons de la nature de la responsabilité civile de l'expert-comptable.

Elle est éminemment contractuelle puisque l'expert-comptable est lié à son client par un contrat d'entreprise. C'est une responsabilité contractuelle en ce compris dans les missions légales et parfois, en doctrine en tout cas, présentées comme étant légales, notamment les missions d'experts-comptables auprès du Comité d'entreprise : elles sont en réalité des missions contractuelles.

Une responsabilité contractuelle puise essentiellement sa source et ses termes dans la lettre de mission en précisant ce point important : les éléments de la responsabilité de qualification de la faute vont au-delà de la lettre de mission ; cela signifie que la lettre de mission ne permet pas de circonscrire, de manière parfaite, le périmètre de la responsabilité de l'expert-comptable car ce dernier est tenu d'un devoir d'information, de mise en garde et de conseil qui transcendent la lettre de mission. Ce point mérite d'être relevé.

Passons maintenant aux éléments constitutifs de la responsabilité civile avec le triptyque que nous connaissons tous : la faute, le préjudice et le lien de causalité.

Envisageons d'abord la situation du commissaire aux comptes.

Nous irons assez vite sur ces éléments car je pense que d'autres points méritent d'être approfondis plus avant, mais rappelons tout de même quelques principes simples.

Le premier : l'obligation de moyens du commissaire aux comptes dans l'accomplissement de sa mission et, de manière tout à fait exceptionnelle, le cas échéant, une obligation de résultat.

La chose est connue. Je ne crois donc pas que ce soit très utile de s'y attarder beaucoup.

Le commissaire aux comptes, eu égard à la nature de sa mission légale, des moyens qu'il met en œuvre pour l'accomplir, car il procède par voie de sondages, et au contraire des dirigeants, il ne délivre aucune information sur les comptes, mais une opinion sur ces comptes, et notamment sur la régularité, la sincérité et l'image fidèle. Il n'est tenu qu'à une obligation de moyens.

Cela signifie que son obligation de moyens tient à la fois aux moyens mis en œuvre, la technique du sondage principalement, et l'objectif de sa mission qui ne consiste pas à donner une information financière ou comptable, mais à apprécier la régularité, la sincérité et l'image fidèle des comptes sociaux.

La jurisprudence, aujourd'hui, est parfaitement fixée : de nombreuses décisions de la Cour de cassation des juges du fond viennent le confirmer.

Nous avions mis dans le slide un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux de 1997 résumant à lui seul et de manière complète et intelligente, me semble-t-il, les raisons pour lesquelles la faute du commissaire aux comptes ne peut s'apprécier qu'au regard de l'obligation de moyens pesant sur lui.

Aujourd'hui, les fondements légaux et réglementaires sont parfaitement clairs. Ils viennent confirmer qu'il ne s'agit que d'une obligation de moyens avec l'article 823-9, de la certification de la régularité, de la sincérité et de l'image fidèle que donnent les comptes avec l'article 823-10 interdisant au commissaire aux comptes de s'immiscer dans la gestion – sa situation étant bien différente de celle des dirigeants de la société – et enfin de quelques normes d'exercice professionnel. Je pense à l'ancienne NEP 200 applicable à l'audit des comptes mise en œuvre dans le cadre de la certification envisageant la question de la limitation de l'audit. On nous disait qu'elle résultait notamment de l'utilisation de techniques de sondages, limites aussi inhérentes au contrôle interne et du fait que la plupart des éléments collectés au cours de la mission

conduisent davantage à des présomptions qu'à des certitudes.

Nous pouvons également évoquer la NEP 500 sur le caractère probant des éléments collectés. Là encore, on nous disait très clairement que le commissaire aux comptes n'est pas tenu d'examiner – ce qu'aura confirmé la jurisprudence d'ailleurs – toutes les informations disponibles de l'entité dans la mesure où il peut conclure sur la base d'approche par sondage.

La NEP 700 révisée est en vigueur. Je n'ai pris que cet exemple au sujet de la certification sans réserve : la norme nous dit que l'audit des comptes permet au commissaire aux comptes d'obtenir l'assurance élevée, mais non absolue – c'est un point essentiel –, du fait de la limite de l'audit, que les comptes pris dans leur ensemble ne comportent pas d'anomalie significative.

M. PERONNET. – Très rapidement les deux termes qu'il faut retenir sont en effet professionnel diligent et le fait que ce soit une assurance raisonnable qui puisse être tenue par ce professionnel diligent.

Bien évidemment, tout cela ouvre un champ d'appréciation très important sur lequel je reviendrai tout à l'heure, sur le rôle que l'expert de justice peut avoir dans l'appréciation de ces éléments dans le déroulement de la mission d'un commissaire aux comptes.

Après, nous pouvons suivre des exemples de jurisprudence.

M. le Pr TORCK. – Je dirai un mot sur les normes de l'exercice professionnel. Il est évidemment intéressant de noter que, plus que par le passé, depuis que les normes d'exercice professionnel existent, les juges se fondent assez systématiquement sur celles-ci pour étayer, fonder, motiver la décision consistant, pour eux, à relever la faute du commissaire aux comptes.

Je pense néanmoins, et ce n'est pas une intuition, que c'est un risque. Je tiens néanmoins à évoquer cette question qu'il ne faudrait pas que par excès de zèle les plaideurs prétendent tirer de toutes les normes d'exercice professionnel et de leur contenu motif à engager la responsabilité civile des professionnels, et notamment celle du commissaire aux comptes.

Je fais un parallèle car c'est une question qui m'occupe beaucoup : celle de la responsabilité civile des prestataires de services d'investissement où nous avons pléthore de dispositions déontologies, professionnelles ou de bonne conduite dans le règlement général de l'AMF. Le risque est d'imaginer que tout ce qui ressortit normalement à la bonne pratique professionnelle, et donc à la sanction disciplinaire – ce sera le cas pour les PSI par l'intermédiaire de l'AMF ; le H3C pour les commissaires aux comptes – ne devienne pas motif ou prétexte à engager la responsabilité civile.

Sur ce point, la Cour de cassation a une approche pragmatique et raisonnable. Cela signifie les PSI visent parfois les dispositions du RG AMF, mais principalement l'ancien article 1147 du Code civil qui est la responsabilité contractuelle.

Même si nous avons peu de décisions de la Cour de cassation à ce sujet, elle sera probablement appelée, de la même manière, pour les commissaires aux comptes, à prendre garde à ce qu'il n'y ait pas de dérapage et que la norme d'exercice professionnel ne devienne pas une mine d'or pour les plaideurs, en gardant à l'esprit que la norme n'a d'intérêt que pour savoir si l'objet de la mission a été correctement rempli sans s'attacher plus avant aux différentes étapes de la mission. Je pense que ce point est extrêmement important.

Je souhaitais dire qu'il y avait probablement un risque collatéral à invoquer les normes d'exercice professionnel.

Enfin, la faute s'apprécie in abstracto et non pas in concreto. Il est donc exigé du professionnel une bonne tenue dans la mission qu'il accomplit, quelles que soient les circonstances.

Je ne suis pas certain, au regard du temps qui s'écoule, qu'il faille trop insister sur les illustrations, sauf l'application de la question qui nous occupe en matière de communication, d'informations fausses, inexactes, imprécises ou trompeuses de l'article 632-1 du RG AMF.

M. PERONNET. – Sur les cas de jurisprudence que nous avions relevés auparavant, nous irons très vite. Le commissaire aux comptes n'a pas à refaire la comptabilité. Une expertise judiciaire intervenant a posteriori peut mettre en évidence de tels éléments. J'y reviendrai tout à l'heure dans le rôle que l'expert de justice peut jouer dans l'analyse de la responsabilité des professionnels du chiffre.

Nous voulions nous focaliser au fond sur un point un peu particulier qui a trait aux émetteurs cotés, et plus particulièrement au pouvoir et au devoir d'information – et à la question de savoir jusqu'où la question se pose pour le commissaire aux comptes, et quelle est sa responsabilité associée à la diffusion de l'information financière ?

A l'initiative de l'AMF, un certain nombre d'actions ont été engagées contre des commissaires aux comptes au titre des opinions qu'ils avaient émises sur des comptes d'émetteurs cotés, sur le fondement de l'article 632-1 qui a trait à l'information financière. Ce texte permet de poursuivre toute personne, y compris donc, le commissaire aux comptes pour les informations, dont il savait ou dont il pouvait savoir qu'elles étaient incomplètes, inexactes ou trompeuses, et susceptibles d'avoir une incidence sur le cours de bourse.

La question est donc de savoir, face à cette responsabilité de portée générale, ce qu'un commissaire aux comptes peut ou doit faire.

La position est assez claire : un commissaire aux comptes n'a pas le pouvoir de délivrer des informations au marché. Il est tenu au secret professionnel. La seule information qu'il délivre est celle qu'il donne au travers de ses rapports légalement définis. En cela, l'opinion qu'il émet est une information : une réserve sur des comptes, un refus de certification sont évidemment des éléments importants pour un émetteur, qu'il soit coté ou pas d'ailleurs. L'opinion qu'il émet est la substance de sa mission.

Ces cas sont intéressants. Le cas que nous avons cité, l'affaire Carrère, est celui où le commissaire aux comptes qui avait certifié les comptes avait émis une observation. L'AMF avait poursuivi considérant que : plutôt que d'émettre une observation, n'aurait-il pas fallu, qu'il émette plutôt une réserve, voire un refus de certification ?

La réponse des juristes est claire : au travers du 632-1 visant l'information financière, la réponse est *« non »*, le commissaire n'a pas un devoir d'information spécifique quant à la nature de son opinion. Au travers des diligences et de la mise en œuvre des diligences et du respect de la mission, c'est une autre question, mais ce n'était pas celle qui peut lui être posée sur le fondement de l'article 632-1.

Nous souhaitions faire ce point précis sur le rôle, enfin sur l'absence de rôle dans la communication d'informations financières du commissaire aux comptes, sauf au travers du rapport qu'il émet, que l'on peut contester en tant que tel, ce qui supposerait un abus de sa part.

D'autres cas de jurisprudence existent, à savoir Bricorama ou Europacorp. En substance, que disent- ils ?

Le commissaire aux comptes est là pour émettre une opinion. Si les comptes ne sont pas absolument parfaits, il n'endosse pas la responsabilité de l'entièreté des comptes, des informations données en annexe. Il doit apprécier ces comptes par rapport à l'opinion qu'il doit donner. On ne peut pas le rechercher sur le fait qu'il n'a pas bien tenu la plume du dirigeant puisque, précisément, il ne doit pas s'immiscer dans la gestion.

De fait, dans l'appréciation de sa responsabilité, il est sur un plan différent de celui de l'émetteur et des dirigeants des sociétés qu'il audite, mais il a une responsabilité particulière. Evidemment, l'enjeu est absolument considérable quand nous parlerons du lien de causalité et des conséquences préjudiciables que l'opinion d'un commissaire aux comptes peut entraîner.

M. le Pr TORCK. – La décision Bricorama et Europacorp prouve que l'AMF a compris la mission de certification du commissaire aux comptes, étant observé que la dérive qui était permis de constater se doublait d'une autre consistant finalement à se faire juge de la bonne exécution, par le commissaire aux comptes, de sa mission, en ce compris de l'application des normes comptables internationales.

Ce pouvoir existe probablement du chef de l'AMF, mais il était probablement poussé trop loin dans sa logique.

M. PERONNET. – Un autre cas est celui de l'émetteur se plaignant de l'opinion de son commissaire aux comptes ; bien évidemment, l'opinion du commissaire aux comptes lui est personnelle et essentielle dans sa mission.

L'enjeu est important pour la profession si les émetteurs cotés peuvent engager des procédures contre leur commissaire aux comptes au titre de l'opinion qu'il émet quand celle-ci ne leur convient pas. La liberté du commissaire aux comptes disparaîtrait, et par conséquent l'intérêt même du commissariat aux comptes.

Nous n'irons pas plus loin sur ce sujet : tout le monde est convaincu, ainsi que nous-mêmes et les juges qui ont eu à apprécier ce type de situation.

M. le Pr TORCK. – Par exception, la faute du commissaire aux comptes résultera d'une obligation de résultat : ce n'est pas la peine de détailler ; cela concerne quelques vérifications particulières n'appelant pas, dans l'exercice de la mission, d'aléa qui caractérise l'obligation de moyens ; en son absence, l'obligation sera caractérisée comme une obligation de résultat.

S'agissant de l'expert-comptable, la règle est à peu près identique, à savoir que l'expert-comptable est tenu à une obligation de moyens concernant la comptabilité : il procède par voie de sondages.

Par ailleurs, nous remarquerons que la mission de l'expert-comptable est beaucoup dans la dépendance de la coopération du client, ce qui fait également peser un aléa sur le bon accomplissement de sa mission. En outre, au titre de ses devoirs d'information, de mise en garde et conseil, il ne peut être tenu qu'à une obligation de moyens. En effet, par définition, ces différentes obligations ne sont jamais de résultat.

Je passe sur le fait que la jurisprudence assez fournie confirme la nature de l'obligation de moyens du commissaire aux comptes.

Le référentiel normatif l'exprime également pour la mission de présentation des comptes, l'expert-comptable exprime une assurance modérée ; pour la mission d'audit financier, une assurance raisonnable ; pour les missions d'attestation, il donne aussi une assurance raisonnable ; pour les missions d'examen, d'information financière prévisionnelle, il exprime une assurance modérée.

Tout cela démontre que son obligation est une obligation de moyens.

Pour ce qui est de la faute de l'expert-comptable, elle s'appréciera évidemment au terme de la lettre de mission.

C'est exactement la même chose pour le commissaire aux comptes lorsque sa mission est contractuelle.

Cela étant dit, je pense qu'il ne faut pas se tromper sur la portée de la lettre de mission quant à la responsabilité contractuelle car on appréciera toujours, quoi qu'il en soit, la responsabilité du professionnel par rapport à des standards de comportement.

De fait, la lettre de mission vient délimiter le périmètre de la responsabilité eu égard à la nature de l'intervention et, le cas échéant, des modalités qui auraient été décrites.

En revanche, il faut comprendre que les normes de comportement attendues transcendent la lettre de mission.

Je passe sur les illustrations de jurisprudence de la faute de l'expert-comptable car le temps nous est compté.

M. PERONNET. – Nous pouvons peut-être insister sur le devoir d'alerte évoqué tout à l'heure.

Effectivement, dans la vie courante, le cadre de la mission est un peu éloigné des réalités de la vie quotidienne. La difficulté vient de là.

L'expert-comptable doit aider ses clients à respecter les délais déclaratifs. Des fautes pourraient être assez simplement établies si l'expert-comptable n'a pas été assez diligent.

La vraie difficulté réside dans la réticence d'un client de parfaite mauvaise foi cherchant à instrumentaliser son expert-comptable pour couvrir ses propres turpitudes.

Comme expert judiciaire, j'ai eu le cas d'un client qui venait se plaindre de son expert-comptable car, selon lui, les déclarations fiscales de TVA étaient inexactes ; en réalité, les échanges prouvaient que le dirigeant les modifiait.

Nous sommes dans des cas assez basiques pour ne pas dire plus.

Je voulais insister sur l'importance de la traçabilité des échanges. Les e-mails favorisent évidemment la traçabilité de ces échanges. Il s'agit d'un point majeur en ce qu'il permettra à l'expert-comptable d'établir la duplicité de son client.

Dans un deuxième temps, se pose la question de savoir combien de temps un expert-comptable peut supporter sans engager sa responsabilité, s'il sait que son client établit des déclarations inexactes auprès de l'Administration fiscale. C'est sur cette question qu'il faut s'interroger dans la réalité pour mesurer à quel moment sa responsabilité peut se trouver engagée.

M. le Pr TORCK. – Poursuivons rapidement avec deux questions : celle de la caractérisation de la faute, de son imputabilité et celle de la preuve de la faute.

Pour ce qui est de l'imputabilité de la faute, il s'agit d'une responsabilité personnelle. Cela ne fait pas de doute. Pour les sociétés de commissaires aux comptes, en tout cas pour les sociétés commerciales, car le problème est réglé par la loi pour les sociétés d'exercice libéral, il s'agit de la responsabilité de la société de commissaires aux comptes, mais également du signataire technique.

Nous ne reviendrons pas sur la polémique qu'a fait naître l'arrêt de la Cour de cassation du 23 mars 2010.

Il s'agit d'une responsabilité personnelle. Il faut comprendre que lorsque le professionnel est coauteur de la faute – l'exemple typique est le détournement – un salarié détourne des fonds et un commissaire aux comptes ou un expert-comptable, du fait du manque de diligence, empêche la révélation de ces détournements plus tôt que l'on aurait pu le souhaiter ou empêche que le préjudice ne s'aggrave.

Il existe bien deux fautes. Le commissaire aux comptes ou l'expert-comptable n'est pas responsable des détournements. Il est simplement responsable d'une sorte de perte de chance, préjudice en l'occurrence, de ne pas avoir pu mettre fin au détournement plus tôt ou d'en faire la révélation.

La jurisprudence est très claire : même si elle envisage la question par le biais du préjudice, et non pas de la faute, la faute du commissaire aux comptes ou de l'expert-comptable est autonome lorsqu'il y a coauteurs de la faute, la seule exception, dans cette hypothèse, étant évidemment la complicité active.

Pour le commissaire aux comptes, la responsabilité du fait d'autrui et des collaborateurs, mais il en est de même pour l'expert-comptable, la responsabilité du commettant du fait de ses préposés, l'ancien article 1384 du Code civil s'applique pareillement.

Il existe une exception particulière, le 822-17 bien connu : il s'agit de la responsabilité des commissaires aux comptes du fait des infractions pénales commises par les administrateurs, directeurs et directeurs généraux. Ce texte s'apprécie strictement.

La question de la charge de la preuve est dans la dépendance des propos qui ont été les nôtres, à savoir que le principe réside dans le fait que la charge de la preuve incombe au demandeur. Il s'agit d'une des grandes règles du droit civil. Ce principe est parfaitement conforme, au demeurant, à la nature d'obligation de moyens de l'expert-comptable et des commissaires aux comptes.

Evidemment, si l'obligation est de résultat, il y a alors renversement de la charge de la preuve : il appartient, lorsque c'est possible, de démontrer que l'on n'a pas commis de faute et, en présence d'une obligation de résultat, il n'y a guère que la force majeure et la cause extérieure étrangère qui soient susceptibles d'exonérer de la responsabilité.

Cela concerne l'expert-comptable : en présence d'une obligation d'information et de conseil, il y a renversement de la charge de la preuve car il appartient à celui qui est soumis à une obligation spéciale d'information d'apporter la preuve qu'il y a correctement déféré, ce qui finalement, rend le jeu probatoire dans le procès un peu plus complexe que les principes applicables le laisseraient entendre.

S'agissant de la preuve, une question a été évoquée. Il me semble que l'arrêt de la première chambre civile de juin 2017 conduit, non pas à repenser complètement peut-être, mais à réévaluer la question de la combinaison de la preuve et du secret professionnel, la question étant de savoir si le secret professionnel du commissaire aux comptes et de l'expert-comptable se dresse légitimement comme un obstacle à la preuve des faits qui pourraient lui être reprochés.

Le commissaire aux comptes est astreint d'un devoir d'obligation de secret absolu que la Cour de cassation a étendu, par un arrêt du 8 février 2005, à l'expert-comptable.

Nous connaissons les deux *« fameux »* arrêts du 14 novembre 1995 qui font exception au caractère absolu du secret professionnel.

Le premier arrêt permet au commissaire aux comptes ou à l'expert-comptable de se prévaloir des éléments couverts par le secret pour se défendre dans tout procès au fond, par lequel sa responsabilité civile professionnelle serait engagée. Le principe est bilatéralisable : en effet, pour la manifestation de la vérité, il faut pouvoir demander, dans une action en responsabilité civile au fond du commissaire aux comptes, de produire les éléments propres à établir sa responsabilité.

Le deuxième arrêt concerne l'expertise in futurum : il pose des problèmes très délicats. Sur ce sujet, je laisserai la parole à M. PÉRONNET, mais je voudrais apporter une opinion personnelle en lien avec l'arrêt de juin 2017 de la première chambre civile et le principe de proportionnalité.

La difficulté de cet arrêt, en réalité, réside dans le principe même de proportionnalité qu'il implique en mettant sur le même plan le secret professionnel et les intérêts du plaideur ou la nécessité d'aboutir à la vérité judiciaire.

Dans ce principe de proportionnalité, le fait de les mettre à niveau égal est gênant. Le secret professionnel, lorsqu'il est absolu, devrait se trouver à un niveau supérieur. C'est le sens d'une des prescriptions de l'article 145 du CPC qui consiste à n'accorder la mesure de l'instruction que lorsqu'elle est légitime. Je ne voudrais pas que le principe de proportionnalité, peut-être chez les juges du fond, vienne prendre le pas sur le critère de légitimité, voire même carrément s'y trouve substitué.

M. PERONNET. – Il n'y a pas grand-chose à ajouter. Le Pr MERLE a évoqué cette question tout à l'heure.

Nous sommes confrontés au fait de se trouver instrumentalisés, par l'article 145, par un plaideur qui voudrait, au travers des dossiers du commissaire aux comptes, nourrir son dossier qui serait notoirement insuffisant pour engager une action judiciaire. Il se heurte au secret professionnel.

Il est en effet souhaitable que le débat contradictoire ne se retrouve pas être une mesure unilatérale non contradictoire. Le débat contradictoire qu'évoquait M. le Pr MERLE est extrêmement important. En effet, il faut que le juge puisse jauger et apprécier la situation pour être en mesure de décider. Le terme *« proportionnée »* fait peur car nous ne percevons pas le secret professionnel comme une chose qui serait à *« géométrie variable »*. Cette notion de proportionnalité ne peut pas s'apprécier tellement par rapport aux dossiers pris pour ce qu'ils sont, mais par rapport à une situation.

C'est un premier élément.

Dans ce genre de mise en cause, le commissaire aux comptes se trouve entraîné potentiellement sur un sujet qui le dépasse, au sens où il a accompli ses diligences, mais la recherche de sa responsabilité est le prétexte à chercher autre chose.

Il nous semble que la jurisprudence telle qu'elle existe à ce jour est adaptée à la situation, avec ce point d'attention sur le fait que, très souvent, ces actions in futurum sont engagées, tentées. Nous ne voyons pas le problème de préservation des preuves, dès lors que les dossiers du commissaire aux comptes seront conservés, sauf à ce qu'il soit complice d'une fraude majeure et qu'il brûle lui-même ses dossiers. Le problème de préservation des preuves ne nous semble pas se poser de façon cruciale, sauf cas d'espèce absolument exceptionnel.

De fait, le secret professionnel nous semble devoir être absolument respecté. C'est ainsi que nous apprécions les choses dans la vie réelle.

M. le Pr TORCK. – Parlons du préjudice.

Il existe deux éléments.

Nous passerons assez vite sur le premier : il s'agit de la certitude du préjudice.

Ce sont des choses assez convenues.

Je voudrais simplement apporter ici deux précisions.

La première réside dans l'objet du thème suivant, à savoir la perte de chance. Dans la plupart des hypothèses, les préjudices sont des préjudices de perte de chance. En effet, la mission du commissaire aux comptes et de l'expert-comptable telle qu'explicitée précédemment est telle que le plus souvent sa faute aura empêché un profit d'intervenir ou aura conduit ou contribué à ce qu'un préjudice survienne, donc un élément défavorable, et que nous ne pouvons pas lui reprocher, pas plus que d'avoir causé une perte de chance.

Deuxième élément : puisque le préjudice doit être certain, il ne doit pas avoir été réparé.

Concernant le contentieux des opérations d'acquisition, dans les accords de cession de contrôle, l'acheteur et le vendeur auront évidemment inséré une clause compromissoire dans leur acte de cession.

En cas de contentieux sur la valorisation, sur la mise en oeuvre de la garantie de passif, le contentieux sera traité par le tribunal arbitral. Il peut arriver que l'acheteur, agissant en responsabilité contre le vendeur, estime que le tribunal arbitral ne l'a pas intégralement réparé, et qu'il veuille ensuite engager la responsabilité civile du commissaire aux comptes devant les juridictions étatiques pour obtenir *« un complément »* d'indemnisation prétextant que la certification était erronée.

Il faut se souvenir que les juridictions étatiques sont en mesure de constater la réparation intégrale du préjudice de l'acheteur par la juridiction arbitrale à l'effet de rendre irrecevable la demande sur les chefs de préjudice à l'égard du commissaire aux comptes. En effet, le principe qui s'applique est celui de l'autorité de la chose jugée arbitrale. De fait, celui qui a obtenu réparation du tribunal arbitral – je prends l'exemple de l'acquéreur – ne pourra pas rechercher la responsabilité du commissaire aux comptes pour obtenir un complément d'indemnisation. C'est important de rappeler.

La question importante évoquée par le Pr MERLE est celle de la distinction des préjudices individuels et collectifs.

Souhaites-tu dire un mot, Olivier ?

M. PERONNET. – Tu es plus compétent que moi pour parler de cette question éminemment juridique.

Il s'agit du problème de l'action engagée contre le commissaire aux comptes individuellement par certains créanciers, notamment les créanciers obligataires qui ont investi sur la base de comptes certifiés, alors même qu'il y a eu défaillance de l'entreprise et qu'une procédure collective a été ouverte.

Il me paraît difficile d'imaginer qu'une responsabilité se cumule, ou plus exactement que des droits naissent directement. C'est vrai qu'au niveau du préjudice, une argumentation peut être développée pour dire : *« Si nous avions eu ces éléments, on n'aurait pas investi »*.

La question est posée.

Je ne la trancherai pas mais, au plan des débats purement juridiques, c'est une question importante. Elle met aussi en exergue le fait que j'évoquais en introduction tout à l'heure dans la typologie des mises en cause des responsabilités de commissaires aux comptes : le sujet des entreprises en difficulté est en soi un terrain *« miné »*. Il est bien évident que la prudence s'impose dans ce genre de situation.

Sur la question purement juridique, évidemment elle deviendrait assez dramatique quant à ses conséquences et ce serait un point d'attention particulier pour les commissaires aux comptes dans ce genre de situation, notamment quand il y a des levées de fonds avec toute l'ambiguïté de la situation quand une entreprise est en difficulté. En effet, elle a précisément besoin de cette levée de fonds, mais en même temps elle est sur le point de défaillir ; comment devons-nous apprécier la situation et finalement apprécier la responsabilité du professionnel dans ce genre de situation ; le tiers investisseur ne peut prétendre avoir été trompé s'il a eu accès aux informations, s'il a diligenté un audit, et que sa mise de fonds est clairement une solution qui a permis la survie de l'entreprise sans que quiconque ait été dupe.

M. le Pr TORCK. – Il est vrai que, normalement, le préjudice est collectif. Les créanciers souffrent de l'état de cessation des paiements, ni plus ni moins. Leurs créances sont irrécouvrables. C'est ainsi fait.

Dans une affaire récente où la cour d'appel de Paris a jugé dans un sens plutôt péjoratif pour les commissaires aux comptes – il s'agissait de la souscription d'un emprunt obligataire – l'avant-veille des difficultés financières telles que l'entreprise a été mise en liquidation judiciaire, il était avéré que la certification était erronée de la part du commissaire aux comptes. Ce n'était plus dans le débat judiciaire à ce stade de la recevabilité de l'action, de la masse des obligataires, mais plutôt de son représentant de la masse des obligataires. La Cour d'appel a jugé que le préjudice était individuel car les obligataires avaient souscrit sur la base d'un rapport de certification qui s'était avéré erroné.

Le comble de cette affaire : il était exigé la réparation telle que l'intégralité des souscriptions soit remboursée, ce qui prouve bien que c'était un préjudice qui est corrélatif à l'insuffisance d'actif ou à un passif tel que leurs titres obligataires ne valaient plus rien. C'était bien un préjudice en lien avec la cessation des paiements

puisqu'il réclamait le remboursement de leurs créances rendues irrécouvrables par la liquidation judiciaire.

Cela m'amène à deux réflexions à ce stade, car je ne peux pas développer plus.

La première : les créanciers, de manière générale, sont utilisateurs des comptes et nous ne voyons pas pourquoi nous ferions la différence avec les obligataires d'un côté utilisateurs des comptes comme les autres, et les autres créanciers, fournisseurs et banquiers, eux aussi utilisateurs des comptes.

Pourquoi serait-ce un préjudice individuel pour certains et pour d'autres un préjudice collectif alors que la portée de la certification est la même à l'égard de tous ?

C'est la grande question, à moins de prétendre que ce faisant il n'existe que des préjudices individuels face à la responsabilité du commissaire aux comptes. Or, s'il n'existe que des préjudices individuels agrégés, cela devient un préjudice collectif. C'est la quadrature du cercle.

La deuxième : j'attire votre attention sur un point majeur. Maintenant, ce que l'on réclame dans le contexte de la liquidation judiciaire quand on est investisseur, par exemple, est la réparation d'une perte de chance. Dans ce cas, on parviendra plus facilement à convaincre le juge que son préjudice est individuel car on ne réclame pas finalement un préjudice lié à l'état de cessation des paiements ou l'insolvabilité de l'entreprise, mais un préjudice distinct de la collectivité des créanciers se retrouvant dans une situation telle que leurs créances soient irrécouvrables car c'est un préjudice de perte de chance.

Je crains que la perte de chance soit le cheval de Troie dans les procédures collectives. Il faudra raisonner de telle sorte que nous puissions et imaginer et trouver un moyen juridique de parer à ces velléités.

M. PERONNET. – Sur le lien de causalité, il faut un lien direct et certain. Nous ne faisons pas exception à la règle et au triptyque évoqué tout à l'heure : faute, préjudice et lien de causalité.

Le sujet ici est la faute et le *« contrefactuel »*. Que ce serait-il passé pour la victime si la faute n'avait pas été commise ? La faute du commissaire aux comptes est distincte de celle des dirigeants. Des conséquences sont liées à cette faute distincte ; et elles ne sont pas celles de la négligence des dirigeants. Là aussi, de la même manière, il faut que le contrefactuel établisse finalement le rôle direct et certain pouvant être attribué au commissaire aux comptes des seules conséquences du rôle qui était le sien et dans le cadre duquel il a commis une faute.

Le cas évoqué à l'instant qui fait cette distinction des intérêts collectifs de la procédure collective et individuels d'un créancier particulier est également une illustration.

Le lien de causalité permet de mieux cerner dans le contexte les seules conséquences de la faute qui a été stigmatisée. Elle existe peut-être, mais dans certains cas elle sera vénielle quant à ses conséquences, et dans d'autres cas elle pourra avoir des conséquences plus importantes.

J'insiste donc sur le fait que, méthodologiquement, la manière d'appréhender ce genre de situation est finalement celle de l'approche contrefactuelle, et il est dommage que, les décisions de jurisprudence n'y fassent pas systématiquement référence ; je pense que remettre les choses en situation – je le dis pour les défendeurs que peuvent être les commissaires aux comptes – est une façon extrêmement puissante de démontrer finalement les conséquences des seules fautes du commissaire aux comptes pour les utilisateurs de comptes. De sorte que sa responsabilité si elle est mise en cause le soit dans ses justes proportions.

Ceci nous conduit au cas de la faute dite *« absorbante »* Un dirigeant a été l'initiateur de la faute primaire et vient se plaindre de ses conséquences auprès de son commissaire aux comptes. Ce terme est explicite. C'est aussi l'illustration de la distinction entre la faute du dirigeant et celle du commissaire aux comptes. Dans la chaîne causale, le dirigeant ne peut omettre sa propre responsabilité et engager la responsabilité de son commissaire aux comptes. L'exemple typique est celui de la documentation qui n'a pas été fournie au commissaire aux comptes, tardivement ou gravement erronée, la responsabilité du commissaire aux comptes ne peut alors pas être engagée, alors même que la faute d'origine est celle du dirigeant.

Cela a été dit d'ailleurs un peu plus tôt ce matin. Le commissaire aux comptes qui est dans la situation de remettre un rapport hors délai. S'il considère qu'il doit faire des diligences additionnelles, il doit apprécier la situation et, plutôt que de remettre un rapport qui serait à bonne date, mais qui n'aurait pas été établi avec le niveau de diligences requis, il doit l'émettre à l'issue de ses diligences sans respecter le délai. Cela me paraît du bon sens, au regard de sa responsabilité.

A titre de conclusion, je parlerai brièvement du rôle de l'expert de justice dans la mise en cause du professionnel du chiffre.

Quel est le rôle de l'expert de justice pour apprécier cette situation de mise en cause de responsabilité de professionnels du chiffre, étant entendu que nous parlons des commissaires aux comptes et des experts-comptables ?

L'expert de justice est un praticien professionnel de ces domaines et l'on demande à un expert de justice, en tant qu'auxiliaire de justice, avec sa pratique et son expérience professionnelles, de mettre à disposition du juge pour apprécier la situation de mise en cause de l'un de ses confrères.

Il est très important de ne pas se positionner dans une vision corporatiste et *« protectionniste »* de notre métier,

mais au contraire que nous abordions ces questions, comme c'est le cas aujourd'hui, très ouvertement et directement et que nous assumions parfaitement le fait que nous devons apprécier une situation pour ce qu'elle est, ne pas éluder, mais au contraire aider à ramener les choses à de justes proportions.

Je pense que le rôle de l'expert judiciaire, de manière un peu singulière, n'est pas juste celui du chiffrage du préjudice en tant qu'expert-comptable et financier. Il est sur les trois volets du tryptique : l'appréciation des éléments de preuve de la faute ou du manquement, sur le lien de causalité, c'est-à-dire sur la proportionnalité des conséquences d'un manquement du commissaire aux comptes et, enfin, sur l'appréciation du préjudice.

Sur les griefs et l'appréciation des manquements, de la faute, l'expert doit donner des éléments d'analyse rigoureux.

S'agissant d'une obligation de moyens, et dans toute l'appréciation de la chaîne des causes et des responsabilités, les normes professionnelles imposent une traçabilité des travaux avec une mise en évidence extrêmement claire de la chronologie des événements lors de l'accomplissement des travaux d'audit. L'expert de justice doit apprécier ces éléments de manière précise en fonction de cette traçabilité des travaux du commissaire aux comptes mis en cause. Et reconstituer toute la chaîne des événements.

C'est d'abord l'approche d'audit par les risques, la définition du programme de travail conforme aux normes d'exercice professionnel, l'appréciation des seuils de signification. Les thématiques d'absence de circularisation des tiers, par exemple, sont des cas basiques qui, au regard de nos normes d'exercice professionnel, si elles n'ont pas été accomplies, qualifient assez facilement un manquement. Y avait-il des procédures alternatives suffisantes ?

La définition des sondages qui sont l'illustration typique de la mise en œuvre de l'obligation de moyen : nous ne refaisons pas une comptabilité. Le concept de l'assurance raisonnable ne signifie pas que toute diligence est assurance raisonnable. Il faut qu'elle puisse démontrer le fait qu'elle est proportionnelle à la situation d'audit en termes de risques par rapport à l'entité à auditer.

La qualité des travaux d'audit permettait-elle de conclure, de donner l'opinion requise ?

Dans le métier de commissaire aux comptes, il y a des choix à opérer et ainsi, l'exercice du jugement professionnel. Je pense que l'expert de justice ne doit pas être un vérificateur de l'application d'une méthode, d'un process, d'une procédure d'audit, de normes, mais comprendre aussi – quand il y a eu des choix dans la pesée d'éléments dans l'appréciation d'une situation – comment le professionnel mis en cause a exercé son jugement, dans la situation de l'époque.

Ceci fait le lien avec le deuxième principe fondateur des travaux de l'expert de justice dans le cadre de mise en cause de professionnels du chiffre : c'est la dimension temporelle.

Elle est absolument essentielle. Il faut éviter l'*« effet rétroviseur »*. Il faut se mettre dans la situation du professionnel, à l'époque où il a dû diligenter sa mission en fonction des éléments dont il a pu disposer, et tels qu'il a pu les apprécier à l'époque.

Evidemment, quand on sait qu'un client n'a pas payé sa créance, trois ans après, c'est facile de dire que trois ans avant on pouvait l'anticiper. Etait-il véritablement insolvable à ce moment-là ?

Un actif est devenu non exploitable. Etait-ce prévisible ?

La crise des subprimes est l'un des sujets qu'il m'a été donné d'examiner : il faut se souvenir que la comptabilité traduit des événements de période. L'image fidèle est une photo d'un instant, en fonction des éléments d'appréciation dont le professionnel a pu disposer. Le film à venir n'est pas forcément connu d'avance. Il ne l'est même jamais en réalité.

Au regard des principes comptables, les pratiques ou principes ont changé, les IFRS ou, indifféremment, les principes comptables français qui s'en sont largement inspirés aujourd'hui, ne donnent plus cours au fameux principe de prudence. Il n'est plus admis de provisionner des risques en dehors des critères rigoureux définis par les principes comptables, sur la comptabilisation des passifs.

Je pense que l'éclairage que peut donner un expert de justice est d'apprécier les principes qui s'imposaient, et d'analyser si les choses ont été correctement appréhendées, au regard des normes applicables.

Sur la causalité, beaucoup de choses ont été dites. L'expert de justice doit se mettre dans une analyse contrefactuelle pour pouvoir donner la proportion des conséquences des fautes ou des manquements du commissaire aux comptes.

Il pourra alors donner utilement une appréciation fondée elle aussi sur le quantum du préjudice qui a pu résulter d'un manquement des commissaires aux comptes, et de ce seul manquement.

Je vous remercie.

(Applaudissements)

M. ASSE. – Merci beaucoup, Messieurs, pour votre intervention.

J'appelle à la tribune Mme le Professeur Garance CATTALANO-CLOAREC et notre consœur, Mme Agnès PINIOT, qui vont aborder la notion de perte de chance.

La notion de perte de chance

Mme le Pr CATTALANO-CLOAREC. – Je remercie tout d'abord M. le Président TUDEL, président de la CNCEJ, ainsi que mes principaux interlocuteurs ces derniers temps : Mme PINIOT, ici présente, et M. ASSE pour nos échanges enrichissants et leur gentillesse.

J'en profite aussi pour remercier plus généralement les organisateurs de ce congrès pour leur accueil chaleureux à l'image du temps dont vous ne profiterez pas aujourd'hui.

Il est temps désormais de se pencher sur un aspect très particulier du préjudice que peut être amené à réparer ou à évaluer un expert-comptable. Il s'agit du préjudice de perte de chance.

Autant vous le dire tout de suite, vous êtes vous-mêmes victimes d'une perte de chance.

Vous avez perdu une chance d'avoir devant vous aujourd'hui le spécialiste de la chance en droit, Me Alain BÉNABENT, qui a fait sa thèse sur la chance et le droit, que j'ai la charge de remplacer aujourd'hui.

Or, la tâche n'est pas simple car la perte de chance est assurément l'une des notions les plus fuyantes du droit de la responsabilité pour replacer la victime dans la situation où elle se serait logiquement trouvée si le fait dommageable n'avait pas été connu.

Le juge doit donc élaborer un scénario qui efface le fait dommageable.

Or, la réparation de la perte de chance a une ambition plus particulière encore. Il s'agit de compenser, pour la victime, l'anéantissement des rêves qui étaient les siens au jour du fait dommageable. Cela signifie que, dans notre scénario, où le fait dommageable a été effacé, le juge doit en plus ajouter la réalisation des rêves qu'avait la victime à ce moment-là.

Bien sûr, le juge ne pourra pas réparer l'absence de réalisation de ces rêves puisqu'au jour du fait dommageable, cette réalisation était elle-même incertaine. Vous comprenez que la réparation de la perte de chance appelle un degré d'imagination très élevée.

C'est pourquoi la perte de chance a pu être qualifiée par un auteur de *« paradis des juges indécis »* (SAVATIER). Elle permet en effet, dans le doute, d'assurer quelques dommages à la victime. Elle est aussi accusée par d'autres auteurs d'autoriser à transformer le vent en or (Ph. STOFFEL-MUNCK).

Mais puisqu'il nous faut aujourd'hui embrasser le vent, tentons de brosser la notion de perte de chance, son histoire, ses domaines d'application, présenter surtout son fonctionnement ainsi que le contrôle qu'opère la Cour de cassation sur sa mise en œuvre.

Je laisserai ensuite Mme PINIOT nous éclairer sur la réparation de la perte de chance quand elle se conjugue au préjudice économique.

Très brièvement, de quoi parlons-nous au juste ?

Selon la définition donnée par la Cour de cassation, la perte de chance est la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable. Ses applications sont bien connues et, semble-t-il, de plus en plus nombreuses en droit positif. C'est la *« fameuse »* perte du ticket de loto éventuellement gagnant dans un incendie, le cheval qui ne prendra pas le départ de la course car le transporteur n'est pas arrivé à temps, la perte de chance de promotion professionnelle, etc.

En bref, c'est la pièce lancée en l'air qui a été attrapée en vol sans que nous ne sachions jamais si elle serait tombée sur pile ou face.

L'éventualité favorable ne se produira jamais.

La réalité est en fait plus large. Derrière le terme de préjudice de perte de chance qui est donc la perte d'une éventualité favorable, se cache également, pour la Cour de cassation, la perte de la possibilité d'éviter un événement défavorable.

C'est ici la perte de chance d'éviter l'aggravation d'une maladie, faute de soins appropriés, ou encore la perte de chance, par exemple, pour la caution, d'éviter un engagement malheureux, faute d'avoir été correctement informé par le banquier.

Autrement dit, il existe actuellement deux réalités derrière le terme de perte de chance : perte de chance d'obtenir un avantage, mais aussi perte de chance d'éviter un dommage.

La solution trouvée par les juges revient à allouer à la victime une somme qui représente une quote-part de l'avantage escompté ou de la perte subie.

Cette quote-part est elle-même égale au pourcentage de chance qu'avait l'événement favorable ou défavorable de se produire.

Pourquoi ne répare-t-on pas directement ce dommage ou cet avantage perdu ? Pourquoi passer par ce préjudice si particulier qui est le préjudice de perte de chance ?

On ne répare pas car on n'est pas sûr. On n'est pas sûr que l'avantage aurait été obtenu sans le fait dommageable ou bien on n'est pas sûr que la perte aurait bien eu lieu en raison du fait dommageable.

Première hypothèse, il n'est pas sûr que l'avantage aurait été obtenu sans le fait dommageable. Le dommage en réalité est incertain, ce qui permet de faire la différence avec le gain manqué, qui est un manque à gagner certain. Le gain était dû et, dans l'ordre normal des choses, il aurait été perçu.

Par exemple, les bénéfices d'un contrat qui aurait dû être exécuté jusqu'à son terme et qui a été interrompu en cours relèvent du gain manqué.

La perte de chance, quant à elle, est en réalité la perte d'un gain incertain. C'est donc un gain manqué incertain. Autrement dit, il n'existe entre le gain manqué et la perte de chance qu'une différence de degré plutôt qu'une différence de nature.

Ainsi, la perte de chance sert lorsqu'il n'est pas certain que l'avantage aurait été obtenu même en l'absence du fait dommageable.

Deuxième hypothèse où l'on utilise la perte de chance : les cas où il n'est pas certain que le fait dommageable soit la cause du dommage. Ici, en réalité, le dommage est certain et s'est même produit. Mais on n'est pas sûr du lien de causalité : la perte de chance vient ici combler cette incertitude sur la causalité. Par exemple, il n'est pas sûr que, même bien informée, la caution se serait engagée auprès du banquier.

Autrement dit, notre notion de perte de chance en droit est utilisée comme un palliatif à une incertitude, soit sur la causalité, soit sur le dommage.

On ne répare alors que l'espoir de gagner ou l'espoir de ne pas perdre, espoir qui lui, s'est définitivement évanoui.

Après ce regard jeté sur la notion, voyons très brièvement quelques éléments de l'histoire de la perte de chance.

En général, nous la faisons remonter à un arrêt de 1889, donc fin du XIXe siècle (*Req. 17 juillet 1989, S. 1991, 1, 399)*. Cet arrêt n'utilise pas le terme *« perte de chance »*. Le premier à réellement utiliser la notion de perte de chance est un arrêt de 1932 *(Req. 26 mai 1932, S. 1932, I, 387)*. A cette époque, les utilisations de la perte de chance étaient malgré tout très rares et limitées, semble-t-il, à la perte de chance de gagner un procès en raison d'une faute d'un professionnel du droit.

Dans les années 60, la notion de perte de chance commence à se développer. Elle se développe particulièrement en matière médicale où le contentieux est important et où il va souvent jusqu'à la Cour de cassation car les enjeux sont nécessairement beaucoup plus élevés pour les victimes.

A l'époque, les grands domaines de la perte de chance correspondent à la reconstitution de carrière en cas d'accident corporel, la perte de chance de survie en matière médicale, faute de traitement approprié, ou la perte de chance de gagner un procès.

Le premier grand tournant apparaît dans les années 80. Pour la première fois, la responsabilité des professionnels du chiffre est en question à propos d'une perte de chance de gagner un contentieux fiscal qu'un professionnel du chiffre aurait empêché.

Le deuxième grand tournant apparaît dans les années 90/2000. Dans les années 90, la perte de chance vient systématiquement sanctionner le manquement à l'obligation d'information en matière médicale. Dans les années 2000, la solution est étendue à tout manquement à une obligation d'information.

Evidemment, cela vous concerne au premier chef, en raison des nombreuses obligations d'information qui pèsent sur les professionnels du chiffre…

Aujourd'hui, le contentieux est très varié. La perte de chance se développe toujours dans ses domaines classiques : perte de chance de survie, perte de chance d'obtenir des subsides, plus originale, la perte de chance d'obtenir des donations en raison du décès d'un de ses parents. Et pour les domaines qui nous intéressent plus, c'est la perte de chance de conclure un contrat avec un tiers en cas de rupture des négociations, perte de chance de ne pas conclure un contrat risqué, comme par exemple éviter un cautionnement disproportionné, perte de chance de mieux investir en bourse, faute d'information adéquate, perte de chance d'obtenir un avantage fiscal, perte de chance d'obtenir la mainlevée de son engagement de caution en cas de cession de parts sociales, etc.

Le domaine de la perte de chance n'a donc de cesse de s'étendre.

C'est une notion critiquée. Souvent, dans les critiques avancées, La perte de chance est présentée comme une spécificité française. Ce n'est pas si vrai. D'après les spécialistes de la question, un regard sur les droits étrangers permet de se rendre compte d'abord que certains reconnaissent franchement la notion de perte de chance (droit italien, ou droit belge) et qu'ensuite, ceux qui ne le font pas, admettent au moins des atténuations de la recherche de la causalité. Ces droits vont faciliter la preuve de la causalité dans certaines hypothèses où nous reconnaissons le préjudice de perte de chance qui vient justement combler les difficultés à établir un lien de causalité.

Finalement, la perte de chance n'est pas une spécificité si française.

En outre, la perte de chance est expressément utilisée par la Cour de justice de l'Union européenne et par la Cour européenne des droits de l'homme.

Autant dire que l'heure n'est pas à la disparition du préjudice de perte de chance, bien au contraire. Ce qui invite à s'interroger : pourquoi le développement de la perte de chance est-il de plus en plus important ?

D'abord parce que la perte de chance est un outil très précieux. C'est un outil flexible qui permet la moralisation des rapports sociaux.Elle permet de ne pas laisser impunies des fautes sous prétexte que l'on n'est pas complètement certain de leur lien avec le dommage.

Par ailleurs, la perte de chance est aussi intéressante pour les responsables puisqu'elle leur évite de réparer l'intégralité de la perte subie. Ils ne devront réparer qu'une proportion de cette perte subie corrélée à la chance qu'aurait eu l'événement positif de se produire. Les responsables ont dès lors tout intérêt à convertir une demande en réparation totale d'un préjudice en un simple préjudice de perte de chance. D'autant que la perte de chance offre en outre l'avantage non négligeable d'éviter une entière solidarité avec les responsables du dommage final.

La perte de chance est donc un outil précieux, utile, fécond, mais qui présente tout de même des difficultés.

Deux grandes difficultés doivent être pointées, me semble-t-il.

La première : il est très difficile d'évaluer le préjudice de perte de chance et, sur ce point, vous, professionnels du chiffre, aurez un rôle majeur. Nous y reviendrons abondamment avec Mme PINIOT.

Cette difficulté d'évaluation entache le préjudice de perte de chance d'un soupçon d'arbitraire dans les décisions des juges du fond.

Seconde difficulté : la perte de chance réunit sous une même appellation des réalités très dissemblables. On applique ainsi, en la matière, des règles identiques pour des réalités très différentes. Est-ce vraiment la même chose qu'un préjudice de perte de chance de survie ou un préjudice d'éviter de s'engager en tant que caution ? Manifestement, les hypothèses sont distinctes. Et pourtant, les règles sont exactement les mêmes. Or, peut-être est-il possible d'affiner les différentes règles applicables en fonction des occurrences. Nous y reviendrons plus loin.

Pour l'heure, voyons justement ces règles. Commençons par se demander comment l'indemnisation du préjudice de perte de chance fonctionne-t-il exactement ?

Pour le juge, il faut se replacer dans les choix ouverts à la victime sans le fait dommageable. Autrement dit, il faut réécrire l'histoire au conditionnel passé selon une formule bien connue. Ensuite, il faut comparer cette histoire récrite avec ce qu'il s'est réellement passé.

Il faut faire attention. En effet, lorsqu'on envisage l'hypothèse où l'événement favorable se serait réalisé, il faut l'envisager complètement, soit donc avec ses avantages et ses inconvénients puisque la voie la plus favorable n'est pas nécessairement pavée d'or non plus pour le défendeur.

Nous verrons, à cet égard, que la Cour de cassation a fixé quelques conditions à la réparation du préjudice de perte de chance. Elle a aussi établi des directives pour l'évaluation du préjudice de perte de chance. Pour l'instant, elle contrôle assez mollement ces directives.

Enfin, la mise en œuvre du préjudice de perte de chance supposera de dire quelques mots très brefs sur la preuve. Je n'irai pas très loin sur ce point puisque M. le Pr TORCK a déjà largement évoqué la question. Commençons par évoquer les conditions de la réparation avant d'envisager l'évaluation de la perte de chance.

Evoquons d'abord, les conditions de la réparation du préjudice de perte de chance. Comme tout préjudice, le préjudice de perte de chance qui est donc un préjudice en lui-même, doit être certain. Cela signifie que la *« perte »* doit être certaine. Autrement dit, il faut que chance ne puisse plus être courue au jour où le juge statue, en raison du fait dommageable.

Mais le caractère certain du préjudice de perte de chance, signifie également que la chance perdue, elle-même, devait être certaine. Plus exactement, la Cour de cassation exige que la chance perdue soit réelle et sérieuse. *« Réelle »* signifie qu'il n'y a pas de réparation de simples conjectures, de simples illusions.

Le caractère sérieux quant à lui est un peu plus difficile à définir. Il est régulièrement rappelé par la Cour de cassation et, en réalité, pendant longtemps cela signifiait que la chance perdue devait avoir une certaine consistance, qu'elle devait avoir une certaine probabilité de réalisation.

Néanmoins, depuis 2013, la Cour de cassation témoigne de curieuses oscillations. En effet, la première chambre civile a admis que la perte de chance, même faible, était indemnisable.

En 2014, elle opère un revirement. Finalement, la chance devait être raisonnable.

Puis, en 2016 et 2017, différents arrêts *(notamment une décision du 12 octobre 2016, ou encore un arrêt de la Chambre commerciale du 31 janvier 2017)*, précisent expressément que la perte de chance, même minime, pouvait être réparée.

Autrement dit, on perd un peu son latin sur ce caractère sérieux. En effet, si la chance minime peut être réparée,

cela signifie que même une chance de 1 % peut être réparée. Est-ce encore une perte de chance sérieuse puisqu'à 0 % de chance il n'y a plus de préjudice du tout ? il semble que le caractère sérieux a été vidé de son sens.

Certes, il n'est pas certain que le dernier état de la jurisprudence, qui a l'air un peu incertain ces derniers temps, soit vraiment la fin de notre feuilleton. Mais, aujourd'hui, on peut néanmoins affirmé que pour que la perte de chance soit indemnisée, il faut que la chance ne soit pas un espoir purement subjectif interne à l'esprit du demandeur. Il faut, mais il suffit que la chance ait objectivement existé, même si elle était faible.

C'est donc dire que notre préjudice de perte de chance s'étend dans ses domaines d'application et dans l'ampleur des chances couvertes.

Au stade de la caractérisation du préjudice de perte de chance, seule la possibilité de la chance comptera.

En revanche, pour le juge, au stade de l'évaluation du préjudice de perte de chance, la probabilité de réalisation de la chance comptera.

Il est donc temps désormais de nous intéresser aux méthodes d'évaluation du préjudice de la perte de chance.

Normalement, en matière de responsabilité civile, le principe est la réparation intégrale du préjudice. Que signifie cette règle ?

La réparation intégrale conduit en principe à interdire toute évaluation forfaitaire et également, à refuser d'accorder des dommages et intérêts qui auraient pour fonction de sanctionner l'auteur de la faute. Les dommages intérêts ne doivent servir qu'à compenser le préjudice subi Précisément, comment fonctionne cette évaluation du préjudice subi pour le préjudice de perte de chance ? Ce point est assurément le plus délicat : même si la Cour de cassation a établi quelques directives, cette évaluation reste assez nébuleuse.

Pour présenter les choses de façon schématique, le préjudice de perte de chance obéit à une règle de trois. Il appartient au juge d'évaluer d'abord ce qu'on appelle le préjudice final. Ce terme n'est pas très adéquat puisqu'en réalité le préjudice final n'est pas réparé en matière de perte de chance. Il s'agit ici, pour le juge, d'évaluer l'avantage qu'aurait procuré la chance si elle s'était réalisée ou la perte qu'aurait évitée la chance si elle s'était réalisée.

Ensuite, le juge doit évaluer le taux de probabilité de la chance perdue, et le préjudice de perte de chance est égal à une fraction du préjudice final à la mesure de la chance perdue.

Le principe, et c'est au fond la seule règle que nous ayons, est donc celui d'une méthode proportionnelle. Notons d'ailleurs qu'en vérité cette méthode proportionnelle est un peu étrange au vu des objectifs poursuivis par le droit de la responsabilité civile. Car la victime n'est pas replacée dans la situation qui aurait été la sienne si elle avait couru la chance. En effet, dans ce cas, elle aurait obtenu l'avantage ou elle n'aurait rien obtenu du tout : elle n'aurait jamais obtenu l'avantage en partie et, finalement, c'est le résultat auquel parvient la méthode proportionnelle. En réalité, comme le dit très justement A. BÉNABENT, la victime est placée dans la situation qui aurait été la sienne si elle avait vendu sa chance, exactement comme un mécanisme d'assurance.

Or cette méthode proprotionnelle, qui est celle préconisée par la Cour de cassation, et donc celle appliquée par le juge judiciaire, n'est pas forcément la seule qui aurait pu exister. Le Conseil d'Etat, en effet, ne fonctionne pas du tout de la même manière.

Il utilise, il est vrai, la méthode proportionnelle en matière médicale puisqu'il s'agit ici d'harmoniser le contentieux entre la matière médicale qui vient devant le judiciaire et la matière médicale qui vient devant le Conseil d'Etat. Pour un souci d'égalité des victimes, le Conseil d'Etat a adopté la méthode proportionnelle de la Cour de cassation.

Mais dans les autres hypothèses de perte de chance, le Conseil d'Etat applique une méthode du *« tout ou rien »*. S'il estime que l'aléa dépasse 50 %, il condamne l'auteur du fait dommageable à réparer à la victime du préjudice de perte de chance l'entier préjudice définitif. A l'inverse, s'il estime que l'aléa est inférieur à 50 %, la victime n'obtient rien du tout. Il était donc tout à fait possible d'envisager différemment la réparation du préjudice de perte de chance.

Néanmoins, la méthode proportionnelle a sans doute de beaux jours devant elle puisque cette solution est reprise par l'article 1238 du projet de réforme de la responsabilité civile qui consacre expressément le recours à cette méthode. Notons également que ce même article 1238 du projet de réforme ne reprend pas la condition de sérieux.

Toutefois, ce projet n'est pas encore adopté et, comme souvent en matière de responsabilité, les règles relatives tant aux conditions qu'à l'évaluation du préjudice de perte de chance ont été fixées par la seule Cour de cassation.

Mais quel contrôle opère la Cour de cassation sur l'évaluation faite par les juges ?

Il s'agit ici de fixer un taux de probabilité de réalisation de la chance perdue. Il y a très peu de littérature sur cette question, probablement parce que cette évaluation voit tirée sur elle, selon le mot d'A. BÉNABENT, le *« rideau commode de l'appréciation souveraine des juges du fond »*.

Aussi, sur ce point, et on peut le regretter, le contrôle fait par la Cour de cassation reste très léger. Dans la plupart des décisions, elle se contente de vérifier que le préjudice de perte de chance indemnisé est effectivement inférieur au préjudice final, sans plus de justification.

Parfois, elle sanctionne des juges du fond pour n'avoir pas procédé à la recherche des chances perdues ou pour n'avoir pas appliqué à la valeur du dommage la proportion que ces chances représentent.

En revanche, elle ne semble jamais exiger des juges qu'ils chiffrent la probabilité des chances perdues. S'ils ne l'ont pas fait, ils ne sont pas sanctionnés. Un arrêt de la première Chambre civile du 12 octobre 2016 a par exemple refusé en effet toute sanction des juges du fond pour n'avoir pas chiffré la chance perdue dès lors qu'ils ont bien indemnisé un préjudice inférieur au préjudice final.

Or, cette faiblesse du contrôle de la Cour de cassation, conduit, selon certains auteurs, à un résultat un peu paradoxal : cela invite les juges à motiver le moins possible leur décision. Car plus ils motivent leur décision, plus la Cour de cassation les contrôle, alors qu'ils n'encourent aucun risque de censure s'ils se retranchent derrière l'écran du pouvoir souverain des juges du fond sans laisser à la Cour de cassation de prise sur leur évaluation. La Cour de cassation ne peut alors leur reprocher aucune erreur de raisonnement et ne paraît pas aujourd'hui se résoudre à leur reprocher un manque de motivation. Naturellement pour ceux qui se penchent un peu sur le contentieux des juges du fond, cela rend l'évaluation du préjudice de perte de chance particulièrement opaque. Les choses évolueront peut-être, et il faut le souhaiter, mais pour l'heure, l'évaluation des préjudices de perte de chance par les juges du fond est très faiblement contrôlée.

Avant d'entrer dans le détail de l'évaluation des chances perdues, glissons quelques mots de la preuve du préjudice de perte de chance.

En principe, la charge de la preuve revient à la victime. Aidée de l'expert, la victime va devoir montrer la possibilité de la chance et chiffrer son préjudice en espérant que son raisonnement emportera la conviction du juge. D'où l'importance d'une grande pédagogie de la part des experts lorsqu'ils expliquent leur évaluation du préjudice.

Vous noterez cependant qu'en matière médicale, une décision récente pourrait bien faciliter grandement la preuve du préjudice de perte de chance pour la victime. Dans cette décision de la première Chambre civile du 22 juin 2017, la Cour de cassation a tout simplement inversé la charge de la preuve ; elle a approuvé plus exactement les cours d'appel qui avaient inversé la charge de la preuve. En effet, elle a admis l'indemnisation du préjudice de perte de chance qui ne peut être écarté que s'il peut être tenu pour certain que la faute du médecin n'a pas eu de conséquence. Autrement dit, c'est au médecin de démontrer que sa faute n'a eu aucune conséquence et non pas à la victime de démontrer que la faute du médecin aurait pu avoir pour conséquence d'aggraver son dommage.

L'arrêt est peut-être propre à la matière médicale puisque le préjudice corporel des victimes justifie très souvent une inflexion des grands principes de la responsabilité civile. Il faut l'espérer car si la solution devait être étendue à d'autres professionnels, il leur reviendrait alors de démontrer que leur manquement, par exemple à l'obligation d'information, n'a pu changer ce qu'il s'est réellement passé ; ce serait évidemment très lourd. Espérons donc que la solution ne s'étende pas au-delà du champ de la matière médicale pour lequel elle a été rendue.

Revenons désormais à l'évaluation proprement dit de la perte de chance, et plus spécifiquement à la conjugaison du préjudice de perte de chance et du préjudice économique. En réalité, sur ce point, l'évaluation du préjudice va souffrir d'une double difficulté.

Première difficulté : évaluer le préjudice final qui est un préjudice économique et qui est déjà connu comme un préjudice difficile à évaluer. Certes, quelques travaux doctrinaux et quelques efforts sont faits et vont peut-être un jour tendre vers une nomenclature des préjudices économiques, comme nous en avons une pour le préjudice corporel *(v. notamment les fiches désormais élaborées par la cour d'appel de Paris sur l'évaluation du préjudice économique)*. Mais pour l'instant, nous n'avons pas ces outils et le juge, comme les experts, est en vérité assez seul.

Pour évaluer le préjudice final, il faut identifier l'ensemble des postes de préjudice économique et vérifier la période de temps affectée par le fait dommageable. Ces deux facteurs sont déjà difficiles à déterminer en eux-mêmes.

Et à cette difficulté d'évaluation du préjudice final, qui n'est pas celui indemnisé, il faut ajouter maintenant la difficulté d'évaluation de la probabilité de réalisation de la chance perdue.

En la matière, les difficultés peuvent être redoutables lorsque très peu de données sont disponibles. Comment évaluer la perte de chance de réaliser un meilleur chiffre d'affaires pour une société nouvellement créée dans un secteur économique nouveau ? Quel aurait été ce meilleur chiffre d'affaires ?

Première difficulté : identifier le préjudice définitif.

Deuxième difficulté : quelles auraient été les probabilités de l'obtenir ?

Là-dessus, le droit n'impose aucune méthode. Les juges sont entièrement libres pour la méthode choisie pour évaluer le préjudice économique et pour mesurer la chance perdue. Ils sont libres et eux-mêmes n'ont pas déterminé

de méthode commune. Après un petit sondage complètement informel auprès de quelques magistrats, ceux-ci s'en remettent en réalité très souvent à la parole des experts, à vous, mêmes s'ils sont libres de s'en écarter et qu'ils le font parfois en mettant de côté certains éléments qui leur semblent non pertinents dans le litige qui leur est soumis.

Puisque les juges s'en remettent à la parole des experts, nous allons maintenant écouter Mme PINIOT sur cette question.

Mme PINIOT. – J'aborderai la perte de chance sur une base purement financière, laissant aux experts du droit le soin de traiter des sujets juridiques.

Une liste indicative figure ci-après :

Avant d'aborder la probabilité représentative de la perte de chance, il convient de revenir sur les différents postes de préjudice économique.

Il n'y a pas de liste exhaustive et déterminée des postes de préjudice économique selon leur nature.

Les préjudices économiques	Les postes des préjudices économiques			
	Pertes des actifs matériels et immatériels (fonds de commerce)	Surcoûts subis et à venir	Gains manqués	Perte « économique »
Acquisition / cession de droits sociaux	- Qualité et caractéristiques des actifs	- Perte d'un client significatif - Redressement fiscal - Prix excessif	- Perte d'un client	
Cautionnement		- Montant de la caution		
Concurrence déloyale - Désorganisation - Dénigrement - Imitation - Parasitisme	- Détournement de clientèle - Dépréciation d'une marque - Préjudice moral	- Débauchage du personnel aux frais de l'entreprise victime du préjudice	- Perte de chiffre d'affaires	- Perte d'un avantage concurrentiel - Perte de parts de marché

Les préjudices économiques	Les postes des préjudices économiques (suite)			
	Pertes des actifs matériels et immatériels (fonds de commerce)	Surcoûts subis et à venir	Gains manqués	Perte « économique »
Contrefaçon	- Avilissement de la marque - Préjudice moral (atteinte à la valeur économique de la marque	- Frais engagés pour lutter contre un concurrent contrefacteur : · Budget de promotion ou publicitaire · Investissements réalisés autour d'un modèle/ d'une marque · Frais de création	- Approche par les gains manqués (si la victime exploite directement ses droits) - Approche par la redevance indemnitaire (si la victime n'exploite pas directement ses droits)	- Marchés perdus
Détournements de fonds		- Montant des fonds détournés		

Les préjudices économiques	Les postes des préjudices économiques (suite)			
	Pertes des actifs matériels et immatériels (fonds de commerce)	Surcoûts subis et à venir	Gains manqués	Perte « économique »
Perte d'exploitation		- Coûts engagés pour s'adapter (coûts de restructuration, plans sociaux, effectifs complémentaires, heures supplémentaires…) - Dépenses externes engagées pour compenser (frais de communication, de prospection…) - Coûts financiers (lignes de financement complémentaires, pénalités, relations clients/fournisseurs)	- Diminution du chiffre d'affaires (moindre volume et/ou prix moins élevé) - Perte de parts de marché - Arrêt total de l'activité - Perturbation de l'exploitation	- Perte de parts de marché

Les préjudices économiques	Les postes des préjudices économiques (suite)			
	Pertes des actifs matériels et immatériels (fonds de commerce)	Surcoûts subis et à venir	Gains manqués	Perte « économique »
Rupture abusive de pourparlers	- Altération de l'image et/ou de la réputation	- Efforts déployés - Temps consacré - Frais engagés inutilement pour faire aboutir le projet	- Perte de l'opportunité de signer un contrat avec un tiers	
Rupture de relations commerciales établies	- Perte des investissements et des stocks - Préjudice moral - Atteinte à l'image	- Surcoûts d'approvisionnement - Plan de restructuration	- Perte de la possibilité de conclure un contrat avec un autre client	
Préjudice boursier	Afin d'être indemnisé, le préjudice boursier doit être réparable, i.e. la victime doit pouvoir prouver que le préjudice est : - **Direct** : conséquence de la faute directe commise par l'émetteur - **Personnel** : il faut que la victime soit actionnaire - **Certain** : le préjudice doit être inévitable pour la victime			

Les préjudices observés sur le tableau sont par exemple des pertes d'actifs matériels ou immatériels, des surcoûts, des gains manqués, et des pertes économiques.

Je ne reprendrai pas en détail les neuf natures de préjudices économiques que nous nous sommes permis de recenser.

Je vous propose de passer directement aux pertes de chance associées à l'essentiel de ces préjudices économiques.

La perte de chance est la partie probabilité associée aux différents préjudices économiques.

Prenons quelques exemples :

- pour le cautionnement, la perte de chance serait de n'avoir pas eu à s'obliger en qualité de caution ;
- pour la contrefaçon, la perte de chance est la perte de l'opportunité de vendre un brevet contrefait ou de le concéder ;
- concernant les détournements de fonds, la perte de chance est de n'avoir pas décelé ou évité des détournements de fonds.

Ces exemples vont être revus dans des cas pratiques.

Abordons les principes théoriques relatifs à l'évaluation de la perte de chance.

Les préjudices économiques	Perte de chance
	Définition de la perte de chance associée
Acquisition/cession de droits sociaux	- Perte de chance de pouvoir conclure un contrat à des conditions plus avantageuses - Perte de chance de procéder à un autre investissement
Cautionnement	- Perte de chance de n'avoir pas à s'obliger en qualité de caution
Concurrence déloyale - Désorganisation - Dénigrement - Imitation - Parasitisme	- Perte d'une chance de développement économique
Contrefaçon	- Perte de l'opportunité de vendre un brevet contrefait

Les préjudices économiques	Perte de chance (suite)
	Définition de la perte de chance associée
Détournements de fonds	- Perte de la chance de déceler les détournements
Perte d'exploitation	- Perte de chance de réaliser les gains dans une situation « normale »
Préjudice boursier	- Perte de chance d'avoir la connaissance suffisante pour affecter de manière différente son épargne (par exemple sur des placements moins risqués)
Rupture de relations commerciales établies	- Perte de la possibilité qu'un événement favorable survienne - Perte de la possibilité de réaliser des gains

La perte de chance est une probabilité[32]. Cette probabilité n'existe qu'à partir du moment où il y a le lien de causalité entre le dommage et une action.

S'agissant d'une probabilité, il n'y a pas de perte de chance de 0 %. En effet, dans ce cas, il n'existe plus de lien de causalité car la perte de chance est inexistante.

A l'inverse, le fait de porter le taux de perte de chance à 100 % signifie que l'on transforme la perte de chance en certitude.

À ce titre, une décision de la cour d'appel de Montpellier est intéressante en ce qu'elle a condamné un commissaire aux comptes à la totalité du préjudice correspondant au prix payé par l'acquéreur d'une société. En effet, la Cour a estimé qu'elle avait la certitude que l'acquéreur n'aurait jamais contracté si les comptes certifiés par le commissaire aux comptes avaient été exacts. Le tribunal a ainsi transformé un préjudice de perte de chance en un préjudice dans son entièreté car il a considéré être capable de qualifier avec certitude l'attitude qu'aurait eu l'acquéreur. Cela signifie que le tribunal a qualifié la psychologie de l'acquéreur.

Voyons maintenant quelques exemples d'évaluation de perte de chance.

Dans l'évaluation de la perte de chance et sa probabilité, plusieurs méthodes financières peuvent être retenues.

Des approches statistiques ou quantitatives sont souvent utilisées.

Ces approches sont retenues lorsque nous disposons d'éléments d'observation comme la probabilité d'obtenir un appel d'offres, la probabilité de se rendre à un concours, ou potentiellement de remporter un contrat, la probabilité de réaliser un chiffre d'affaires budgété, de s'implanter sur un marché…

Pour évaluer ce type de perte de chance, et donc la probabilité associée, diverses approches quantitatives sont retenues :

32. Attachée à un préjudice.

➢ ***L'approche simple est l'approche statistique***

L'analyse statistique peut être menée de deux façons :

- il existe une approche statistique basée sur une observation sur un marché complet. L'exemple classique est celui d'un candidat qui n'a pas pu se rendre au baccalauréat. Pour apprécier sa probabilité, nous pouvons retenir les statistiques nationales de réussite du baccalauréat ;
- nous pouvons également affiner cette approche statistique au regard des spécificités de l'entité ou de la personne concernée par la perte de chance. Prenons toujours l'exemple de notre candidat, c'est un excellent élève, statistiquement il n'avait quasiment aucune chance de rater son baccalauréat, sauf à être souffrant.

Des approches d'analyse plus fines peuvent également être particulièrement adaptées et aboutissent à des résultats plus proche de la réalité. Actuellement, elles ne sont pas directement observées dans les décisions de justice. Il est vrai que ces approches présentent des calculs complexes qui sont mis en œuvre par des mesures d'expertise ou par des experts comptables ou financiers désignés par les parties. Des approches répondent à ces caractéristiques : il s'agit par exemple des approches économétriques permettant de déterminer des pourcentages dans les cas typiques de concurrence déloyale ou de contrefaçon. Il existe également des approches financières par chiffrage d'options, de *put* ou *call*, ou de calcul de prime d'assurance pour couvrir un risque ; nous procédons alors à des calculs mathématiques optionnels.

Effectivement, ces calculs peuvent, pour le juge, avoir un caractère un peu hermétique dans leur compréhension. Cependant, ils présentent l'avantage d'intégrer de nombreux paramètres afin d'obtenir un chiffrage plus fin et précis qu'une simple observation statistique.

➢ ***Les approches qualitatives permettant de déterminer la perte de chance***

Les approches qualitatives sont les approches dans lesquelles la probabilité d'occurrence est estimée au regard des spécificités du contexte et d'une connaissance du dossier.

Les cas classiques concernent les détournements de fonds.

➢ ***L'approche qualitative-quantitative***

Enfin, la troisième approche est celle alliant le quantitatif et le qualitatif, souvent retenue dans le cadre des préjudices boursiers.

Nous y reviendrons également.

➢ ***Cas pratiques***

Nous allons examiner un exemple d'approche quantitative.

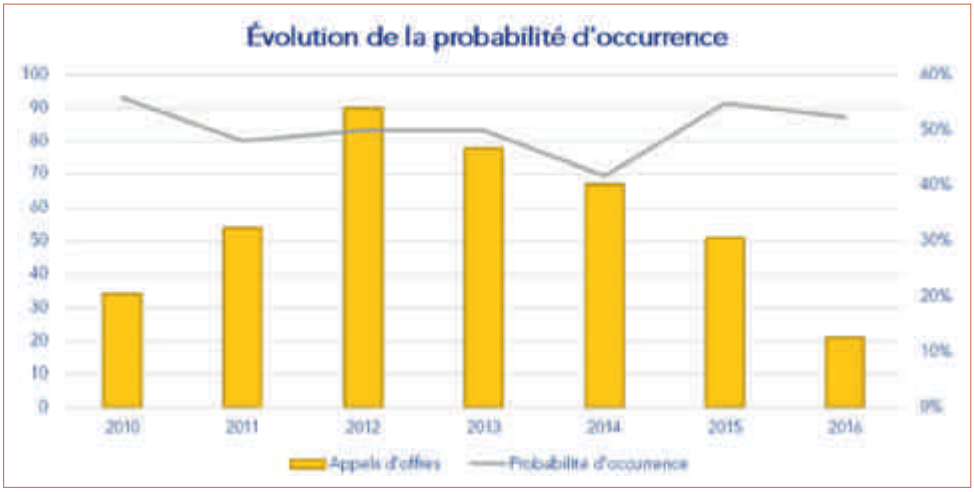
Nous sommes dans le cas d'une entreprise dont le concurrent principal a détourné des salariés et, avant de les récupérer dans son effectif, il leur a demandé pendant un certain temps de lui transmettre l'ensemble des appels d'offres auxquels l'entreprise concourait, de sorte qu'il lui a été très aisé, pour chacun de ces appels d'offres, de faire une offre bien évidemment mieux-disante que l'offre qui avait été présentée.

L'entreprise s'est finalement aperçue qu'elle ne remportait plus aucun appel d'offres jusqu'au départ de ses salariés.

La perte de chance est celle d'avoir remporté les appels d'offres.

Les préjudices économiques	Les postes des préjudices économiques		
	Surcoûts subis et à venir	Gains manqués	Perte « économique »
Perte d'exploitation	- Coûts engagés pour s'adapter (coûts de restructuration, plans sociaux, effectifs complémentaires, heures supplémentaires...) - Dépenses externes engagées pour compenser (frais de communication, de prospection...) - Coûts financiers (lignes de financement complémentaires, pénalités, relations clients/fournisseurs)	- Diminution du chiffre d'affaires (moindre volume et/ou prix moins élevé) - Perte de parts de marché - Arrêt total de l'activité - Perturbation de l'exploitation	- Perte de parts de marché

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	Total
Appels d'offres remportés	19	26	45	39	28	28	11	196
Appels d'offres perdus	15	28	45	39	39	23	10	199
Taux de succès								50%



Votre chance a été réduite suite au détournement qui a été pratiqué.

Que se passe-t-il dans un appel d'offres ? Quel est le préjudice ?

Le préjudice total est le chiffre d'affaires que vous auriez pu réaliser sur ces appels d'offres, pondéré par le taux de marge sur frais variables pour chacune de ces offres que vous auriez pu remporter.

Même sans les manœuvres frauduleuses, vous ne remportez pas la totalité des appels d'offres car, historiquement, l'entreprise en gagnait et en perdait.

Pour recenser la probabilité de remporter un appel d'offres, nous avons fait une approche statistique sur longue période qui présente une meilleure fiabilité avec une observation sur un grand nombre d'années pour déterminer le taux de succès de cette entreprise sur les appels d'offres dans un mode de fonctionnement normal.

Ce taux de probabilité de 50 %, qui ressort de l'analyse, est appliqué à la marge sur coûts variables correspondant à la marge observée sur l'ensemble des offres concernées par le détournement.

Concernant l'approche qualitative, nous sommes dans le cas classique abordé tout à l'heure par le Pr MERLE, à savoir dans le cas d'une comptable ayant procédé à des indélicatesses par détournement de fonds dans une entreprise.

Permettez-moi de faire un aparté de deux minutes : pourquoi une comptable ?

Je vous ferai part simplement de mon expérience personnelle. *« Une »* car il s'agit d'une mère, souvent également une amoureuse naïve. Il lui arrive donc parfois de pécher…

Quel est le préjudice dans les cas de détournement ?

Le préjudice est très simple à déterminer : il s'agit du montant détourné dans sa totalité.

Quelle est la perte de chance ?

La perte de chance du dirigeant intervient lorsqu'il reproche à son expert-comptable ou à son commissaire aux comptes

Les préjudices économiques	Les postes des préjudices économiques			
	Pertes des actifs matériels et immatériels (fonds de commerce)	Surcoûts subis et à venir	Gains manqués	Perte « économique »
Détournements de fonds		- Montant des fonds détournés		

de ne pas l'avoir alerté sur des défaillances de contrôle interne ou d'avoir même, par la suite, mené ses diligences avec une insuffisance par rapport aux règles d'exercice professionnel, de sorte que le détournement de fonds n'a pas été empêché ou décelé avant qu'il s'accentue.

Dans ce cas, nous pouvons prendre un exemple intéressant de jurisprudence. Le Tribunal de grande instance de Paris a, par jugement du 27 novembre 2012, condamné solidairement le commissaire aux comptes et l'expert-comptable à indemniser la société d'un préjudice de 500 000 € au titre de la perte de chance pour la société de déceler les opérations de détournement.

Lorsque nous lisons le jugement, nous observons que le dirigeant avait alerté le commissaire aux comptes sur un potentiel doute dans l'attitude de sa comptable, mais le tribunal reproche tout de même au dirigeant de n'avoir jamais contrôlé les relevés bancaires, jamais examiné les marges malgré ses doutes ; en outre, le jugement rappelle qu'il était responsable de ses salariés.

Dans cette affaire, l'expert-comptable et le commissaire aux comptes n'ont pas été condamnés à la totalité du montant détourné, mais bien à une quote-part correspondant à une appréciation par le juge de la chance perdue.

Revenons sur une expérience en tant que commissaires aux comptes.

Il est régulier, lorsque nous sommes commissaire aux comptes, de faire des lettres de recommandations à des dirigeants leur faisant part d'un certain nombre de défaillances de contrôle interne ; il nous arrive très souvent de revenir, lors de nos travaux, sur les exercices suivants et de nous apercevoir que, malgré nos recommandations, les faits ou les insuffisances que nous avions relevés demeurent. Nos recommandations n'ont donc pas été suivies d'effet, aucune modification dans les procédures de contrôle interne n'ayant été apportées. Dans ce cas, nous pouvons considérer que le dirigeant, en sa qualité de responsable des salariés, mais également en ce qu'il ne suit pas les recommandations et les préconisations permettant d'avoir une amélioration de la qualité de son contrôle interne, est majoritairement responsable dans la perte de chance de découvrir un détournement, ou de l'éviter.

Il faut également avoir en tête le fait qu'aucun système de contrôle interne ne permet de garantir l'absence de détournement.

Nous constatons souvent que la personne indélicate utilise une défaillance du contrôle interne pour procéder à des manœuvres de détournement. Aussi, nous ne pouvons pas assurer que, si ces défaillances avaient été corrigées, la personne n'en aurait pas trouvé d'autres et, de la même manière, pour procéder à des détournements de fonds.

Dans ces situations de détournement, le juge tente de faire au mieux pour répartir la responsabilité dans la perte de chance entre les différents intervenants.

Toutefois, les juges ne sont pas toujours aidés dans la mise en place d'une approche leur permettant de quantifier le rôle de chacun dans la perte de chance.

Permettez-moi d'être peut-être un peu volontaire en disant que la Compagnie des Experts-Comptables de Justice pourrait mettre en place un groupe de travail pour réfléchir sur des méthodes qui permettraient, pour toutes ces pertes de chance qualitatives, de définir ou de faciliter l'appréciation de pourcentage de perte de chance à attribuer à chacune des personnes concernées.

Je me permets de soumettre à votre réflexion une approche que nous utilisons dans d'autres types de répartition comme, par exemple, la répartition de la valeur d'un fonds de commerce entre différentes composantes.

Que faisons-nous dans ce cas ? Nous utilisons des matrices.

Pour l'appréciation d'une perte de chance pour un détournement, la matrice pourrait reprendre par exemple :

- en ligne la totalité des événements qui auraient permis de détecter le détournement ou de l'éviter ;
- en colonne la liste des intervenants dans l'affaire concernée.

Vous répartissez alors les 100 % de chance en fonction des différents événements (ou actions) qui auraient permis d'éviter que le préjudice ne se produise. Vous attribuez chacun de ces événements à l'une ou l'autre des personnes en fonction de leurs responsabilités respectives, ce qui vous permet de répartir, de manière beaucoup plus fine, le rôle de chacun dans la perte de chance.

Le dernier type d'approche de chiffrage de perte de chance que nous avions évoqué concerne les approches quantitatives et qualitatives. Le cas classique de ces approches concerne les préjudices boursiers.

Mme le Pr CATTALANO-CLOAREC. – Sur les préjudices boursiers, je vous rappelle très brièvement l'état du droit. La Cour de cassation, depuis 2010, estime que l'information erronée ne cause qu'un préjudice de perte de chance de mieux investir.

En pratique, ce n'est pas du tout le raisonnement qui est mis en œuvre derrière.

En effet, s'il existait une vraie perte de chance de mieux investir, en théorie il faudrait rechercher l'existence d'un meilleur investissement possible, calculer quels auraient été les bénéfices que pourrait permettre ce meilleur investissement, puis calculer la probabilité de réaliser ce meilleur investissement.

Mais ce n'est pas ainsi que procède le juge judiciaire.Le préjudice est en fait assez abstrait ; il est réparé, calculé sur la base de la perte de valeur des titres. La Cour de

Les préjudices économiques	Les postes des préjudices économiques			
	Pertes des actifs matériels et immatériels (fonds de commerce)	Surcoûts subis et à venir	Gains manqués	Perte « économique »
Préjudice boursier	Afin d'être indemnisé, le préjudice boursier doit être réparable, i.e. la victime doit pouvoir prouver que le préjudice est : - **Direct** : conséquence de la faute directe commise par l'émetteur - **Personnel** : il faut que la victime soit actionnaire - **Certain** : le préjudice doit être inévitable pour la victime			

cassation y voit ici le préjudice final. Ensuite, à ce préjudice final, une proportion est appliquée en fonction de la probabilité d'éviter cet investissement litigieux si la victime avait été bien informée.

Mme PINIOT. – Nous vous présentons un exemple de chiffrage d'une perte de chance relative à un préjudice boursier.

Pour que le préjudice boursier soit indemnisé, il faut qu'il soit direct. La perte doit donc être la conséquence directe de la faute commise.

Il faut par ailleurs que le préjudice soit personnel. Cela signifie que la victime doit elle-même être actionnaire.

Et enfin, il faut que le préjudice soit certain, c'est-à-dire que la victime ait vendu ; tant qu'elle n'a pas vendu, une amélioration du cours de la société et donc une réduction de la perte réalisée peut être observée.

Par exemple, cela peut être le cas d'une information donnée tardivement au marché par une entreprise. Durant cette période de *« retard »* (entre la date de connaissance du fait et sa communication au marché), un investisseur peut avoir acheté des titres qu'il aura ensuite vendus lorsque l'information aura été portée à la connaissance du marché engendrant pour cet investisseur une perte dont il souhaitera être indemnisée.

Nous nous permettons de vous présenter un calcul simplifié.

En effet, les calculs d'impact d'annonce sur un cours de bourse sont des calculs longs et complexes. Ils conduisent à analyser l'ensemble des événements pouvant faire évoluer le cours.

Par simplification, nous vous présentons le cas de quelqu'un qui se plaint d'avoir investi dans une entreprise début septembre un prix de l'ordre de 25 € puis d'avoir été contraint, parce qu'il avait besoin de liquidité, de désinvestir au plus bas de la courbe, au mois d'octobre, en réalisant une perte représentant 26 % du cours de bourse.

Pendant l'intervalle de temps où la personne a été actionnaire, l'entreprise a annoncé le retard d'un projet de R&D, de sorte que la société ne pouvait plus respecter le *business plan* initialement présenté au marché.

L'actionnaire reproche donc à la société et à ses dirigeants de l'avoir informé tardivement de ce retard, indiquant que s'il avait eu connaissance de cette information avant d'investir, il n'aurait tout simplement pas investi dans ce titre mais aurait acquis un autre titre.

Dans ce type d'analyse, que commençons-nous par faire ?

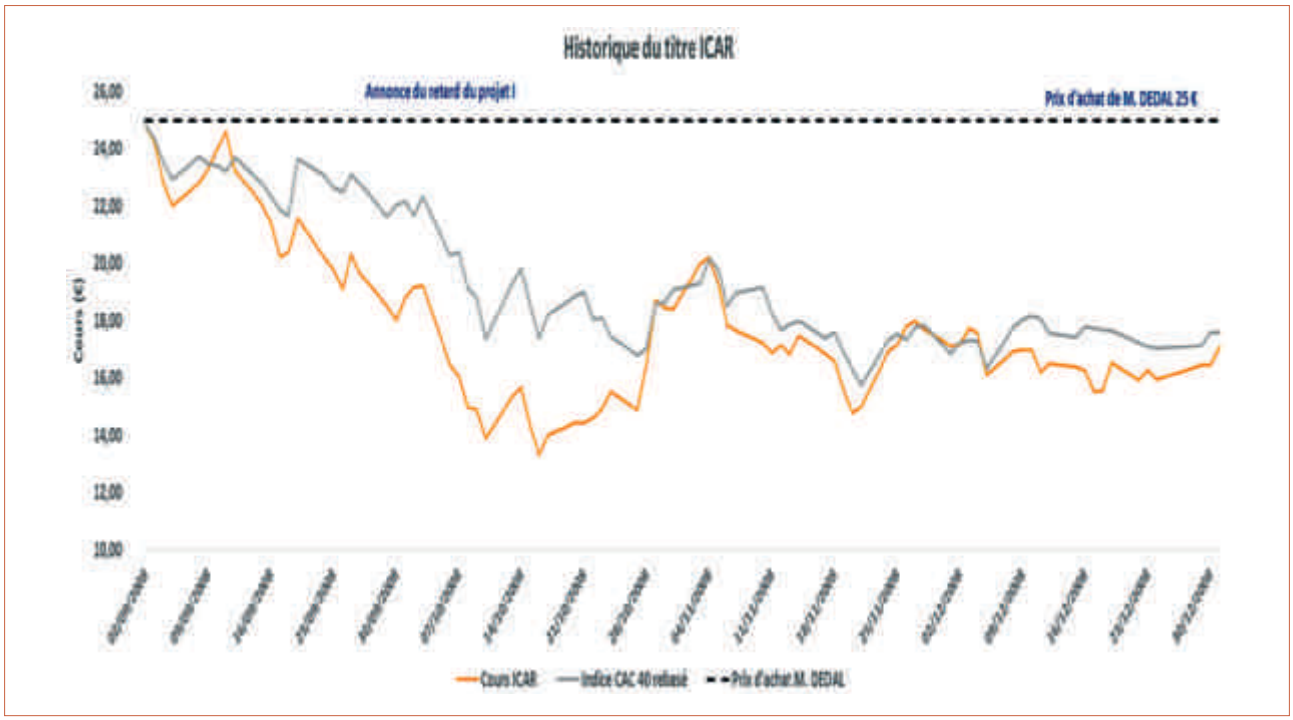
Regarder l'évolution du cours de bourse de l'action concernée par rapport au marché dans sa globalité.

Nous avons repris uniquement cette composante sur le graphique.

Vous observez que le titre a chuté dans une proportion plus importante que le marché, mais le marché lui-même a chuté.

Si l'investisseur avait pu investir sur un autre titre, il aurait investi dans de meilleures conditions (s'il parvient à démontrer qu'il aurait acheté un autre titre dont le cours a augmenté et qu'il a la preuve son arbitrage) ; sinon, s'il avait suivi le marché, il aurait de toute manière supporté une forte perte sur son investissement.

Cette première analyse permet d'observer la différence entre l'évolution du cours de notre société, appelée Icar, et l'évolution du marché dans sa globalité : la perte liée à l'annonce tardive du retard dans le projet de R&D au marché ressort à 3 % du cours au moment de la cession des titres, et non pas 26 % comme initialement observée.



Ensuite, il convient de procéder à des analyses :

- historiques longues sur l'entité et sur ses concurrents,
- des notes d'analystes,

pour déterminer quel a pu être l'impact d'annonces similaires précédentes.

Il s'agit d'identifier si d'autres événements, indépendamment de cette annonce, ont pu impacter les autres entités du secteur ou cette société plus particulièrement.

Pour revenir sur les propos de Mme le professeur, en sus de l'appréciation des 3 % de perte identifiée, il convient ensuite de déterminer la perte de chance elle-même puisque l'investisseur a tout de même choisi d'investir dans cette entreprise.

Mme le Pr CATTALANO-CLOAREC. – A l'heure du bilan que dire sur l'avenir de la perte de chance ?

Car, on l'a constaté, la perte de chance est un outil précieux qui offre au juge une marge de liberté pour une articulation équitable des intérêts en présence : elle évite de laisser des fautes certaines impunies, tout en n'obligeant pas à une entière responsabilité lorsque leur lien avec le dommage est incertain. Mais, cet outil précieux gagnerait à être rationnalisé. Car la perte de chance recouvre des réalités très diverses, qui sont pourtant traitées de manière uniforme. Sans doute ces réalités variées devraient-elles être sériées pour affiner les règles applicables. Ainsi, si l'on souhaite rationnaliser l'utilisation de la perte de chance pour rendre son utilisation plus transparente, quelques propositions ont pu être formulées par la doctrine. Ces propositions ont trait au cantonnement du développement de la perte de chance, à ses méthodes d'évaluation, qu'au contrôle opéré par les juges.

D'abord, première chose : on peut essayer de cantonner le développement de la perte de chance en resserrant ses conditions. Pour cela, quelques pistes peuvent être explorées en droit.

Première piste : la piste de la certitude du préjudice : car aujourd'hui, les préjudices hypothétiques ne sont pas réparés au titre de la perte de chance. Les praticiens doivent donc insister sur le caractère hypothétique de certains des préjudices dont la réparation est demandée pour éviter leur indemnisation.

Prenons l'exemple d'un préjudice de perte de chance de n'avoir pas pu conclure un contrat avec un tiers. Par exemple en raison de négociations longues avec un autre qui finalement ont été brutalement rompu. Ce préjudice est très difficile à évaluer.La Cour de cassation s'est néanmoins prononcée sur ce point en 2012. Pour un préjudice de perte de chance de conclure un contrat avec un tiers, il faut démontrer avoir une chance réelle de conclure ce contrat avec le tiers. Les négociations avec ce tiers devaient donc être assez avancées pour pouvoir convaincre le juge que le contrat pouvait concrètement exister.

Ensuite, la Cour de cassation, interrogée sur la perte de chance de conclure un contrat avec un tiers, qui est un contrat renouvelable chaque année, a accepté d'indemniser la perte de chance des gains escomptés dudit contrat pour la première année. En revanche, elle a refusé d'indemniser le préjudice de perte de chance des gains escomptés pour la seconde année. En effet, elle a estimé

que ce préjudice était hypothétique car il n'était pas certain que le contrat aurait été renouvelé.

Le caractère certain ou, à l'inverse, hypothétique du préjudice pourrait ainsi être un moyen, utilisable dès aujourd'hui pour les praticiens, de contenir l'expansion du préjudice de perte de chance.

Deuxième piste de cantonnement, qui est plutôt une suggestion pour la Cour de cassation, ou pour législateur à l'heure où le projet de réforme de la responsabilité civile est à l'étude : peut être pourrait-on renouer avec le caractère sérieux de la perte de chance qui, pour l'instant, a perdu de sa vigueur. Ce caractère sérieux, pourrait être à nouveau exigé, notamment en matière de préjudice économique. Comme nous l'évoquions au début de cette intervention, en matière de perte de chance, on traite de manière uniforme des choses très dissemblables. Nous pourrions admettre que ce caractère sérieux soit écarté pour la matière médicale où les préjudices sont importants, et renouer avec ce caractère sérieux pour le domaine économique où il sera peut-être plus facilement admis une réduction des préjudices indemnisables, permettant ainsi de cantonner l'expansion permanente du préjudice de perte de chance.

Deuxième axe de proposition, une piste de réflexion, sans doute un peu plus générale, mériterait peut-être d'être menée sur la méthode à retenir lorsqu'aucun calcul probabiliste sérieux ne peut être fait.

Par exemple, il n'existe à notre connaissance aucune statistique permettant de connaître les chances pour une caution d'éviter de s'engager s'il avait été bien informée. Dans ce cas, devrions-nous vraiment retenir la méthode probabiliste commandée par la méthode proportionnelle ou devrions-nous faire, comme le Conseil d'Etat, et retenir plutôt une méthode du tout ou rien. Dès lors, si la caution même bien informée se serait engagée malgré tout, elle n'aurait droit à aucune indemnisation. A l'inverse, si bien informée elle ne se serait pas engagée, elle devrait être indemnisée de la totalité de la perte subie.

Certes, la solution peut sembler un peu extrême, mais en même temps, c'est un raisonnement auquel le juge est peut-être plus familier puisque c'est déjà celui qu'il retient en matière de vice du consentement, où le résultat est blanc ou noir : l'information était déterminante et le contrat peut être annulé, ou elle n'était pas déterminante et il ne peut pas du tout être annulé.

Il paraît en effet délicat d'exiger du juge de quantifier la probabilité avec laquelle la caution se serait engagée ou ne se serait pas engagée ; il se serait engagé à 60 % ou pas engagé à 54 %. La méthode paraît franchement divinatoire, justifiant de réfléchir à des méthodes alternatives.

Enfin, troisième proposition, et c'est sans doute le vœu le plus important à l'heure actuelle : on peut formuler le vœu que la Cour de cassation poursuive la tendance dans laquelle elle semble vouloir s'engager et renforce son contrôle sur la motivation des juges du fond. En effet, ce qui est beaucoup reproché au préjudice de perte de chance est l'opacité de son évaluation et le peu d'explication relatif au raisonnement des juges en la matière. Si la Cour de cassation renforçait ce contrôle sur la motivation, si, notamment, elle sanctionnait systématiquement les décisions qui ne prennent pas le temps de chiffrer la probabilité des chances perdues, les juges se trouveraient contraints à détailler leur motivation. Et l'on se rendrait alors probablement compte que leur manière de juger est légitime et rationnelle, dissipant ainsi tout soupçon d'arbitraire et facilitant l'anticipation du contentieux. Évidemment, les experts seront un soutien précieux pour rationaliser ces évaluations de la perte de chance et fournir aux juges des raisonnement *« clef en main »*.

En résumé, si la Cour de cassation contraignait les juges à mieux motiver leurs décisions, on se rendrait compte que la perte de chance n'est probablement pas une machine à transformer le vent en or.

Je vous remercie.

(Applaudissements)

M. TUDEL, Président. – Merci beaucoup.

Nous allons bien sûr aller déjeuner sans tarder, mais je voudrais juste rajouter deux choses, si vous le permettez, après vous avoir remercié Mesdames.

Je retiens la suggestion faite par Mme PINIOT sur un groupe de travail pour analyser la perte de chance en matière qualitative car je crois qu'elle sera de nature à servir là aussi le juge, et notamment la Cour de cassation, sur l'approche et le chiffrage qu'elle pourra donner à la perte de chance.

En revanche, je suis plus nuancé sur l'approche matricielle de ce calcul pour une raison très simple : j'ai dans la salle deux de mes amis avec qui nous avons travaillé depuis plus de 20 ans sur la modélisation des risques. Un risque correspond à un préjudice et vice versa. En mathématiques, il s'agit de calculs de fonction bijective. Or, nous en sommes arrivés à la conclusion que nous n'arrivions jamais à avoir une fonction bijective entre un risque et un préjudice, et vice versa.

Mais peut-être que des mathématiciens plus savants que nous et plus modernes que nous aujourd'hui y parviendront mais, encore une fois, il s'agit d'un calcul qui se fait par fonction bijective et nous n'avons pas vraiment trouvé la solution à cette problématique.

Nous pouvons passer à table en vous remerciant pour votre attention.

(Applaudissements)

Les limitations de la responsabilité des professionnels de chiffre

M. TUDEL, Président. – Je vous serais reconnaissant de regagner vos places.

Comme vous pouvez le constater, nous avons pris un peu de retard sur l'horaire.

Nous allons probablement être au regret de devoir supprimer la pause qui était prévue à 16 h 40, de manière à pouvoir tenir globalement les délais.

Je ne vais pas attendre plus longtemps et passer la parole à Me BAYLE, avocat au barreau de Bordeaux et à M. Christian COLLETER, l'un de nos confrères, sur les limitations de responsabilité des professionnels du chiffre.

Me BAYLE. – Merci, Monsieur le rapporteur.

Introduction générale [1]

Je voudrais d'abord vous dire que c'est beaucoup d'honneur, pour moi, d'être là ; je voudrais remercier le président Tudel de son invitation, sincèrement.

Monsieur ASSE, je voudrais vous remercier de la disponibilité qui a été la vôtre pendant les échanges que nous avons eus. Nous avons la lourde charge, avec mon camarade de colloque Monsieur COLLÉTER, d'évoquer les hypothèses de limitation de responsabilité des professionnels du chiffre. Ce qui me parait intéressant, ce qui nous parait intéressant, s'agissant d'un public d'experts judiciaires, c'est l'idée de tenter d'identifier les cas dans lesquels les professionnels du chiffre peuvent voir leur responsabilité : soit atténuée, soit totalement supprimée, dans des cas d'exonération, dont nous vous entretiendrons tout à l'heure.

Nous avons identifié quatre cas de limitation de responsabilité des professionnels du chiffre :

- premier cas de figure : la lettre de mission – essentiellement de lexpert-comptable, évidemment ;
- deuxième cas de figure : les clauses daménagement de la responsabilité ;
- troisième cas de figure, et là on sera vraiment dans un cas transversal, concernant aussi bien lexpert-comptable que le commissaire aux comptes : la nécessité de se ménager des moyens de preuves, en conservant des traces écrites de son absence de responsabilité. Nous reviendrons évidemment très longuement sur le devoir de conseil ;
- quatrième cas, qui donne lieu à une jurisprudence abondante : les cas dans lesquels on peut identifier – pas parce qu'il faut la rechercher à tout prix, mais parce qu'elle existe – une faute du client, du dirigeant de la société.

Je reviens à la pratique, puisque je suis en effet avocat, que je défends des professionnels du chiffre ; et Monsieur COLLÉTER tirera les conséquences, avec l'expérience et le talent qui est le sien, de la jurisprudence que j'aurai pu évoquer.

La lettre de mission

Premier point : la lettre de mission de l'expert-comptable. Nous sommes en matière de responsabilité contractuelle. Nous parlons là de l'obligation de moyens de l'expert-comptable et de lui seul.

La lettre de mission qui est imposée par l'article 151 du Code de déontologie nouvellement réformé – ancien article 11 – : cette lettre de mission doit être, me semble-t-il, aussi précise que possible ; parce que c'est un moyen, tout simplement, de prévenir les litiges et finalement d'assurer une certaine sécurité juridique dans la relation que l'expert-comptable aura avec son client. Et je crois qu'en précisant très clairement les contours de la mission, et les obligations respectives du professionnel et du client, nous avons là, avec la lettre de mission, le moyen de réduire les situations litigieuses. C'est l'objectif d'intérêt général qui est poursuivi, et qu'il vous est loisible de poursuivre dans votre activité d'expert judiciaire ; ou en tous cas d'examiner.

D'abord, la lettre de mission, vous le savez, c'est une obligation déontologique : c'est toujours bien de le rappeler. La lettre de mission doit comprendre les éléments suivants : la présentation des parties, l'objet du contrat. La jurisprudence a fixé, et même obligé les parties à y insérer, un certain nombre de mentions, parmi lesquelles la qualification de la mission, bien entendu, notamment pour apprécier la limite de la mission de l'expert-comptable ; doivent également figurer, nous dit la Cour de cassation, la date d'établissement de cette lettre de mission, les diligences à accomplir, les honoraires et éventuellement, et j'y reviendrai, les clauses d'aménagement de la responsabilité.

1. Les titres et intertitres ont été insérés par les intervenants lors de la retranscription de leur exposé ; de même que les notes.

Mon éminente voisine de gauche [Madame GUEGUEN, présidente du H3C] ne m'en voudra pas, car je ne vise qu'à atteindre un objectif de sécurité juridique, quand je dirai qu'il vaut mieux définir soi-même, que les parties définissent elles-mêmes, la lettre de mission ; plutôt que d'en laisser le soin aux juges. Qui font leur travail, comme toujours, très bien ; mais un procès, cela coûte du temps et cela coûte de l'argent ; et je pense vraiment qu'il y a là un moyen, dans une lettre de mission qui permet de savoir qui fait quoi, de limiter les litiges.

Un point sur lequel je voudrais insister, parce que je sais qu'il nous tient à cœur à tous les deux, c'est la nécessité de faire vivre la lettre de mission. Une lettre de mission ne doit pas être un catalogue d'obligations, que j'ai détaillées, qui ont été rappelées par la jurisprudence, etc. Il est très important, en cours d'exécution du contrat, de la faire vivre. Par exemple : vous avez, notamment en matière de déclarations fiscales et sociales, l'obligation – que l'expert-comptable doit veiller à mettre dans la lettre de mission – pour son client, de lui fournir tous les documents comptables nécessaires à l'établissement de ses déclarations fiscales et sociales. Si l'expert-comptable arrive à établir qu'il a rappelé par écrit à son client qu'il n'était pas en possession de tous les documents lui permettant d'établir telle ou telle déclaration, si son client engage une procédure contre lui, il pourra être débouté.

Nous sommes ici dans un cas de figure qui concerne notamment un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 18 mai 2005 – : il s'agit d'un particulier qui charge une société d'expertise comptable d'établir une déclaration de revenus en 1996 et qui recherche la responsabilité de son expert-comptable pour déclaration tardive : la Cour de cassation – relève que par deux lettres, en rappelant à l'ordre par écrit son client, donc en pouvant le prouver par la suite, l'expert-comptable s'est dégagé de sa responsabilité au motif qu'il aurait établi de manière trop tardive la déclaration de revenus.

Il ne suffit pas de dire dans la lettre de mission : *« Vous, client, vous êtes obligés de nous donner les documents nécessaires à l'accomplissement de notre mission »*. Il faut le lui répéter. Il faut le lui réécrire en cours d'exécution du contrat. C'est très important, cet aspect écrit, dans ce domaine.

Peut-être, Monsieur COLLÉTER, pourriez-vous nous donner votre expérience sur la lettre de mission et je sais qu'elle est grande ?

Christian COLLÉTER

Ce thème peut donner matière à beaucoup de développements. Mais la démarche que je propose est d'ordre essentiellement stratégique – c'est-à-dire : défensive. Elle se situe donc d'emblée au rebours du mouvement général de la profession qui tend plutôt à étendre le champ des interventions des experts-comptables – Je parlerai essentiellement, d'ailleurs, des experts-comptables, parce que le commissaire aux comptes me semble tellement protégé, et même au-delà des espérances (2), que je crois que la question de savoir comment cantonner ses responsabilités ne se pose guère.

Pour un retour aux textes fondateurs

Dès lors que l'on fait une approche stratégique en situation potentiellement conflictuelle, il faut revenir aux textes. Et je m'attache énormément au texte qui fonde de fait, dans une large mesure, la responsabilité des experts-comptables ; qui est, bien entendu, l'ordonnance du 19 septembre 1945.

Et il ne serait peut-être pas inutile de rappeler encore une fois que le métier de l'expert-comptable, c'est donc, aux termes de ce texte : d'abord de certifier les comptes ; de tenir les comptabilités, de les centraliser, de surveiller la tenue des comptabilités, d'arrêter les comptabilités – pas, à la lettre, d'établir les comptes. Mais, bien sûr, l'établissement des comptes est une conséquence de l'arrêté de la comptabilité – ; de consolider les comptes.

Et il y a une mention – cela fait écho à ce vous disiez à l'instant – à laquelle je suis particulièrement attaché : c'est le quatrième alinéa de l'article 2 qui énumère les missions de l'expert-comptable : *« L'expert-comptable fait rapport de ses constatations, conclusions et suggestions. »* On voit bien là qu'il y a une certaine béance, parce que les travaux d'experts-comptables ne sont pas particulièrement marqués par la surabondance du rapport des constatations, conclusions et suggestions. Or d'un point de vue stratégique, c'est un point d'appui formidable, à mon avis.

Analyse de la jurisprudence dans la perspective de l'élaboration d'une stratégie

Les motifs constamment retenus par la jurisprudence pour exonérer le commissaire aux comptes de la responsabilité de désordres entachant sa certification, sont nombreux et bien connus : absence de faute, de préjudice, de lien entre faute et préjudice ; prohibition de l'immixtion dans la gestion ; limitation de la mission par la loi, et donc des moyens à mettre en œuvre pour remplir la seule mission ainsi définie… Je mentionnerai cependant de surcroît, qui me semble être un grand succès de la profession à cet égard, l'inclusion pure et simple dans le Code de commerce des normes d'audit, où je vois une capitulation du législateur et des autorités publiques : dans une partie réglementaire où l'on attend un texte d'application précis et concret, écartant toute ambiguïté à l'instant de l'appliquer ou d'être considéré par le Juge, apparaît, rédigé dans une novlangue aussi hermétique que profuse, un long catalogue de règles générales et abstraites qui ne permettent jamais de savoir, de manière concrète et pré-

cise, ce que le commissaire aux comptes doit ou aurait dû faire, ou peut ou pouvait ne pas faire, dans telle circonstance.

Ce texte de base étant considéré, j'aurais tendance à analyser la jurisprudence – toujours sous l'angle du cantonnement des risques – selon quatre ou cinq catégories :

Première catégorie : ce sont les missions qui tiennent à la comptabilité, toute la comptabilité, rien que la comptabilité.

Deuxième type de missions – et là on change complétement de logique : on passe notamment d'une obligation de moyens à une obligation de résultat – : ce sont tous les travaux dans le prolongement de l'activité comptable de l'expert-comptable ; c'est-à-dire l'établissement des déclarations fiscales et sociales, les consultations, également ; et cela peut s'étendre à la rédaction d'actes : d'actes de société, voire d'actes de cession : de titres, de fonds….

Il y a une troisième catégorie, qui serait donc faite de tous les manquements au devoir de conseil : soit – et là je voudrais attirer l'attention – au devoir de conseil qui est inhérent à notre travail de pur et simple comptable, soit à celui qui nous est imputé pour d'autres fonctions que la comptabilité. Je crois que l'on a intérêt à essayer le plus possible d'accréditer l'idée d'une distinction à faire entre les deux catégories de sujets de mise en cause.

Il y aurait aussi une quatrième catégorie : le cas notamment – dans des cas particuliers – cela a été cité ce matin d'ailleurs – dans un champ particulièrement dangereux pour l'expert-comptable, qui est celui de la TVA, lorsque le client ne se conforme pas à ses obligations en matière de déclarations de TVA, qu'il retarde – : Il n'y a pas d'autre stratégie que de fuir, parce que là on voit bien qu'une certaine jurisprudence – certes pas toute – tend à établir une présomption de complicité entre le client et l'expert-comptable qui reste dans le dossier alors même qu'il sait que son client est en infraction à la loi…

L'élaboration de la lettre de mission

Pour celle-ci, l'expert-comptable bénéficie d'une appréciable protection, en partie de même nature que celle qui s'applique au commissaire aux comptes : principalement en ce que son obligation n'est que de moyens, qu'il n'est pas tenu d'en mettre en œuvre au-delà de ceux en principe de nature à lui permettre de remplir sa mission comptable ; et, quant auxdits moyens, que la jurisprudence n'apparaît pas d'une sévérité excessive quant à leur consistance, à partir du moment où il en est mis en œuvre.

Pour cette seconde catégorie, au contraire de la première, on pourrait dire qu'il y autant de condamnations que d'assignations ; ce qui doit donc inspirer aux professionnels la plus grande prudence.

En ce sens : cour d'appel d'Amiens du 22 janvier 2008, ainsi relaté par le Conseil de l'Ordre des Experts-comptables : l'Expert-comptable n'a pas l'obligation de surveiller son client mais simplement de lui prodiguer des conseils nécessaires pour le respect des règles comptables, fiscales et sociales. Il est tenu d'une obligation de conseil, laquelle est une obligation de moyen. En l'espèce ; la collusion entre le chef d'entreprise et […] est établie […] Cette fraude suppose un acte caché peu détectable, sauf dans le cadre d'une enquête, ce qui n'entre pas dans la mission d'un expert-comptable, mais dans celle de l'administration fiscale.

S'affranchissant là du principe selon lequel la complicité suppose un acte positif intentionnel concourant à la commission de l'infraction.

On peut en outre identifier, comme annoncé ci-dessus, une cinquième catégorie : les affaires où l'expert-comptable reste dans le dossier alors que l'entreprise fraude, mais où il ne l'a pas détecté faute d'en avoir les moyens et parce l'entreprise s'est organisée pour le cacher, si bien même que les instances ayant mission de le faire apparaître et disposant des moyens pour cela – moyens dont l'expert-comptable est dépourvu – n'y sont pas davantage parvenues. La stratégie n'est plus là que de ne pas se trouver au mauvais endroit au mauvais moment ; elle ne triomphe donc pas toujours, comme le rappelle indirectement l'arrêt de la Cour de cassation du 31 janvier 2007.

Donc, pour en venir à la lettre de mission… Je traiterai la question en deux temps : L'examen critique des pratiques et des modèles en usage en matière de lettres de mission ; et les suggestions qui peuvent être faites en la matière.

Examen critique des modèles en usage

Il y a quelque chose qui me paraît assez dangereux et assez gênant – c'est pourquoi, pour ma part, je n'ai jamais utilisé les formulaires en usage – s'agissant essentiellement de définir ce que fait ou ne fait pas l'expert-comptable. D'abord, sur le plan général, certains modèles en usage font apparaître une espèce d'inégalité de base entre l'expert-comptable qui sait, et le client qui ignore : *« Votre entreprise… Notre cabinet… »*. On rompt une espèce d'égalité. Pour ma part je crois préférable de rester fidèle à l'énoncé habituel, c'est-à-dire : *« Entre M. X., le client, et M. Y., l'expert-comptable… il est convenu ce qui suit… »*. Bon ; enfin, là n'est pas l'essentiel au plan pratique. C'est surtout dans la répartition des tâches que l'on a deux types de confusions possibles dans les modèles que je vois très couramment dans les dossiers.

La première, c'est qu'il n'y a pas de distinction très claire entre les tâches qui relèvent strictement de la profession comptable telle que définie par l'ordonnance de 1945, et les fonctions, les travaux, qui relèvent des missions complémentaires. On passe tout naturellement

de la comptabilité – en y mêlant d'ailleurs par exemple la vérification des déclarations de TVA, et là cela attire l'attention –, dans l'énumération des tâches possibles et dans leur répartition entre le client et l'expert-comptable, à l'établissement des déclarations fiscales, déclarations sociales, ou d'autres travaux.

Or il me semble que là dans l'éventualité de conflits, de mise en cause au titre du devoir de conseil, il y a un risque d'ambiguïtés.

Par ailleurs et surtout, dans la répartition des tâches entre l'expert-comptable et le client : ici, alors qu'il s'agit de définir qui fait quoi, l'expression se limite à porter des croix dans des cases – c'est ce que j'appelle le degré zéro du langage. Or il me parait particulièrement utile de ne pas se contenter du terme établir. On peut conseiller, on peut assister pour, on peut fournir les éléments tirés de la comptabilité en vue de l'établissement de telles déclarations – notamment de TVA – faites par le client…

Et on voit aussi – tant il est vrai d'ailleurs que les documents produits par l'expert-comptable sont issus d'un processus collaboratif – un certain nombre de situations où tout simplement il y a des croix à la fois dans la colonne *« client »* et dans la colonne *« expert-comptable »*. A partir de cela, comment peut-on demander au juge d'établir de claires distinctions et d'attribuer en parfaite connaissance de cause les responsabilités ?

Donc, je crois qu'avec ce type de modèles – je ne dis pas qu'il ne faut pas du tout les utiliser –, au moins il faut être extrêmement prudent, et il faut essayer – c'est mon deuxième point ici – de bien, de mieux, délimiter les travaux dans nos lettres de mission :

En effet, nul n'est besoin de vérifier les déclarations de TVA pour s'assurer, tout en demeurant dans le strict cadre de la mission comptable, que l'entreprise s'est parfaitement conformée à ses obligations en la matière : il faut et il suffit en effet – et l'assurance recherchée est du reste encore meilleure : premièrement, que les opérations imposables, telles qu'elles sont portées en comptabilité, concordent avec les sommes portées en comptabilité au crédit du compte de TVA collectée ; deuxièmement, que le solde dudit compte en fin d'exercice soit en concordance avec, telles qu'elles ont été portées en comptabilité, les créances liées aux opérations imposables dont le fait générateur de la taxe est à une date différente de celle de leur comptabilisation.

La définition de la mission

➢ *La délimitation du périmètre et du contenu de la mission*

Encore une fois, pour énumérer ce que fait et ce que ne fait pas l'expert, je pense qu'il est souhaitable de s'en remettre tout simplement aux missions telles qu'elles sont énumérées par l'ordonnance de 1945.

Tout particulièrement si j'entends écarter le travail – s'agissant simplement déjà de la comptabilité – de surveillance de la comptabilité. Souvent, on a tendance à porter cela dans la lettre de mission ; mais enfin, faut-il toujours accepter la mission de surveillance ? Sachant que là, si l'on accepte de surveiller la comptabilité, cela implique des diligences qui sont évidemment supérieures – notamment dans la prévention ou la recherche des détournements – à ce que ces diligences sont dans le cadre de l'établissement des comptes. Et à cet égard d'ailleurs, s'il est prévu des visites mensuelles ou trimestrielles, je préfère qu'elles soient présentées sous l'angle de la préparation des travaux de fin d'exercice, et non point qu'elles participent d'une mission de surveillance.

Et ensuite il y a à penser à formuler les exclusions, au lieu de seulement de laisser le silence sur certains travaux énumérés dans la liste, en les laissant en blanc : c'est-à-dire que par exemple, dire qu'aucune déclaration fiscale, aucun acte de société ne sera fait…

Alors on peut dire effectivement que là le professionnel se prive d'une source de travail supplémentaire, ou d'un crédit auprès de son client. Oui, mais il faut bien voir que les responsabilités en matière de rédaction – tout ce qui est acte, tout ce qui est déclaration – emportent des obligations de résultat et qu'elles nécessitent des diligences plus étendues. Prenons simplement – ce qu'il est difficile d'éviter dans une petite entreprise – l'établissement de la déclaration de résultats. Dès lors que l'on est par exemple dans des situations où certaines exonérations, certains crédits d'impôt, sont alloués en fonction de la situation économique de l'entreprise, de ses salariés, de sa clientèle, il y a des diligences qui n'ont plus rien à voir avec la comptabilité, qui sont d'ordre économique, mais dont on ne peut pas se dispenser si l'on veut établir une déclaration de résultats avec une assurance ou une probabilité raisonnable de ne pas se tromper. C'est un exemple d'exclusion possible.

Pour la contractualisation de la procédure d'envoi de projets

En vue, maintenant, de permettre ultérieurement une concrétisation de la satisfaction de l'obligation de collaboration et des échanges, je suis assez favorable à inclure dans les lettres de mission que tous les travaux qui seront produits par l'expert donneront lieu à communication de projets. Pourquoi cela ? Parce que cela nous crée une arme à double canon :

Le fait d'envoyer un projet permet de dresser alors, de manière tout à fait aimable, la liste des sujets de préoccupations de l'expert. Et puis, ce qui se passe assez souvent, et surtout si le client entend ne pas assumer toute la responsabilité de ses actes : il va peut-être s'abstenir de répondre à ces questions et observations. Et, donc, deuxième coup : On envoie un document : *« En l'absence de remarques… »* du client, mais en laissant explicite-

ment ouverte la possibilité de modifier cette déclaration, si jamais, tardivement, de nouveaux éléments d'information viennent à être en possession du client.

Cela permettra de concrétiser les échanges, parce que – à cet égard, il s'est créé grâce au réseau Internet un espace de communication formidable –, de la manière la plus aimable, on peut souligner, mine de rien, un certain nombre d'anomalies ; en y revenant, en en signalant, accessoirement, peut-être, la gravité, le fait qu'elles se reproduisent… Cela permet, face au juge, d'avoir un dossier relativement étoffé justifiant de nos conseils.

Pour une obligation pour le chef d'entreprise de prendre connaissance de sa comptabilité.

J'ajoute aussi assez volontiers l'obligation de prendre connaissance des comptes ; les comptes : c'est-à-dire la comptabilité, les écritures, le grand livre.

Pourquoi pas en effet ? Parce que l'on voit très bien l'intérêt pour un chef d'entreprise, à la lecture de sa comptabilité, détectant des anomalies que lui seul peut détecter – parce que liées à tel projet, à telle activité, etc... Il peut très bien voir, ou deviner, l'existence de fausses factures par exemple ; alors que l'expert-comptable ne le peut pas. Pourquoi ne pas insérer cette obligation de prendre connaissance de sa comptabilité, plusieurs fois par an, à la charge du chef d'entreprise ?

Mais on voit là au passage la difficulté qui est créée par la béance qui tient à ce que les grands livres, les comptabilités, sont illisibles dans la quasi-totalité des entreprises : En raison de l'indigence des plans de comptes, de l'indigence de la discrimination des opérations comptables selon leur nature (je parle ici du plan des journaux), de l'indigence des libellés d'écritures, de l'absence de critères discriminants analytiques… de sorte que la comptabilité tend à devenir illisible. Je prétends que l'une des sources de progrès dans nos professions serait de rendre lisibles les grands livres, plus généralement les écritures, de façon à ce que n'importe quel lecteur comprenne de quoi il s'agit sans avoir à aller chercher des justifications dans les classeurs de l'entreprise ou de l'expert-comptable, en passant quelquefois d'ailleurs par les journaux, quand toutefois on arrive à y discerner les contreparties des opérations dont on cherche l'origine.

Il y a d'ailleurs en la matière d'autre béances de même importance – là je suis un peu hors sujet –, des insuffisances profondes, dans les principes mêmes qui sont à la base des logiciels soit de tenue des dossiers, soit aussi de consolidation… mais je referme ma parenthèse.

Cette critique se fonde sur la constatation de la totale méconnaissance de deux postulats de base régissant les opérations d'audit, qui peuvent être ainsi énoncés : 1° : quoi que l'on fasse en audit, on rapproche quelque chose (élément à justifier) de quelque chose (élément justificatif) ; 2° quoi que l'on rapproche, le cheminement suivi ressortit à une typologie parfaitement déterminée (analyse de solde, historique de solde, rapprochement avec état d'existant, rapprochement avec comptabilité auxiliaire, rapprochement avec relevé émis par un tiers, etc.), virtuellement applicable à tout solde, tout flux comptable ou toute écriture, et plus généralement à toute information financière. Etant en outre observé qu'en l'ensemble qu'ils forment, les éléments contribuant à ces rapprochements présentent, sous un certain aspect, un caractère fractal (tout élément intervenant dans un rapprochement peut à son tour faire l'objet d'un rapprochement) : il est démontré qu'un logiciel conçu selon ces principes fondamentaux est considérablement plus puissant, performant, aisément extensible… que ce que l'on voit sur le marché de ce point de vue.

Il devrait tomber sous le sens que le procédé consistant à passer des écritures pour consolider des comptes est logiquement absurde, là une méthode matricielle aurait dû s'imposer à l'évidence. Mais le changement ne paraît ni probable ni prochain, à voir les réactions négatives des auditeurs et comptables à l'annonce par le commissaire aux comptes pourvu d'un outil de ce type, de ce qu'une fois que lui-même aura enregistré la dernière donnée des comptes sociaux (et situations aux dates des changements de périmètre), des réévaluations d'éléments, de l'actionnariat et de ses variations, et des paramètre usuels (taux de conversion, d'impôts différés…) – sans la moindre écriture ni nécessité de vérification autre que des éléments saisis – il tiendra dans la même seconde à leur disposition, exacts au centime près par construction, la totalité des états consolidés que, s'ils ne se sont pas trompés, ils devront avoir obtenus une fois qu'ils auront fini d'enregistrer et de faire mouliner toutes leurs écritures…

Pour une contractualisation de l'obligation de rendre compte (« constatations, conclusions et suggestions »)

Je rappellerais assez volontiers aussi dans la lettre de mission la référence à l'alinéa 4 de l'article 2 de l'ordonnance de 1945 : donc, l'obligation légale de faire rapport. Avec peut être une astuce, qui serait de dire que ces rapports seront faits à l'occasion de l'envoi des documents. Et surtout pas avec une périodicité déterminée, par exemple l'année. Parce l'on sait que, dans ce cas-là, elle ne sera pas respectée.

Alors que chaque fois que j'envoie un projet de document à un client, j'ai là l'occasion de dire : *« A ce propos, Monsieur le Client… j'attire votre attention sur le fait que… comme on l'avait dit déjà il y a deux ans… c'est toujours votre comptable qui détient les chéquiers, et je vous rappelle qu'il serait quand même préférable qu'ils soient confiés à une autre personne… »* et ainsi de suite.

Clauses techniques particulières

Les clauses particulières : là aussi, on n'en voit pas assez : l'obligation de tenir une comptabilité analytique partout où c'est nécessaire – je n'imagine pas, personnellement, de suivre et d'arrêter les comptes d'une entreprise de bâtiment, ou travaillant sur projets ou sur commandes, sans qu'il y ait de comptabilité analytique. Car là on se prive d'un moyen de contrôle qui est essentiel. Egalement, l'obligation d'avoir des outils de gestion de parc, de gestion d'actifs – donnés en location par exemple – ; l'obligation de tenir une comptabilité matières ; et, pourquoi pas, d'autres obligations de l'ordre du contrôle interne, au cas par cas, lorsqu'il y a des sujets.

Motifs légitimes de résiliation

Autre point : ce sont les cas de résiliation. J'observe dans les modèles assez couramment utilisés que les cas de résiliations visent les manquements du client à l'égard de l'expert comptable. Or il me semble – et là je peux aussi m'appuyer sur la jurisprudence, notamment où dans les cas où l'Etat – la Direction des Impôts – est partie civile – situations particulièrement dangereuses –, que le manquement du client à l'égard du respect des lois est un sujet légitime de résiliation.

Conclusion : le maintien à jour de la lettre de mission

Voilà pour ce que je voulais dire de la lettre de mission. Il y a sûrement d'autres sujets, mais enfin, je crois avoir dit l'essentiel des soucis que j'ai en matière de lettre de mission… Sinon, peut-être, pour renforcer davantage votre propos sur le fait qu'il faut la faire vivre, il faut suivre. Parce que l'on est dans le cadre d'une mission récurrente, pluriannuelle. Si le juge constate qu'après la première année, par exemple, l'obligation de rendre compte ou telle autre obligation, au fond, ni le client ni l'expert-comptable ne se préoccupent de la faire vivre, alors il est normal que le juge considère que, d'un commun accord, les deux parties ont considéré comme caduque cette obligation. Et on est ramené au problème précédent.

D'où l'intérêt de prendre la précaution, durant l'accomplissement de la mission, d'actionner un ensemble de dispositifs qui paraissent anodins au moment où ils sont mis en œuvre, mais qui peuvent s'avérer essentiels en cas de difficultés.

Maître BAYLE

Les clauses limitatives de responsabilité

Deuxième moyen de limiter la responsabilité ou de donner une illustration de la limitation de la responsabilité des professionnels du chiffre : ce sont les clauses limitatives de responsabilité. Là encore, nous parlons essentiellement des experts-comptables, car la responsabilité des commissaires aux comptes – cela a été rappelé – est essentiellement délictuelle : la mission est définie par la loi, et l'on n'aménage pas la loi. En revanche, le contrat, c'est la loi des parties, et la loi des parties, elle s'aménage. Simplement, et cela a été dit ce matin : il faut y penser. Et, par exemple, j'ai pu identifier deux types de clauses permettant à un expert-comptable d'aménager sa responsabilité : ce sont d'abord les causes qui limitent le montant de l'indemnisation. Et ensuite, ce sont les clauses qui prévoient la limitation de la responsabilité dans le temps.

Quant aux montants indemnisables

Illustration : plafonnement de l'indemnisation : les experts-comptables peuvent tout à fait rédiger une clause qui limitera leur responsabilité au montant qui est garanti par leur assurance.

Il faut le savoir et il faut y penser. C'est une véritable possibilité concrète pour l'expert-comptable d'aménager sa responsabilité.

Quant au délai de prescription

Deuxième illustration – et je serai très court puisqu'elle a été évoquée à deux reprises ce matin – c'est bien entendu la possibilité d'abréger le délai de prescription pour les experts-comptables en vertu de l'article 2254 du Code civil.

Nous sommes normalement dans le cadre d'une prescription de cinq ans fixés par la loi du 17 juin 2008 et l'article 2224 du Code civil. Les conditions de cette prescription sont beaucoup moins favorables – je le rappelle, cela a été très bien expliqué – pour les experts-comptables que pour les commissaires aux comptes : eu égard au délai de trois ans mais aussi eu égard au fait que, pour les experts-comptables le délai de prescription ne court que lors de l'apparition du dommage.

Il faut penser – et le cas échéant, lorsqu'on est expert judiciaire, il faut aussi regarder – si, dans la lettre de mission, il a été prévu d'abréger la durée de prescription à quatre ans, trois ans… On ne peut pas aller au-delà d'un an ; mais c'est une illustration, me semble-t-il assez concrète, de la limitation de la responsabilité des experts-comptables.

Les limites des clauses restrictives de responsabilité

J'émettrais une réserve tout de même sur la possibilité de déroger, d'aménager cette responsabilité. Cette réserve, je l'émets car, en premier lieu, les clauses limitatives de responsabilités ne sont pas opposables au consommateur, c'est-à-dire à celui qu'on appelle le non-professionnel. C'est-à-dire que si un expert-comptable, par exemple, passe une lettre de mission avec un particulier, il ne peut

pas l'assortir de clause limitative de responsabilité. Cela, c'est la première réserve.

La deuxième réserve, je l'émets au regard de la réforme du droit des contrats, qui a eu lieu il y a maintenant un an – cela va faire un plus d'un an. Vous avez dans ce nouveau Code civil un article 1171 qui introduit la notion de déséquilibre significatif en droit commun des contrats. Cela veut dire que toute clause – par exemple une clause qui limiterait trop la responsabilité de l'expert-comptable – qui créerait un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties pourrait être réputée non écrite. Donc il faut bien faire attention mais il existe des possibilités concrètes d'aménager sa responsabilité pour l'expert-comptable. Cela fait aussi, me semble-t-il, partie de la mission des experts de Justice que de l'examiner.

Le devoir de conseil

Le troisième point – parce que le temps tourne –, c'est le point, pour moi central, que je vous livre vraiment avec une grande insistance. Car, en tous cas dans la pratique de mon cabinet – je ne sais ce qu'il en est chez mes confrères qui ont la même pratique que moi – il y a énormément de mise en cause de professionnels du chiffre sur le fondement du devoir de conseil ; mais vraiment. C'est même très clairement, dans mon expérience – à moi, qui est forcément singulière – la principale cause de mise en cause.

D'abord, la problématique de l'expert-comptable – ensuite, je parlerai de la problématique spécifique du commissaire aux comptes.

J'insiste sur le fait qu'à mon sens, puisque nous nous adressons à vous, Mesdames et Messieurs les experts de Justice, votre mission d'expert judiciaire consiste à chiffrer le préjudice, bien sûr ; mais aussi, c'est une mission complète qui consiste à dire si, oui ou non, le professionnel s'est conformé aux règles de l'art. Et la nécessité d'informer, pour l'expert-comptable, c'est aussi les règles de l'art. Donc, cela fait vraiment partie intégrante de votre mission, me semble-t-il. On en a parlé un petit peu ce matin : l'Histoire du devoir de conseil, elle débute en 1997, avec l'arrêt dit Hedreul ; qui, pour la première fois, met à la charge des professionnels libéraux, et notamment de l'expert-comptable, un devoir de conseil qui vient renforcer les obligations classiques du professionnel.

Et surtout, cet arrêt dit qu'il appartient à l'expert-comptable de rapporter la preuve de ce qu'il a dûment informé. Cet arrêt de la Cour de cassation de 1997 a été le début d'une nouvelle réalité judiciaire qui a permis de rechercher, de plus en plus souvent, la responsabilité des professionnels libéraux : les avocats, les médecins – cela a été très justement dit ce matin – les notaires, également ; sur le seul fondement du manquement au devoir d'information. Cette obligation d'informer – j'y insiste, et je tiens à le dire parce que j'interviens également comme avocat de l'Ordre des Experts-comptables d'Aquitaine – s'analyse aussi en une obligation déontologique. L'obligation d'informer, c'est-à-dire de compenser le déséquilibre de connaissances entre les deux contractants, est énoncée par l'article 155 du Code de déontologie. Donc, il n'y a pas à discuter : il faut le faire. Et, ce qui est assez remarquable dans l'évolution de la jurisprudence, c'est qu'elle impose à l'expert comptable un devoir de conseil qui va bien au-delà des termes de la mission et du contrat. C'est à juste titre que, ce matin, que le verbe transcender a été utilisé. Oui, les obligations de l'expert-comptable, et notamment en matière d'information, transcendent le contrat, transcendent la lettre de mission. C'est un peu ce que l'on disait tout à l'heure avec Monsieur Colléter : une lettre de mission… je le vois cela aussi, très souvent : parfois des clients me disent : *« il y a tout dans ma lettre de mission ! »* Oui, mais sauf que si on ne la regarde plus une fois qu'elle a été signée, cela ne sert à rien ; et cela n'exonérera personne, et c'est normal.

Le devoir de conseil, c'est deux choses : une obligation d'information que l'on peut qualifier de générale ; qui doit porter, qui oblige le professionnel, à éclairer son client sur les obligations légales et réglementaires générées par le fonctionnement de son activité.

Un exemple concret, qui a donné lieu à un arrêt de la Cour de cassation – Chambre civile – du 12 mai 2010 : la responsabilité d'un expert-comptable est mise en cause dans une affaire relative à la prévoyance obligatoire de son client, une entreprise pour laquelle il était chargé d'une mission de paie, classique, et de charges sociales. La lettre de mission se termine le 31 décembre 2002. L'entreprise embauche un salarié cadre le 1er septembre de cette même année 2002. Un an plus tard, le salarié décède d'un accident du travail. Mais l'organisme de prévoyance ne peut pas verser le capital-décès à l'héritière du salarié, dans la mesure où personne ne lui a conseillé d'adhérer. La Cour de cassation indique, en parlant d'un manquement à une obligation générale de conseil : qu'en s'abstenant d'attirer l'attention de son client sur les risques encourus du fait d'un défaut d'affiliation obligatoire d'un cadre à un organisme de prévoyance, l'expert-comptable a manqué à son obligation générale de conseil. Et la Cour de cassation valide donc la décision de la Cour d'appel qui condamne l'expert-comptable au paiement de 15 % du préjudice global subi par l'héritière.

Donc, là encore, on dépasse le cadre strict de la mission, qui était une mission de paie, de charges sociales... : Non. C'est plus que cela.

Deuxième et dernière illustration du devoir de conseil : c'est le devoir d'alerte et de mise en garde. Vous le connaissez, donc, je ne veux pas être trop long non plus, il a été esquissé ce matin… Mais ce que je veux vous dire, c'est qu'il faut par exemple penser à informer son client du risque de requalification d'un licenciement

pour force majeure en licenciement sans cause réelle et sérieuse. Cela, c'est l'obligation de mise en garde. Il faut également, pour l'expert-comptable qui a une mission d'assistance à l'élaboration d'un acte de cession, mettre en garde les acquéreurs, lors d'une cession de parts sociales par exemple, sur les risques causés par l'absence de séquestre du prix de vente : – et, j'y insiste – même dans l'hypothèse où le rédacteur de l'acte est un avocat, cela n'empêche pas l'expert-comptable d'informer de cette obligation de séquestre. Dans l'espèce à laquelle je pense, que je connais bien… perte de chance : 10 %.

C'était très intéressant, le passage sur la perte de chance, parce que – j'y reviendrai peut-être – c'est très compliqué à évaluer et on a besoin de vous, experts de Justice, pour nous aider à cela.

Je veux terminer, mais avec insistance néanmoins, sur le devoir de conseil, de la manière suivante :

Je vous parlais de la charge de la preuve, tout à l'heure. C'est essentiel. Il appartient au professionnel du chiffre de prouver qu'il a satisfait à son devoir de conseil : c'est l'article 1353 nouveau du Code civil. La Cour de cassation a rappelé, de manière très claire, dans un arrêt de la Chambre commerciale du 9 janvier 1990… : *« c'est sans violer l'article 1147 du Code civil que la Cour d'appel a retenu qu'un expert-comptable avait manqué à son devoir de conseil, en retenant qu'en l'absence de confirmation écrite, celui-ci ne rapportait pas la preuve du conseil verbal qu'il prétend avoir donné à son client ».*

Toute l'Histoire du devoir de conseil, c'est cela. J'ai envie de dire qu'il y aurait beaucoup moins de litiges – et, finalement, beaucoup plus de tranquillité pour tout le monde, beaucoup moins de litiges pour vous, professionnels du chiffre – si vous conserviez une traçabilité de vos conseils. Il faut se ménager des preuves de ce dont l'on a informé. C'est un peu astreignant. Mais enfin, très franchement : si l'on intègre cela dans les process – vous faites un petit mot, un petit mail – vous gardez, au mieux, la preuve de la réception ; au pire, la preuve qu'il a été envoyé… Vous gagnez le procès avec cela. C'est vraiment très important, et je pense qu'il est de l'intérêt de cette profession d'en avoir conscience.

J'ai terminé sur la problématique des experts-comptables. Je crois que je vais donner la parole à Monsieur COLLÉTER, qui pourra peut-être illustrer mon propos sur le devoir de conseil.

Christian COLLÉTER

Pour le cantonnement du devoir de conseil au ressort de la discipline comptable

C'est un point sur lequel j'ai beaucoup porté mon attention, parce que l'espoir que je caresse, c'est qu'en distinguant le devoir de conseil lié aux missions essentielles de l'expert-comptable et le devoir de conseil sur ce qui les excède, on peut peut-être avoir un peu moins de fluctuations de la jurisprudence.

J'ai deux exemples extrêmes à ce sujet : cour d'appel de Grenoble du 3 avril 2008 : suite à une cession de parts rédigée par l'expert-comptable – celui-là même qui établit les comptes – le gérant devient majoritaire, néglige de s'affilier [aux organismes sociaux dont il relève dorénavant] et donc cela entraîne un préjudice. Eh bien, la Cour estime que ce n'est pas là de la comptabilité, que ce n'était pas non plus la matière de l'acte de cession de parts ; et, en conséquence, que l'expert-comptable n'a aucune responsabilité dans cette défaillance du chef d'entreprise. Alors qu'en pratique, nous savons tous que dans des occasions de ce genre, il est bien rare que l'on ne va pas, et d'ailleurs très préventivement, dire au chef d'entreprise, au gérant : *« Attention, maintenant vous devenez majoritaire... »*. Effectivement, ce n'est plus de la comptabilité…

Mais il y a une jurisprudence beaucoup plus importante, malheureusement, en sens inverse, quant au devoir de conseil. Mon attention a ainsi été attirée par un arrêt de la CA Reims du 3 décembre 2007, où, là, on est dans une situation extrême : puisque l'expert-comptable entend ne faire que de la comptabilité. Un acte doit être passé. L'expert-comptable se déclare incompétent pour rédiger l'acte – pas forcément pour le comprendre – ; et, donc, il présente un avocat. Il se trouve que l'avocat se trompe. Eh bien, l'expert-comptable est condamné, parce qu'il aurait dû voir la faute de l'avocat.

Alors, cela montre bien que cette jurisprudence là assigne un devoir de conseil pour l'expert-comptable même dans une discipline qui n'est pas la sienne. Parce que, certes, on peut invoquer le fait que l'expert-comptable a dans sa formation – ou doit avoir – une formation, une information juridique suffisantes. Mais, dans mon esprit, cette formation n'est destinée qu'à l'intelligence de sa mission comptable ; mais elle ne lui donne pas une capacité de rédiger des actes avec toute la compétence qu'un professionnel spécialiste peut avoir. Et là on est en quelque sorte dans une situation où l'on assigne au maçon un devoir de conseil en électricité, ou inversement ; ou bien où l'on considère l'expert-comptable comme une espèce d'entreprise générale qui est responsable des travaux des avocats considérés là comme des sous-traitants parce que ils ont été présentés par lui. Donc, là, on a probablement des actes à poser, dans la rédaction de nos lettres de mission, ou dans la manière de les accomplir, pour essayer d'avoir un peu plus de cohérence dans [une jurisprudence] qui est finalement le produit de nos ambigüités. Parce que, au fond, on se plait à savoir que l'expert-comptable est considéré comme quelqu'un d'un peu omniscient, qui est un généraliste ayant une autorité qui est liée à son statut ; en contrepartie de quoi d'ailleurs il a le monopole d'exercice ; et donc que nous avons vocation à donner des

conseils, à peu près dans tous les domaines, du moment qu'ils ne sont pas commercial ou technique ; qui sont peu ou prou liés à la comptabilité certes, mais aussi à l'administration ou à la gestion.

Le devoir de conseil dans l'accomplissement de la mission

➢ *Le retracement des échanges*

Maintenant, il y a peut-être un chapitre à développer – bien sûr, il sera l'écho de ce que j'ai dit sur ce que je pense la lettre de mission – : c'est la manière dont s'accomplit la mission.

Donc le but, cela a été dit : établir la trace des échanges – on en a parlé tout à l'heure – ; les comptes rendus écrits. Encore une fois, au risque de me répéter : un bon moyen, en utilisant massivement Internet, est d'utiliser le système d'envoi de projets, et de tirer les conséquences, lors de l'envoi des documents définitifs, de l'insuffisance éventuelle d'information de la part du client ; donc, comptes rendus écrits, qu'il est très facile en pratique, non pas de lier à une période – par exemple la durée du contrat –, mais de lier à l'envoi des documents.

Tout cela a été évoqué ; maintenant, on peut aussi penser que le fait que certains conseils ne soient pas donnés par écrit est lié à des facteurs purement psychologiques : la peur de l'expert-comptable d'indisposer le client en adressant à l'entreprise des critiques, que le chef d'entreprise risque de prendre à son compte. Et souvent cette forme d'inhibition est la cause de l'absence d'écrit dans les conseils qui ont été mille fois donnés oralement, sur le ton de la supplication parfois. Mais comme on le sait bien, tout conseil non formulé par écrit est réputé ne pas avoir été donné : la jurisprudence est absolument constante à cet égard.

Par ailleurs, en matière de comptes rendus, il est très inconfortable de changer de comportement, en quelque sorte, à un moment donné ; au moment même d'ailleurs où le client rencontre lui-même des difficultés : c'est-à-dire que si l'on commence à porter par écrit des observations qui ont été faites oralement jusque-là, le client ressent, plus ou moins, que l'état d'esprit est en train de changer – et, évidemment, cela l'indispose plus ou moins, ou risque de l'indisposer plus ou moins – et que l'expert-comptable est en train de veiller à la juste répartition des responsabilités. Et donc, l'expert-comptable, face à ce risque d'être mal reçu par le client, préférera prendre sur lui, peut-être, de ne pas écrire. Et c'est là vraiment un élément essentiel dans, je crois, beaucoup de contentieux sur le devoir de conseil.

Maintenant, si l'on a procédé par envoi de projets accompagnés de listes – qu'on espère les plus courtes possibles – de sujets de préoccupations, le conseil va être tout naturellement dispensé, et tout naturellement reçu, parce qu'il n'y aura pas eu de changement de comportement ; et en plus, comme on l'a dit, il s'appuie sur une prescription formulée par le législateur et donc obligatoire : c'est l'obligation de rendre compte.

Du bon usage de l'annexe et de la mention expresse

Un point sur le bon usage de l'annexe et de la mention expresse – de même que j'ai dit tout à l'heure à quel point la vue des grands livres, quelle que soit d'ailleurs la taille de l'entreprise, y compris les banques, me consterne par l'indigence des libellés.

Quant aux annexes… Il est consternant de voir des annexes où l'on parle quelquefois de primes de remboursement d'emprunts pour de malheureuses petites entreprises – alors même que l'expert-comptable n'en verra jamais un seul cas durant toute sa carrière – tandis que sur des éléments essentiels à la compréhension des comptes – et notamment en ce qu'il peut y avoir des incertitudes sur certains postes, certaines provisions, certains risques, sur certaines valeurs d'actifs… –, les annexes sont désespérément taisantes.

Pareillement pour la mention expresse : alors qu'il n'y a véritablement aucun risque à faire part à l'administration fiscale, si l'on est en charge de la déclaration de résultats, de certains modes d'évaluation ou de certaines options prises en matière de rattachement des charges ou produits à l'exercice. Parce que, de manière quasi automatique, ce genre de mention – qui, au demeurant, ne sera jamais lue, rassurez-vous – exonère de tout grief de mauvaise foi le professionnel.

Personnellement, d'ailleurs, j'ai eu l'expérience où le fait d'avoir porté un certain nombre d'éléments d'information sur certains points dans l'annexe m'a préservé d'un contentieux, et probablement d'une condamnation, à peu près assurés. Mais j'ai pu faire observer aux officiers enquêteurs que l'annexe, le bilan et le compte de résultat forment un tout indissociable [aux termes mêmes de la loi] et qu'ils ne pouvaient donc pas s'appuyer sur les [seuls] bilan et le compte de résultat pour poursuivre leurs investigations, alors que les mentions de l'annexe indiquaient précisément les sujets d'incertitude pour l'entreprise en question.

En cas de difficulté : du suspensif au résolutoire

Enfin malgré toutes ces précautions, des difficultés peuvent survenir, ou commencer à s'élever, entre le client et son expert-comptable ; et là – toujours d'un point de vue stratégique –, je crois que la stratégie valable c'est de passer d'une logique que j'appellerais suspensive à une logique résolutoire. Pour essayer d'être un peu plus concret, cela consiste, lorsque l'on sent une réticence de la part du client à fournir certaines informations, et tout cela dans le cadre facilité par la convention d'envoi systématique de projets, eh bien : on envoie un projet au client

précocement, d'autant plus précocement d'ailleurs que la crise naissante risque de s'aggraver, en disant : *« Compte tenu de certaines incertitudes, nous avons comptabilisé, à titre provisoire bien entendu, un certain nombre de provisions. Voici le bilan qui en résulte »* – bilan [présentant] un horrible déficit – *« … Bien entendu, nous prendrons en compte, sitôt qu'ils nous parviendront, les éléments nécessaires à affiner les comptes… ».*

Et là, la dépense d'énergie change de côté. C'est à dire qu'au lieu que ce soit le professionnel qui bataille jusqu'à quelques secondes avant le gong pour obtenir les informations, la charge se trouve reportée chez le client qui, pas de très bonne foi dans pas mal de cas, va devoir, lui, batailler, pour justifier jusqu'au dernier moment le fait qu'il ne communique pas. Cela peut changer beaucoup de choses.

« Avancer les lignes de défense »

Enfin, dans l'exercice très quotidien, très concret, de mon travail – j'ai titré cela dans mon projet : *« avancer les lignes de défense »* –, il y a deux types d'outils que l'on peut utiliser :

Eu égard au risque de mises en cause liées à des fraudes, tout simplement cela consiste – c'est vrai aussi pour les commissaires aux comptes d'ailleurs – à mettre en œuvre, pas forcément pour un nombre d'heures considérable par exercice, des diligences spécifiquement orientées vers la détection de malversations s'il en existe. Car si l'on peut lancer dans les jambes de l'enquêteur que l'on a fait – et qu'on le prouve grâce à nos notes de travail – des diligences en vue de prévenir ou de détecter les fraudes, il y a fort à parier que l'affaire s'arrête là pour ce qui nous concerne.

Autre outil de travail véritablement efficace, que j'ai constamment utilisé pendant des décennies : c'est une espèce de check-list qui énumère, non pas des diligences à opérer, mais des risques.

Cette liste, qui compte évidemment plusieurs dizaines, voire plusieurs centaines, d'items énumère des risques concrets souvent rencontrés. Je cite, tout à fait au hasard : le [secrétariat] juridique n'est pas à jour – les formalités ne sont pas à jour –, l'entreprise est insuffisamment assurée pour son risque après livraison ; le dispositif de sauvegarde des données n'est pas fiable : l'entreprise court des risques de pertes de données ; les comptes ne sont pas vérifiés en interne – cela, c'est le contrôle interne – la structure juridique n'est pas adaptée ; tel contrat est dangereux, Ou il y a une absence de contrat, dans certaines professions… D'autres risques un peu plus subtils : il est impossible en pratique de joindre le chef d'entreprise – Vous savez : ces situations où le chef d'entreprise prend soin de mettre en avant de lui un agent avec qui toutes les discussions vont intervenir ; agent qu'il s'empressera de désavouer, bien entendu, au moment où des difficultés vont commencer à s'élever.

Ou encore – et j'en terminerai par là – : la lettre de mission est devenue inadaptée à la réalité de la mission telle qu'elle est effectivement exercée…

Maître BAYLE

L'importance déterminante du dossier de contrôle du commissaire aux comptes

Je prends le micro pour évoquer rapidement – parce qu'il suffit de lire les textes, mais il faut quand même les rappeler – les moyens qui permettent aux commissaires aux comptes, cette fois-ci, de se ménager la preuve de ce qu'ils ont dispensé le conseil qu'ils devaient donner. Cette fois ci, ce sont des moyens prévus par la loi : c'est le dossier de contrôle pour le commissaire aux comptes, – assez complet – c'est l'article R. 823-10 du Code de commerce qui oblige le commissaire aux comptes, comme vous le savez, à tenir et conserver dix ans ce dossier. Et ce fameux dossier de contrôle peut se révéler d'une importance capitale lors de l'appréciation judiciaire de la faute. Pourquoi ? Parce qu'il inverse la charge de la preuve : c'est donc le demandeur en responsabilité, le client mécontent, qui devra contester la force probante du dossier. Mais c'est à lui qu'il appartiendra de faire la difficile preuve que le dossier de contrôle ne correspond pas à la réalité. Et cela, ça change tout.

Le rapport général du commissaire aux comptes : du bon usage des réserves

Ensuite, on peut, on pourra, effectivement dire que dans la pratique ce n'est pas forcément une pratique, justement, très fréquente mais la certification des comptes avec réserves, c'est néanmoins, également, un moyen de se ménager les preuves de ce que l'on avait bien alerté des anomalies dans les comptes. Les commissaires aux comptes n'ont évidemment pas obligation de certifier s'ils n'ont pas acquis de certitude sur les comptes sociaux : ils peuvent, ils doivent refuser de certifier. Mais ils peuvent aussi certifier avec réserves, en indiquant les motifs de ces réserves. Ces réserves doivent être toutefois limitées. La jurisprudence vous dit – notamment la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 17 janvier 1996 – que c'est un devoir pour le commissaire aux comptes d'exprimer ses doutes par les réserves, et de faire partager ses doutes par les destinataires des informations et des comptes contrôlés. Et là, finalement, on est sur une problématique également d'intérêt général, parce que cela veut dire quoi ? Penser à se ménager la preuve de ce l'on a fait ce qu'il fallait – pour être trivial, cela permet au justiciable, en tous cas au client, d'être mieux protégé, puisque il est alerté : on lui fait partager une information sur les anomalies que l'on aperçoit.

La lettre d'affirmation

Est-ce que, Monsieur Colléter, vous voulez dire un mot de la lettre d'affirmation ?

Christian COLLÉTER

Là je distinguerai peut-être plus volontiers le cas du commissaire aux comptes : c'est un élément de la liturgie. Donc loin de moi l'idée de vouloir remettre en cause la liturgie. Maintenant, en ce qui concerne l'expertise comptable, je suis aussi extrêmement réservé.

Pourquoi ? Parce que la lettre de mission voudrait établir les traces des responsabilités respectives. Mais enfin : si cette lettre d'affirmation est annuelle (ce qui me parait dans un nombre de cas relativement rare en matière d'expertise comptable : ce peut être une grande entreprise qui souhaite, en plus de l'audit par les commissaires aux comptes, bénéficier d'un audit contractuel ; il est alors assez vraisemblable, s'il fait appel à un big ou à un grand cabinet, qu'il soit appelé à signer une lettre d'affirmation), la portée du contenu me paraît affectée par un vice premier – il y en a plusieurs – : c'est que le client pourra toujours dire – c'est tout aussi vrai en matière de commissariat aux comptes – : *« Mais en réalité je savais très bien que ce que je signais était faux »*, ou bien, plus habilement : *« Je ne savais pas si c'était vrai ou faux »* ; *« Mais j'étais obligé de signer, parce que, si je ne signais pas, mon commissaire aux comptes me menaçait de ne pas délivrer le rapport ». Donc, la lettre d'affirmation est un document paraissant faussement comme rédigé et signé à l'initiative du client. Ce procédé, imaginé et mis en œuvre par les acteurs de l'audit, viole un principe sociétal universel, selon lequel celui qui s'estime fondé à obtenir une information pose une question, et que celui à qui elle s'adresse y répond – ou non –, chacun étant maître de la formulation, et responsable du contenu ; tandis que nul ne saurait être contraint de rédiger et de signer un écrit contre sa volonté, quand bien même une loi (a fortiori un règlement – cf. Code de commerce art. A 823-14) – ordonnerait le contraire. Ce vice fondamental commande à l'évidence, de la part du client, la stratégie énoncée ci-après. Le même type de critique peut être aussi bien porté à l'encontre de la lettre de mission en matière de commissariat aux comptes (ibid. art. A 823-1).*

Donc dans l'intérêt supérieur de l'entité dont j'ai la charge, j'ai signé ce que savais bien, Monsieur le Juge, ne pas devoir signer. »

Prenons maintenant le cas de l'expert-comptable qui va demander exceptionnellement, parce qu'un problème particulier est survenu, une lettre d'affirmation. Dans ce cas, sur le plan pratique, la guerre est déclarée. Donc, probablement, si l'expert-comptable obtient la lettre d'affirmation, ce sera la dernière. Ou bien – et là, cela est préoccupant aussi – je tendrais à voir en tant qu'expert de Justice – sans me mettre à la place du juge – une connivence établie sur le principe de donnant-donnant, entre l'expert-comptable qui signe un bilan qu'il sait faux, sur la foi d'une lettre d'affirmation [qu'il sait] fausse ; mais où le client déclare assumer la totalité de la responsabilité (bien entendu, son discours sera différent lorsqu'il viendra devant le juge).

Ce qui fait qu'en tant qu'expert de Justice, une lettre d'affirmation me laisse aussi glacial qu'un témoignage qui n'est pas contemporain des faits dont il est témoigné.

Maître BAYLE

La faute du client

Dernier cas de figure de la limitation de la responsabilité des professionnels du chiffre, c'est ce que j'ai vulgairement appelé « la faute du client ». Ce n'est pas une manière de se défausser ; mais, tout de même, il y a une jurisprudence très abondante, qui concerne aussi bien les commissaires aux comptes que les experts comptables, qui permet d'illustrer cette idée. Il y a deux idées, en réalité : premièrement, le professionnel du chiffre ne peut quand même pas se substituer à un client qui ne coopère pas, qui ne lui transmet pas les documents qu'il a demandés. Il ne peut pas faire si on ne lui donne pas la matière. Il est normal que, de ce point de vue-là, sa responsabilité puisse être limitée lorsqu'on vient le mettre en cause.

Deuxième illustration de ce principe : le professionnel du chiffre ne peut pas pallier l'inertie du chef d'entreprise dans le contrôle interne ou dans le contrôle hiérarchique. Ce sont les deux tendances jurisprudentielles que je décrirai.

Le devoir de coopération avec l'expert-comptable

S'agissant de l'expert-comptable – j'en ai déjà parlé : c'est l'illustration du devoir de coopération de son client ; donc, je ne vais donc pas revenir très longuement dessus – mais c'est vrai qu'il appartient, encore et toujours, au client, d'informer son expert-comptable des spécificités de sa branche, de son entreprise, et de lui fournir tous les documents nécessaires à l'accomplissement de sa mission. Si l'on va jusqu'au bout du raisonnement, d'ailleurs, l'expert-comptable devra arrêter sa mission, s'il n'obtient pas les documents requis. Je sais qu'on est dans la théorie ; mais l'orthodoxie, ce serait cela.

Le devoir de loyauté envers le commissaire aux comptes

Je vais vous dire un mot, s'agissant des commissaires aux comptes, du devoir de loyauté. le devoir de loyauté a été énoncé pour la première fois, si je ne me trompe pas, par la Cour d'appel de Versailles, dans un arrêt du 2 mai 2002, de la manière suivante – je vous lis le considérant

le plus important de cet arrêt – : *« considérant que, dès lors que la société X, tenue d'une obligation de loyauté envers le commissaire aux comptes, a communiqué tardivement à M. Y les éléments nécessaires à l'exercice de ses fonctions il ne saurait être reproché à ce dernier [donc au commissaire aux comptes] ni de ne pas avoir délivré dans le délai légal ses rapports de contrôle de l'exercice clos, ni de n'avoir assisté à la réunion du conseil d'administration du…, ni d'avoir accompli avec retard sa mission… ».*

C'est finalement le pendant du devoir de coopération pour l'expert-comptable. C'est le devoir de loyauté, qui a été – et cela a été une première – énoncé de manière très claire dans un arrêt qui est définitif car il n'a pas fait l'objet d'un pourvoi devant la Cour de cassation. C'est donc la société contrôlée qui a failli, par une communication tardive au commissaire aux comptes, de documents : il ne saurait être reproché au commissaire aux comptes d'avoir accompli avec retard sa mission. Ce qui veut dire qu'en vertu du devoir de loyauté, le commissaire aux comptes est exonéré de responsabilité.

Cela fait aussi partie de la mission des experts judiciaires de vérifier que le client a été loyal et qu'il a coopéré.

Le devoir de surveillance hiérarchique du chef d'entreprise

Ensuite – et je crois que ce sera la dernière observation – il y a une obligation de surveillance du fonctionnement des services de l'entreprise par le dirigeant social, qui peut être invoquée par les professionnels du chiffre – cela a été évoqué ce matin ; la jurisprudence est abondante. Le dirigeant ne saurait déléguer inconsidérément ses pouvoirs à ses subordonnés ; et, à défaut, il le fait sous sa seule responsabilité. Par exemple, la responsabilité du dirigeant peut être entièrement engagée s'il est victime des actes de sa secrétaire comptable alors qu'il n'avait tenu aucun compte des indications de l'expert-comptable et du commissaire aux comptes, tendant à mettre en place un système de contrôle qui aurait permis de révéler les falsifications opérées.

Le contrôle hiérarchique est l'apanage exclusif du dirigeant. Et je voudrais vous citer la jurisprudence abondante, mais on va se limiter à la Cour de cassation, qui vous dit que le client est responsable des détournements commis en son sein, surtout s'ils ont été facilités par une mauvaise organisation interne. Dans un tel cas, le commissaire aux comptes comme l'expert-comptable ne peuvent pas être tenus pour responsables des détournements commis. Ils sont donc, là encore, exonérés, notamment en cas de mauvaise organisation de la société contrôlée – notamment par le chef-comptable, ou alors par le responsable administratif, qui aura pris des pouvoirs inconsidérés dans l'entreprise. Et là – c'est le bordelais qui parle –, je voudrais vous citer un arrêt de la cour d'appel de Bordeaux du 4 Juin 2007, qui est assez éloquent en la matière : nous sommes dans une espèce où un responsable administratif a pris des fonctions dans une SARL, ce responsable administratif a eu des pouvoirs tellement exorbitants que le commissaire aux comptes a très vite adressé des recommandations écrites aux co-gérants de la société, en leur demandant, en particulier : de superviser l'ouverture du courrier, le suivi des clients et des fournisseurs ; de valider les bulletins de paie etc., etc. ; de limiter la délégation de signature des chèques, d'effectuer des rapprochements bancaires… Donc, on ne peut pas dire que le commissaire aux comptes n'ait pas alerté de cette situation anormale. Et les co-gérants ont mis près de trois ans avant de réagir, avant de mettre en place un minimum de contrôle interne.

L'intérêt de cet arrêt, c'est que la faute – cela a été évoqué en filigrane ce matin, d'ailleurs – du dirigeant est tellement grave qu'elle absorbe la faute du commissaire aux comptes. C'est-à-dire que la Cour nous dit : ce n'est même pas la peine de regarder s'il y a une faute du commissaire aux comptes : le dirigeant a fait tellement n'importe quoi, il a été tellement été alerté sans réagir, que c'est une exonération de responsabilité.

Le rôle de l'Expert-comptable de Justice

Voilà… C'est sur cette bonne note que je voulais terminer pour ce qui me concerne. En vous disant peut-être que, puisque nous nous adressons à des experts- judiciaires – c'est l'avocat qui parle –, il y a des choses que l'on ne sait pas faire : on ne sait pas évaluer un préjudice. Je ne suis pas expert-comptable : je ne sais pas évaluer un préjudice. On en a parlé : je parlais subrepticement de la perte de chance… je crois qu'on a besoin que vous nous aidiez, vous les experts judiciaires, sur l'évaluation de cette perte de chance ; parce que ce n'est pas normal, et cela ne ressort pas de l'intérêt général, que, dans une juridiction, la perte de chance soit évaluée à 10 %, et dans une autre à 50 %. Comment voulez-vous que le magistrat fasse ? Il ne sait pas évaluer une perte de chance. Ce n'est pas son métier – je parle sous votre contrôle – ; c'est vraiment l'œuvre de l'expert. Et il faut oser le faire, parce que c'est votre mission ; et je crois que pour éviter des jugements en quelque sorte inégalitaires, en fonction des dossiers, il ne faut pas laisser cette notion de perte de chance au hasard. Il n'y a pas de grille d'évaluation des pertes de chance. Il n'y a que vous, experts judiciaires, au cas par cas, qui puissiez nous dire : voilà, c'est 15 % 20 %, 30 %... Voilà. Je vous remercie…

Christian COLLÉTER

Sur la mission de l'expert de Justice dans les affaires impliquant des professionnels du chiffre.

… J'avais prévu des éléments un peu conclusifs sur la position de l'expert-comptable de Justice, lorsqu'il est en présence d'une affaire où l'un de ses confrères est attrait.

Une possibilité d'éclairer le juge le mieux possible, c'est pour lui de rappeler quel a été le contenu de la mission, ramené aux catégories, à la terminologie, de l'ordonnance du 19 septembre 1945.

Et de le faire aussi quant à la mission telle qu'elle était effectivement réalisée.

Je crois aussi souhaitable pour l'expert-comptable de Justice, si sa mission le lui permet – en général l'ouverture est faite dans le libellé de la mission – c'est qu'il se réfère à ce qui n'est que des usages dans le devoir de conseil, lorsque le devoir de conseil éventuellement invoqué ne s'inscrit pas exactement dans le cadre du travail comptable.

Peut-être aussi : donner au juger au juge les éléments factuels qui peuvent lui permettre de préciser de fixer le quantum de la perte de chance…

M. TUDEL, Président. – Merci beaucoup, Maître.

(Applaudissements)

INTERVENANT. – Un mot conclusif sur la position de l'expert-comptable de justice quand il est en présence d'une affaire : pour éclairer le juge le mieux possible, une possibilité consisterait, pour lui, de rappeler quel a été le contenu de la mission ramenée aux catégories de l'ordonnance du 19 septembre 1945 et de le faire également quant à la mission telle qu'elle est réalisée.

Je crois également, si sa mission le lui permet – mais en général l'ouverture de la mission est faite – que l'expert-comptable de justice ne se réfère à ce qui n'est que des usages, dans le devoir de conseil notamment.

Pour autant, ce devoir de conseil ne s'inscrit pas exactement dans le cadre du travail comptable.

Me BAYLE. – C'est le principal sujet d'indiquer les événements factuels au juge qui peuvent lui permettre de préciser le quantum de la perte de chance.

M. TUDEL, Président. – Merci, Maître. Merci, cher confrère.

(Applaudissements)

Nous allons appeler la Madame la présidente et Monsieur le rapporteur général du H3C.

Je passe la parole à Madame la présidente.

Le partage de responsabilités dans la survenance du sinistre « comptable »

Mme GUEGUEN. – Merci beaucoup.

Je remercie tout d'abord M. TUDEL de nous accueillir aujourd'hui à ce 56e congrès des experts de justice. Il me semble que la parole du régulateur de la profession de commissaires aux comptes a peut-être une petite place particulière après la mise en oeuvre de la réforme de l'audit.

Il est bon que je vienne préciser, avec M. Thierry RAMONATXO, rapporteur général du Haut conseil du commissariat aux comptes, les nouveautés en matière de responsabilité.

Messieurs ASSE et TUDEL, vous m'avez demandé d'intervenir sur un sujet qui a priori n'est pas naturel pour le régulateur encore que ; il s'agit du partage des responsabilités dans la survenance du sinistre comptable.

Quel beau sujet !

Ce sujet est très vaste et une heure n'y suffirait pas si vous n'aviez pas demandé qu'il soit traité par des représentants du régulateur. Bien évidemment, nous allons envisager ce partage de responsabilités avec un prisme particulier, réducteur au demeurant. En effet, le régulateur ne voit qu'une partie de la responsabilité des professionnels du chiffre.

En effet, à supposer qu'il y ait un sinistre comptable, c'est-à-dire un sinistre trouvant son origine dans une erreur, une négligence ou encore une malversation, plusieurs types de responsabilités vont pouvoir être recherchés.

Quels types de responsabilités ?

Ce matin, vous avez prudemment demandé de mettre à l'écart la responsabilité pénale parce que cette responsabilité pénale est bien évidemment très large concernant les professionnels du chiffre, et elle recouvre un certain nombre d'infractions pouvant être commises dont il faudrait bien plus d'une journée pour toutes les aborder.

Mise à part cette responsabilité pénale, dans la recherche des responsabilités, la responsabilité civile a été évoquée ce matin et la responsabilité professionnelle.

Vous l'avez dit à plusieurs reprises au cours des débats ce matin, la responsabilité civile peut être contractuelle ou délictuelle. Qu'il s'agisse de l'expert-comptable ou du commissaire aux comptes, elle est contractuelle lorsqu'il y a un rapport entre le professionnel du chiffre et un client. Concernant le commissaire aux comptes, c'est le cas lorsqu'il n'est pas dans le cadre de sa mission de certification des comptes. En revanche, quand ce commissaire aux comptes est dans le cadre de sa mission de certification des comptes, c'est alors une responsabilité délictuelle.

Cependant, mon propos n'est pas de m'attacher à cette responsabilité civile car en tant que régulateur, mon prisme est assez réducteur. Je m'attacherai donc à la responsabilité professionnelle du commissaire aux comptes, bien distincte de la responsabilité civile en tant que telle.

D'ailleurs, ces responsabilités peuvent être recherchées séparément ou cumulativement.

Pourquoi cette responsabilité professionnelle est-elle bien distincte ?

Finalement, les responsabilités civiles et professionnelles sont distinctes. La responsabilité civile a pour objet de réparer un préjudice. Nous vous l'avons indiqué ce matin.

Pour la responsabilité professionnelle, ce n'est pas le cas : il n'y a pas de préjudice direct à réparer et de liens de causalité directe à établir. La responsabilité professionnelle recherchée par le régulateur repose sur l'établissement d'un manquement, une faute si vous voulez, mais nous parlons plus exactement de manquement car cela n'a pas véritablement forcément la nature d'une faute.

Manquement à quoi ?

Il s'agit d'un manquement constaté au regard des exigences déontologiques ou d'un manquement constaté au regard des normes d'exercice professionnel n'ayant pas été respectées.

Le régulateur, le H3C aujourd'hui, s'attachera donc à établir un manquement au regard des contraintes déontologiques fixées par un Code de déontologie ou par rapport aux normes d'exercice professionnel. Il n'ira pas chercher s'il y a eu un préjudice. Il n'ira pas aller chercher s'il y a un lien de causalité entre un sinistre comptable et le manquement qu'il a constaté.

Ce régulateur s'attache donc à une finalité qui est la protection d'une profession. Il s'agit d'un préjudice *« indirect »* porté à l'image de la profession, à la réputation de la profession, dont nous attendons la plus grande compétence et l'intégrité.

Le régulateur apporte cette protection quand il met en évidence un manquement et qu'il entend engager la responsabilité du professionnel qui a commis ce manquement.

Il est vrai que la réforme de l'audit a changé quelque chose en cette matière car le H3C a été créé en 2003 par la loi de Sécurité financière, mais en 2003, il n'avait pas l'initiative de la recherche de la responsabilité professionnelle.

Désormais, les choses sont différentes.

Avant la réforme de l'audit, lorsqu'un possible manquement était détecté par le biais d'un signalement qui arrivait au H3C venant de l'extérieur ou par le biais de contrôle, que se passait-il ?

Au vu des pouvoirs qui étaient les siens, le H3C dénonçait l'effet au procureur général qui lui-même avait l'opportunité des poursuites et pouvait saisir la chambre régionale de discipline ou pas. Les décisions de ces chambres régionales de discipline était souvent tributaires du regard d'un syndic qui était un professionnel en exercice bien souvent. Le H3C ne revoyait éventuellement cette question de responsabilité professionnelle du commissaire aux comptes uniquement dans le cadre d'une procédure d'appel, si appel il y avait.

La réforme de l'audit balaie tout cela. Elle change profondément la donne puisque désormais, le régulateur, le H3C, a l'initiative de la recherche de responsabilité.

Pourquoi l'initiative de la recherche de la responsabilité ?

Parce que la réforme de l'audit a surtout créé un rapporteur général. M. Thierry RAMONATXO, ici présent à mes côtés, exerce les fonctions au sein du H3C de rapporteur général. Ce rapporteur général est à la tête d'un service d'enquête ; M. RAMONATXO vous décrira ce que fait ce service d'enquête précisément et la manière dont il procède dans la *« vraie »* vie.

Néanmoins, dans la recherche de la responsabilité, le H3C dispose désormais véritablement de cette initiative. En effet, grâce à son rapporteur, il va pouvoir rechercher, dans le cadre d'une enquête, si des manquements ont été commis.

Ensuite, le H3C lui-même, grâce aux membres de son collège, pourra décider d'engager une procédure disciplinaire ou pas, c'est-à-dire de mettre en oeuvre cette responsabilité professionnelle. Une partie du collège décide des poursuites.

Le collège comporte quatorze membres. Cinq d'entre eux constituent la formation restreinte car les textes qualifient cette formation de *« restreinte »* car ils ne sont pas que cinq sur les 14. Cinq d'entre eux vont juger du bien-

fondé de procédures de poursuites qui auront été décidées, ouvertes par les neuf autres membres.

Cette procédure est très cloisonnée : les membres décidant de l'ouverture d'une procédure de poursuite, bien évidemment, ne jugent pas, et inversement, ceux qui jugent ne participent pas à la décision d'ouvrir la procédure. Il existe donc une véritable *« muraille de Chine »* entre ces différents membres du collège.

L'initiative de la recherche de responsabilité est donc désormais confiée au régulateur.

Quand ce régulateur cherchera à établir une responsabilité, il regardera si un manquement a été commis ; il va l'établir. Cependant, il ne s'intéressera pas à la recherche d'un dommage qui n'est pas le sujet concernant le H3C, de même que le sort d'éventuelles victimes du dommage n'entre pas non plus dans ses préoccupations directes.

Cela peut être indirectement pris en compte bien évidemment, mais le régulateur n'a pas à se préoccuper du sort des victimes. En revanche, il a quand même à se préoccuper de quelque chose. Il s'agit de se préoccuper du fait de ne pas être instrumentalisé par des victimes qui chercheraient à faire établir une faute professionnelle pour, ensuite, voir une action en responsabilité civile facilitée.

En ce sens, je tiens beaucoup à ce que le collège du H3C soit suffisamment vigilant pour toujours envisager le coup d'après et voir s'il n'existe pas d'instrumentalisation. Il faut bien faire attention à cela. Cela étant, nous pouvons voir là le premier aspect du partage de responsabilités dans l'initiative de la recherche de responsabilités qui peuvent être séparées ou cumulées.

Il s'agit de la première manière de traiter le sujet si large qui m'a été confié.

L'autre moyen de traiter ce sujet consiste à envisager le partage dans le cadre d'une même nature de responsabilités entre différentes personnes pour un même fait.

Avec le prisme réducteur qui est le mien, vous avez compris que j'envisagerai uniquement la responsabilité professionnelle. Il est vrai que, là aussi, les choses ont bien changé avec la réforme de l'audit.

Autrefois, quel que soit le rôle infime du Haut Conseil dans la recherche de la responsabilité, son rôle était encore faible dans les possibilités de mise en cause concernant la responsabilité professionnelle car son champ de compétence était limité au commissaire aux comptes en tant que tel.

Désormais, avec la réforme de l'audit, la compétence du H3C a été considérablement élargie concernant les personnes pouvant être mises en cause devant lui.

Je crois qu'il faut insister car les professionnels du chiffre ne sont plus seuls face au régulateur de l'audit.

Bien évidemment, le commissaire aux comptes, signataire du rapport de certification, ainsi que tous les commissaires aux comptes, y compris les co-commissaires, etc., peuvent être mis en cause. De fait, dans les cabinets auxquels ces signataires appartiennent peuvent également être mis en cause les personnes ayant participé à la certification des comptes, dans l'équipe participant à cette certification. En outre, la grande nouveauté qui est la grande angoisse des entreprises réside désormais dans le fait que le H3C peut également s'intéresser à la responsabilité des entreprises.

Quand je parle des *« entreprises »*, il s'agit de la responsabilité des entités elles-mêmes quand elles ont la personnalité morale, mais il s'agit également de la responsabilité des organes de gouvernance de l'entreprise.

Vous avez bien évidemment en tête le comité d'audit et les membres du comité d'audit. Certes, en droit français, le comité d'audit n'est pas un organe social ; il n'en reste pas moins qu'à la lumière de la réforme de l'audit, le H3C est bien obligé de s'intéresser à la responsabilité des membres du comité d'audit, plus généralement à la responsabilité des membres d'un Conseil d'administration ou toute autre personne participant à la gouvernance dans des formes de société différentes.

Il est vrai qu'il y a là un partage de responsabilités possible en dehors même de l'exercice de l'exercice professionnel du commissaire aux comptes lui-même.

Nous le verrons et M. RAMONATXO développera sans doute ces aspects. Nous concevons aujourd'hui que ce partage de responsabilités ne repose plus seulement sur les professionnels du chiffre, experts-comptables, commissaires aux comptes ; il va bien au-delà.

Je crois qu'il était important aujourd'hui de vous le rappeler même si vous le savez tous sans doute. En quelque sorte, vous n'êtes plus seuls et le Haut Conseil n'a plus simplement en ligne de mire les commissaires aux comptes, mais tous ceux qui participent à la réalisation d'un dommage ou d'un manquement.

C'est très important, me semble-t-il, à retenir.

Que puis-je vous dire d'autre avant de céder la parole à M. RAMONATXO ?

Depuis ce matin, j'ai beaucoup entendu parler de la responsabilité un peu comme si, de temps en temps, elle faisait peur. Et je comprends qu'elle fasse peur. J'ai entendu parler de limitation de responsabilité.

Certes, j'imagine que le professionnel ait besoin de se protéger à certains égards. Néanmoins, parce qu'il me semble que c'est mon rôle de régulateur de le faire, je voudrais vous parler de la noblesse de la responsabilité.

Pourquoi la noblesse de la responsabilité ?

Tout simplement, le professionnel du chiffre étant un professionnel responsable, sa signature, l'opinion qu'il émet a du crédit.

Quel crédit accorder à quelqu'un qui est irresponsable ?

Aucun, à mon sens.

De fait, limiter sa responsabilité, c'est bien, mais conserver du crédit, c'est mieux.

En tant que régulateur – je ne dis pas que nous en sommes là, et ce n'est sûrement pas le cas – à l'heure où nous entendons parler de *« possible »* relèvement des seuils car certains s'interrogent sur l'utilité par exemple du commissariat au compte dans des petites entreprises, il me semble qu'en s'appuyant sur cette notion de responsabilité du professionnel, ce professionnel vient apporter une garantie sur la continuité d'exploitation, sur la sécurité financière, ce langage peut encore porter et permettre de valoriser la prestation rendue par le commissaire aux comptes.

Je tiens à attirer votre attention sur ce point : la responsabilité est noble.

(Applaudissements)

M. RAMONATXO. – Je remercie le président, M. TUDEL, et M. ASSE également pour sa patience dans l'organisation de la collecte des contributions des uns et des autres.

Pour rebondir sur ce qu'a dit Mme GUEGUEN, présidente du H3C, ce qui est intervenu cette année et qui n'est que le lent processus de transposition en droit français d'une initiative européenne – puisque nous parlons de réforme européenne de l'audit – la réforme de l'audit a déclenché un big bang au sein de l'audit.

Pour la partie me concernant, relativement limitée, à savoir celle du champ de l'action disciplinaire, cette réforme européenne et la transposition en droit français de cette réforme a fait basculer le champ de l'action disciplinaire dans un champ qui me paraît plus large. Il s'agit un peu d'une appréciation personnelle.

En effet, à mon sens, nous pouvons parler d'un champ de la répression administrative des dysfonctionnements liés à la mission légale, donc à l'audit légal, mais également à d'autres missions exercées en marge ou en lien avec l'audit légal.

D'ailleurs, il a été fait référence à cela ce matin de façon incidente lorsque nous avons parlé des services non-audit, autrement dit, les services autres que la certification des comptes, les *« fameux »* SACC – acronyme utilisé par la profession.

Poursuites et sanctions, à mon sens, constituent désormais une des facettes de la régulation de l'audit et sont concentrées entre les mains du régulateur qui est le Haut conseil du commissariat au compte, le *« fameux »* H3C.

Le législateur a clairement opté, me semble-t-il, pour une spécialisation et une concentration entre les mains de ce régulateur, des instruments de poursuite et de sanctions, des professionnels de l'audit. Ces sanctions ne sont plus simplement des sanctions d'ordre professionnel. En droit commun du champ disciplinaire, vous savez tous que, qu'elle que soit la profession réglementée, les sanctions sont toujours identiques : nous allons de l'avertissement au blâme en passant par les interdictions, jusqu'à la radiation signifiant la mort professionnelle du professionnel.

Nous ne touchons pas à cela qui fait partie de la réforme actuelle. Il n'y a rien de nouveau.

En revanche, les pénalités financières sont nouvelles. Elles peuvent culminer jusqu'à 1 M € et/ou correspondre à un multiple des honoraires facturés lorsque nous sommes amenés à sanctionner un professionnel de l'audit.

Comme l'avait indiqué, ce matin, le Professeur MERLE, dans ses propos introductifs, les scandales financiers Outre Atlantique des années 2000 sont venus rappeler, parfois de manière cruelle, aux acteurs économiques et aux décideurs politiques également qu'il était nécessaire, pour le bon fonctionnement d'une économie libérale dans laquelle nous évoluons, de renforcer l'indépendance des auditeurs. Il s'agit du premier principe.

Deuxièmement, il s'agit de poursuivre les efforts en vue d'améliorer la qualité de l'audit et d'inciter à cette amélioration de l'audit afin de pouvoir garantir aux lecteurs, comme aux utilisateurs des états financiers, un accès à une information financière fiable leur permettant de prendre des décisions d'investissement d'ordre commercial, financier. Cela leur permet ainsi, en toute connaissance de cause, de se trouver confrontés à un sinistre comptable ou à un scandale financier, tout au moins d'en limiter la possibilité.

La confiance est au cœur de toute activité économique. Elle en constitue même un de ces moteurs fondamentaux. Le commissaire aux comptes, à raison de sa mission légale de certification des comptes, en est le générateur et le vecteur.

Lorsque nous disons *« Pour autant, la confiance n'a jamais exclu le contrôle »*, cet axiome constitue sans doute l'un des fondements ou l'une des justifications principales de la création, au sein du régulateur, d'un service comme celui du rapporteur général que je représente aujourd'hui.

Si nous tenons pour acquis le principe selon lequel l'action du commissaire aux comptes est de nature à garantir

une confiance, à rassurer les partenaires sur l'état financier économique d'une entreprise, vous comprendrez les raisons pour lesquelles nous pouvons nous interroger parfois lorsque nous voyons, dans la presse économique, qu'une société dont les commissaires aux comptes ont certifié les comptes sans réserve pendant plusieurs années présente une situation brutalement dégradée qui peut la conduire jusqu'à la liquidation judiciaire.

De fait, une des raisons d'être du service du rapporteur général consiste à identifier, dans la démarche d'audit du professionnel, les failles constitutives de manquements aux règles régissant l'exercice professionnel, de rechercher les raisons ayant conduit à cette situation et, au final, d'en imputer ou pas la matérialité – car le terme de responsabilité en matière disciplinaire peut être sujet à caution – constituant les enjeux du service du rapporteur général.

J'en viens plus précisément au travail du rapporteur général et, dans la survenance d'un sinistre comptable, comment je peux être saisi puisque pour pouvoir travailler, il faut être saisi d'un dossier.

Je dirai quelques mots pour préciser le terme de *« rapporteur général »*.

Je n'ai pas pour habitude de parler de moi-même à la troisième personne ; à mon sens, le rapporteur général n'est pas seulement la personne qu'il incarne, mais il s'agit surtout d'un service. C'est pourquoi je pense qu'il faut raisonner en termes de service.

Le rapporteur général est un service d'investigation financière.

Il a une compétence nationale même si le terme de *« national »* et de compétence territoriale n'a pas grand sens. Le service a la possibilité de mener des investigations partout sur le territoire national. Parfois, à l'occasion, il peut avoir une compétence internationale ; en effet, à l'instar de nos homologues étrangers, nous pouvons être amenés à conduire des investigations en dehors du territoire national en respectant certains principes – j'y reviendrai tout à l'heure – et en tenant compte des différents droits applicables dans chacun des pays.

Ce service dispose de juristes, car je ne travaille pas seul, et de professionnels de l'audit habilités comme enquêteurs. C'est très important : j'insiste souvent sur ce point car ce service n'est ni un service de police judiciaire, ni un service ayant pour mission de rechercher je ne sais quelle autre infraction qui pourrait avoir un caractère fiscal, ainsi que j'ai pu l'entendre.

Il s'agit d'un service d'investigation financière particulier et dédié à l'activité de l'exercice professionnel du commissariat aux comptes. Des juristes et des professionnels de l'audit composent ce service.

Néanmoins, une des principales innovations de la loi permet au service de s'appuyer sur des experts. C'est pourquoi je suis très intéressé d'être venu écouter tout ce qui a pu être dit aujourd'hui sur le rôle des experts judiciaires que je connais bien ; en effet, en tant que magistrat, j'étais un *« utilisateur »* des experts judiciaires et j'en ai tiré grand avantage dans le traitement des dossiers dont j'avais la charge.

Cependant, à l'occasion, nous pouvons avoir besoin de désigner un expert car nous ne disposons pas toujours, en interne, d'une compétence particulière dans un certain domaine. Le recours a des experts est donc justifié. Nous avons la possibilité de les désigner.

Il existe un autre point particulier : pour faire des enquêtes, je peux également m'appuyer sur des commissaires aux comptes en exercice et faisant l'objet d'une inscription sur une liste spéciale établie par le H3C avec l'avis préalable de la CNCC. Ce sont des enquêteurs ; je salue l'un d'entre eux, présent dans la salle, qui est expert judiciaire. Ces enquêteurs prêtent leur concours à l'oeuvre d'investigation du régulateur et procèdent, avec les gens du service, à des investigations sur des dossiers bien particuliers et ils rendent compte de cette activité au rapporteur général.

Il faut souligner également qu'il va de soi que pour mener des investigations, il faut s'assurer préalablement qu'il n'y a pas de conflit d'intérêts entre les services qui procéderont à ces investigations et les personnes physiques ou morales qui sont l'objet initial ou final des investigations. Il s'agit d'une condition exigée par la loi et tout à fait légitime. Je crois que les commissaires aux comptes sont parfaitement conscients de cette chose car ils sont eux-mêmes soumis évidemment à cette nécessité d'être indépendant également.

Je voudrais également insister sur un point suivant qui permettra peut-être de mettre fin à une fausse idée : le rapporteur général ne peut pas s'auto saisir d'un dossier. Je ne suis pas une espèce de procureur disciplinaire – même si je n'aime pas le terme – qui pourrait se saisir de n'importe quel fait qu'il pourrait lire par voix de presse.

Pour ouvrir une enquête, je suis nécessairement et obligatoirement destinataire d'un signalement dans lequel le déclarant fait part d'un manquement qu'aurait commis un commissaire aux comptes, par exemple, en cas de survenance d'un sinistre comptable.

Par qui puis-je être saisi ?

Je vais commencer en disant que je peux être saisi par n'importe quelle personne.

Cela signifie que toute personne peut me saisir de ce qu'elle estime être un manquement à l'exercice professionnel commis ou imputable à un commissaire aux comptes.

Quand je dis *« toute personne »*, il faut qu'elle ait un lien avec le commissaire aux comptes mis en cause car ce lien fera que ce déclarant s'estimera *« victime »*. Je n'aime pas trop ce terme en l'espèce d'un sinistre. Cela peut être un actionnaire minoritaire, un dirigeant ou un tiers.

Il faut préciser immédiatement que l'auteur de la saisine n'est partie dans cette procédure. Nous sommes donc très loin du champ de la responsabilité civile où nous avons affaire à une affaire entre parties, ou même du champ pénal où nous pouvons avoir une victime. Nous sommes dans un champ particulier de type administratif dans lequel l'auteur de la saisine n'est pas partie à la procédure. Si j'ouvre une enquête, je procéderai de toute manière – et c'était peut-être un cas particulier – à une audition de cette victime pour recueillir les éléments qu'elle invoque et pour vérifier si nous partons sur des bases solides ou, au contraire, si nous avons affaire à une personne faisant un signalement fantaisiste.

Une autre innovation sur la nouvelle loi sur l'audit permet au service de procéder à des auditions. Jusqu'à présent, ce service n'existait pas, mais si vous faites référence à un passé récent et à l'ancien système qui voyait les syndics intervenir, les syndics procédaient à des discussions, interrogeaient parfois les gens mis en cause dans le cadre disciplinaire, à la demande du Parquet général. Cependant, il n'existait de formalisation d'une audition à proprement parler. Là, nous avons un véritable un cadre processuel nous permettant de procéder à des auditions. Cela nous permet de consigner, de figer sur le papier un certain nombre de déclarations et de pouvoir les utiliser.

Deuxième point : ces auditions sont très larges puisqu'il ne s'agit pas simplement d'entendre uniquement le professionnel mis en cause, mais nous pouvons être amenés à entendre toute personne utile aux investigations. Cela signifie que nous pouvons entendre également des personnes qui, en tout état de cause, ne peuvent pas être poursuivies sur le plan disciplinaire, mais dont le témoignage peut être utile pour avoir une compréhension du déroulement des faits et savoir qui a commis tel manquement et pour quelle raison.

C'est très important. C'est sur la base volontaire : il est important de le souligner, car en matière de procédure, nous n'avons pas le pouvoir de contraindre les gens à venir et à être auditionnés. C'est une différence avec certains régulateurs étrangers, notamment les anglo-saxons qui connaissent deux types d'audition : celle qui est libre, comme la nôtre, et celle qui est forcée et contrainte. Dans ce dernier cas de figure, la personne est tenue de venir témoigner sous peine de poursuite pénale en échange d'une forme d'immunité pénale dans un autre domaine. Nous n'avons pas ce process. Nous sommes sur la base d'audition libre.

Ces auditions s'accompagnent également d'une recherche de documentation. Nous demandons donc aux personnes que nous entendons, ou aux professionnels qui sont l'objet finalement de nos investigations de fournir obligatoirement certains documents.

Contrairement à l'AMF, nous n'avons pas le pouvoir de perquisition, de la visite domiciliaire. Nous avons un pouvoir d'accès aux locaux professionnels nous permettant d'obtenir la remise volontaire de documents papier ou informatiques. Néanmoins, cela pose, certaines fois, des problèmes d'ordre pratique pour l'accès aux données informatiques car les professionnels utilisent des systèmes informatiques très différents les uns les autres avec des logiciels *« maison »*. Cela représente donc parfois une source de complication. Nous essayons donc de nous garantir également sur ces actes de procédure de manière à éviter toute contestation ultérieure.

Je vous disais que nous pouvons être saisis par des tiers, des personnes se disant *« victimes »* d'un sinistre comptable. Nous pouvons être saisis par la profession elle-même à travers ces organes représentatifs, le président de la CNCC ou les présidents des CRCC qui peuvent connaître certains faits dénoncés.

Cela peut être également, et c'est souvent le cas, un signalement provenant du H3C en la personne du président qui nous saisit d'un certain nombre de dossiers suite à des contrôles défaillants.

Cela n'a pas été abordé, mais c'est aussi un sujet : la réforme a entraîné également une réforme complète du système des contrôles *« qualité »* de la profession ayant mis en place une nouvelle procédure permettant au H3C, en tout cas, au rapporteur général d'être saisi selon un certain nombre de modalités que je ne développerai ici.

Nous avons une saisine possible par les autres régulateurs du secteur financier. A ce titre, l'AMF, l'ACPR, les juridictions du secteur financier, Cour des comptes, Chambre régionale des comptes peuvent, à l'occasion, être à l'origine d'un signalement.

S'agissant de l'AMF, je ferai un petit aparté : l'AMF dispose depuis très longtemps – nous pouvons même remonter jusqu'à la création de la commission des opérations de bourse – d'un service d'investigation et les échanges d'information entre les services de l'AMF et du H3C, et plus particulièrement du rapporteur général, sont possibles.

Les textes prévoient la possibilité d'avoir des échanges d'informations à partir du moment où nous pouvons intervenir sur un périmètre pouvant se recouper : c'est celui de l'information financière des sociétés cotées. Dès que nous avons affaire à un problème sur l'information financière des sociétés cotées entrant dans le périmètre des EIP, nous savons qu'un impact est possible sur la responsabilité du commissaire aux comptes. Finalement, un

cumul de poursuites est donc possible devant l'AMF et le régulateur de la profession de l'audit, sachant que, seul le régulateur de la profession d'audit peut prononcer des sanctions professionnelles à l'encontre d'un commissaire aux comptes.

C'est un point essentiel que j'entendais préciser.

Nous pouvons également être saisis par les homologues étrangers et nous entrons dans le champ très complexe de la coopération internationale administrative qui, à mon sens, est un champ qui ne cessera pas de croître dans les prochaines années compte tenu de l'internationalisation déjà d'une profession très internationalisée – quand nous avons affaire à des grands réseaux – et des échanges commerciaux entre sociétés qui font que les problématiques d'audit dépassent largement le cadre simplement hexagonal.

Cette coopération administrative et internationale suppose d'abord de maîtriser les cadres juridiques en vigueur chez chacun de nos homologues.

En effet, il n'échappe à personne que le périmètre des compétences, les procédures d'investigation, l'examen de compatibilité des systèmes au regard des exigences nationales, les référentiels normatifs – même s'ils sont largement standardisés – sont parfois différents avec des adaptations en droit interne de certaines normes.

Certains pays ont fait le choix d'appliquer directement les ISA alors que d'autres, comme la France, ont fait le choix de transposer parfois ces normes en normes d'exercice professionnel. Il existe donc des différences importantes.

Le premier enjeu consiste à maîtriser ces connaissances des différents systèmes juridiques étrangers.

Et même si une harmonisation est intervenue au niveau européen, cette harmonisation n'est pas totale. En tout cas, en échangeant avec nos homologues étrangers, nous constatons que nous avons une hétérogénéité des systèmes juridiques organisant la régulation. Cela signifie que la structuration des organes de régulation obéit forcément à la logique juridique présidant à l'organisation d'un pays. Il s'agit d'une différence importante sachant que, même au niveau européen, l'influence du droit anglo-saxon est très prégnante ; nous avons donc des différences notables, notamment lorsqu'il s'agit de coopérer sur un plan opérationnel en échangeant des informations. C'est un point essentiel.

Troisièmement, il est possible d'être saisi par le Parquet général, c'est-à-dire l'autorité judiciaire.

Nous avons effectivement un certain nombre de dossiers en stock et futurs qui feront que nous serons saisis par le Parquet général. Dans ce cas, très souvent, une enquête pénale en cours peut aboutir à une mise en cause pénale du professionnel, commissaire aux comptes.

Même si, dans la plupart des cas, les commissaires aux comptes sont systématiquement entendus par les officiers de police judiciaire, néanmoins dans les chiffres, les poursuites pénales concernant les professionnels de l'audit, que sont les commissaires aux comptes, sont assez rares.

Il faut s'en réjouir, mais il y a peu de mises en cause pour des non-révélations de faits délictueux de commissaires aux comptes. En tant qu'ancien parquetier, j'y vois peut-être une explication non statistique. En effet, nous parlons de poursuites pénales qui sont la matérialisation d'un déclenchement de l'action publique par le Parquet.

Cependant, dans beaucoup d'affaires, il peut y avoir une non-révélation de faits délictueux n'aboutissant pas à une poursuite pénale car il existe une mesure alternative aux poursuites mises en place par le Parquet et qui consiste à faire appel à la loi privilégiant le recours à une procédure disciplinaire.

Je pense qu'il faut donc faire attention en matière de statistique. Le chiffre est à prendre avec précaution. Néanmoins, quoi qu'il en soit dans les faits, il existe peu de poursuites pénales. Tout cela est précisé et mis en rapport avec le nombre de professionnels pratiquant le commissariat aux comptes.

Quand j'ai pris ces fonctions, j'étais frappé par la faiblesse statistique des mises en cause tant sur le plan de la responsabilité professionnelle – donc civile – que sur le plan de la responsabilité – voire disciplinaire et encore plus – sur le plan pénal car rapporté au nombre de professionnels, le ratio est très faible en termes de poursuites ou de sanctions. Pour rappel, il y a 13 500 commissaires aux comptes, personnes physiques, 6 000 sociétés d'exercice de commissariat aux comptes, 230 000 mandats.

Je voulais évoquer ce point de la saisine du rapporteur général.

Comment procédons-nous aux enquêtes ?

J'ai déjà défloré le sujet tout à l'heure. Je ne reviens sur les auditions, la demande de documents.

Il existe des auditions de personnes ayant concouru à la mission d'audit, mais qui ne sont pas les professionnels ayant signé les rapports. Il faut également préciser que, selon le type de manquement éventuellement sur lequel nous investiguons, d'autres personnes peuvent être entendues.

La présidente du H3C faisait référence aux membres des comités d'audit. Nous n'avons pas eu, pour l'instant, de dossiers les concernant, mais nous en aurons vraisemblablement dans le futur et ils seront entendus au même titre que les commissaires aux comptes mis en cause.

Ainsi, dans les investigations, nous mettons l'accent, de manière toute particulière, sur les relations entre les dirigeants et les commissaires aux comptes car nous cherchons à déterminer, dans un certain nombre de cas, si l'indépendance du CAC était bien réelle et a pu s'exercer sans restriction.

Même si le retour d'expérience est très limité – puisque j'ai pris mes fonctions, il y a plus d'un an, mais le service ne fonctionne véritablement que depuis neuf mois – dans certains dossiers, nous pouvons établir un lien objectif entre des carences de diligence en matière d'audit et une atteinte à l'indépendance du commissaire aux comptes ou une atteinte à son impartialité.

S'agissant du référentiel normatif, je ferai une petite parenthèse.

Régissant l'activité du CAC qui a obéi à un triptyque car nous retrouvons, parmi les textes, le Code de commerce, le Code de déontologie et les normes d'exercice professionnel – étant précisé que les deux derniers se retrouvent également au sein du Code de commerce.

Permettez-moi une simple observation.

Lorsque nous abondons la question de l'imputabilité d'un non-respect d'une norme d'exercice professionnel encadrant et précisant l'exercice professionnel, que nous parlions du seuil de signification, des NEP relatives au seuil de signification, au contrôle interne, aux tests substantifs, à l'approche par les risques, nous constatons, lors des auditions, que la tentation existe pour le professionnel mis en cause de parfois opposer ou d'utiliser le jugement professionnel comme un argument opposable au régulateur pour justifier un défaut de diligence dans la démarche d'audit.

Et s'il est vrai que le référentiel normatif fait une place aux jugements professionnels, ce dernier ne saurait être brandi par le professionnel mis en cause comme la justification d'un non-respect des normes d'exercice professionnel. Cela me semble tout aussi évident. En tout cas, l'exercice du jugement professionnel doit toujours se faire dans le respect des textes et des normes d'exercice professionnel.

En juger différemment reviendrait à se lancer dans une voie dangereuse, à savoir celle de la totale subjectivité.

Je suis très attentif en tant que responsable de ces services pour rester et constater, de manière la plus objective possible, les manquements éventuels reprochés aux commissaires aux comptes. J'ai l'habitude de le dire assez fréquemment lorsque j'interviens dans des instances professionnelles : le rapporteur général instruit à charge et à décharge.

Il est intéressant, nécessaire et indispensable d'établir la matérialité des faits et d'éviter toute subjectivité dans le jugement que nous sommes amenés à présenter au Collège qui, lui seul, est habilité à prendre une décision.

J'insiste sur ce point : cela ne signifie pas que nous devons uniquement nous attacher à établir une simple revue de conformité lorsque nous faisons des investigations dans le domaine de l'exercice professionnel du commissaire aux comptes. Les Anglo-saxons appelaient cela la *« compliance »*.

Concernant la revue de conformité des diligences par rapport aux faits référentiels, je réponds un peu par avance à certaines critiques pouvant être faites au régulateur et qui sont faites régulièrement dans son approche de contrôle de l'audit. En effet, j'entends assez fréquemment que, parfois, le régulateur se met trop souvent dans les pas – ce qui est archi faux – du régulateur anglo-saxon qui attache beaucoup d'importance à la conformité. Néanmoins, de toute manière, la conformité réside également dans le respect des textes qui ne sont pas sujets à beaucoup d'interprétations : ils existent ; il faut les appliquer.

A ce stade, je ferme ma parenthèse car cela nous amènerait trop loin et cela pourrait faire un sujet à part entière d'un colloque intitulé *« Compliance – Conformité – Jugement professionnel »*.

A l'issue de cette enquête, que fait le rapporteur général ?

Il présente son rapport au Collège qui est l'organe de poursuite. Il prendra la décision, dans sa formation à neuf, que nous appelons *« formation statuant sur les cas individuels »*, de poursuivre ou pas le professionnel.

Pour terminer, concernant le partage de responsabilités, j'aurais tendance à parler de cumul de poursuites car il n'existe pas de partage, à notre sens, entre l'action du régulateur et les juridictions amenées à statuer sur la responsabilité civile, et éventuellement sur la responsabilité pénale du professionnel.

Nous sommes dans un système de cumul de poursuites et de sanctions.

Nous avons déjà travaillé sur des dossiers faisant apparaître ce cumul de poursuites. Je ne voudrais pas m'avancer en vous citant des tas d'exemples que nous n'avons pas encore puisque notre existence est toute récente. Nous avons déjà été confrontés à ce cumul de poursuites. Nous avons eu affaire à des professionnels poursuivis sur le plan disciplinaire, par exemple, pour avoir commis une fraude fiscale tout en ayant été poursuivis également sur le plan fiscal et pourquoi pas sur le plan pénal si la CIF avait donné un avis favorable ; en même temps, ils ont une double casquette de commissaire aux comptes et d'expert-comptable ; ils sont donc également poursuivis devant l'ordre des experts-comptables. Il s'agit donc d'un cumul des poursuites. Un cumul des sanctions est dès lors possible sans qu'aujourd'hui, dans l'état actuel

de notre jurisprudence, nous puissions condamner ce cumul.

Je ne porte aucun jugement de valeur. Simplement, dans l'état actuel de notre droit, qu'il s'agisse du Conseil constitutionnel, du Conseil d'Etat ou du H3C, rien n'interdit ce cumul et aucune référence ne permet de l'écarter. D'ailleurs, une décision récente du 17 novembre 2016, que vous pourrez consulter sur le site du H3C, reprenant la jurisprudence du Conseil constitutionnel, s'appuie sur le fait que ce cumul de poursuites est tout à fait possible.

C'est un état de notre droit qu'il faut connaître aujourd'hui. Je ne me hasarderai pas à prendre parti pour la suite sachant que, pour l'instant, ces décisions ont été rendues sous l'empire de la loi ancienne dans lequel il n'existait pas de mises en cause de pénalité financière.

Le jour où le Conseil d'Etat sera saisi de ce contentieux, il pourra apprécier. En tout état de cause, il ne m'appartient pas de prendre parti à ce niveau.

Pour terminer, je dirai quelques mots de conclusion.

Aujourd'hui, ce dispositif tout récent vise et offre une centralisation au niveau national des signalements, des enquêtes et des poursuites. Une fois définitivement mis en place, lorsqu'il aura atteint son rythme de croisière que j'espère le plus rapide possible, avec des moyens humains adéquats, ce dispositif devrait permettre aux régulateurs un traitement d'abord homogénéisé de l'action disciplinaire.

C'est très important car il s'agit également d'un des objectifs du législateur. Cela me paraît évident, c'est important.

Concernant des comportements gravement défaillants des acteurs de l'audit, mais pas seulement des acteurs de l'audit, mais également des personnes associées à l'audit, les membres des comités d'audit par exemple, mais également les associés, les collaborateurs, pas forcément les commissaires aux comptes signataires du rapport, nous savons bien que lorsque la déontologie ou l'indépendance sont atteintes, des mises en cause peuvent s'étendre bien au-delà des signataires du rapport.

Nous pouvons légitimement espérer, à mon sens, une meilleure efficacité également dans le traitement de ces dossiers en tenant compte de plusieurs critères :

- le premier critère réside dans la spécialisation juridique comptable et largement financière des enquêteurs du H3C ;
- une complémentarité sans doute meilleure avec les autres services du H3C, notamment les directions des contrôles EIP et non EIP ;
- un meilleur échange d'information et une circulation plus fluide des informations entre le régulateur – le service du rapporteur général plus spécifiquement –, les organisations professionnelles associées, les institutions financières – l'ACPR et l'AMF –, les juridictions financières – Cour des comptes et Chambre régionale des comptes – et l'autorité judiciaire, partenaire du régulateur, mais également un acteur du commissariat au compte à travers toute l'activité, notamment de régulations de faits délictueux, mais dans les procédures d'alerte via l'action que les commissaires aux comptes ont auprès des tribunaux de commerce.

Ces critères devraient permettre d'espérer une meilleure efficacité dans le traitement de ces dossiers.

J'ajoute un dernier point : au-delà de l'efficacité recherchée, il s'agit également d'atteindre une meilleure lisibilité du traitement *« répressif »* des comportements de ces professionnels défaillants.

Il s'agit d'abord d'atteindre une lisibilité du traitement pour le régulateur lui-même et d'adapter ces modes d'action par rapport aux nouvelles défaillances.

Des formes de défaillances peuvent apparaître : la cyber criminalité ; tout ce qui tourne autour du traitement des données de masse, de data mining, sont des enjeux énormes pour demain. Il faudra effectivement adapter nos modes d'action et d'investigation à ces enjeux très importants pour l'audit. Il faudra également une meilleure lisibilité de ces traitements défaillants et du traitement répressif de ces traitements défaillants pour la profession. Il est très important, pour les professionnels, de connaître les failles, les manquements. De la même manière, pour les contrôles, il existe souvent une restitution, à travers différents organes professionnels, de la façon dont les anomalies sont traitées. C'est très important de le faire sur le plan disciplinaire également. Enfin, il s'agit d'une meilleure lisibilité pour les acteurs du monde économique qui sont les lecteurs, mais aussi les utilisateurs des états financiers.

Je vous remercie.

(Applaudissements)

M. ASSE. – Merci beaucoup, Madame la présidente.

Merci beaucoup, Monsieur le rapporteur général.

J'appelle Me Maxime DELHOMME et Me Patrick DE FONTBRESSIN à la tribune.

La responsabilité de l'expert-comptable de justice et celle de l'expert-comptable

Me DELHOMME. – Merci de votre invitation.

La dernière intervention sur les possibilités de limitation de la responsabilité des professionnels du chiffre est venue finaliser le panorama détaillé de toutes les possibilités qu'il y a de pouvoir engager cette responsabilité.

« Il n'y a qu'un malheur » pour reprendre la formule pivot de l'éminent René FLORIOT, grand pénaliste s'il en fut. Justement si c'est de pénal qu'on parle, déjà il n'y a plus de limitation possible et la perte de chance sera aussi radicale que totale.

Rien ne nous va mieux que la formule d'un autre de mes éminents confrères, tout aussi éminent pénaliste, Henri LECLERC, qui, interrogé sur ce que peut être la vérité, dit *« c'est comme une montagne, elle a plusieurs versants »* car à reprendre l'étymologie de la faute, elle est soit d'avoir failli soit d'avoir trompé.

Disons tout de suite l'essentiel : la défaillance, l'erreur, il vaut mieux envisager de la reconnaître tout de suite plutôt que de pratiquer l'obstination dans le déni qui ne peut que laisser penser à pire.

C'est en effet là qu'est notre sujet : s'il y a déjà une preuve qu'il y avait un objectif de tromperie expliquant le manquement, le dossier est presque déjà fermé, la discussion résiduelle n'est de quantum.

Ainsi dans cette affaire où l'expert-comptable, dès son premier PV d'interrogatoire, déclare fièrement *« si je n'avais pas été là les clients n'auraient pas su faire une double comptabilité… »*. Et, ajoutait-t-il, *« quant au commissaire aux comptes il commençait à nous casser les pieds alors on en a changé »*.

C'est seulement sur ce dernier que les juridictions ont pu avoir des appréciations divergentes quant à sa volonté ou non de ne pas avoir rempli pleinement son office.

L'appréciation ne peut en être que par rapport à la personne, c'est une question éminemment humaine, et c'est pourquoi il fut d'ailleurs regrettable au regard de ce principe que cela ait été la Cour de cassation qui, sans entendre ni connaître la personne, inversa la relaxe des juges du fait, dont elle s'honore d'habitude de respecter l'appréciation.

Mais cette affaire paraissait trop simple, et surtout personne ne souhaitait la voir s'étendre, alors elle n'a pas connu d'expertise et nous en arrivons à ce qui doit nous préoccuper.

Qu'en aurait-il été de l'appréciation de l'élément moral au regard d'une expertise qui aurait eu lieu ?

J'entends tout de suite que l'expert ne peut pas être là pour ça puisque l'article 158 CPP qui dit bien *« La mission des experts, qui ne peut avoir pour objet que l'examen de questions d'ordre technique… »* l'empêche d'empiéter sur l'opinion qu'il y aura forcément à se faire au-delà. En un mot : les faits, rien que les faits, du concret, du technique. Les opinions c'est pour les juges, qu'ils s'en débrouillent.

Surtout pas un mot de trop dans le rapport.

De manière générale j'aime la théorie et la voir suivie mais je constate que quelquefois la réalité en fait naître une autre. Ou plutôt, comme nous allons le voir, lui donne son sens.

C'est ainsi qu'il y a quelque temps après que mon client a conversé avec la police, à l'oral et même ensuite à l'écrit, un très courtois procureur m'interroge sur le nom d'un expert en me disant simplement qu'il a bien compris certaines des explications mais que pour d'autres il veut savoir si *« les erreurs techniques non contestées ont été volontaires ou non »*.

Au regard de la théorie précitée, comme disent les anglo-saxons : il y a un éléphant dans la pièce.

Examinons-en d'abord le contour.

Nous sommes là en enquête préliminaire donc au visa de l'article 77-1 pour *« des examens techniques ou scientifiques qui ne peuvent être différés, le procureur de la République … a recours à toutes personnes qualifiées »*, qui au fond ne déroge en rien au principe général maintenant admis du contradictoire dans l'expertise pénale prévue aux articles 156 et suivants et je pense en particulier aux articles 164 et 167-2.

Il n'y a maintenant plus que dans les expertises du tribunal de commerce pour d'éventuelles fautes de gestion à

la demande du mandataire liquidateur que le contradictoire reste méprisé par les textes dans la phase initiale.

La seule différence pratique entre l'expertise dans l'enquête initiale par rapport à celle initiée par le juge d'instruction sera que le recours à un expert de partie et son éventuelle présence en cas d'audition nécessiterait l'accord du procureur.

Cela n'empêche pas au préalable la production d'un rapport.

Rappelons simplement pour l'expert de partie que sa crédibilité est aussi de s'en tenir aux faits.

La seule chose à rappeler c'est qu'à défaut d'aveu ou d'écrit prouvant l'intention, celle-ci ne peut être présupposée.

Ainsi elle n'a pas à être déduite à rebours avec un prétendu mobile qui ne serait que la raison d'avoir commis le manquement, par exemple pour garder ou complaire à la clientèle, mais aucunement la preuve de l'avoir vraiment fait dans cette intention.

Et cela est vrai même si le professionnel n'a pas respecté les prescriptions déontologies de prudence qui veulent qu'aucun client ne soit financièrement trop important pour que le cabinet ne puisse s'en passer.

Il s'est peut-être mis dans une situation délicate pour un profit mais le droit pénal *« postule une responsabilité subjective ancrée sur la culpabilité » (MERLE et VITU n° 575)* et non sur la prise de risque.

La jurisprudence se rapportant à la responsabilité civile exerce quelquefois une influence dont il faut savoir sortir pour ne pas poursuivre quiconque pénalement sur des fondements flous.

Il est un autre biais assez naturel de la pensée qu'une fraude une fois découverte paraisse si évidente qu'il paraît inimaginable que ce ne soit pas volontairement qu'elle n'a pas été relevée.

Là encore il faut revenir à cet arrêt qui avait parfaitement formulé tout ce qu'il y a à penser sur la démonstration qui doit être faite par l'accusation, faute de quoi le principe faîtier de tout le droit selon lequel le doute profite à l'accusé trouve aussi application pour les professionnels : *« … la complicité par aide et assistance, pour être constituée et punissable, exige de la part de son auteur conscient du délit qui se prépare ou se commet la perpétration d'un acte positif concourant à la réalisation de l'infraction ; qu'elle ne peut s'induire d'une simple inaction ou abstention surtout lorsqu'il n'est pas établi soit que c'est à la suite d'une entente préalable avec les auteurs que le prévenu a convenu de ne pas s'opposer à leur entreprise frauduleuse, soit que c'est volontairement qu'il n'a pas procédé à certains contrôles ou redressements exigés par sa fonction qui auraient nécessairement fait échouer le délit projeté ». (CA Aix, 5e Ch., 12 février 1997, in Responsabilité pénale de l'expert-comptable, JOLY, p. 98).*

La conviction doit avoir des faits comme support sinon il faut savoir l'abandonner.

Ainsi pour en revenir à l'expertise, dans une affaire d'importance, après avoir détaillé tout ce qui aurait normalement dû être fait par les professionnels, ce qui autorisait à prendre le risque de poser la question, et le plaisir de lire :

« L'expert n'a pas relevé, dans les dossiers de travail, de documents qui montreraient qu'il a omis de révéler au Procureur de la République des faits délictueux dont il aurait eu connaissance.

L'expert n'a pas relevé, dans les dossiers de travail, de documents qui montreraient qu'il a pu avoir connaissance de l'un quelconque des faits énumérés au paraphe 6 de la mission. »

Si cela a conduit au non-lieu cela n'a pas exonéré les professionnels de leur responsabilité civile, bien au contraire, ce fut même l'un des plus gros dédommagements transigés par l'assureur la veille du jugement allant d'ailleurs au-delà. Au pénal il n'y aurait pas eu d'assureur.

Là encore les faits commandent à la distinction entre la défaillance et la tromperie.

La preuve est libre mais faut-il encore qu'il y en ait une à soupeser ou, pour reprendre la seule formule qui existe dans le Code de procédure pénale (353 CPP) qui s'adresse aux jurés et aux juges se retirant pour délibérer, *« la loi ne demande pas compte… des moyens par lesquels ils se sont convaincus, elle ne leur prescrit pas de règles desquelles il doit faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve ; elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes, dans le silence et le recueillement et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression faite, sur leur raison, les preuves rapportées contre l'accusé les moyens de sa défense ; la loi ne leur fait que cette seule question qui renferme toute la mesure de leurs devoirs : avez-vous une intime conviction ? »*

Mais l'expert, lui, ne délibère pas alors il peut se passer de conviction, c'est une charge en moins, et voudrait-il en avoir une au-delà des faits que là c'est sa propre responsabilité qui serait en jeu, responsabilité morale et peut-être même au-delà, comme dans cette affaire récente où un tribunal civil a dû, dans un jugement maintenant définitif, mettre en cause son emportement : *« Attendu qu'il est patent qu'en n'isolant pas les chiffres jusqu'en avril 2010 et en en faisant une moyenne annuelle, Monsieur K., Expert, a faussé la perspective des prévisions par rapport aux réalités, qui, seules, pouvaient être prises en compte au moment du rapport du 10 mai 2010 ; qu'à cette*

date, les chiffres commerciaux étaient restés constants que Monsieur K. a persévéré dans son procédé, malgré un dire de Monsieur P. P. du 28 mars 2013. » (5 mai 2017, tribunal de commerce de Vannes).

Mais là c'est la mise en lumière de l'élément moral qui transforme l'erreur de l'expert de justice en faute.

C'est le défaut de mobile, en tout cas connu, qui fera que cette faute ne sera pas pénale mais c'est quand même une responsabilité et c'est le sujet qui vient maintenant dans les mains de mon confrère à qui je le passe bien volontiers.

[La responsabilité de l'expert de justice c'est le sujet qui vient maintenant.]

Je vous remercie.

(Applaudissements)

M. ASSE. – Merci beaucoup Maître DELHOMME

Me de FONTBRESSIN. – Parler de la responsabilité de l'expert-comptable de justice suppose liminairement de circonscrire le cadre de l'exercice de sa mission.

S'il est fréquent que les experts inscrits sur une liste de la Cour d'appel ou sur la liste nationale soient consultés en dehors du procès ou même à l'occasion d'une procédure en cours, la mise en cause de leur responsabilité dans une telle hypothèse ne s'inscrira pas dans le présent propos.

En effet, l'expert-comptable n'agira pas alors en qualité d'expert judiciaire mais sur la base du seul lien contractuel qui l'unira à un *« client »* même s'il se doit d'œuvrer avec la même sincérité et la même objectivité que s'il se trouvait désigné par une juridiction[1].

Le présent exposé, concernera dès lors exclusivement les risques de mise en cause de la responsabilité de l'expert-comptable désigné par une juridiction.

A cet égard, réserve faite de la spécificité des missions conférées par un juge sur le fondement de l'article 1843-4 du Code civil ou de l'article 1592 du même code, à propos desquels certaines observations seront ci-après formulées, la responsabilité de l'expert de justice risque le plus souvent d'être engagée au titre d'un manquement au respect de la contradiction[2], de la trop grande durée de son expertise ou d'un manquement aux impératifs d'indépendance et d'impartialité.

Il va de soi que dès lors qu'elles apparaîtront établies, les fautes de l'expert dont il ne saurait être question de prétendre dresser ici une liste exhaustive, pourront avoir pour conséquence l'annulation de son rapport sur le fondement de l'article 1240 du Code civil *(autrefois article 1382 du Code civil)*.

Toutefois outre ces sources de mise en œuvre classique de l'action en responsabilité introduite par l'une des parties à l'encontre de l'expert de justice, apparaissent aujourd'hui de plus en plus fréquemment des tentatives de mises en cause de l'expert dénuées de tout fondement, aux seules fins de tenter de le déstabiliser ou de le dessaisir de sa mission.

Aussi importe-t-il d'attirer l'attention sur la mise en cause de la responsabilité de l'expert de justice en cours d'expertise, au même titre que sur la mise en cause de celle-ci après le dépôt de son rapport.

I - La mise en cause de la responsabilité de l'expert de justice en cours d'expertise

La mise en cause de la responsabilité de l'expert en cours d'expertise apparaît tantôt de manière clairement affichée, tantôt sous une forme voilée.

Dans le premier des cas, il s'agit d'une assignation en responsabilité délivrée à l'expert en cours d'expertise aux seules fins de tenter de le transformer en adversaire d'une partie et de contester son impartialité.

Confronté à une telle situation, l'expert devra faire preuve de la plus grande prudence et informer immédiatement son assureur aux fins d'organiser sa défense dès lors que l'action introduite n'aura manifestement d'autre but que de tenter de porter atteinte à la poursuite de sa mission.

Dans le second des cas, de manière plus sournoise, apparaissent d'autres stratagèmes aux fins de parvenir au dessaisissement de l'expert qui pourraient également, à terme, constituer l'antichambre d'une action en responsabilité.

1. Cf. Vade-mecum de l'expert de justice, Règles de déontologie, paragraphe V.
2. Cf. notamment *« L'article 1843-4. Une mission à risque pour l'expert-comptable de justice »*, Colloque de la Compagnie nationale des Experts Comptables de Justice, Chambre régionale de la section Aix-en-Provence / Bastia, 2 février 2017.

Il en va ainsi de la recherche de plus en plus fréquente d'une cause de manquement de l'expert à son impartialité objective généralement invoquée par une partie à la veille du dépôt d'un rapport qu'elle pense lui être préjudiciable.

Le demandeur à l'action en récusation prétendra alors avoir découvert soudainement que l'expert désigné par le juge a pu avoir des liens, au cours de sa carrière, avec l'une des parties ou une personne physique ou morale proche de celle-ci.

A cet égard, les experts-comptables de justice peuvent faire figure de cible privilégiée en raison des conditions d'exercice de leur profession, souvent au sein de grandes structures qui ne leur permettent pas de connaître de manière précise les honoraires versés à celle-ci à l'occasion d'autres missions.

Il paraît important d'évoquer ici un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme concernant une affaire dans laquelle un expert salarié d'un grand cabinet d'audit avait fait l'objet d'une récusation au motif que son employeur avait antérieurement perçu des honoraires d'une société ayant un lien de filiation avec l'une des sociétés partie à l'instance où cet expert figurait en qualité de juge[3].

Pour dénier tout bien fondé à la récusation, la Cour de Strasbourg constate que dès lors que le *« juge-expert »* récusé s'était borné à assumer un rôle essentiellement technique dans le cadre de la mission confiée au cabinet d'audit auquel il collaborait, par une société qui n'était pas l'une des parties à la procédure, mais seulement une société apparentée à celle-ci, et que les honoraires payés au cabinet d'audit employeur n'avaient en aucune manière été versés par la société requérante, il n'y avait *« pas de lien direct entre le juge-expert récusé et l'une des parties à la procédure ni d'intérêt direct de celui-ci quant à l'issue du procès »*.

Elle considère ainsi que *« les raisons de douter de son impartialité objective n'étaient pas néanmoins suffisamment convaincantes »*[4].

II - La mise en cause de la responsabilité de l'expert après expertise

En dehors des cas, malheureusement trop fréquents, de dévoiement des voies de droit, parfois poussées jusqu'à l'exercice de dénonciations calomnieuses à l'égard d'experts, les actions en responsabilité sont généralement introduites consécutivement à certains reproches sanctionnés par une juridiction les ayant récusés ou ayant annulé leur rapport.

On se trouvera ici dans l'hypothèse d'allégations d'une perte de chance en raison du dommage occasionné par la durée d'une expertise objet d'une annulation ultérieure ou d'une récusation de l'expert.

A titre d'exemple, outre la réparation du dommage résultant des frais afférents à l'expertise invalidée, la partie demanderesse se prévaudra de l'impossibilité de recouvrer une créance ou d'obtenir une réparation en nature du fait de la durée d'une expertise dont il n'est plus possible de se prévaloir.

Dans d'autres cas, après l'expertise, alors même que l'expert aura parfaitement accompli sa mission et que celle-ci n'aura pas fait l'objet d'annulation, une partie n'hésitera pas à prétendre imputer à l'expert la perte de la chance de gagner son procès en raison des conclusions du rapport.

L'ire à l'égard du juge se transformera en une action à l'encontre de l'expert au mépris des dispositions de l'article 246 du Code de procédure civile. L'ensemble de ces actions reposera sur le fondement des dispositions de l'article 1240 du Code civil *(autrefois 1382 du Code civil)*.

Si au premier abord, le fait que le juge ne se trouve pas lié par les conclusions de l'expert permettra d'écarter d'emblée l'argumentation relative à la perte de chance de gagner un procès en raison des conclusions d'un rapport valide, en revanche l'annulation de celui-ci sera de nature à permettre plus aisément de se prévaloir de fautes de l'expert constatées par le jugement ayant prononcé l'annulation du rapport dans le cadre d'une procédure à laquelle il n'a pas été partie.

Cette démarche consistant en l'introduction d'une action tirée de l'opposabilité d'une décision de nature à faire grief à l'expert à l'égard de qui la voie de la tierce opposition paraît fermée, pose l'importante question du caractère non contradictoire à l'égard de l'expert des critiques de son rapport postérieurement à son dessaisissement ainsi que de ses effets.

S'il ne saurait être question de faire intervenir l'expert en qualité de partie dans la procédure dans laquelle il a déposé son rapport, il semblerait néanmoins souhaitable que celui-ci puisse avoir connaissance des conclusions des parties lorsqu'elles comportent des développements relatifs à l'existence de fautes de nature à affecter la validité du rapport aux fins de recueillir contradictoirement ses observations[5].

***

3. Très curieusement, en Norvège les experts peuvent être appelés à participer à la juridiction de jugement.
4. Affaire Procedo Capital Corporation c./Norvège, CEDH, 24 septembre 2009, obs. Patrick de FONTBRESSIN, Revue trimestrielle des droits de l'homme, 1982, pp. 399 ss.
5. Sur cette question, cf. les propositions du CNCEJ in L'expert de justice du XXIe siècle, éd. CNCEJ mars 2017.

D'autres difficultés apparaissent à l'occasion de missions fondées sur les dispositions des articles 1843-4 et 1592 du Code civil.

Si certes la mise en cause des conclusions du tiers évaluateur ou *« estimateur »*[6] suppose l'existence d'une *« erreur grossière »* pour que sa responsabilité puisse être engagée suivant le régime de la responsabilité contractuelle, la rédaction de certaines missions pourra parfois être l'objet de confusions propres à inviter une partie à diligenter une action à l'encontre de l'expert en se fondant sur le régime de droit commun de l'expertise judiciaire.

Il en ira ainsi lorsque l'ordonnance comportant une mission d'évaluation de parts sociales ou d'estimation d'un prix visera néanmoins les dispositions des articles 263 à 284 du Code de procédure civile et fixera le montant d'une provision à consigner au greffe.

En raison des termes de l'ordonnance inadaptés à la nature contractuelle de sa mission, alors même que la rémunération de l'expert devrait résulter d'une lettre de mission, celui-ci se verra contraint à la présentation au juge d'un mémoire aux fins de taxation de ses honoraires, susceptibles d'une contestation devant le Premier Président de la Cour d'appel.

Or le danger lié à la mauvaise rédaction de l'ordonnance ne se limitera pas à une difficulté en cas de contestation d'honoraires mais pourra permettre à une partie insatisfaite du montant de l'évaluation de tenter de remettre en cause l'ensemble du rapport et d'agir judiciairement sur un terrain plus vaste que celui circonscrit par la jurisprudence dans le cadre de telles missions.

En guise de conclusion, on ne saurait également manquer de souligner à quel point les dispositions actuelles de l'article 2224 du Code civil relatives à la prescription permettent d'ouvrir la voie aux actions en responsabilité les plus inattendues, parfois de très nombreuses années après que l'expert a déposé son rapport.

Ainsi que le demande le Conseil national des Compagnies d'Experts de Justice, par analogie avec le régime de la prescription applicable pour les avocats, il serait souhaitable de ne pas laisser planer le risque d'une action en responsabilité sur l'expert ou ses ayant-droits plus de cinq ans à compter de la fin de sa mission[7].

En attendant, dans le cadre spécifique des missions de l'article 1843-4 du Code civil et de l'article 1592 du Code civil, un usage adapté des dispositions de l'article 2254 alinéa 1 du Code civil inclus dans les lettres de mission pourrait être un remède à envisager en des temps où sous l'effet du consumérisme judiciaire croissant, trop souvent, selon la formule de Nietzsche, *« la responsabilité n'est que la plume de paon dont la vengeance se décore »*.

(Applaudissements)

M. ASSE. – Merci beaucoup Maître de FONTBRESSIN

Allocutions de synthèse et fin du congrès

M. ASSE. – En clôture de cette journée particulièrement studieuse, j'ai noté de l'intervention du professeur MERLE l'état des problèmes solutionnés, mais aussi l'apparition de nouveaux sujets de préoccupations, comme les actions des fonds d'investissements et la cybercriminalité.

Le professeur TORCK et M. Olivier PERONNET nous ont entretenus des problèmes de responsabilité et notamment du distinguo intéressant entre la responsabilité professionnelle d'une part, et la responsabilité contractuelle et délictuelle, d'autre part. Je pense qu'il faudra en tirer toutes les conséquences dans nos différents modes d'exercice.

J'ai retenu également de leur intervention, leurs critiques – que je faisais miennes – concernant les deux *« fameux »* arrêts du 14 novembre 1995 qui ont causé à l'époque un certain émoi chez les professionnels du chiffre.

Ensuite, nous avons pris connaissance des interventions de Madame le professeur CATTALANO-CLOAREC et de notre consœur, Mme Agnès PINIOT, sur la perte de chance.

Pour ma part, j'ai retenu que la notion de perte de chance ne s'opposait pas à un chiffrage réel, lequel devrait être précédé d'une analyse approfondie de sa nature et de ses caractéristiques. Cette demande permettra de donner une plus grande homogénéité aux décisions de justice en matière d'évaluation des pertes de chance.

Concernant l'intervention de Me BAYLE et de notre confrère M. Christian COLLÉTER, j'ai retenu la nécessité, pour les professionnels du chiffre, de se ménager la preuve de leurs décisions, de leurs conseils et de leurs

6. Jacques Moury, *« Article 1592 du Code civil : Un heureux redressement de qualification »*, Dalloz, 26 janvier 2017.
7. L'expert de justice du XXIe siècle, op. cit.

mises en garde ; il faut être très exigeant et ne pas hésiter à se ménager la possibilité d'une preuve qui sera utile dans le cadre d'une procédure qui pourra être ouverte contre le professionnel du chiffre.

Nous avons pris bonne note des clauses limitatives de responsabilité et de leur caractère désormais légal en matière d'expertise comptable, depuis un arrêt de la cour de Douai.

Ensuite, concernant l'intervention de Madame la présidente GUEGUEN et du rapporteur général, M. RAMONATXO, nous avons pris bonne note que le H3C est l'organe de régulation de la profession des commissaires aux comptes, et non pas des seuls commissaires aux comptes, ce qui permet d'englober tous les participants à la certification des comptes.

Concernant la réforme de l'audit, nous avons retenu que contrairement à ce que certains pouvaient penser, le H3C, et notamment le rapporteur général ne peut pas s'autosaisir, ce qui constitue une garantie indéniable et que le service du rapporteur général fonctionnait comme un service d'investigation.

Nous avons bien noté également la possibilité de cumul des poursuites et des sanctions.

C'est à mettre en parallèle ou en opposition avec le partage des responsabilités qui nous a préoccupé pendant des années et contre les conséquences desquelles la procédure de perte de chance nous a bien aidés. Dans ce cas précis, en effet nous sommes seuls à devoir répondre de nos propres insuffisances dans le cadre de l'exercice de nos professions et nous ne courrons pas le risque de la solidarité, n'en déplaise à nos adversaires.

Quand je pensais au partage des responsabilités, il s'agissait du partage de la responsabilité dans le cadre d'un sinistre comptable où, finalement, il est avéré que les comptes certifiés sans réserve étaient manifestement entachés de fautes, voire de fraude. Nous ne sommes pas en première ligne puisque l'information comptable n'est pas l'apanage de la fabrication des commissaires aux comptes, mais d'abord et avant tout celui de l'entreprise émettant ses comptes. A partir de là, nous pouvons envisager plus sereinement une reconnaissance de responsabilité. Peut-être par naïveté, nous pouvions penser que, de toute manière, l'auteur aura au moins 50 % et qu'avec éventuellement d'autres professionnels nous nous partagerions le complément à 100 %.

Il reste la dernière intervention de Me DELHOMME et de Me de FONTBRESSIN.

Nous avons bien retenu de l'intervention de Me DELHOMME le distinguo parfois tenu entre l'erreur et la faute, et le basculement de l'un à l'autre qui peut s'opérer assez facilement et auquel il faut être très vigilant.

Quant à Me de FONTBRESSIN, nous avons bien retenu le manquement à la neutralité objective et à la neutralité subjective, ainsi que les perversions auxquelles donne lieu l'utilisation abusive de l'article 1843-4 du Code civil et des risques pouvant résulter également de missions de tiers évaluateurs fondées non pas sur les seuls articles 1843-4 et 1592 du Code civil mais également sur les articles 263 à 284 dudit Code.

Merci beaucoup de votre attention.

Je passe la parole à Mme le Conseiller CHAMPALAUNE.

(Applaudissements)

Mme CHAMPALAUNE. – Merci.

J'ai pris énormément de notes, car je crois que ce congrès a rempli les espérances que personnellement j'y plaçais, et peut-être d'autres participants, à savoir d'être, comme les précédents, extrêmement instructif, et riche, avec une vision et un choix des thèmes, des intervenants et des approches croisées qui ont permis un traitement au plan théorique et pratique et, dans l'exhaustivité du sujet, particulièrement pertinent.

J'ai quelques observations après tout ce que j'ai entendu.

Vous aviez indiqué, Monsieur le président, qu'un contexte de réformes récentes justifiait ce sujet. Je l'avais souligné par rapport à certains textes qui mobiliseront les experts-comptables de justice.

Le professeur MERLE est parti d'un contexte plus lointain qui justifiait également toutes les évolutions dont il a été question et qui justifiait que nous nous intéressions à cette question.

Un troisième élément contextuel, très important et intéressant, a été apporté par le professeur M. TORCK sur le comportement, désormais, d'un certain nombre d'opérateurs. Il a évoqué notamment très précisément le cadre

de changement d'actionnaires qui sont l'occasion effectivement de faire des opérations évidemment de vérification et qui vont donner lieu à des mises en cause de responsabilité.

C'est d'ailleurs un phénomène que nous connaissons dans d'autres domaines du droit. En matière de concurrence notamment, c'est souvent au moment d'un changement d'actionnaires que certaines choses se révèlent et que très vite nous courons vers l'autorité de la concurrence pour obtenir une procédure de clémence, une immunité d'amende, car le nouvel actionnaire a fait des investigations lui permettant de mettre au jour un certain nombre de pratiques.

Je trouve donc que ces points croisés de justification, de tendance longue, de tendance de fonctionnement économique et d'actualité juridique ont été très bien retracés tout au long de cette journée.

Les éminents professeurs qui sont intervenus ont également bien retracé les aspects juridiques de cette responsabilité, ses différentes composantes, ses différentes règles, ses difficultés éventuellement de mise en œuvre et ses subtilités.

Un point : je me suis demandé, à l'évocation notamment des différents types de responsabilités et des conséquences sur la prescription, si certains esprits ne pouvaient pas s'emparer de ce qui peut paraître une difficulté, qui nourrit du contentieux, des débats, sur une idée de simplification, d'harmonisation.

Face à ces situations, le législateur peut dire : *« Simplifions : un seul délai, une seule prescription, un seul régime »*.

En écoutant cela et en l'éprouvant au traitement des dossiers par ailleurs, je me suis dit qu'il pourrait germer cette idée de simplification. Au contraire, il nous a très bien été exposé que pour chacune de ces natures de responsabilité – et j'englobe ce qui nous a été dit en termes de responsabilité professionnelle ; poursuite des objectifs particuliers –, il s'agit évidemment d'avoir toujours en tête, pour la justification de ces règles et de ces différences, quels sont les intérêts juridiquement et légitimement protégés et que nous ne pouvons pas vouloir nécessairement, forcément une unification systématique.

Pour rester dans ce registre des correspondances, j'ai été très attentive à ce que nous indiquait Madame la présidente du H3C sur l'attention extrême qu'elle portait à un évidement du risque d'instrumentalisation de son institution.

Et en même temps, chacun des régimes, mis les uns à côté des autres, construit un ensemble très cohérent d'appréhension et de protection de tous ces intérêts différents, privés ou objectifs : de bons fonctionnements des marchés, de bons fonctionnements de l'économie ou des intérêts privés attachés à tout cela.

Par exemple, en matière de concurrence, il existe bien désormais une complémentarité des institutions s'occupant de contentieux objectifs – pour faire simple –, dont les décisions peuvent faciliter, dans le domaine subjectif, la protection des intérêts privés.

Je pensais à la réforme de la responsabilité civile – à supposer qu'elle aboutisse – dans la nouvelle définition de la faute, où serait qualifié de faute le manquement à une obligation légale et/ou à une obligation générale de prudence. Il est bien évident qu'en veillant à ce risque d'instrumentalisation, un constat et une condamnation par le H3C d'un manquement professionnel, est évidemment, pour une partie privée, le moyen d'avoir une démonstration de faute qui, en l'état des règles actuelles, ne vaudrait pas pour le juge une règle automatique le liant.

Cependant, ce serait tout de même une considération très attentive de ce qu'une autorité comme le H3C déciderait comme étant un manquement : c'est tout de même de nature singulière à faciliter les actions en responsabilité.

J'ai été aussi très attentive à ce qui a été indiqué, voire critiqué, sur cette problématique de perte de chance, à ces appels, à une clarification peut-être par la Cour de cassation.

Cependant, j'observe également que la doctrine elle-même est partagée sur ces questions et sur cette notion. Dans le projet de réforme sur la responsabilité civile, la définition de la Cour de cassation, sur la perte de chance, est reprise à l'abstraction, comme l'a bien relevé ce matin notre intervenante sur le sujet, la question du caractère sérieux de cette perte de chance.

En tout cas, un véritable appel a eu lieu au rôle des experts-comptables de justice pour aider à cette évaluation et fournir tous les éléments possibles pour que cette perte de chance soit mieux évaluée.

Je répondrai à cette intervenante qui disait que finalement, pour les juges, il est plus confortable d'en dire le moins possible et qu'ils éviteraient la censure par la Cour de cassation ; ce n'est pas tout à fait exact.

En effet, la Cour veille également aux règles de fond pour que le procès se fasse dans des conditions correspondant aux règles du procès équitable et surtout que le juge accomplisse son office. Parmi son office, il doit répondre aux conclusions dont il est saisi et motiver sa décision.

Apprécierait-il souverainement l'existence et l'étendue d'un préjudice ?

S'il a été saisi, conclusion précise lui demandant d'évaluer telle ou telle chose d'une certaine manière, et qu'il

ne l'a pas fait, il sera susceptible à cet égard d'encourir la censure.

Je voulais juste pondérer un peu, même s'il s'agit de technique de cassation, le fait que, par ailleurs, procéder par pure affirmation n'est pas une motivation au sens des obligations pesant sur le juge au terme de l'article 455 du Code de procédure civile.

Nous avons vu la problématique de la preuve qui est évidemment fondamentale.

Les choses étaient plaisamment plaisantées sur le thème : *« Ménagez-vous des preuves d'échapper à votre responsabilité ? »*

Nous pouvons le voir sous un autre angle : *« Ménagez-vous la preuve de ce qu'en droit, lorsque vous êtes débiteur d'une obligation, vous devez prouver que vous l'avez accompli »*.

En ce sens, la lettre de mission n'est pas une insulte pour faciliter la vie du juge qui ne lit pas dans le marc de café et qui ne pratique par l'art divinatoire et auquel il est, par ailleurs, interdit de dénaturer les actes dont il est saisi. Plus une lettre de mission est claire et précise, plus la condamnation, mais tout autant, l'exonération de responsabilité se fera de façon motivée et pertinente.

Il y aurait encore bien d'autres choses à dire.

La dernière intervention nous a quand même démontré l'existence des risques de dévoiement par la mise en cause de la responsabilité des experts-comptables, mais des experts de justice au sens large.

Magistrats, experts et évidemment avocats concourent à l'oeuvre de justice. C'est un échec collectif, à mon avis, par rapport à la réalisation de cet objectif que de dévoyer des règles ayant pour objet d'assurer la réalisation par le procès ou la consécration d'un droit, sa reconnaissance judiciaire.

Je ne parlerai pas de vérité ; il s'agit d'une vérité judiciaire.

Néanmoins, je pense que nous devons être très attentifs à ces risques.

D'ailleurs, Me de FONTBRESSIN l'a évoqué ; sans créer de polémique à cet égard, je pense que les propres règles professionnelles des avocats s'opposent à certaines attitudes qui d'ailleurs concernent également les magistrats. Le précédent Garde des Sceaux avait commandé un rapport sur des problématiques de récusation systématique des magistrats de nature là aussi à empêcher la réalisation de l'œuvre de justice.

Tout cela peut s'aménager, et peut-être s'aménagera, si les propositions qu'a faites la Compagnie nationale des experts de justice par des textes, notamment pour les problématiques de prescription, etc., mais un état d'esprit de loyauté doit régner avant tout et doit animer tous ceux concourant à l'œuvre de justice.

Je n'ai exprimé qu'une petite partie de l'intensité de mes notes et de l'intensité de l'intérêt des travaux, dont nous pourrons profiter grâce à la mise en ligne de ces contributions à laquelle vous procédez.

Au nom de la Cour, mais également à titre personnel, je vous remercie de m'avoir permis, par l'intermédiaire de la désignation du Premier président, de participer à vos travaux.

(Applaudissements)

(Les interventions sont closes).

Merci beaucoup Madame le Conseiller,
Merci Madame la Présidente du Haut Conseil du Commissariat aux comptes,
Merci M. Le Rapporteur général du Haut Conseil du Commissariat aux comptes,
Merci M. les professeurs,
Merci M. les avocats
Merci mes chères consœurs et chers confrères,

Et bien sûr un grand merci à M. Michel ASSE, notre rapporteur général, à qui j'adresse toutes mes félicitations pour la maîtrise et la perfection avec lesquelles il a conduit cette journée d'étude.

Pour tout vous dire, je termine cette journée extrêmement riche et dense, bien plus rassuré qu'en son début.

A entendre nos brillants intervenants les risques ont été parfaitement décrits de sorte que vous sachiez vous en prémunir et le cas échéant les limiter, votre responsabilité pouvant alors être écartée.

Néanmoins, à vous écouter, il m'apparaît que toutes les problématiques évoquées ont été parfaitement appréhendées par mes confrères et qu'en conséquence les mises en cause sont finalement peu nombreuses.

Je souhaitais en début de matinée que cette journée d'étude soit positive, il me semble que l'objectif a été atteint.

Cependant, nous ne pouvons pas nous en satisfaire car la recherche de l'excellence doit être notre quotidien. C'est pourquoi, pour vous y aider, nous publierons une série de brochures techniques sur les différentes problématiques que nous sommes amenés à connaître.

De surcroît, il sera de bonne pratique que la seule préoccupation, pour l'ensemble des professionnels du chiffre, soit la satisfaction de l'intérêt général fut-ce au détriment des nôtres.

Je suis totalement convaincu que face aux changements de tous types auxquels nous sommes confrontés, c'est la seule conduite à tenir.

J'en terminerai en évoquant un sujet avancé ce matin par le Professeur MERLE, à savoir les cyber risques auxquels nous sommes confrontés et pour lesquels je ne suis pas certain que tous les professionnels du chiffre en aient pris l'exacte mesure. Tant et si bien que sans jouer les Cassandre, il est fort à parier que ce risque véhiculera de nombreux sinistres et vraisemblablement pour des montants importants.

J'en profite pour vous informer que le règlement européen (RGPD) relatif à la protection des données personnelles entrera en vigueur le 25 mai 2018 assorti de sanctions administratives et pénales très lourdes.

Nous aurons l'occasion d'en reparler, notamment à l'occasion du 58e Congrès de notre Compagnie qui se tiendra en octobre 2019 à Toulouse sur les cyber risques, M. Mathieu AMICE en sera le rapporteur général et le commissaire général sera M. Gérard CAZENEUVE.

En vous renouvelant à vous tous mes remerciements les plus vifs, permettez-moi de vous souhaiter une bonne soirée.

NOTES

COMPOGRAVURE
IMPRESSION, BROCHAGE

CHIRAT
Imprimeur - Relieur

42540 ST-JUST-LA-PENDUE
SEPTEMBRE 2018
DÉPÔT LÉGAL 2018
N° 201809.0188

IMPRIM'VERT

IMPRIMÉ EN FRANCE

34e Congrès national : Dijon, 6 octobre 1995. Sous la présidence de M. Jean LEONNET, conseiller à la Cour de cassation. Rapporteur général, M. André GAILLARD, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire et le droit.

33e Congrès national : Orléans, 21 octobre 1994. Sous la présidence de M. Pierre BEZARD, président de la chambre commerciale de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Jean-Claude CAILLAU, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire et l'évaluation d'entreprises.

32e Congrès national : Angers, 22 octobre 1993. Sous la présidence de M. Pierre BEZARD, président de la chambre commerciale de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Henri ESTEVE, expert près la Cour d'appel de Lyon, agréé par la Cour de cassation.
Le rôle de l'expert judiciaire dans la recherche de la responsabilité des dirigeants et des tiers concernés par les procédures collectives.

31e Congrès national : Chambéry, 2 octobre 1992. Sous les présidences de M. Pierre BEZIO, procureur général près la Cour de cassation, et de M. Pierre BEZARD, président de la chambre commerciale de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Pierre DARROUSEZ, expert près la Cour d'appel de Douai, agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire et les infractions boursières.

30e Congrès national : Paris, octobre 1991. Sous les présidences de M. Pierre DRAI, premier président de la Cour de cassation, et de M. Pierre BEZIO, procureur général près la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Jean CLARA, expert près la Cour d'appel de Douai, agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire et les droits des justiciables, vingt ans après.

29e Congrès national : Aix-en-Provence, 5 octobre 1990. Sous la présidence de M. Pierre BEZIO, procureur général près la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Claude BREVAL, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
La comptabilité dans la nouvelle législation sur la banqueroute.

28e Congrès national : Pau, 6 octobre 1989. Sous la présidence de M. R. DEFONTAINE, président de la chambre commerciale de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. André DANA, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire et l'application des clauses de garantie de passif.

27e Congrès national : Rouen, 7 octobre 1988. Sous la présidence de M. Jean LEONNET, directeur des affaires civiles et du sceau. Rapporteur général, M. Pierre FEUILLET, expert près la Cour d'appel de Rouen, agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire et la quête documentaire.

26e Congrès national : Bordeaux, 16 octobre 1987. Sous la présidence de M. Jean-Marie GUTH, conseiller à la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Francis WINDSOR, expert près la Cour d'appel de Caen.
L'expert judiciaire face à la responsabilité civile des professionnels.

25e Congrès national : Lyon, 7 novembre 1986. Sous la présidence de M. R. DEFONTAINE, conseiller à la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Jean BELOU, expert près la Cour d'appel de Toulouse.
L'expertise en diagnostic d'entreprise.

24e Congrès national : Douai, 4 octobre 1985. Sous la présidence de M. R. DEFONTAINE, conseiller à la Cour de cassation. Rapporteur général, M. André HENROT, expert près la Cour d'appel de Metz.
L'image fidèle et l'application des nouveaux textes répressifs visant la présentation des comptes sociaux.

23e Congrès national : Colmar, 5 octobre 1984. Sous la présidence de Mme Simone ROZES, premier président de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Pierre FEUILLET, expert près la Cour d'appel de Rouen, agréé par la Cour de cassation.
L'expert judiciaire dans les pays de la Communauté européenne.

22e Congrès national : Palais des Papes, Avignon, 28 octobre 1983. Sous la présidence de M. ESCANDE, conseiller à la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Claude BREVAL, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
L'expert judiciaire face aux problèmes posés par la notion de cessation des paiements.

21e Congrès national : Angers, 5 novembre 1982. Sous la présidence de M. Michel OLIVIER, conseiller à la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Jean CLARA, expert près la Cour d'appel de Douai, agréé par la Cour de cassation.
L'expert judiciaire face aux problèmes posés par l'informatique.

20e Congrès national : Nancy, 16 octobre 1981. Sous la présidence de M. Roger VIENNE, président de la chambre commerciale de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Pierre FEUILLET, expert près la Cour d'appel de Rouen, agréé par la Cour de cassation.
L'intervention de l'expert judiciaire en comptabilité en cas de mise en œuvre de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967.

19e Congrès national : Toulouse, 3 octobre 1980. Sous la présidence de M. Pierre CHABRAND, conseiller à la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Pierre HEME, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
L'expert judiciaire en comptabilité face à certaines dispositions du nouveau code de procédure civile.

18e Congrès national : Versailles, 26 octobre 1979. Sous la présidence de M. Pierre BELLET, premier président de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Félix THORIN, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire face aux problèmes posés par les groupes de sociétés.

17e Congrès national : Caen, 3 novembre 1978. Sous la présidence de M. Guy CHAVANON, procureur général près la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Pierre DUCOROY, expert près la Cour d'appel de Montpellier, agréé par la Cour de cassation.
L'expertise judiciaire en matière d'abus de droit de majorité.

16e Congrès national : Reims, 4 novembre 1977. Sous la présidence de M. Albert MONGUILAN, premier président de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Jean CLARA, expert près la Cour d'appel de Douai.
Les problèmes posés à l'expert-comptable judiciaire devant les irrégularités commises en vue du maintien en activité des entreprises en difficulté.

15e Congrès national : Nice, 15 octobre 1976. Sous la présidence de M. CENAC, président de la chambre commerciale de la Cour de cassation. Rapporteur général, Mlle Simone DOYEN, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
La mission de l'expert en cas de poursuites du chef de majoration frauduleuse des apports.

14e Congrès national : Grenoble, 21 novembre 1975. Sous la présidence de M. Adolphe TOUFFAIT, procureur général près la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Robert FOURNIER, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
Les infractions en matière immobilière.

13e Congrès national : La Baule, 4 octobre 1974. Sous la présidence de M. Michel OLIVIER, premier vice-président du Tribunal de grande instance de Paris. Rapporteur général, M. Gérard AMEDEE-MANESME, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
La nouvelle réglementation de l'expertise judiciaire en matière civile.

12e Congrès national : Angers, 16 novembre 1973. Sous la présidence de M. BELLET, président de la 1re chambre civile de la Cour de cassation.
L'évaluation du préjudice de l'individu et de l'entreprise en cas d'accident corporel et de rupture de contrat.

11e Congrès national : Toulouse, 24 novembre 1972. Sous la présidence de M. FONADE, conseiller à la Cour de cassation. **La notion de bilan inexact.**

Liste des actes des congrès épuisés : années 1972, 1973, 1976, 1981, 1984, 1985, 1986, 1987, 1988, 1989, 1990, 1991, 1993, 1996 et 1997.