

**COMPAGNIE NATIONALE DES EXPERTS JUDICIAIRES EN COMPTABILITE**

(Cour de Cassation et Cour d'Appel)

---

XVI<sup>e</sup> CONGRES NATIONAL

---

***JOURNÉE D'ÉTUDE***

sur le thème

**LES PROBLÈMES POSÉS  
A L'EXPERT COMPTABLE JUDICIAIRE  
DEVANT LES IRRÉGULARITÉS COMMISES  
EN VUE DU MAINTIEN EN ACTIVITÉ  
DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ**

(Palais de Justice - Reims)

**4 novembre 1977**

---



**COMPAGNIE NATIONALE DES EXPERTS JUDICIAIRES EN COMPTABILITE**

(Cour de Cassation et Cour d'Appel)

---

XVI<sup>e</sup> CONGRES NATIONAL

---

***JOURNÉE D'ÉTUDE***

sur le thème

**LES PROBLÈMES POSÉS  
A L'EXPERT COMPTABLE JUDICIAIRE  
DEVANT LES IRRÉGULARITÉS COMMISES  
EN VUE DU MAINTIEN EN ACTIVITÉ  
DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ**

(Palais de Justice - Reims)

**4 novembre 1977**

---

**COMPTE RENDU STENOGRAPHIQUE**

---





## TABLE DES MATIERES

<b>Ouverture de la journée d'étude</b> .....	<b>9</b>
<b>Rapport introductif</b> (première partie) .....	<b>13</b>
Présenté par M. Jean Clara, Expert près la Cour d'appel de Douai	
<b>L'Entreprise en difficulté à l'intérieur d'un groupe</b> .....	<b>19</b>
Rapport présenté par Mme H. Bon, Expert près la Cour d'appel de Paris	
<b>La responsabilité des Etablissements financiers à l'occasion de la poursuite irrégulière de l'activité d'une Entreprise</b> .....	<b>31</b>
Rapport présenté par M. P. Ducoroy, Expert agréé par la Cour de Cassation	
<b>Rapport introductif</b> (deuxième partie) .....	<b>43</b>
Présenté par M. Jean Clara, Expert près la Cour d'appel de Douai	
<b>L'intervention des pouvoirs publics en vue de maintenir l'emploi et les conséquences diverses de cette intervention</b> .....	<b>47</b>
Rapport présenté par M. Jean Salato, Expert agréé par la Cour de Cassation	
<b>Les problèmes posés après l'engagement des procédures de règlement judiciaire, de liquidation de biens et de suspension provisoire des poursuites</b> .....	<b>53</b>
Rapport présenté par M. A. Bioteau, Expert près la Cour d'appel d'Angers	
<b>Rapport de synthèse</b> .....	<b>67</b>
Présenté par M. J. Clara, Expert près la Cour d'appel de Douai	



Sous la présidence de

**M. Albert MONGUILAN**

Premier Président de la Cour de Cassation

La journée d'étude sur le thème

**L'EXPERT COMPTABLE JUDICIAIRE DEVANT LES IRREGULARITES COMMISES  
EN VUE DU MAINTIEN EN ACTIVITE DES ENTREPRISES EN DIFFICULTE**

a été organisée par

**Paul GRIZIAUX**

Président de la Compagnie Nationale des Experts judiciaires en comptabilité

**et le CONSEIL NATIONAL DE LA COMPAGNIE, ainsi composé pour 1977**

Présidents d'honneur : Honoré MARTIN (Aix-en-Provence)  
Gérard AMEDEE-MANESME (Paris)  
Socrate BIEUVILLE (Paris)

Président : Paul GRIZIAUX (Amiens, Douai, Reims)

Vice-Président : Mlle Simone DOYEN (Paris)

Secrétaire Général : Félix THORIN (Paris)

Trésorier Général : Jean CLARA (Amiens, Douai, Reims)

Membres : les Présidents des Sections Autonomes constituées

A. FERAUD (Aix-en-Provence)	R. BODA (Nancy)
F. NOEL (Amiens, Douai, Reims)	P. GIRARD (Poitiers)
R. DOUGE (Angers)	Mme BOUCHON (Paris)
A. FOURES (Bordeaux)	C. PICAVET (Rennes)
P. MOLLIER (Dijon, Besançon)	J. AUMAITRE (Riom, Bourges, Limoges)
H. GOLLNISCH (Lyon, Chambéry, Grenoble)	C. DUPARC (Rouen, Caen)
P. DUCOROY (Montpellier, Nîmes)	A. GRACIE (Toulouse, Agen, Pau)

Membres cooptés : R. BEDEL (Aix-en-Provence), A. BIOTEAU (Angers), A. FOURNIER (Paris), C. MEUNIER (Lyon, Chambéry, Grenoble).

Représentants supplémentaires de Sections groupant plus de 25 membres : J. LAURENS (Aix, Marseille), J. KALPAC (Aix, Marseille), E. POUILLY (Amiens, Douai, Reims), P. LECOINTE (Amiens, Douai, Reims), Y. COVIAUX (Lyon, Chambéry, Grenoble), G. ESTANY (Montpellier, Nîmes), L. RECHARD (Orléans, Poitiers), M. FOURNIER (Paris), H. GIRARD (Paris), A. BARRAULT (Rennes), J.-Y. FRUGIER (Riom, Bourges, Limoges), J. BELOU (Toulouse, Agen, Pau)

**et la SECTION AUTONOME D'AMIENS - DOUAI - REIMS**

**dont le Bureau, pour l'année 1977, était ainsi composé :**

Président : Francis NOEL

Vice-Présidents : AMIENS : MEUNIER Pierre  
DOUAI : POUILLY Eugène  
REIMS : DUMONT Christian

Secrétaire-Trésorier : SOBESKY Jules



## OUVERTURE DE LA JOURNEE D'ETUDE

placée sous la présidence de M. Albert MONGUILAN,  
Premier Président de la Cour de Cassation

VENDREDI 4 NOVEMBRE 1977

### Allocution de Paul GRIZIAUX

Président National de la Compagnie

Monsieur le Premier Président de la Cour de Cassation,  
Messieurs les Premiers Présidents,  
Messieurs les Procureurs Généraux,  
Messieurs les Magistrats,  
Mesdames,  
Messieurs,  
Mes chers Confrères,

Monsieur le Premier Président Monguilan, c'est un grand honneur pour notre Compagnie de vous accueillir à Reims à l'occasion de notre XVI<sup>e</sup> Congrès National et nous sommes sensibles à l'intérêt que vous avez bien voulu porter à nos travaux en acceptant d'en assumer la présidence.

Le droit des affaires, l'intérêt porté à l'étude des problèmes économiques, sociaux, financiers et à leur évolution, vos éminentes qualités de juriste, votre humanisme ont marqué l'orientation de votre brillante carrière dont, si vous le permettez, je résumerai l'essentiel.

Après quelques brefs séjours en province, c'est à Paris que, dès la libération, votre carrière de magistrat prend tout son éclat : Conseiller à la Cour d'Appel, Président de Chambre en 1951, vous êtes nommé Conseiller à la Cour de Cassation en 1956, puis Président de la Chambre Commerciale en 1972 et vous accédez à la magistrature suprême le 23 juin 1975. Titulaire de la médaille de la Résistance, le gouvernement de la République, rendant hommage à vos mérites, vous a élevé le 12 juillet 1977 à la dignité de Grand Officier de la Légion d'honneur. Je vous prie de m'excuser, Monsieur le Premier Président, mais je me devais de rappeler ces grandes étapes de votre vie professionnelle consacrée au service de l'Etat et de la Justice.

J'exprimerai également notre gratitude et nos remerciements à Messieurs les Premiers Présidents Binet, Charrier, Finot, ainsi qu'à Messieurs les Procureurs Généraux Lacoste, Jouhaud et Verney représentant respectivement les Cours d'Amiens, Douai et Reims. Mes sincères remerciements vont également à Monsieur Gondre, Vice-Président du Tribunal de Grande Instance de Paris, qui a bien voulu apporter à l'un de nos groupes de travail sa compétence et son expérience.

Je salue respectueusement et je remercie de leur présence Messieurs Mignucci et Berthier, Président et Procureur de la République du Tribunal de Grande Instance de Reims ; Monsieur Cesselin, Président

du Tribunal de Commerce de Paris, dont nous apprécions la fidélité et l'intérêt qu'il porte à nos manifestations ; Maître Savreux, Président de la Conférence des Bâtonniers ; Monsieur Thouvenot, Président de la Fédération Nationale des Compagnies d'Experts judiciaires ; Monsieur Sigaut, Président du Conseil National des Commissaires aux comptes ; Monsieur Damerval, Président de l'Institut Français des Experts Comptables.

Enfin, j'adresse ma reconnaissance à tous ceux qui ont œuvré pour la réussite de cette manifestation et tout particulièrement à Monsieur le Président Finot qui a mis à notre disposition la salle dans laquelle vont se dérouler nos travaux et à notre confrère Noël, Président de notre section régionale, qui a assumé la charge de l'organisation matérielle de notre Congrès.

Je n'aurais garde d'oublier les confrères qui ont consacré de longues heures à la préparation et à la rédaction des rapports qui vous seront présentés.

Il est superflu de rappeler que le sujet que nous avons retenu est d'une brûlante actualité. L'élargissement des marchés, la concurrence internationale, l'évolution des techniques et des rapports sociaux, les hausses de prix des matières premières imposées depuis la fin de l'année 1973 ont bouleversé la vie des entreprises. C'est ainsi que les plus fragiles se trouvent confrontées avec des difficultés entraînant souvent l'arrêt pur et simple de leur activité. De telles situations ne pouvaient laisser insensibles tous ceux qui participent à la vie des entreprises : le personnel, les fournisseurs, les créanciers, les actionnaires, les banquiers et bien entendu les pouvoirs publics dans la mesure où l'intérêt général est menacé au niveau d'une localité, d'une région, voire de la Nation lorsqu'il s'agit d'entreprises d'une certaine dimension.

Juristes, économistes, magistrats et chefs d'entreprises ont tenté de définir la notion d'entreprise en difficulté ainsi que les critères et indices à partir desquels l'on pouvait considérer qu'une entreprise se trouvait en situation difficile et ont recherché les moyens à mettre en œuvre pour assurer leur survie lorsque cela paraît possible. C'est ainsi que sous l'égide de l'Association « Droit et Commerce », deux colloques ont été organisés avec un vif succès en mars 1976 et février 1977. M. le Professeur Du Pontavice en fut l'un des animateurs. Nous aurions vivement souhaité qu'il participât, comme il le fit l'année dernière, à nos travaux et c'est avec regret

qu'il nous a fait connaître récemment son impossibilité de se joindre à nous.

Enfin, dès 1975, le Comité Sudreau, constitué sur la demande des pouvoirs publics, a également évoqué ce problème en raison de ses implications sur les plans économique et social.

Nous avons souhaité donner à nos réflexions une orientation sensiblement différente. Il s'agit pour l'expert comptable judiciaire chargé d'une mission dans une information ouverte contre les dirigeants d'une entreprise en difficulté de rechercher les irrégularités qu'ils ont pu commettre en vue précisément d'assurer la poursuite ou le maintien de son activité.

Nous ne reviendrons donc pas sur la notion d'entreprise en difficulté et pas davantage sur la recherche des critères qui la caractérisent. Les travaux de haute qualité auxquels j'ai fait allusion nous dispensent fort aisément de le faire.

La mission confiée à l'expert comptable judiciaire se situe souvent alors que l'entreprise a cessé toute activité et qu'elle se trouve en état de cessation de paiement et les investigations de l'expert comptable s'étendront généralement sur trois périodes correspondant à la dégradation progressive de la situation de l'entreprise.

La première, et la plus difficile à cerner, est celle au cours de laquelle l'entreprise se trouve confrontée avec des difficultés réelles ou potentielles menaçant la continuité de son exploitation. Ces difficultés résultent souvent d'une mauvaise gestion entraînant une insuffisance ou une absence de rentabilité, d'une politique incohérente d'investissement, d'un endettement anormal, d'un mauvais climat social, de la perte de débouchés et de marchés, de créances impayées, etc.

La seconde période peut s'inscrire dans le cadre de la procédure de suspension provisoire des poursuites et d'apurement collectif du passif prévu par l'ordonnance du 23 septembre 1967 tendant à la sauvegarde de certaines entreprises importantes, en situation financière difficile, mais non irrémédiablement perdue.

Enfin, la troisième découle de l'état de cessation de paiement entraînant l'engagement des procédures de règlement judiciaire, de liquidation de biens et de faillite instituées par la loi du 13 juillet 1967.

C'est fréquemment durant la première période, pour des causes diverses, et parfois sous la pression d'éléments extérieurs que les dirigeants, soucieux de maintenir l'activité de leur entreprise, en dissimulent la véritable situation et se rendent coupables d'irrégularités susceptibles d'entraîner leur responsabilité civile et pénale.

Nous avons volontairement limité nos travaux à quelques aspects particuliers de ce délicat problème du maintien en survie des entreprises en difficulté et nous entendrons successivement :

— Mme Bon, expert agréé par la Cour d'Appel de Paris, sur l'entreprise en difficulté à l'intérieur d'un groupe ;

— M. Pierre Ducoroy, expert agréé par la Cour de Cassation, traitera de la responsabilité des établissements financiers à l'occasion de la poursuite irrégulière de l'activité d'une entreprise ;

— M. Jacques Salato, expert agréé près la Cour de Cassation, exposera les conséquences des diverses

interventions des pouvoirs publics en vue de maintenir l'emploi ;

— Enfin, les problèmes posés après l'engagement des procédures de règlement judiciaire, de liquidation de biens, de suspension provisoire des poursuites seront évoqués par notre confrère Bioteau, expert près la Cour d'Appel d'Angers.

Jean Clara, expert près la Cour d'Appel de Douai, rapporteur général, introduira les débats et présentera le rapport de synthèse.

Chaque exposé sera suivi d'une discussion que je souhaite intéressante et largement ouverte.

Je vous remercie, messieurs, de votre attention.

Puis-je vous prier maintenant, Monsieur le Premier Président, de bien vouloir ouvrir les débats de notre XVI<sup>e</sup> Congrès National ?

*(Applaudissements.)*

**M. Monguilan, Premier Président de la Cour de Cassation.** — Monsieur le Président, mes chers Collègues (par chers Collègues, j'entends tous mes Collègues, qu'ils soient Magistrats professionnels ou Magistrats consulaires), Mesdames, Messieurs,

Je vais, bien sûr, répondre à l'invitation du Président Griziaux en ouvrant les débats, mais je veux d'abord vous remercier de m'avoir invité. C'est pour moi un honneur et c'est avec beaucoup d'intérêt que je vais suivre vos travaux.

Je voudrais tout de même vous faire un reproche au départ, Monsieur le Président : vous avez commencé — je ne m'y attendais pas du tout — par une sorte de panégyrique me concernant, ce qui m'a donné le sentiment que vous m'enterriez ou, pour le moins, que je parlais à la retraite et que l'on faisait mon éloge... (rires).

Ma retraite est proche en effet.

Ce sentiment n'altère pas, croyez-le bien, mon plaisir d'être ici aujourd'hui. Je suis très heureux de me trouver parmi vous, très heureux de vous saluer et de faire votre connaissance ou avec certains, plus ample connaissance. Car, comme vous l'avez très justement dit, c'est la seule chose qui soit vraie dans le portrait que vous avez fait de moi : je m'intéresse et je me suis intéressé depuis très longtemps, à toutes les questions économiques et financières.

Ce sont de vieilles amours qui remontent à une trentaine d'années maintenant. En effet, quand j'étais Conseiller à la Cour d'Appel de Paris, j'appartenais à la troisième Chambre de cette Cour qui, comme vous le savez, est la principale Chambre s'occupant des questions commerciales. J'ai été le Président, ensuite, de cette Chambre, puis nommé à la Cour de Cassation, j'ai toujours appartenu, soit comme Conseiller, soit comme Président, à la Chambre Commerciale et Financière, en sorte que ce sont des questions économiques et financières que je traite et que je connais depuis de nombreuses années. Mais on a toujours à apprendre, car nous nous trouvons devant une matière changeante qui ne cesse d'évoluer et nous avons vu l'éclosion de bien des textes, que ce soit en matière de droit des sociétés, en matière de liquidation des biens et de règlement judiciaire, que l'on appelait autrefois le droit de la faillite, en matière de suspension provisoire des poursuites et je passe beaucoup d'autres

innovations. Je constate d'ailleurs que nous ne sommes pas au bout du flux législatif puisque le Conseil des Ministres d'hier a délibéré sur un nouveau projet de loi.

Il s'agit maintenant de s'occuper en priorité de la prévention et du traitement des entreprises en difficulté. C'est vous dire combien le thème que vous avez choisi pour votre Congrès se révèle plus que jamais comme un sujet d'une brûlante actualité. Lorsque vous êtes venu me trouver, il y a quelque temps, monsieur le Président, dans mon Cabinet, pour me proposer cette flatteuse présidence de votre Congrès, je vous avoue que j'étais a priori très réservé pour accepter, étant donné la charge de mon agenda car je n'étais pas tellement disponible, mais vous m'avez tout de suite alléché en me disant « Vous ne savez pas quel est le thème ! », et lorsque vous m'avez indiqué quel en était le thème, je n'ai pas pu résister... et puis, l'on ne résiste pas non plus à votre sourire et à votre amabilité.

C'est pourquoi je me trouve aujourd'hui parmi vous. Très heureux de m'y trouver et très désireux aussi de m'instruire car, ainsi que je le disais à

l'instant, on a toujours à apprendre. Je pense que la confrontation entre les magistrats et les experts — qui sont vraiment tout à fait au contact des réalités et qui vivent les choses ou qui dissèquent une affaire lorsque, malheureusement, cette affaire doit être autopsiée — est toujours très utile et nous apporte beaucoup, à nous, magistrats. Vous êtes notre liaison avec la vie des affaires et nous avons évidemment besoin que vous nous fournissiez tous les éléments pour pouvoir décider et pour pouvoir trancher, pour pouvoir jauger, le cas échéant, les responsabilités. Or, il est certain que plus nous nous rencontrons, plus nous avons de contacts, plus nous pouvons les uns et les autres accomplir utilement notre mission.

Je vais maintenant passer la parole à M. Clara qui a bien voulu se charger de l'introduction, avant de nous présenter ce soir, une synthèse des travaux.

Vous êtes, monsieur, le début et la fin, l'alpha et l'oméga si je puis dire... pour le moment, vous êtes l'alpha : je vous donne la parole !

*(Applaudissements.)*





**Rapport sur**

**LES PROBLEMES POSES A L'EXPERT COMPTABLE JUDICIAIRE  
DEVANT LES IRREGULARITES COMMISES EN VUE DU MAINTIEN EN ACTIVITE  
DES ENTREPRISES EN DIFFICULTE**

INTRODUCTION

(Première partie)

présenté par

M. J. CLARA, Expert agréé près la Cour d'appel de Douai



Monsieur le Premier Président de la Cour de Cassation,  
Messieurs les Premiers Présidents et Messieurs les Procureurs Généraux,  
Messieurs les Magistrats,  
Mes chers Confrères,  
Mesdames, Messieurs,

Les actions intentées contre les dirigeants d'entreprises défaillantes visaient souvent à éliminer un commerçant ou un dirigeant de Société malchanceux, sans aucun souci du maintien de l'entité économique constituée par l'établissement considéré. Ces actions n'intervenaient en général qu'après la constatation de l'état de cessation de paiements.

Des procédures nouvelles sont maintenant prévues envers les dirigeants d'entreprises en difficulté n'ayant pas encore atteint le stade de la cessation des paiements.

L'enquête de préfaillite est une investigation en vue d'éviter le maintien en activité d'entités économiques condamnées à disparaître, assurant ainsi la protection des créanciers contre une aggravation trop importante du passif.

La suspension provisoire des poursuites permet aux entreprises en situation difficile de connaître un répit propre à leur permettre un redressement sous contrôle.

Indépendamment de ces procédures, il est assez courant de constater que les dirigeants d'entreprises dont la situation tend à se détériorer ont des comportements propres à cacher la situation réelle de leur entreprise. Ces attitudes peuvent devenir progressivement des manœuvres qui peu à peu prennent un caractère frauduleux.

Il n'était pas dans notre intention de traiter toutes les hypothèses possibles et nous avons voulu dans les rapports étudier les cas des interventions extérieures auxquelles sont souvent soumises les entreprises. Il paraît cependant nécessaire de rappeler les manœuvres ou les moyens utilisés par les dirigeants qu'ils exploitent sous forme personnelle ou sous forme de société, en vue du maintien en activité, et les conséquences de leurs agissements.

L'apparition des difficultés dans une entreprise résulte de divers facteurs. Certains sont extérieurs et donc subis par l'entreprise :

- défaillance brutale d'un client important,
- modification d'une politique de crédit,
- dégradation d'une conjoncture économique,
- suspension prolongée d'activités dont dépend l'entreprise (grèves des producteurs d'énergie, des moyens de communication, etc.),
- disparition d'une source d'approvisionnements.

D'autres sont internes et devraient pouvoir être maîtrisés :

- importance trop grande d'investissements,
- désorganisation des services,
- disparition des encadrements,
- inadaptation à un marché évolutif,
- défaillance dans la gestion.

Très souvent ces phénomènes ont un caractère progressif et sont à l'origine d'une tendance à la détérioration plus ou moins rapide de la situation de l'entreprise.

Les manœuvres alors accomplies par les dirigeants en vue de maintenir en activité leur entreprise ont souvent pour motivation de cacher le plus longtemps possible la vérité, et d'essayer de maintenir un patrimoine ou une source de revenus. Il ne faut pas oublier que la faillite a toujours été considérée comme infâmante, et que son auteur ou sa victime était mis au ban de la société. Les manœuvres sont souvent pratiquées dans l'attente de connaître des jours meilleurs hypothétiques qui permettront de redresser une situation financière obérée.

Par l'amélioration fictive et calculée du bilan, l'entrepreneur en difficulté fait croire à une situation patrimoniale inspirant la confiance et obtient de ce fait des concours financiers extérieurs, hors de proportion avec sa capacité à rembourser. Puis il a recours à l'enregistrement d'opérations fictives faisant croire à un mouvement d'affaires important qui nécessite des moyens financiers qui lui seront consentis au vu d'un « beau bilan » confirmé par des mouvements de fonds conséquents.

La situation allant s'aggravant, le délinquant, car il l'est devenu, accentue ses manœuvres et a recours à des moyens de plus en plus frauduleux pour se procurer des fonds :

- promesse d'intérêts élevés à des créanciers,
  - promesse de participations dans des sociétés à créer,
  - présentation de marchés importants aux fournisseurs pour obtenir des crédits supplémentaires, ces marchés se révélant par la suite imaginaires,
  - négociation d'effets non causés,
  - encaissements d'acomptes non suivis de fournitures,
  - détournements de biens gagés ou nantis,
  - émission de chèques sans provision, etc.,
- pour terminer par la destruction de tout ou partie de la comptabilité de façon à faire disparaître les preuves de la déconfiture progressive.

Dans le cas de Société, ces manœuvres s'accompagnent souvent d'appropriation par les dirigeants d'une partie du patrimoine social en vue de « sauver ses meubles ». Les agissements des dirigeants de Sociétés sont réprimés par une série d'articles de la loi du 24 juillet 1966, dont le principal est certainement l'article 437 qui prévoit :

### Les sanctions pénales

« Seront punis d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de 2 000 F à 40 000 F, ou de l'une de ces deux peines seulement :

### Pour la répartition de dividendes fictifs

1) le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une Société anonyme qui, en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaires frauduleux, auront, sciemment, opéré entre les actionnaires la répartition de dividendes fictifs,

### Pour la présentation de bilans inexacts

2) le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme qui, même en l'absence de toute distribution de dividendes, auront,

sciemment, publié ou présenté aux actionnaires un bilan inexact, en vue de dissimuler la véritable situation de la société,

#### **Pour l'abus des biens ou du crédit de la société**

3) le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme qui, de mauvaise foi, auront fait, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement,

#### **Pour l'utilisation de pouvoirs contraires aux intérêts de la société**

4) le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme qui, de mauvaise foi, auront fait des pouvoirs qu'ils possédaient ou des voix dont ils disposaient, en cette qualité, un usage qu'ils savaient contraire aux intérêts de la société ou entreprise dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement. »

Outre les sanctions pénales spécifiques aux dirigeants de société, qui viennent d'être évoquées, les manœuvres incriminées ont des conséquences très importantes au plan civil.

L'auteur des manœuvres, qu'il s'agisse de l'entrepreneur individuel ou du dirigeant de la personne morale, respecte rarement l'obligation qui lui est faite aux termes de l'article premier de la loi du 13 juillet 1967 de :

« faire la déclaration de l'état de cessation de paiement dans un délai de quinze jours, en vue de l'ouverture de la procédure de règlement judiciaire ou de liquidation de biens ».

Cette disposition revêt une importance particulière lorsque la poursuite de l'activité résulte de pressions extérieures auxquelles se trouve soumis le dirigeant de droit de l'entreprise. La question sera longuement évoquée au cours de nos débats.

L'article 108 de la même loi autorise :

« le tribunal à étendre la faillite, s'il s'agit d'une personne morale, aux dirigeants de droit ou de fait apparent ou occultes, rémunérés ou non, qui n'ont pas déclaré dans les quinze jours la cessation des paiements ».

Le même article permet en outre au tribunal de prononcer à l'encontre du débiteur ou, dans le cas de personnes morales, des dirigeants, l'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler toute entreprise commerciale ou toute personne morale.

La sanction ainsi édictée a des conséquences très graves, or les missions confiées à l'expert judiciaire en comptabilité comportent souvent la détermination de la date de cessation des paiements, et son intervention est alors très importante.

La même sanction s'applique au débiteur ou au dirigeant de droit ou de fait d'une personne qui a : « commis des fautes autres que celles visées à l'article 107 de la loi du 13 juillet 1967 ou a fait preuve d'une incompétence manifeste ».

L'article 106 sanctionne ceux :

— qui ont soustrait la comptabilité de leur entre-

prise, détourné ou dissimulé partie de son actif, ou reconnu frauduleusement des dettes qui n'existaient pas,

— qui ont usé des biens sociaux comme des leurs propres,

.....

— qui ont commis des actes de mauvaise foi ou des imprudences inexcusables, ou qui ont enfreint gravement les règles et usages du commerce ».

Les actes de mauvaise foi sont définis à l'article 107 de la loi du 13 juillet 1967, qui stipule que :

« sont notamment présumés, actes de mauvaise foi : imprudences inexcusables ou infractions graves aux règles et usages du commerce :

— l'absence d'une comptabilité conforme aux usages de la profession eu égard à l'importance de l'entreprise,

— les achats pour revendre au-dessous du cours ou l'emploi de moyens ruineux pour se procurer des fonds,

— les dépenses personnelles ou de maison excessives,

— la consommation de sommes élevées dans les opérations de pur hasard,

— la souscription pour le compte d'autrui, sans contrepartie d'engagements jugés trop importants au moment de leur conclusion eu égard à la situation du débiteur ou de son entreprise,

— la poursuite abusive d'une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire l'entreprise qu'à la cessation de ses paiements ».

La mission de l'expert sera alors d'apprécier si la comptabilité qui est présentée est non seulement conforme aux usages de la profession mais suffisante eu égard à l'importance de l'entreprise. Cette notion va bien au-delà de la simple comptabilité traditionnelle pour des entreprises d'une certaine importance.

En dehors de l'insuffisance de l'organisation de la comptabilité, l'expert constatera souvent la disparition de certains registres comptables qui lui permettraient d'apprécier de façon détaillée les mouvements qui ont été enregistrés.

Si l'appréciation de la revente de marchandises au-dessous des cours normalement pratiqués peut se révéler aisée, l'appréciation de l'emploi de moyens ruineux pour se procurer des fonds est beaucoup plus délicate à définir et la jurisprudence marque à ce sujet une évolution par laquelle le taux d'intérêt n'est plus le seul élément d'appréciation. Le seul fait d'avoir encouru des pénalités et amendes pour non-paiement des charges sociales et fiscales est considéré comme un moyen ruineux.

Quant aux trois dernières catégories de faits visées par l'article 107, l'expert judiciaire en comptabilité devra essayer de se replacer dans le contexte de l'époque à laquelle les faits examinés ont été commis, pour les analyser et les décrire.

Les conclusions de l'expert judiciaire en comptabilité sont donc lourdes de conséquences dans le cas où elles démontrent que les manœuvres entreprises, en vue du maintien en activité d'une entreprise dont l'avenir est compromis, ont été faites volontairement pour retarder la constatation de la date réelle de la cessation des paiements.

Dans le cas des personnes morales, les dispositions de la loi du 13 juillet 1967 revêtent également une grande importance.

L'article 99 concerne l'action en comblement de passif en cas d'insuffisance d'actif, à l'encontre de tout dirigeant de droit ou de fait, apparent ou occulte, rémunéré ou non.

Tenant compte de ce que les dirigeants impliqués peuvent dégager leur responsabilité à condition de faire la preuve qu'ils ont apporté à la gestion des affaires sociales, toute l'activité et la diligence nécessaires, l'expert judiciaire en comptabilité pourra, s'il en est saisi, rechercher la nature des interventions des dirigeants sociaux et fera ressortir alors leur diligence, ou leur négligence.

L'article 101 de la même loi autorise le tribunal à étendre le règlement judiciaire ou la liquidation de biens aux personnes énumérées précédemment.

Ainsi, dans le cas de manœuvres particulièrement graves, le dirigeant de société peut se voir étendre à titre personnel, la liquidation de biens, ou le règlement judiciaire, et être appelé en comblement de passif.

Au plan pénal, en dehors des sanctions rattachées aux délits de droit commun qui pourront être découverts lors des investigations du juge ou de l'expert, tel que l'escroquerie, l'abus de confiance, l'émission de chèques sans provision, le faux et l'usage de faux, etc., la loi du 13 juillet 1967 a prévu l'application des :

« peines de la banqueroute simple à toute personne ayant directement, ou par personne interposée administré, géré ou liquidé une société, sous le couvert ou au lieu et place de ses représentants légaux, et qui ont en cette qualité, de mauvaise foi :

— soit consommé des sommes élevées appartenant à la société en faisant des opérations de pur hasard, ou des opérations fictives,

— soit effectué des achats faits en vue d'une revente en dessous du cours,

— ou employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds,

— soit après cessation des paiements de la société, payé ou fait payer un créancier au préjudice de la masse,

— soit fait contracter par la société pour le compte d'autrui, sans qu'elle reçoive de valeurs en échange des engagements jugés trop importants eu égard à sa situation lorsqu'elle les a contractés,

— soit tenu ou fait tenir ou laissé tenir irrégulièrement la comptabilité de la société,

— soit omis de faire au greffe du tribunal compétent dans le délai de quinze jours, la déclaration de l'état de cessation des paiements de la société ».

L'article 133 sanctionne ceux :

« qui auraient frauduleusement :

— soustrait des livres de la société,

— ou détourné ou dissimulé une partie de son actif,

— ou reconnu la société débitrice de sommes qu'elle ne devait pas, soit dans les écritures, soit par des actes publics ou des engagements sous signature privée, soit dans le bilan ».

Toutes ces sanctions s'appliquent aux dirigeants de droit ou de fait, la question se pose donc envers les intervenants extérieurs dont la motivation est, pour certains d'entre eux, souvent le maintien en activité d'une entité économique pour sauvegarder l'emploi.

Il peut exister alors une opposition réelle entre la poursuite d'activité et l'impossibilité pour les dirigeants de droit de maintenir l'entreprise dans une situation financière, sinon prospère, mais simplement équilibrée. N'oblige-t-on pas alors ces dirigeants à prendre des responsabilités qu'ils ne sont pas en mesure d'assumer et ne se produit-il pas alors un transfert desdites responsabilités ?

Ce sera l'un des aspects essentiels de nos réflexions.

(Applaudissements.)



**Rapport sur**

**L'ENTREPRISE EN DIFFICULTE A L'INTERIEUR D'UN GROUPE**

présenté par

Madame H. BON, Expert près la Cour d'appel de Paris

avec la collaboration de

M. GONDRE,

Premier Vice-Président du Tribunal de Grande Instance de Paris,

M. F. THORIN,

Expert agréé par la Cour de Cassation,

M. FOURCADE,

Expert agréé par la Cour d'appel de Paris,

M. RATEAU,

Expert-comptable stagiaire



Monsieur le Premier Président de la Cour de Cassation,  
Messieurs les Magistrats,  
Mesdames, Messieurs et chers Confrères,

Nous avons, à l'intérieur du thème choisi pour ce Congrès, à traiter du cas particulier de l'entreprise en difficulté dépendante d'un groupe, des irrégularités qui peuvent être commises dans ces circonstances et de leurs sanctions.

Le plan que nous avons adopté nous conduira tout d'abord à esquisser une description plutôt qu'une définition du groupe. Nous préciserons ensuite quelles sont les responsabilités encourues par les sociétés dominantes, ou leurs dirigeants, à l'égard des sociétés qu'elles contrôlent. Après avoir ainsi tracé le cadre juridique de notre étude et rappelé les contraintes et les sanctions prévues par le législateur, nous nous attacherons à décrire en prenant un exemple les moyens les plus souvent utilisés pour dissimuler ou prolonger les difficultés d'une entreprise liée à un groupe, les irrégularités éventuellement commises et les recherches que l'expert comptable judiciaire devra effectuer pour éclairer le juge sur les responsabilités qui pourront par la suite être mises en cause.

Dans cet exposé, nous nous efforcerons d'employer les termes de société dominante et de société dominée qui nous sont apparus plus propres à recouvrir les divers cas d'appartenance à un groupe que les expressions de société mère et de filiale qui se réfèrent aux seuls liens de filiation. Cependant, s'il nous arrivait d'employer improprement le vocable de société mère, soit par habitude, soit par commodité pour éviter une répétition, il conviendrait alors de comprendre ce terme dans un sens plus large.

Il nous faut encore vous dire, avant d'aborder notre sujet, que ce rapport est le résultat d'un travail effectué en commun, tout particulièrement avec MM. Jean Fourcade, expert près la Cour d'Appel de Paris, et Olivier Rateau, expert judiciaire stagiaire ; M. Félix Thorin, expert agréé par la Cour de Cassation, a accepté non seulement de nous aider de ses conseils mais aussi de se charger de la partie consacrée à l'étude d'un cas sinon réel, du moins qui paraît l'être. M. le Président Gondre a bien voulu nous apporter le concours de sa longue expérience de juge d'instruction et d'actuel Président de la 11<sup>e</sup> Chambre Correctionnelle du Tribunal de Grande Instance de Paris qui juge les affaires financières. Nous l'en remercions particulièrement.

Enfin, parmi les études récentes qui ont été inspirées par notre thème et auxquelles nous nous sommes reportés, nous citerons les journées consacrées aux entreprises en difficultés par l'Association Droit et Commerce les 1<sup>er</sup> et 2 mai 1976 animées par MM. les professeurs Champaud et du Pontavice et par M<sup>r</sup> Cournot, ainsi que les travaux de la Conférence Générale ds Tribunaux de Commerce de 1976.

## I. — DESCRIPTION ET DEFINITION DU GROUPE

Il nous a semblé nécessaire de commencer notre exposé par un rappel des éléments qui nous permettront de reconnaître un groupe puisque l'on sait

que notre droit ne définit pas le groupe et ne contient pas de réglementation des groupes.

Tout au plus en est-on au stade des projets, voire des recherches.

Nous citerons pour mémoire :

— la proposition de loi N° 1055 du 9 avril 1970, dite « proposition Couste »,

— les travaux du groupe « Droit et Financement des Entreprises » dit « Groupe de Prospective Juridique Appliquée », constitué dans le cadre de l'élaboration du VI<sup>e</sup> Plan,

— les travaux du « Comité d'Etude pour la réforme de l'entreprise » connus sous le nom de Rapport Sudreau,

— les travaux et projets de proposition de loi du « Comité d'Etudes du Financement des Entreprises » (CEFE) créé en 1965 à l'initiative de l'Ordre des Experts Comptables et Comptables Agréés,

— enfin, les travaux de la « Commission des Communautés Européennes ».

Les textes actuels régissant le droit des sociétés offrent l'amorce d'une reconnaissance des groupes, fondée sur la notion de participation et de filiation.

Ainsi la loi du 24 juillet 1966 dispose-t-elle :

dans l'article 354 :

« Lorsque une société possède plus de la moitié du capital d'une autre société, la seconde est considérée comme filiale de la première. »

et dans l'Article 355 :

« Lorsque une société possède dans une autre société une fraction du capital comprise entre 10 et 50 %, la première est considérée comme ayant une participation dans la seconde. »

Mais le législateur n'a attaché à cette reconnaissance aucun effet particulier de droit, sauf dans certains cas très précis et d'incidence limitée tels que : les possibilités de souscription d'actions ouvertes au personnel d'une société ou de ses filiales au sens de l'article 354 (art. 208, al. 4) ; l'impossibilité pour les dirigeants d'une société déterminée ou de ses filiales au sens de l'article 354 d'être Commissaires aux comptes de ladite société (art. 220, al. 1<sup>er</sup>) ; le champ d'investigation des Commissaires ouverts tant dans la Société contrôlée que dans les sociétés mères ou filiales au sens de l'article 354 (art. 229, al. 3).

En matière fiscale un pas supplémentaire a été franchi avec l'adoption des dispositions particulières définissant le régime fiscal des sociétés mères et filiales et celle des textes datant de 1965 et 1967 relatifs au régime du bénéfice mondial et du bénéfice consolidé.

Sans vouloir entrer dans le détail, ces textes visent, entre société mère et sociétés filiales à des degrés divers, soit à éviter des impositions successives par un système de déduction revenu sur revenu, soit à assimiler certaines filiales à de simples établissements de la société mère pour l'assiette notamment de l'impôt sur les sociétés. Ces mesures revien-



ment à effacer partiellement la fiction de sociétés indépendantes (1).

La difficulté d'appréhender sur le plan juridique la notion de groupe résulte de la diversité des situations économiques pouvant caractériser son existence.

La définition économique du groupe repose sur deux critères essentiels :

- le lien de dépendance,
- l'unité de direction.

Outre les liens juridiques précédemment rappelés, qui peuvent unir plusieurs sociétés entre elles, le lien de dépendance peut revêtir une forme contractuelle ; c'est ainsi qu'il pourra résulter :

- de contrats d'exclusivité,
- de conventions de coopération,
- de concessions de licences d'exploitation, de brevets, marques de fabriques,
- de situations de spécialisation ou de sous-traitance,
- etc.

De tels accords, qui ont en apparence un autre objet, peuvent aboutir, quand les partenaires ne sont pas libres et égaux, à de véritables contrats de domination.

La dépendance peut également reposer sur une simple situation de fait, telles :

- l'union personnelle résultant de l'identité des dirigeants,
- l'emprise conférée par des concours financiers nécessaires.

Le lien de dépendance apparaît donc comme un élément essentiel de la qualification du groupe ; mais si le groupe ne saurait exister sans lui, en revanche, il peut y avoir dépendance sans groupe, si la direction unique fait défaut.

Cette notion est liée à celle d'unité de décision qui s'exerce à travers les entités de droit multiples que sont les sociétés juridiquement autonomes soumises au contrôle.

Il s'agit en fait de l'exercice du pouvoir de décision dont dispose la société dominante quelle que soit la nature de ce pouvoir (financier, humain, etc.).

Un tel pouvoir n'est d'ailleurs pas exclusif d'une organisation décentralisée et n'implique pas obligatoirement une cellule unique de prise de décision.

L'existence des groupes ayant précédé leur reconnaissance juridique, la jurisprudence a largement contribué à mettre en valeur certains critères permettant de définir le groupe et de fixer à celui-ci des limites.

Les tribunaux ont été amenés à se prononcer sur ce point tant en matière commerciale, qu'en matière sociale et pénale.

Dès 1922, la Cour de Cassation, statuant en matière commerciale, a jeté les premiers jalons d'une reconnaissance juridique de certains effets des liens économiques entre sociétés dominantes et sociétés dominées. Elle admit en effet qu'une filiale peut être contrainte à répondre des dettes de sa société mère (Cass. Requête 20 novembre 1922 : Sirey 1922, J. 305). Reprise en 1929 (Req. 13-5-1929 : Sirey 1929, J. 289), cette proposition a été conservée depuis (Cass. Civ. 1<sup>er</sup> 13-12-1967) (3 arrêts D. 1968, 337).

Toutefois, les décisions rendues depuis une dizaine d'années reflètent l'embarras des tribunaux. Certains

arrêts ont été des coups de frein sur le chemin menant à la reconnaissance de l'existence juridique des groupes de sociétés. Il s'agissait en fait d'éviter certaines conséquences d'une dépendance économique qui étaient ressenties comme nuisibles politiquement, économiquement ou socialement.

On citera en ce sens l'arrêt rendu par la Cour d'Appel de Paris, le 22 mai 1965, dans l'affaire « Fruehauf », caractéristique de cette tendance restrictive, où l'ordre donné à la filiale française d'un groupe économique américain heurtait les intérêts français.

Rendu trois années plus tard par la Cour de Rennes dans l'affaire Saupiquet-Cassegrain, un autre arrêt témoignait du même esprit restrictif à l'occasion d'une prise de contrôle d'une affaire de conserves alimentaires par une autre entreprise de même activité économique. La décision du groupe dominant aurait entraîné la fermeture d'une usine de la société contrôlée. La Cour d'Appel a annulé la décision du Conseil d'Administration ainsi que la délibération de l'Assemblée Générale « adoptée, dit-elle, au mépris des actionnaires minoritaires » (Rennes, 23 février 1968, J.C.P. 1968, II, 16-122).

L'évolution menant vers un droit commercial jurisprudentiel des groupes s'est néanmoins poursuivie, les arrêts précités n'ont constitué qu'un des aspects des solutions adoptées. D'autres décisions ont été rendues dans un sens opposé, par exemple, à l'occasion de la prise de contrôle du groupe belge Empain sur l'affaire française Schneider (Tribunal de Commerce de Paris, 9 mai 1969, J.C.P. 69-11-16063).

L'arrêt de la Cour de Rennes, que nous avons évoqué au sujet de l'affaire Saupiquet-Cassegrain, a été cassé par la Chambre Commerciale de la Cour Suprême le 21 janvier 1970, essentiellement pour manque de base légale, la preuve de l'abus de majorité n'étant pas en l'espèce rapportée.

De même, en matière sociale, les mutations de personnel au sein des groupes d'entreprises et les licenciements s'inscrivant dans le cadre de la restructuration économique, ont conduit la Chambre Sociale

(1) Article 145 C.G.I. :

« Le régime fiscal des sociétés-mères est applicable aux sociétés françaises par actions ou à responsabilité limitée qui détiennent dans le capital d'autres sociétés revêtant l'une de ces formes des participations représentant au moins 10 % du capital de la société émettrice. »

Article 209 quinquies C.G.I. :

« Les sociétés françaises agréées à cet effet par le ministre de l'Economie et des Finances peuvent retenir l'ensemble des résultats de leurs exploitations directes ou indirectes qu'elles soient situées en France ou à l'étranger pour l'assiette des impôts établis sur la réalisation et la distribution de leurs bénéfices... »

Article 114 annexe II C.G.I. :

«... sont considérées comme placées sous le contrôle d'une société ou d'une personne morale agréée les sociétés de capitaux françaises ou étrangères dans les organes délibérants desquelles la Société ou personne morale agréée détient ou vient à acquérir 50 % au moins des droits de vote, directement ou indirectement. »

Article 209 sexies C.G.I. :

« Une société française dont 95 % au moins du capital est détenu directement ou indirectement par une autre société française peut, sur agrément du ministre de l'Economie et des finances être assimilée à un établissement de la société-mère pour l'assiette de l'impôt sur les sociétés et du précompte... »

de la Cour de Cassation à s'engager dans la voie de la reconnaissance de la notion de groupe.

En matière pénale, les tribunaux répressifs ont transposé, en les adaptant aux cas d'espèces, les qualifications n'ayant pas été spécialement établies pour les groupes, mais existant dans l'arsenal du droit commun. Parmi les plus usitées, nous retiendrons celles de l'abus des biens sociaux et d'abus de crédit d'une société et celle de surévaluation frauduleuse d'un apport en nature.

Dès 1955, les juridictions de première instance ont pris position en énonçant qu'il convenait de tenir compte, pour déterminer si l'acte était ou non contraire à l'intérêt social :

- de la justification économique de l'acte,
- de l'équilibre ou de l'absence d'équilibre entre les engagements contractés par chacune des sociétés,
- du caractère normal ou disproportionné à ses possibilités financières de l'aide donnée par l'une des sociétés à l'autre (Tribunal Correctionnel de la Seine, 11 mai 1955, J.C.P. 55-II, 8973).

Poursuivant dans cette voie, le Tribunal Correctionnel de Paris, dans un jugement du 26 novembre 1968 (G.P. 1969, 1309), particulièrement motivé, a affirmé que le problème doit être posé « dans le cadre de l'ensemble des sociétés du groupe », ... « que chaque opération doit ainsi s'apprécier hors du cadre de la structuration des entreprises, à la lumière de la politique d'ensemble élaborée par le chef de file du groupe »... « qu'une opération n'est licite qu'à la condition de concourir au but commun sans rupture d'équilibre entre les engagements respectifs et sans excéder les possibilités financières de la société qui en supporte la charge ».

Les attendus de cette décision préfiguraient déjà les aspects essentiels de la position de principe affirmée six ans plus tard par cette même juridiction dans l'affaire Agache-Willot (Tribunal Correctionnel de Paris, 16 mai 1974, D. 1975, p. 37).

La 11<sup>e</sup> Chambre du Tribunal de Grande Instance de Paris a défini, à défaut d'une législation sur les groupes, les trois conditions essentielles à la reconnaissance de la notion d'intérêt du groupe, déclarant qu'il convient de rechercher :

1° Si l'on se trouve en présence d'un groupement économique fortement structuré, reposant sur des bases non artificielles et si les éléments qui le composent, même parfois disparates, concourent à la réalisation de « l'objet social » du groupe, qui peut alors provisoirement se substituer à l'objet social des diverses sociétés qui le composent ;

2° Si les sacrifices demandés à l'une des sociétés sont bien réalisés dans l'intérêt du groupe pour le maintien de son équilibre, et pour la poursuite d'une politique globale cohérente et non dans l'intérêt personnel de ses dirigeants ;

3° Si ces sacrifices ne font pas courir à la société concernée des risques trop importants, sans contrepartie suffisante ou hors de proportion avec ses possibilités réelles.

On voit ainsi se dégager une notion nouvelle qui est celle de « l'intérêt du groupe », susceptible de primer l'intérêt de chacune des sociétés composant le groupe.

Le hasard des espèces à juger n'a pas donné jusqu'ici à la Chambre Criminelle de la Cour de Cassa-

tion l'occasion de se prononcer sur la reconnaissance de la légitimité des actes qui cessent d'être des abus quand ils sont jugés au niveau des groupes.

Toutefois, il faut noter avec intérêt un attendu d'un arrêt de la Cour de Cassation, Ch. criminelle du 16 décembre 1975 ayant évoqué pour caractériser un abus de biens sociaux entre deux sociétés liées par un administrateur commun l'absence d'intérêts complémentaires (2).

La primauté donnée à l'objet du groupe ne saurait se concevoir sans créer des conflits d'intérêts catégoriels au sein du groupe ; or ces conflits se manifestent, en l'absence d'un droit des groupes, dans le cadre inadapté de sociétés juridiquement indépendantes les unes des autres.

Il est en effet facile de distinguer trois types d'intérêts dont l'orientation n'est pas nécessairement convergente :

- l'intérêt « supérieur » du groupe,
- l'intérêt des actionnaires hors groupe,
- l'intérêt des tiers, notamment des créanciers et des salariés.

Quelle qu'en soit la nature, l'intérêt du groupe ne saurait se confondre avec l'intérêt exclusif de la société dominante.

Mais il peut parfois exiger d'une société dominée pour le bien de l'ensemble, des sacrifices momentanés (tels que avance de trésorerie à d'autres sociétés) ou plus durables (ainsi l'imposition de marchés peu avantageux, la compression des marges bénéficiaires), voire même définitifs (comme les transferts d'actifs ou fermeture d'usine).

Si les ponctions opérées sur le patrimoine d'une société dominée ne sauraient léser les intérêts des associés majoritaires, qui se trouvent compensés par le profit retiré, au niveau du groupe entier, il n'en va pas de même des intérêts des actionnaires minoritaires qui eux, n'en retirent aucune contrepartie par ailleurs, si ce n'est l'espoir de retombées engendrées par une politique dynamique du groupe.

L'éloignement du pouvoir de décision, ajouté au fait que ce pouvoir ne répond pas dans le cas d'un groupe aux seules préoccupations de la société dominée, place les actionnaires « externes » dans une insécurité permanente qui n'apparaît souhaitable ni en droit, ni en équité.

En ce qui concerne les créanciers, il est à peine besoin de rappeler que le patrimoine d'une société constitue en droit commercial leur gage et que toute atteinte à ce patrimoine diminue ce gage et leur cause un préjudice.

Les créanciers risquent ainsi d'être lésés par le transfert d'actifs ou des bénéfices de la société dominée à la société dominante, voire même de se trouver soudain devant une société vidée de son contenu,

(2) Cass. Crim. 16-12-1975 - Semaine Juridique 10-11-1976 n° 18476 attendu...

« qu'en effet, le délit d'abus des biens sociaux est caractérisé dès lors que l'administrateur de deux sociétés qui n'ont pas, comme en l'espèce, des intérêts complémentaires, utilise, indifféremment, selon les opportunités du moment, les biens de l'une au profit de l'autre, exposant ainsi par sa volonté frauduleuse, l'actif de chaque société à des risques de pertes auxquels cet actif ne devrait pas être exposé...

rendue débitrice insolvable, alors que l'ensemble du groupe est, lui, en expansion.

Il convient toutefois de ne pas exagérer ce risque. L'expérience a montré que les sociétés mères, dans le souci de sauvegarder l'image du groupe, mettent en général un point d'honneur à désintéresser les créanciers de la filiale en difficulté.

Enfin, l'intérêt des salariés peut être méconnu en cas de fermeture d'usine, de mise en sommeil d'une société dominée, de transfert d'activités à d'autres sociétés du groupe, entraînant parfois le transfert même d'une partie du personnel en un lieu géographique éloigné.

Ayant ainsi rappelé les principaux critères qui permettent de reconnaître l'existence d'un groupe et après avoir mis en évidence les conflits d'intérêt possibles à l'intérieur d'un groupe, nous allons rechercher les responsabilités encourues lorsque, dans certaines circonstances, les intérêts hors groupe auront été lésés.

## II. — LES RESPONSABILITES ENCOURUES A L'INTERIEUR D'UN GROUPE DANS LE CAS D'UNE ENTREPRISE EN DIFFICULTE

Nous supposons maintenant qu'une entreprise dominée à l'intérieur d'un groupe n'a pas surmonté ses difficultés et qu'elle a été déclarée en règlement judiciaire ou en liquidation des biens.

Les responsabilités encourues sont en premier lieu celles des dirigeants de droit de l'entreprise défaillante ; mais, dans certaines circonstances, le juge aura à apprécier si des responsabilités n'incombent pas également à la société dominante ou à ses dirigeants.

Nous examinerons principalement comment et dans quels cas pourra être engagée la responsabilité d'une société dominante en évoquant par ailleurs l'atténuation des sanctions qui peut éventuellement en résulter pour les dirigeants de droit de la société défaillante.

Plus précisément, nous examinerons successivement :

- la notion de dirigeant de fait,
- la mise en cause de la société dominante en qualité de dirigeant de fait,
- les moyens juridiques permettant d'engager la responsabilité de la société dominante reconnue dirigeant de fait, avant de revenir aux responsabilités des dirigeants de droit.

C'est grâce à la notion de dirigeant de fait que la responsabilité de la société dominante va pouvoir être recherchée, encore que la responsabilité de celle-ci, comme celle de toute personne intervenant dans la gestion, pourra être également mise en cause en application des articles 1382 et 1383 du Code Civil.

La notion de dirigeant de fait est établie en matière de responsabilité civile et de responsabilité pénale.

Sur le plan de la responsabilité civile, elle résulte de divers textes de la loi du 13 juillet 1967.

Sur le plan de la responsabilité pénale, la notion de dirigeant de fait se retrouve dans les textes visant particulièrement les banqueroutes contenus dans la loi du 13 juillet 1967 ; elle existe également dans la loi du 24 juillet 1966 dont les articles 431, 463, 478, 479

al. 2 prévoient, pour certains délits, les mêmes sanctions pénales pour les dirigeants sociaux de droit que pour « toute personne qui directement ou par personnes interposées aura, en fait, exercé la gestion d'une société à « responsabilité limitée », la direction, l'administration ou la gestion, d'une société anonyme et d'une société en commandite par actions « sous couvert ou aux lieu et place de leurs représentants légaux ».

On trouve enfin dans l'ordonnance du 23 septembre 1967 qui a organisé la suspension provisoire des poursuites, des dispositions pénales s'appliquant aux dirigeants de droit ou de fait d'une personne morale.

Par opposition au dirigeant de droit, on peut dire qu'est dirigeant de fait toute personne, physique ou morale, qui dépourvue de mandat social s'est immiscée dans la gestion, l'administration ou la direction d'une société.

Nous citerons encore une autre définition : « est en réalité un dirigeant de fait celui qui exerce en toute souveraineté et indépendance une activité positive de gestion et de direction » (3).

Alors que la loi de 1966 réserve la notion de dirigeant de fait aux seules sociétés par actions et aux sociétés à responsabilité limitée, la loi de 1967 en fait une application beaucoup plus large puisqu'elle intéresse tous les types légaux de société et vise les dirigeants de fait, apparents ou occultes, rémunérés ou non.

En outre, sa mise en œuvre dans le cadre des dispositions de la loi de 1967 visant la responsabilité civile des dirigeants est plus souple puisque la notion de dirigeant de fait peut être retenue d'office par les juridictions commerciales mais aussi invoquée par le Syndic et dans certains cas par les créanciers ; sa mise en œuvre est également plus immédiate car une information ouverte par le Ministère Public du chef des articles 431, 463, 478 et 479 al. 2 de la loi du 24 juillet 1966 ou de l'article 131 de la loi du 13 juillet 1967 n'interviendra souvent que tardivement, sur des informations transmises par les tribunaux de commerce.

Pour toutes ces raisons, l'utilisation de cette arme redoutable qu'est la notion de dirigeant de fait résultera principalement des dispositions de la loi du 13 juillet 1967 relatives à la responsabilité civile des dirigeants.

Nous noterons que la mise en cause sur le plan de la responsabilité civile d'une société mère peut également être engagée dans le cadre des articles 244 et 249 de la loi du 24 juillet 1966 si celle-ci exerce les fonctions d'administrateur ou de membre du directoire, notamment pour des fautes commises dans sa gestion.

En dehors de ce cas particulier, la mise en cause de la société dominante en qualité de dirigeant de fait exige que l'ingérence de la société dominante dans la gestion de la société dominée soit établie car en aucun cas cette ingérence ne peut être présumée.

La mise en cause de la société dominante va donc nécessiter la recherche de deux éléments :

- a) le caractère effectif du contrôle exercé par la société dominante sur la gestion de la société dominée,

(3) Rives-Lange - chronique Dalloz, 19 février 1975.



b) la constatation d'une faute commise dans l'exercice de ce contrôle.

En ce qui concerne le premier point, il faudra donc montrer non seulement qu'il y a contrôle de la part d'une société extérieure à la société défaillante, et nous rappelons que ces moyens de contrôle peuvent être soit juridiques, comme la détention d'une participation dans le capital de la société dominée, soit économiques, dans le cas par exemple de contrat de domination ou d'unité de direction; il faudra aussi établir que cette domination a eu pour corollaire une participation effective à la gestion de la société dominée.

Ainsi, il a été jugé que « la qualité d'associé majoritaire ne (pouvait) être regardée en soi comme impliquant une participation effective à la gestion de la société » (4).

En revanche, la Cour d'Appel de Paris (5) a pu déclarer pour préciser la mise en cause d'un dirigeant de fait que :

« Privé de toute indépendance et de toute responsabilité, le gérant n'exerçait aucun pouvoir de mandataire et apparaissait comme un simple salarié des trois frères associés, lesquels étaient en réalité les dirigeants de fait de la société, dès lors qu'ils prenaient seuls et en dehors de toute assemblée générale des décisions importantes, comme le remplacement ou la rémunération des gérants. »

En ce qui concerne le deuxième élément, la constatation d'une faute commise, celle-ci s'impose évidemment, qu'il s'agisse d'un dirigeant de fait ou de droit. Seules les circonstances différeront et nous verrons plus loin les moyens qui peuvent être utilisés à l'intérieur d'un groupe pour dissimuler les difficultés d'une société dépendante de ce groupe.

Le Juge s'efforcera généralement d'étayer sa décision en précisant les fautes qu'il reproche au dirigeant bien que la constatation de la mauvaise gestion s'imposera le plus souvent comme un état de fait, puisque la société aura été déclarée précédemment en règlement judiciaire ou en liquidation des biens.

La jurisprudence fournit un grand nombre d'exemples; les faits les plus souvent retenus sont :

- la poursuite d'une entreprise dangereusement déficitaire,
- le maintien en vie d'une entreprise par des expédients coûteux,
- l'aggravation du passif.

Mais en ce qui concerne l'action en comblement de passif, il existe une véritable présomption de faute dès lors qu'une insuffisance d'actif a été constatée. Dans ce cas la charge de la preuve est renversée et il appartiendra aux dirigeants impliqués de faire la preuve « qu'ils ont apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence nécessaires ».

Il est hors de notre sujet d'énumérer dans le détail les moyens juridiques permettant d'engager la responsabilité de la société dominante reconnue dirigeant de fait. Nous nous limiterons à rappeler en les classant ces divers moyens, tout en précisant à nouveau que la mise en cause de la société dominante à l'intérieur d'un groupe n'est qu'une application particulière de la mise en cause d'un dirigeant de fait, et que la loi a prévu des sanctions identiques pour les dirigeants de droit et pour les dirigeants de fait.

Les sanctions prévues par le législateur sont soit d'ordre patrimonial, soit d'ordre répressif. Celles qui atteignent les dirigeants de fait essentiellement dans leur patrimoine résultent de la loi du 13 juillet 1967; des sanctions répressives sont contenues à l'égard de ceux-ci à la fois dans la loi du 13 juillet 1967 et dans la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

Il convient de noter que les textes contenus dans la loi du 13 juillet 1967 énumèrent de façon précise les fautes sanctionnées et guideront l'expert comptable judiciaire dans ses travaux.

Les sanctions d'ordre strictement patrimonial sont au nombre de deux.

La première de ces sanctions parce que la plus largement appliquée est l'action dite en comblement de passif que nous avons déjà évoquée et qui résulte de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 selon lequel, en cas d'insuffisance d'actif, le Tribunal de Commerce peut décider que les dettes sociales seront supportées en tout ou partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants sociaux, apparents ou occultes, rémunérés ou non, ou par certains d'entre eux.

Complétant l'article 99, l'article 100 de la loi du 13 juillet 1967 prévoit que le Tribunal de Commerce peut prononcer le règlement judiciaire ou la liquidation des biens des dirigeants à la charge desquels a été mis tout ou partie du passif d'une personne morale et qui ne s'acquittent pas de cette dette.

La deuxième sanction résulte de l'article 101 de la loi du 13 juillet 1967; en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens d'une entreprise, l'extension de la liquidation des biens ou du règlement judiciaire peut être prononcée contre tout dirigeant de droit ou de fait.

Nous avons indiqué que des sanctions répressives étaient prévues à l'encontre des dirigeants de droit comme de fait dans la loi du 13 juillet 1967 et dans la loi du 24 juillet 1966.

Celles qui sont contenues dans la loi du 13 juillet 1967 sont propres aux régimes du règlement judiciaire et de la liquidation des biens.

Certaines sont appliquées par les tribunaux de commerce : elles résultent des articles 105 à 109 de cette loi; d'autres sont de la compétence des tribunaux correctionnels appliquant les peines prévues au Code Pénal dans le cas de banqueroutes ou de délits assimilés aux banqueroutes.

Nous rappellerons brièvement que l'article 105 énonce les déchéances et interdictions qui frapperont les dirigeants de droit ou de fait à l'encontre desquels la faillite personnelle aura été prononcée par un tribunal de commerce.

Les articles 106 et 107 énoncent les cas dans lesquels le Tribunal de Commerce prononcera obligatoirement cette sanction.

Si les dirigeants ont commis des fautes autres que celles visées aux articles 106 et 107, le Tribunal de Commerce en vertu de l'article 108 aura, non plus l'obligation, mais la faculté de prononcer à l'encontre des dirigeants, de droit ou de fait la faillite personnelle ou l'interdiction de gérer.

(4) 3<sup>e</sup> Chambre Cour de Paris, 7 mai 1975.

(5) 3<sup>e</sup> Chambre Cour de Paris, 16 mai 1975.

Les mêmes sanctions sont prévues par l'article 109 à l'encontre des dirigeants qui n'auraient pas acquitté le paiement du passif social mis à leur charge.

En vertu de l'article 126 de la loi du 13 juillet 1967 ce sont les tribunaux correctionnels qui seront appelés à appliquer les peines prévues aux articles 402 à 404 du Code Pénal, notamment aux dirigeants de droit ou de fait d'une personne morale reconnus coupables de banqueroute simple ou frauduleuse. Les articles 131 à 133 de la loi de 1967 énoncent les délits assimilés aux banqueroutes, et les éléments constitutifs de ces délits.

Les sanctions que nous venons d'énumérer sont, nous l'avons dit, propres aux régimes de règlement judiciaire et de liquidation de biens, mais d'autres délits peuvent être commis à l'occasion de la gestion d'une société en difficulté. La loi du 24 juillet 1966 permet, grâce aux articles 431, 463, 478 et 479 alinéa 2 déjà cités d'étendre les sanctions pénales prévues à l'encontre des dirigeants de droit aux dirigeants de fait, par exemple en cas de distribution de dividende fictif, d'établissement de faux bilan, d'abus de biens sociaux, d'absence de convocation des assemblées.

Comme nous venons de le voir, les dirigeants de fait encourant les mêmes responsabilités que les dirigeants de droit, on peut alors se poser la question de savoir si la mise en cause de la société dominante ou de ses dirigeants ne va pas conduire le Juge à exonérer de leur responsabilité les dirigeants de droit. Tout d'abord, il ne pourrait s'agir que de la responsabilité civile de ceux-ci et non pas des responsabilités retenues contre eux sur le plan pénal. Ensuite, il semble évident qu'aucune règle générale ne peut être énoncée sur ce point et que le Juge s'attachera à analyser, dans chaque cas, la situation particulière des sociétés « captives » et de leurs dirigeants.

Quelle que soit la compréhension que le Juge pourra souhaiter manifester, il n'en reste pas moins qu'en l'état actuel de notre législation l'autonomie juridique des sociétés a pour contrepartie l'autonomie du pouvoir de décision et, en conséquence, des responsabilités qui l'accompagnent. Les pouvoirs légaux à l'intérieur des sociétés de capitaux sont à la fois répartis entre les divers organes et intransmissibles, et les tribunaux considèrent généralement comme une faute grave pour un dirigeant l'abdication de ses pouvoirs entre les mains d'un tiers.

En l'absence d'un droit des groupes, le Juge ne pourra pratiquement qu'atténuer la responsabilité d'un dirigeant de droit si la responsabilité du dirigeant de fait a été établie et permet d'assurer réparation du préjudice subi par les tiers.

Le cas qui vous sera maintenant présenté n'est pas un exemple simple, bien au contraire; mais les groupes de sociétés présentent le plus souvent des structures complexes et sont également caractérisés par un réseau de relations plus ou moins enchevêtrées entre leurs divers membres. Est-il besoin de préciser que les sociétés citées dans notre exemple, le lieu géographique de leurs activités, ainsi que leurs dénominations sont imaginaires et que toute ressemblance avec un cas réel serait pure coïncidence.

La Société de Roulements à Billes (S.R.B.) est la filiale d'une Société française, la Société d'Etudes et de Pièces pour l'Industrie (S.E.F.I.) qui, elle-même, est la filiale d'un groupe américain important, la S.U.B. Le capital de la S.R.B. est de F 500 000,00 et son

siège est à Paris où elle occupe une vingtaine d'ouvriers et une dizaine d'employés. La S.E.F.I. a un capital d'un million de francs et emploie dans la région de Reims plus de 300 ouvriers.

La S.U.B. est un groupe bien structuré dont les directives aux Sociétés qu'elle contrôle se manifestent par des notes quasi-hebdomadaires. Elle exige que ses filiales et sous-filiales lui adressent des Bilans, Comptes d'Exploitation et de Profits et Pertes mensuels selon un modèle qu'elle a établi et des normes qu'elle a définies pour la détermination des coûts et résultats.

C'est ainsi que les Stocks et Travaux en cours doivent être inventoriés hors tous frais de fonctionnement, donc sans imputation des frais qu'on qualifie, il y a quelques années, de frais généraux et que les résultats doivent tenir compte d'une rémunération des capitaux investis au taux de 10 % l'an.

La S.R.B. et la S.E.F.I. suivent ces injonctions tout en tenant leurs comptes officiels selon les principes du Plan Comptable Général et en respectant la législation française.

Mais, ce n'est pas là notre propos essentiel. La S.R.B., après plusieurs années fortement bénéficiaires, connaît des difficultés financières liées à la conjoncture économique, mais aussi, semble-t-il, à une mauvaise organisation interne.

Elle achète la quasi-totalité de ses matières premières à la S.E.F.I. dont la situation financière est encore plus obérée. Elle paie ses achats à 30 jours au moyen de traites qui sont endossées par la S.E.F.I. à ses propres fournisseurs et, assez rarement, par chèques.

Un pool financier a été imposé par la Société dominante américaine à la S.R.B. et à la S.E.F.I. : toutes leurs liquidités sont mises en commun sous l'autorité d'un contrôleur détaché par la S.U.B. Plusieurs mesures ont été prises pour le fonctionnement de ce pool :

— Les fonds disponibles des deux Sociétés y sont affectés en fonction de l'excédent des besoins de chacune d'elles tel que le font apparaître des budgets prévisionnels de trésorerie. A cet effet, un compte spécial a été ouvert dans une banque au nom de la S.E.F.I. Le contrôleur dispose de la signature pour faire fonctionner ce compte. Il fait virer dans les autres comptes des Sociétés S.R.B. et S.E.F.I. ouverts dans la même banque les fonds qu'il estime nécessaires à la couverture des dépenses qu'elles ont engagées ;

— Le banquier a fait signer par les Présidents des Conseils d'Administration des deux Sociétés une convention de compensation entre les divers comptes lui permettant de considérer que le solde disponible d'un compte est destiné, en premier lieu, à éponger à concurrence le découvert des autres ;

— Le financement des investissements des deux Sociétés est assuré par les fonds mis en commun et, éventuellement, par des capitaux versés à ce compte par la Société américaine et les emprunts obtenus de la banque ou de tout autre organisme financier.

Les redevances pour assistance technique réclamées par la S.U.B., tant à la S.R.B. qu'à la S.E.F.I., sont prélevées sur le compte bancaire commun qui, rappelés-le, figure dans les livres de la banque au nom de la S.E.F.I.

L'intégration de la S.R.B. et de la S.E.F.I. se manifeste également par les services communs de comp-

tabilité et par les études et recherches effectuées par le même bureau. Les comptabilités sont établies à partir de l'ordinateur que loue la S.E.F.I.; le bureau d'études commun est installé dans les locaux de la S.R.B. et est assuré par du personnel salarié de celle-ci.

Par provisions mensuelles et ajustement en fin d'exercice, les prestations réciproques font l'objet de facturations d'une Société à l'autre.

Le Conseil d'Administration de la S.R.B. est composé de six membres au nombre desquels figurent la S.E.F.I., représentée par son Président, deux administrateurs américains de la S.U.B., à savoir, le contrôleur financier dont il a été déjà parlé et un autre dont les séjours en France sont très espacés et de courte durée.

Le Conseil d'Administration de la S.E.F.I. est également composé de six membres dont les mêmes administrateurs américains qu'à la S.R.B.

\*\*

Nous nous trouvons bien en présence d'un groupe avec une Société dominante étrangère (cela pour réduire les risques de toute ressemblance avec des cas connus) et deux Sociétés dominées, étant rappelé que la S.R.B. n'est que la sous-filiale de la Société dominante.

La S.R.B. a été déclarée en liquidation des biens par jugement du Tribunal de Commerce de Paris en date du 28 juin 1976 et la date de cessation de ses paiements a été fixée au 28 janvier 1976.

Le Tribunal de Commerce de Reims a, de son côté, déclaré en liquidation des biens la S.E.F.I. le 8 septembre 1976 en fixant au 28 juin 1976 la date de la cessation de ses paiements, motif pris que des effets acceptés par la S.R.B., à échéance du 28 juin 1976, endossés par la S.E.F.I. à l'ordre de certains de ses créanciers avaient été retournés impayés.

\*\*

Une action en comblement de passif a été introduite dès le 20 août 1976 par le Syndic de la S.R.B. devant le Tribunal de Commerce de Paris à l'encontre tant de la S.E.F.I. que de son Président.

Le Parquet de Paris, après une enquête sommaire, a fait ouvrir une information pour infractions aux lois sur les Sociétés Anonymes et infractions aux lois sur les banqueroutes à l'encontre du Président de la S.R.B., du contrôleur financier et du Président de la S.E.F.I.

Le Syndic de la S.E.F.I. avait pensé intenter une action contre la S.U.B. en comblement de passif, mais, devant les incertitudes d'une procédure mettant en cause une Société étrangère n'ayant aucune activité directe en France, il a préféré actionner le contrôleur financier qui en était visiblement un mandataire ou, pour le moins, le porte-parole.

Le Parquet de Reims a également fait ouvrir une information pour infractions aux lois sur les Sociétés Anonymes et aux lois sur les banqueroutes à l'encontre du Président du Conseil d'Administration de la S.E.F.I. et du contrôleur financier.

Le Juge d'Instruction de Paris chargé de diligenter l'instruction a demandé à celui de Reims de se des-

saisir en sa faveur en raison de la connexité des faits et pour une meilleure administration de la justice, ce qui a été fait.

Nous voici donc en présence de deux procédures, l'une commerciale, l'autre pénale.

Leur incidence financière est considérable puisque le passif de la S.R.B. excède l'évaluation qui a été faite de son actif de plus de 10 millions de francs et le passif de la S.E.F.I. est supérieur à l'estimation de son actif de plus de 20 millions de francs.

La S.U.B. a un compte créditeur dans chacune des deux Sociétés : F 500 000,00 à la S.R.B. et F 600 000,00 à la S.E.F.I. pour des redevances pour assistance technique des deux derniers exercices non réglés.

Dans chacune des deux procédures, des experts judiciaires en comptabilité ont été désignés.

Leurs constatations sont accablantes pour les personnes en cause et pour la Société dominante :

— Ils se sont rendu compte que des cessions de brevets entre les Sociétés S.R.B. et S.E.F.I. étaient intervenues à point nommé pour transférer des liquidités d'une Société à l'autre ;

— Certains achats de la S.R.B. à la S.E.F.I. se faisaient à des prix de convenance : au prix coûtant dans certaines circonstances ou à un prix supérieur au marché quand l'intérêt du groupe l'exigeait ;

— Les facturations de frais communs entre les Sociétés : frais de comptabilité de S.E.F.I. à S.R.B. et frais d'études de celle-ci à S.E.F.I., ne reposaient sur aucun calcul précis et avaient des montants accusant des différences considérables d'une année à l'autre sans autre justification apparente que le désir d'équilibrer les résultats des Sociétés en cause ;

— L'assistance technique de la Société américaine cachait, en partie, la mise à sa disposition de la rémunération des capitaux qu'elle avait investis en France dans la S.E.F.I. Son assistance technique avait bien été effective lors de la création des Sociétés S.E.F.I. et S.R.B., mais l'évolution technique de leurs productions résultant d'ailleurs des recherches de leur bureau commun d'études rendait injustifiée l'importance des sommes réclamées par la S.U.B. ;

— Le dépouillement du compte bancaire commun, rendu difficile par la disparition d'une partie des pièces comptables dans des conditions qui n'ont pu être éclaircies, a cependant permis de constater que la S.R.B. a souvent été défavorisée au bénéfice de la S.E.F.I. et que tous les fonds versés par la S.U.B. ont été remboursés avec des intérêts supérieurs à ceux qui auraient été réclamés par des organismes financiers pour des prêts d'investissement à long terme et moyen terme, les derniers remboursements se situant dans les trois mois qui ont précédé le jugement déclaratif de liquidation des biens de la S.R.B. ;

— Les Présidents des Conseils d'Administration de la S.R.B. et de la S.E.F.I. ont apparemment usé des biens de leur Société pour des besoins personnels :

● en leur faisant supporter les salaires de leurs jardiniers et de leurs femmes de ménage,

● en utilisant un avion de tourisme loué par la Société S.R.B. pour des randonnées durant leurs congés annuels, etc.

Nous pourrions encore ajouter d'autres faits susceptibles d'animer la discussion sur la responsabilité civile et pénale des dirigeants de Sociétés appartenant à un même groupe.



Nous ne relèverons pas tous les faits permettant d'engager la responsabilité civile des Sociétés et personnes en cause, ni tous les faits pouvant recevoir une qualification pénale. Nous nous interrogerons sur deux problèmes seulement : celui de la responsabilité civile de la Société dominante et de la responsabilité pénale des personnes mises en cause, les deux Présidents et le contrôleur financier.

#### a) En ce qui concerne la responsabilité civile de la Société dominante

La Société américaine S.U.B., rappelons-le, n'est administrateur ni de la S.E.F.I., ni de la S.R.B. ; deux personnes déléguées par elle, le contrôleur financier qui s'est installé à Paris est à la fois administrateur de la S.E.F.I. et de la S.R.B. et l'un de ses directeurs, dont la mission s'exerce sur une vingtaine de Sociétés disséminées dans le monde est également administrateur de la S.E.F.I. et de la S.R.B.

La S.U.B. exerce-t-elle « la direction, l'administration ou la gestion » de la S.E.F.I. et de la S.R.B. sous le couvert ou aux lieux et places de leurs représentants légaux ?

Oui. Si l'on considère que les directives émanant de la S.U.B. ont infléchi la politique économique et financière des Sociétés françaises dans le sens voulu par la Société américaine, que les dirigeants légaux des Sociétés françaises n'avaient que l'apparence des pouvoirs dévolus par la loi et les statuts, les pouvoirs réels étant exercés par les affidés de la Société américaine.

Mais, ne peut-on pas soutenir que l'action du contrôleur américain, émanation de la S.U.B., n'avait d'autre but que d'éviter des incohérences dans les décisions économiques et financières des deux Sociétés dépendantes d'une même Société, la S.U.B. ; d'économiser des frais financiers inutiles qu'elles n'auraient pas manqué de supporter si elles ne s'entraidaient pas financièrement ? En un mot, la S.U.B. peut-elle être recherchée civilement pour le simple fait qu'elle a mis en œuvre, par l'intermédiaire de deux de ses mandataires, la politique d'ensemble du groupe non artificiel ? Si des risques importants ont été pris, ne peut-on soutenir qu'ils sont inhérents aux affaires de même nature et, de toute façon, qu'ils n'ont pas été pris dans le seul intérêt de la Société S.U.B. ?

La responsabilité de la Société dominante, qu'elle soit en cause directement ou au travers de celle de ses porte-parole, est-elle ou non une responsabilité sans faute dont le fondement se trouverait dans le simple fait de la domination de ses flux ? Nous livrons la difficulté des réponses à apporter à cette question à ceux qui nous écoutent.

Sans doute, il appartiendra au contrôleur financier, après que sa qualité de dirigeant de fait aura été établie, de faire la preuve qu'il a apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence nécessaires. Mais n'est-ce pas lui imposer une preuve diabolique dans la mesure où lui-même ne faisait en toute bonne foi et compétence, qu'exécuter des directives venant de son employeur principal, la Société américaine ? Comment pourra-t-il apporter la justification d'une gestion dans le seul intérêt de chacune des Sociétés françaises puisqu'il avait pour mission d'intégrer leurs actions dans celle de la Société américaine dont les objectifs, même s'ils sont évoqués

au procès, ne peuvent être sérieusement vérifiés ? La juridiction civile doit-elle reconnaître un intérêt du groupe indépendant de celui de chacune des Sociétés qui le constitue, même quand cet intérêt débouche sur un échec ? Nous ne pouvons encore que poser la question.

#### b) En ce qui concerne la responsabilité pénale

Si des faits constitutifs d'abus de biens sociaux peuvent être reprochés aux Présidents des deux Sociétés françaises (salaires de leurs jardiniers, utilisation abusive de l'avion loué par celles-ci), ainsi que des faits de banqueroute simple (non-dépôt du Bilan dans les quinze jours de la cessation des paiements), la question reste posée de savoir si l'organisation même, mise en place dans le cadre de la structuration du groupe, est licite. Certes, le Tribunal Correctionnel de Paris dans son jugement du 26 novembre 1968 indique qu'une opération n'est licite qu'à la condition de concourir au but commun sans rupture d'équilibre entre les engagements respectifs et sans excéder les possibilités financières de la Société qui en supporte la charge.

Ces mesures ont-elles été dépassées dans l'exemple développé ? Les possibilités financières de chacune des Sociétés en cause leur auraient-elles permis de disposer d'un bureau d'études aussi structuré et d'utiliser dans les mêmes conditions les possibilités de l'informatique ?

Ces questions posent le problème sans le résoudre. Nous en sommes conscients.

L'élément intentionnel doit permettre au Juge de qualifier l'infraction, nous objectera-t-on. Tels faits seront réputés perpétrés dans l'intérêt personnel des dirigeants et, dans ce cas, leur caractère délictueux ne pose pas de problème. Mais, tels autres seront considérés comme faisant courir à l'actif social un risque auquel il ne devrait pas être exposé, alors même que l'intérêt du groupe, dans la conception de ses dirigeants, l'exige ; ces faits pourront alors être considérés comme tombant sous le coup de la loi.

S'il semble aisé, après plusieurs mois ou plusieurs années d'instruction, de conférer à certains agissements leur finalité exacte, pour d'autres la limite entre l'intérêt du groupe et celui de chaque Société s'avérera imprécise.

Mais, nous touchons là un domaine qui ne relève plus des constatations techniques de l'expert, bien que celui-ci aura pour mission de faire l'inventaire des faits permettant au Juge de se prononcer.

\*\*

Au long de cet exposé, nous avons souhaité montrer les difficultés particulières d'une expertise comptable s'appliquant dans le cadre d'une ou plusieurs sociétés en difficultés dépendantes d'un groupe.

La reconnaissance de l'existence d'un groupe — même en l'absence d'un droit des groupes — posera certes des problèmes mais qui ne seront pas généralement les plus délicats. La mise en évidence de l'ingérence d'une société dominante ou de ses mandataires, dans la gestion d'une société défaillante sera quelquefois plus ardue. Les difficultés seront le plus souvent majeures lorsque l'expert devra rechercher

*dans les faits qui lui sont soumis ceux susceptibles d'éclairer le Juge sur l'intérêt réellement poursuivi permettant alors à celui-ci d'apprécier les responsabilités de chacun. Il nous reste à espérer que l'expert se retrouvera sur un terrain solide et bien connu de lui pour déceler les irrégularités commises et les techniques mises en œuvre qui sont généralement communes aux entreprises défailtantes mais éventuellement facilitées par l'existence même du groupe.*

(Applaudissements.)

**M. le Président Griziaux.** — Je vous remercie, madame Bon, pour cet excellent rapport. Mes compliments s'adressent également à nos confrères : Thorin, Fourcade et Rateau, qui ont participé à notre groupe de travail et tout particulièrement à M. Gondre pour sa précieuse collaboration.

En l'absence d'un droit des groupes, vous avez fort habilement tenté — en vous appuyant à la fois sur la jurisprudence et sur un droit économique en gestation — de définir les critères caractérisant un groupe de sociétés, et tout particulièrement le lien de dépendance et l'unité de direction qui se manifestent sous des aspects et des interventions très divers.

Vous avez ensuite évoqué les responsabilités susceptibles d'être encourues lorsqu'une société dépendante se trouve en difficulté à l'intérieur d'un groupe et vous avez insisté sur deux notions essentielles :  
— l'intérêt supérieur du groupe,  
— les dirigeants de fait.

Enfin, vous avez illustré, à l'aide d'un cas concret, les imbrications et opérations de toute nature que l'on rencontre fréquemment dans les groupes de sociétés et qu'il appartient à l'expert comptable judiciaire de rechercher et de mettre en lumière.

Soyez-en vivement remerciée.

Monsieur le Premier Président, souhaitez-vous dire quelques mots avant que nous ouvrons la discussion ?

**M. le Premier Président Monguilan.** — Je pense qu'en effet, le rapport de Mme Bon et de ceux qui l'ont assistée est excellent et fait le tour de la question telle qu'elle peut se poser à l'heure actuelle.

Je vais présenter, si vous le voulez bien, deux remarques :

Nous avons tous constaté qu'il n'existe pas, dans notre législation actuelle, un droit des groupes. C'est un fait.

Alors, première question : faut-il souhaiter que notre arsenal législatif s'enrichisse ou non d'un nouveau chapitre sur le droit des groupes et sur le groupe ? Faut-il, autrement dit, légiférer ou proposer au législateur de légiférer sur les groupes ?

C'est une question à laquelle il n'est pas tellement aisé de répondre sans nuance par un oui ou par un non.

Il est certain que dans une économie dynamique, aux formes juridiques mouvantes, l'espoir d'un droit des sociétés gravé dans le marbre doit être abandonné. Il y a donc tout le temps quelque chapitre nouveau à ajouter ou quelque modification à opérer et je suis frappé de ce que, un peu partout, dans les pays du Marché commun, existe un courant qui

incite les législateurs, voire la Communauté Economique Européenne, à prendre des dispositions sur le groupe.

Il y a, en Allemagne, une législation sur les groupes de sociétés. Cette législation a d'ailleurs inspiré les travaux de Bruxelles.

Il y a eu le rapport du Professeur Sanders qui a été à la base de la proposition que tout le monde connaît, proposition déposée par la Commission de la Communauté Européenne, sur un projet — d'ailleurs ambitieux — de société anonyme européenne qui comporte dans son chapitre 7, si j'ai bonne mémoire, toute une partie sur les groupes.

Cette initiative européenne constitue, à n'en pas douter, un événement assez considérable car elle ne manquera pas de retentir sur les droits internes de tous les Etats membres.

Il y a en France, d'ailleurs, la proposition Cousté qui a été rappelée ; il y a aussi bien d'autres travaux qui incitent tous les gouvernements, tout au moins à l'intérieur du Marché commun, à légiférer sur les groupes.

Sans doute, l'ordre juridique ne peut pas ne pas prendre en charge toute apparition d'un phénomène nouveau, c'est certain, que ce soit dans l'ordre social, dans l'ordre familial ou dans l'ordre économique.

Il ne faut pas oublier qu'au XIX<sup>e</sup> siècle, il a bien fallu assurer le développement des sociétés de capitaux avec les dispositions d'un Code Civil sur les sociétés de personnes qui étaient évidemment tout à fait inadaptées ; d'où la nécessité de textes nouveaux.

Mais l'exemple est peut-être mauvais, car en vérité, on peut se demander si le groupe de sociétés constitue une nouvelle personnalité juridique en gestation ou s'il ne demeure pas simplement au stade de l'agrégat.

Je crois en effet, que même les plus farouches partisans d'une législation sur le groupe ne vont pas jusqu'à dire que le groupe aura une personnalité juridique et que tout le monde est d'accord pour considérer que ce groupe ne sera pas une entité en soi et restera toujours un agrégat de personnes.

Eh, mon Dieu ! nous connaissons dans notre Droit bien des situations pareilles. Il n'y a qu'à penser, par exemple, dans un tout autre domaine, à la famille, cette cellule essentielle de notre société. Il n'y a pas de définition de la famille. Et on n'a jamais considéré que la famille avait une personnalité distincte de celle de ses membres.

Donc je suis, personnellement, assez peu partisan d'une législation sur les groupes. Je crois qu'il faudra (et que notre législateur ne pourra pas faire autrement) légiférer à propos des groupes mais pas sur le groupe.

Je rejoins en cela les conclusions auxquelles arrive la plupart des études qui ont été faites en France et je pense notamment à ce qu'avait dit le Président Archambaud l'an dernier, à la Conférence Générale des Tribunaux de Commerce à Lyon. Le Président Archambaud avait fait un excellent rapport où il proposait d'ailleurs quelques modifications de notre législation, mais il répugnait à une législation uniquement consacrée au groupe.

C'est aussi le résultat auquel est parvenu le Centre de recherches sur le Droit des Affaires de la Chambre



de Commerce et de l'Industrie de Paris, que l'on appelle par abréviation le C.R.E.D.A., qui est dirigé par Mme Boucourechliev et qui a publié un ouvrage important dont je m'inspire fortement.

Il est assez frappant de constater que tous ces travaux sont convergents : on se défie d'une législation qui serait contraignante et qui, probablement, engendrerait plus de difficultés qu'elle ne donnerait de solutions.

Voilà, c'était la première remarque que je voulais faire : est-il besoin de légiférer sur le groupe ? Je ne le pense pas.

Je pense qu'il vaut mieux légiférer « à propos » du groupe.

Mais, dans l'état actuel des choses — et ce sera ma seconde remarque — il est certain que la jurisprudence ne peut pas ignorer les groupes. Parce que leur existence est un fait, et qu'il faut bien que les tribunaux tiennent compte de tous les faits.

C'est là où le rôle de l'expert comptable judiciaire apparaît essentiel, car comme le rappelait très justement Mme Bon, il y a des quantités de formes différentes de groupes, les uns plus ou moins avoués, les autres plus ou moins occultes. Il y a des dominations qui apparaissent au grand jour ; il y en a d'autres qui sont insidieuses. Donc, il y a des quantités de situations diverses. Je crois qu'on ne peut pas enfermer dans une définition générale une série de situations qui sont toutes particulières et spécifiques. C'est alors que l'habileté de l'expert et sa perspicacité doivent déceler l'interpénétration et surtout la domination d'une société par une autre. C'est là, précisément, où vous avez à faire la récolte des faits.

Je crois que Mme Bon disait à peu près cette phrase en terminant. Elle me paraît refléter une parfaite conception de votre rôle, souvent fort difficile : vous avez à glaner les faits et à chercher ailleurs — au-dessous des apparences — la réalité des choses. Puis vous livrez ces faits aux juges.

Selon la formule classique (s'il est encore permis de s'exprimer en latin) : « Da mihi factum, tibi dabo jus. »

Certes, la difficulté sera de tirer les conséquences juridiques des faits que vous avez déterminés mais vous êtes, pour cela, d'un appoint précieux, car le juge ne peut donner le droit que lorsque justement vous lui avez rapporté de façon très précise tous les faits et lorsque vos travaux ont ouvert la voie aux solutions qu'il va finalement décider.

Voilà simplement ce que je voulais vous dire. Je vous demande pardon d'avoir été si long mais cette question des groupes est extrêmement importante et tout à fait d'actualité.

Je pense que maintenant la discussion va pouvoir s'ouvrir sur le rapport.

**M. Gondre, Vice-Président du Tribunal de Grande Instance de Paris.** — J'ai quelques scrupules à prendre la parole après une étude aussi complète, et je tiens à le dire, qui est entièrement l'œuvre de votre groupe de travail ; vous m'avez fait l'honneur de me consulter mais je n'ai pu que constater, ce dont je me doutais déjà, que les experts comptables judiciaires étaient aussi d'excellents juristes.

Vous avez très justement choisi le moment qui convenait pour évoquer l'existence d'un groupe, celui où l'entreprise se trouve en difficultés, car en l'absence d'une législation sur les conditions de formation du groupe et de sa gestion, ce n'est qu'au moment de la liquidation des biens ou de la suspension des poursuites que se posera le problème de son existence.

Si je me permets d'intervenir, c'est pour apporter un éclairage judiciaire particulier sur ce problème du groupe. Je formulerais trois observations :

— la première, c'est qu'il n'existe pas de présomptions, comme en droit allemand ou dans le projet de société anonyme européenne ou dans le projet de loi Cousté, le montant des participations ou le pourcentage des droits de vote ne sauraient faire présumer des biens de dépendance. En droit français, deux cas pourront être envisagés, ou bien il y a un pacte, il s'agit alors d'une convention au sens de l'article 101 de la loi sur les sociétés, le juge devra vérifier si les conseils d'administration en ont délibéré, si le commissaire aux comptes en a été saisi et a fait rapport, ou bien il n'y a pas de pacte, le juge devra rechercher si les trois conditions que vous avez rappelées sont réunies : rapport de dépendance, direction unique, finalité économique et à ce titre complémentarité des activités,

— la seconde, c'est qu'il n'existe pas d'obligations spécifiques en matière de responsabilité pécuniaire comme en droit allemand où les dirigeants de la société dominante doivent procéder à des transferts compensatoires pour garantir les créanciers, comme dans le projet Sanders sur la société anonyme européenne où la solidarité est prévue entre les sociétés ou comme dans le projet Cousté qui emprunte aux deux précédents et retient à la fois le transfert compensatoire et la solidarité. Le juge français devra donc apprécier les risques encourus, les sacrifices consentis, les fautes commises, les possibilités financières pour fixer la contribution de la personne physique ou morale dirigeant de fait de la société du groupe en difficulté ou pour décider de l'extension de la liquidation des biens,

— la troisième observation, c'est l'importance qu'il convient d'attacher à l'élément intentionnel. La mauvaise foi est présumée sur le fondement de l'article 107 de la loi sur les liquidations de biens lorsqu'il s'agit de prononcer la déchéance d'un commerçant du fait d'une faute, par exemple une revente au-dessous du cours, par contre elle doit être démontrée sur le fondement de l'article 131 lorsqu'il s'agit d'une poursuite pour délit assimilé à la banqueroute. De même en matière d'usage abusif des biens sociaux, l'élément intentionnel permettra d'écarter la prévention si le transfert de biens a été fait dans l'intérêt du groupe ou de la retenir si l'équilibre a été rompu au préjudice de la société dominée qui a supporté des sacrifices excessifs.

A vous entendre tout à l'heure évoquer les décisions rendues, j'ai eu le sentiment que l'œuvre accomplie par la jurisprudence en matière de groupe est à la mesure de celle accomplie en matière de responsabilité.

**M. le Président Griziaux.** — Quelqu'un veut-il prendre la parole ?

**M. Goldet, Expert près la Cour d'Appel de Paris.** — Comme l'exposé de Mme Bon couvre parfaitement le

terrain, je vais plutôt essayer de jeter un regard sur sa frontière.

La tradition libérale, ou plutôt ce qu'il en reste dans notre droit civil et commercial, nous fait considérer les individus comme égaux en droit. Mais, dans le secteur de la dominance où nous nous sommes aventurés, on a bien du mal à attirer un individu à la place d'un autre, à substituer une volonté dominante à une volonté dominée. Ce sont des notions un peu étrangères à la philosophie traditionnelle de notre droit.

Par contre, il existe tout un secteur où la dominance est la règle, un domaine dans lequel on se meut dans l'inégalité — c'est le droit administratif. La notion de détournement de pouvoir, la notion d'ingérence, de tutelle, sont très familières aux spécialistes qui ont l'habitude de voir des autorités administratives, de voir la puissance publique, exercer un pouvoir sur des sujets qui sont dominés face à ces sujets dominants et par conséquent qui entretiennent entre eux des rapports qui ne sont pas d'égalité comme ceux du droit civil et commercial traditionnel.

Il y aurait peut-être un regard à jeter sur toutes ces théories du droit administratif qui sont quand même très élaborées, et depuis longtemps. Et ce regard serait d'autant plus d'actualité que, quels que soient les événements politiques, les pans de l'économie qui seront institutionnalisés et qui relèveront d'un droit de l'inégalité, iront sans doute croissant au cours des années à venir.

**M. Cesselin, Président du Tribunal de Commerce de Paris.** — Les magistrats se plaignent très souvent qu'ils ont des textes de loi qui sont imprécis, qui sont préparés dans des conditions de rapidité qui sont préjudiciables au bon exercice de la justice.

N'est-il donc pas très souhaitable que nous nous efforcions, nous d'abord en première instance, très modestement, vous messieurs de la Cour et des Cours et vous monsieur le Premier Président, de

créer notre propre législation, mais notre jurisprudence seulement, sans demander trop aux législateurs, car, comme vous l'avez exposé les uns et les autres, les cas sont tous des cas d'espèce.

Vouloir tout schématiser semblerait dangereux. C'est la première contribution que je voudrais donner.

Concernant la domination de sociétés entre elles, je crois — je me suis souvent posé la question — qu'il serait bon de faire une certaine discrimination quant à la forme de la domination.

— Ou bien la domination est volontaire, de façon structurée, c'est-à-dire que la société A va créer et dominer B, C, D, quel qu'en soit le nombre : dans ce cas, la responsabilité dans les cas de figure que je vous avais cités me semble très évidente.

— Par contre, lorsque survient cette domination, à la suite de premières difficultés de celle qui va être dominée et que c'est la société dominée qui est allée avec son chapeau et ses gants blancs demander la protection de celle qu'on accuse peut-être ensuite d'être dominante, quand on sait, au surplus, qu'il se trouve souvent que les pouvoirs publics ont demandé à la future dominante de faire œuvre de charité, d'assistance, je crois donc que, dans ce cas, le problème est différent.

Enfin, nous avons dit les uns et les autres que la loi de 1967 voulait bien distinguer l'homme, le dirigeant social de l'entreprise. Lorsque nous avons envisagé dans d'autres circonstances les sanctions à appliquer aux dirigeants de la société dominée, on s'est dit : « Mais ces hommes ont été constamment téléguidés par la société dominante ». On oublie tout de même qu'il est toujours possible à un dominé d'avoir, je dirais du courage, et d'abandonner, lorsqu'il en est temps encore, ses fonctions, plutôt que de se laisser aller au fil de l'eau et par sa seule présence donner une garantie aux créanciers locaux qui le connaissent. Ce qui donc démontre qu'en ce cas, il n'a pas la capacité réelle d'être un chef d'entreprise.

**Rapport sur**

**LA RESPONSABILITE DES ETABLISSEMENTS FINANCIERS  
A L'OCCASION DE LA POURSUITE IRRÉGULIÈRE  
DE L'ACTIVITE D'UNE ENTREPRISE**

présenté par

M. P. DUCOROY, Expert agréé par la Cour de Cassation



Monsieur le Premier Président de la Cour de Cassation,  
Messieurs les Magistrats,  
Mesdames, Messieurs,

*Il est des sujets qui sentent la poudre.*

*La responsabilité des établissements financiers à l'occasion de la poursuite irrégulière de l'activité d'une entreprise compte au nombre de ceux-ci.*

*C'est en effet un problème :*

- qui provoque l'anxiété des banques,
- qui enflamme la doctrine,
- qui suscite des revirements de jurisprudence,
- qui est susceptible d'emporter la remise en cause des modes de distribution du crédit.

*Bref, c'est un sujet qu'un homme censé se doit d'éviter.*

*Ayant déraisonnablement accepté d'en traiter, je me propose — pour éviter le double écueil du dogmatisme et de l'empirisme — de le faire en deux parties successivement consacrées :*

- à la présentation d'un cas concret,
- à la découverte, à travers celui-ci, des principes juridiques qui commandent la matière et du rôle de l'expert comptable au plan de leur application judiciaire.

## I. — LE CAS CONCRET

*Il ne m'est pas possible de vous soumettre un cas pratique qui comporte l'ensemble des situations dans lesquelles la position des établissements financiers peut être mise en question à l'occasion de la poursuite irrégulière de l'activité d'une entreprise.*

*Je suis donc contraint à me limiter à un cas suffisamment typique pour être significatif.*

*Ce sera (ceux qui ont assisté à notre dernier Conseil national le pressentent déjà) celui du charcutier de Rodez que nous allons retrouver six ans plus tard.*

*Six ans auront en effet suffi pour que les craintes dont je vous faisais part l'année dernière quant au succès de l'expérience engagée se révèlent fondées.*

*Ceci m'oblige, tout naturellement, pour ceux qui n'ont pu bénéficier des douceurs niçoises (qui ont marqué notre Congrès de l'année dernière), à jouer au feuilletoniste en vous résumant le chapitre précédent.*

*Le cas d'espèce évoqué à cette occasion intéressait :*

- un artisan charcutier ayant brillamment réussi,
- que sa réussite avait convaincu de son génie,
- qui avait, en conséquence, décidé qu'il ne pouvait priver plus longtemps l'économie française de celui-ci.

*D'où sa décision de « passer », du stade artisanal, au stade industriel et la constitution (assortie d'errements dont l'examen constituait l'objet de mon intervention au 15<sup>e</sup> Congrès national) d'une société anonyme dont l'objet était, tant la construction d'un complexe immobilier (avec abattoir, atelier de fabrication, atelier de conditionnement et locaux annexes), que son exploitation commerciale.*

*Ceci se situait en 1968.*

*Le 3 juillet 1974, déconfit et commençant à comprendre qu'un excellent technicien ne fait pas obli-*

*gatoirement un bon chef d'entreprise, notre Aveyronnais est allé déclarer, au greffe du Tribunal de Commerce, l'état de cessation des paiements de la Société ruthénoise de charcuterie dont il était depuis sa constitution le président-directeur général.*

*Jugement a été rendu le jeudi 4 juillet 1974.*

*Celui-ci :*

- constate la cessation des paiements,
- admet l'entreprise au bénéfice du règlement judiciaire,
- nomme un syndic en qualité d'administrateur,
- fixe la cessation des paiements au 24 juin 1974, jour du premier protêt.

*Cette décision va emporter une série d'initiatives que je crois nécessaire de vous résumer chronologiquement assorties de leurs incidences.*

### 30-7-1974

*Dépôt de son rapport sommaire par l'administrateur au règlement judiciaire.*

*Il résulte de celui-ci :*

- que le passif de l'entreprise ne sera pas inférieur à 12 millions de francs,
- que le bilan de la même n'a pas été déposé dans la quinzaine,
- que le complexe comptable de la précitée ne comporte pas de journal général,
- qu'il semble y avoir eu des « paiements au préjudice de la masse ».

### 2-8-1974

*Le rapport sommaire du syndic est communiqué au Parquet.*

### 2-9-1974

*Ouverture d'une information.*

### 3-9-1974

*Le juge d'instruction saisi adresse une commission rogatoire, aux fins d'enquête, au Service Régional de Police Judiciaire de Montpellier.*

### 11-9-1974

*Le même magistrat (convaincu de l'utilité de jumeler, dans les « affaires financières », enquête et expertise) organise une mesure d'information dont il confie l'exécution à deux experts comptables judiciaires.*

### 9-11-1974

*L'assemblée générale extraordinaire convoquée par le conseil d'administration prononce la dissolution de la société anonyme et nomme un liquidateur.*

### Courant décembre 1974

*Le syndic engage une action pour obtenir le report de la date de cessation des paiements.*

*Une décision de mai 1975 lui donnera satisfaction, la date de cessation des paiements étant reportée au 31-1-1975.*

*Le même syndic conteste la production de la Banque du Rouergue (principal banquier de la société), laquelle va engager une procédure pour faire admettre sa créance.*

### Juillet et septembre 1975

*Le fonctionnaire de police chargé de l'exécution de la commission rogatoire du juge d'instruction et les*



experts commis par ce dernier déposent leurs rapports.

Il ressort de ceux-ci :

— que la création de la Société ruthénoise de charcuterie est due à l'initiative d'un soi-disant conseil juridique et fiscal (la profession n'était pas alors réglementée) de moralité discutable qui a incité le charcutier aveyronnais, comptant au nombre de ses clients, à se lancer dans l'aventure industrielle,

— que ledit conseil est devenu directeur général de la société nouvellement créée et a assumé la responsabilité de la direction administrative, financière et comptable de l'entreprise,

— que le commissaire aux comptes désigné dans l'acte constitutif (non inscrit sur la liste prévue par l'article 219 de la loi du 24-7-1966) est décédé fin 1968, qu'il n'a pas été remplacé,

— que les bilans dressés aux 31-12-1968 et 31-12-1969, n'appellent pas d'observation,

— que ceux dressés aux 31-12-1970 et 31-12-1971 ont été améliorés au niveau de leurs résultats en deux temps, par le truchement :

● de manquements comptables tenant en :

● la non-comptabilisation, en fin d'exercice, de partie des achats du mois de décembre,

● l'enregistrement, en décembre, de partie des ventes du mois de janvier de l'année suivante,

● la non-prise en compte de certains frais à payer à la clôture de l'exercice,

toutes irrégularités affectant les comptes de résultats et bilans consignés au journal d'inventaire et déposés au greffe du Tribunal de Commerce,

● de falsifications extra-comptables ayant pour objet, d'une part, de faire disparaître la perte subsistant après les manœuvres précédentes, d'autre part, de modifier la répartition des valeurs entre les rubriques « bilanciels », ceci pour les comptes de résultats et bilans destinés aux banques,

— que ces « améliorations » sont le fait du directeur général, le président-directeur général en ayant eu connaissance dès leur réalisation et la Banque du Rouergue n'en ayant pas été informée à l'époque,

— que grâce à la falsification des bilans 1970 et 1971 la société ruthénoise de charcuterie a obtenu de la Banque du Rouergue des « facilités » importantes qui s'élevaient au 31-12-1972, à :

● 1,5 million d'escompte,

● 1,5 million de découvert,

— que les bilans aux 31-12-1972 et 31-12-1973 n'ont donné lieu qu'à une seule édition et n'appellent pas de critique au niveau de leur sincérité,

— que le premier de ceux-ci, celui du 31-12-1972, fait état d'un total de perte de 5,5 millions pour 5 millions de capital et 1 million de subvention,

— que l'assemblée qui l'a approuvé s'est tenue le 17 juin 1973 et a « donné tous pouvoirs au conseil pour décider de l'opportunité d'un dépôt de bilan »,

— que ce même bilan a été délivré au directeur de la succursale, à Rodez, de la Banque du Rouergue, le 30-6-1973,

— qu'un conseil d'administration de la « Ruthénoise de Charcuterie », réuni le 19-7-1973, en présence du directeur de ladite succursale, a décidé, malgré l'avis de son président-directeur général, de ne pas déposer le bilan aux motifs qu'il était possible d'espérer trouver un groupe susceptible de « reprendre » l'affaire et ainsi d'éviter la dépréciation qui résulterait d'une liquidation de biens, le représentant de la banque « assurant qu'elle tiendrait le financement »

(ce qu'elle fera et ce qui lui permettra de percevoir des agios disproportionnés au chiffre d'affaires de l'entreprise),

— qu'une assemblée extraordinaire réunie le 29-9-1973 a décidé qu'il n'y avait pas lieu à dissolution,

— que le 15-2-1974, la Banque du Rouergue a accordé à la « Ruthénoise » un crédit de « restructuration » de 2 millions, assorti d'une inscription hypothécaire sur les immeubles de la société et d'une caution du président et de son épouse accompagnée d'une garantie hypothécaire sur leurs immeubles personnels,

— que le même jour le père du président-directeur général s'est porté caution du remboursement par la Société ruthénoise du solde débiteur de son compte courant à la Banque du Rouergue,

— que le crédit de « restructuration » a permis d'éponger le découvert du compte courant de la société au 15-2-1974 lequel n'était, jusque-là, garanti que par une caution de président-directeur général,

— que depuis 1970 la Société ruthénoise s'est livrée à la circulation « d'effets de complaisance »,

— que début 1974, la société de fabrication de charcuterie a conclu, avec divers négociants en produits alimentaires, des marchés de fournitures mensuels portant sur 24 mois à des prix avantageux et non révisables sous la seule condition que ceux-ci acceptent des « chaînes » d'effets à trois mois d'échéances,

— que bien qu'aucune livraison n'ait été faite en mai, juin et juillet 1974, les effets correspondants ont cependant été escomptés,

— qu'au jour du dépôt de bilan de la « Ruthénoise de Charcuterie », les « engagements » de la Banque du Rouergue étaient de 4 millions consistant en :

● 2 millions de crédit de restructuration parfaitement garantis,

● 1,8 million d'effets pour certains desquels existaient des difficultés de recouvrement (la qualité de tiers porteur de bonne foi de la banque étant contestée par un certain nombre de tirés),

● 200 000 francs de découvert.

#### Octobre 1975

Le magistrat instructeur inculpe le président-directeur général de la Société ruthénoise de charcuterie, le directeur général de la même et le directeur de l'agence de Rodez de la Banque du Rouergue des chefs de banqueroute, escroquerie et complicité.

#### Novembre 1975

La Banque du Rouergue assigne le père du président-directeur général de la Société ruthénoise de charcuterie, es qualité de caution, en paiement du solde débiteur du compte courant de ladite société (200 000 F.).

#### Novembre 1975

A la requête de la banque, des injonctions de payer sont signifiées aux tirés accepteurs de lettres de change.

Contredits de certains de ceux-ci.

#### Décembre 1975

Un des négociants accepteurs de lettres de change causées par des livraisons non effectuées se constitue partie civile.

#### Décembre 1975

Le syndic de la liquidation de biens de la Société ruthénoise de charcuterie engage contre les dirigeants

de celle-ci l'action prévue par l'article 99 de la loi du 13-7-1967.

#### **Décembre 1975**

Le syndic intente une action visant à faire déclarer inopposable à la masse les hypothèques prises en garantie du remboursement du « crédit de restructuration ».

#### **Décembre 1975**

Le syndic assigne la Banque du Rouergue pour celle-ci s'entendre déclarer responsable, du fait de sa négligence ou de ses fautes, de l'accroissement du passif à compter de la date (à fixer) à laquelle l'entreprise aurait dû cesser son activité.

#### **Décembre 1975**

Le liquidateur de la Société ruthénoise de charcuterie assigne la Banque du Rouergue pour celle-ci s'entendre condamner à réparer le préjudice qu'elle a causé à l'entreprise en lui fournissant les moyens de poursuivre une activité ruineuse.

Telle était la situation au 31-12-1975.

Je vous propose de nous intéresser aux arguments développés par chacune des parties aux instances pendantes à cette date et se rapportant au problème qui nous occupe, c'est-à-dire :

- à l'action pénale engagée contre le directeur de la succursale de Rodez de la Banque du Rouergue,
- aux actions commerciales du syndic contre le même établissement financier,
- à l'action commerciale du liquidateur de la société contre ledit établissement bancaire,
- à l'action civile de la banque contre la caution.

### **A. — La procédure pénale**

#### **1. Intervention de la partie civile**

La partie civile va soutenir :

— qu'au 31-12-1972 la situation de la Société ruthénoise, telle qu'avouée dans le bilan arrêté à cette date, était obérée,

— que, sans le concours financier de la Banque du Rouergue, elle aurait dû déposer son bilan au cours de l'année 1973,

— que les concours de ladite banque ont été irrégulièrement obtenus puisque les procédés employés sont qualifiés dans le réquisitoire, de banqueroute (cas visant les moyens ruineux de se procurer des fonds),

— que :

« constitue une fausse entreprise au sens de l'article 405 du code pénal une société qui, bien qu'ayant une existence réelle ne poursuit ses opérations que par des moyens frauduleux, notamment par des achats faits en vue d'une revente au-dessous des cours » (1),

— que le principe reste le même lorsque les moyens frauduleux consistent en des moyens ruineux de se procurer des fonds.

D'où elle déduira :

— que la Société ruthénoise de charcuterie est une entreprise fictive depuis plusieurs années,

— qu'ayant traité avec elle début 1974, elle a été victime d'une manœuvre tendant à faire croire à l'existence réelle d'une entreprise fictive,

— que c'est cette manœuvre qui l'a amenée à signer les lettres de change dont on lui réclame le paiement alors qu'elle n'a pas reçu de valeurs en échange,

— que l'on doit lui accorder réparation du préjudice que lui cause l'escroquerie ainsi établie, en condamnant solidairement les trois prévenus à lui payer des dommages égaux au montant des lettres de change qu'elle a acceptées,

— que tout spécialement, le directeur de l'agence de Rodez de la Banque du Rouergue (dont il est établi qu'il était, dès juillet 1973, parfaitement informé des errements des auteurs principaux de l'infraction) devant être condamné comme complice de l'escroquerie commise, son employeur la banque elle-même, doit être retenue comme civilement responsable de ses errements.

#### **2. Intervention du Ministère Public**

1) Le substitut du Procureur de la République de Rodez, après avoir démontré que l'escroquerie des dirigeants de la société envers la banque est établie pour ce qui est de l'obtention des facilités accordées par celle-ci en 1971 et 1972 au vu de bilans frauduleusement améliorés (sous réserve d'un problème de prescription) va soutenir :

— que la situation s'est trouvée radicalement modifiée en juillet 1973, époque à laquelle le directeur de l'agence ruthénoise de la Banque du Rouergue a été informé, et de la tromperie dont il avait été antérieurement victime, et de la situation réelle de l'entreprise de charcuterie (voir P.V. du conseil d'administration),

— que ledit banquier a cependant poursuivi son concours financier, lequel ne visait qu'à la sauvegarde des intérêts de la banque (il fallait qu'il puisse disposer du temps nécessaire à la mise en place du crédit de restructuration) et était générateur d'agios disproportionnés au chiffre d'affaires de la société cliente,

— qu'en conséquence, le Tribunal se doit de retenir :

● à l'encontre du président-directeur général et du directeur général de la « Ruthénoise de Charcuterie » le délit de banqueroute simple du chef de l'emploi de moyens ruineux de se procurer des fonds,

● à l'encontre du directeur de la Banque du Rouergue une complicité de banqueroute.

Le même magistrat va ajouter, pour éclairer ses collègues du siège, qu'en 1976 la Cour suprême a décidé que :

« Les juges du fond apprécient souverainement que le découvert bancaire consenti à une entreprise est trop important, les intérêts et agios qu'il entraîne étant hors de proportion avec le chiffre d'affaires et que la constitution d'un tel découvert est, en conséquence, un moyen ruineux de se procurer des fonds... se rend complice de cette infraction le directeur d'une agence locale qui, par divers procédés a dissimulé à la direction générale de la banque dont il est l'employé, l'importance des crédits consentis au client et la situation réelle de ce dernier permettant ainsi la constitution d'un tel découvert (2). »

(1) Cass. Crim. - 2 février 1972 - GP 1972. 2. Som. p. 51.

(2) Cass. Crim. - 18.5.1976 - GP. 1976. 2. 642.

2) Pour ce qui est de l'escroquerie invoquée par la partie civile, le Ministère public reprendra l'argumentation de celle-ci.

3) Enfin, abordant le « paiement au préjudice de la masse », le Procureur va argumenter comme suit :

— L'attribution à la Société ruthénoise du « crédit de restructuration » assorti de garanties assurant son remboursement n'a été qu'un subterfuge pour obtenir le paiement d'un découvert qui, sans ce « montage » aurait subi le sort commun à toutes les créances sur la société ;

— La concomitance de la formalisation du « crédit de restructuration » et du remboursement du découvert suffit à démontrer la duplicité de ceux qui ont imaginé cette forme sophistiquée de paiement au préjudice de la masse.

Le représentant du Parquet conclura en demandant que les dirigeants de l'entreprise de charcuterie et le directeur de la Banque du Rouergue soient condamnés, des chefs de banqueroute et complicité, ajoutant que, pour ne pas alourdir les débats, il n'entend pas pousser plus loin sa démonstration, mais se réserve, en fonction de l'attitude de la défense, de reprendre la parole après celle-ci.

### 3. Intervention du Directeur de la banque

Le Conseil de la Banque du Rouergue qui assiste le directeur de l'agence de Rodez de cet établissement va s'attacher à démontrer, les faits ne pouvant être contestés, qu'ils ne sauraient permettre de retenir son client dans les liens de la prévention aux motifs :

— que le maintien de l'assistance financière de la banque ne peut être regardé, pour la Société ruthénoise de charcuterie, comme un moyen ruineux de se procurer des fonds,

— que le crédit de restructuration n'est en rien assimilable à un paiement au préjudice de la masse.

1) Il commencera ses explications en déclarant :

« Il n'y a plus de sécurité juridique et le justiciable est livré à l'arbitraire et au parti-pris lorsque le juriste et notamment le juge abandonnent la rigueur des concepts et se complait à l'impropriété des termes. » (3)

et il ajoutera, prudemment, que, les magistrats qui l'écoutent n'étant pas à ranger dans la catégorie des juges qu'il vient d'évoquer, ils vont, bien évidemment, comprendre et approuver sa démonstration.

Il développera celle-ci ainsi qu'il suit.

— L'article 131-2° de la loi du 13-7-1967 vise l'emploi « de moyens ruineux pour se procurer des fonds » et non « l'utilisation ruineuse de crédits immérités », ce qui est le cas en l'espèce.

— Le rapport entre coût de financement et chiffre d'affaires ne pouvant s'apprécier qu'a posteriori, en fonction du chiffre d'affaires qu'a permis le financement, il paraît pour le moins étrange de qualifier une infraction pénale à partir des résultats des actes que l'on entend retenir comme justifiant des éléments constitutifs de celle-ci.

— Enfin, et en tout état de cause, la mauvaise foi expressément visée par l'article 131 de la loi du 13-7-1967 fait en l'espèce défaut. Les inculpés ont essayé de trouver une solution satisfaisante pour tous, en « passant la main » à un groupe susceptible de renflouer l'entreprise. S'ils avaient réussi on les eût félicités. Le fait qu'ils aient échoué ne saurait suffire pour que leur bonne foi soit mise en doute.

En l'état de cette argumentation, soutiendra le Conseil du directeur de banque, il ne saurait être question ni de banqueroute du chef de « moyens ruineux » ni, par voie de conséquence, de cette entreprise fictive qui sert de support à la soi-disant escroquerie invoquée par la partie civile.

2) Reste le paiement au préjudice de la masse.

Pour le défenseur du directeur de banque, le « crédit de restructuration », s'il a effectivement permis de couvrir le découvert en compte courant de la Société ruthénoise de charcuterie, a également donné naissance à une nouvelle créance de la banque.

L'opération doit donc s'analyser en une modification des modalités d'un prêt, non en un règlement.

D'où l'impossibilité d'invoquer un paiement au préjudice de la masse.

### 4. Intervention du Ministère Public

A ce stade de l'audience, le substitut va intervenir pour solliciter du président du Tribunal Correctionnel que le directeur de banque soit rappelé à la barre et invité à répondre à la question de savoir si, pour lui, « l'opération crédit de restructuration » représente :

— le paiement du solde du compte courant, assorti d'un prêt, ou

— une simple modification des conditions d'un prêt antérieur.

Le magistrat, pour que le prévenu soit loyalement informé des conséquences de sa réponse, lui fournira les explications suivantes :

— L'important, en l'espèce, est que les créanciers chirographaires ne soient pas frustrés par la Banque du Rouergue et donc que celle-ci ne puisse bénéficier des sûretés qui assortissent le crédit de restructuration ;

— Quelle que soit la réponse de l'inculpé ce but sera atteint sous la seule condition que celle-ci soit consignée au « plumeitif » pour éviter que l'établissement financier puisse changer d'argumentation en changeant de juridiction ;

— En effet :

● si l'intéressé doit soutenir qu'il y a eu paiement du découvert, la qualification de banqueroute sera établie, ce qui permettra au syndic de faire déclarer ce paiement inopposable à la masse (art. 31 de la loi du 13-7-1967),

● si le prévenu doit affirmer qu'il n'y a pas eu paiement du découvert mais modification des conditions d'un prêt antérieur, le syndic pourra, en invoquant l'article 29-6°, de la loi du 13-7-1967, faire juger que les sûretés consenties postérieurement à la date de cessation des paiements pour une dette (le découvert) née avant celle-ci, sont inopposables à la masse.

Le Procureur, faisant preuve de ce sens de l'efficacité judiciaire qui semble l'une des caractéristiques des nouvelles promotions de magistrats, conclura en avançant :

— que ce qui est primordial c'est que les victimes d'agissements malhonnêtes soient désintéressées,

— que peu importe la procédure (pénale ou commerciale) adoptée pour atteindre ce but,

— qu'il est donc prêt à revenir sur ses réquisitions si l'inculpé déclare que l'opération « crédit de restructuration » n'a eu pour but que d'assortir de garantie

(3) L. M. Martin - Revue Banque 1976, p. 1278.



une dette née antérieurement à sa mise en place et qui en était démunie.

## 5. Intervention du Directeur de la banque

Le directeur de l'agence de Rodez de la Banque du Rouergue ayant admis à la barre que le crédit de restructuration ne visait qu'à fournir à son employeur une chance de récupérer un découvert dont le recouvrement était compromis, son Conseil n'aura plus qu'à invoquer l'engagement pris par le représentant du Ministère Public pour tenter de convaincre le Tribunal que, du chef de l'incrimination de « paiement au préjudice de la masse », son client est en voie de relaxe.

### B. — Action du syndic visant à faire déclarer inopposable à la masse les hypothèques consenties par la société ruthénoise à l'occasion de la mise en place du crédit de restructuration

En l'état des déclarations du directeur de l'agence à Rodez de la Banque du Rouergue ce sera sans conviction que plaidera le Conseil de cette dernière. Les débats ne présentant donc que peu d'intérêt, je vous en ferai grâce.

### C. — Action du syndic tendant à faire déclarer la banque responsable de l'accroissement du passif de la Société ruthénoise de charcuterie

#### 1. Intervention du demandeur

Le Conseil du syndic va traiter de son procès en cinq points consacrés :

- aux principes,
- aux fondements juridiques,
- à la faute commise par la banque,
- aux négligences de la même,
- aux conséquences des fautes et négligences.

##### a) Principes

En consentant des crédits qu'elle n'aurait pas dû accorder à sa cliente, la Banque du Rouergue a permis à la « Ruthénoise de charcuterie » de poursuivre une activité ruineuse, donc d'aggraver son passif.

Elle doit réparer les conséquences de ses errements.

##### b) Fondements juridiques

L'action du syndic est fondée sur les articles 1382 (délit) et 1383 (quasi-délit) du code civil.

##### c) De la faute de la défenderesse

C'est en toute connaissance de cause qu'à compter de juillet 1973 la Banque du Rouergue a assuré le financement nécessaire au maintien en survie artificielle de la société aveyronnaise.

La faute est patente.

##### d) Des négligences de la défenderesse

Ce sont la négligence, l'incurie de l'établissement financier qui ont permis que la « Ruthénoise » l'abuse pour, à compter de mars 1971 (la date de production du premier bilan « amélioré »), obtenir de la banque des facilités financières grâce auxquelles elle a poursuivi une activité systématiquement déficitaire.

Il est de nombreuses preuves de l'impéritie de la Banque du Rouergue :

— Elle ne s'est pas fait délivrer, par le greffe du Tribunal de Commerce, les bilans de l'entreprise de charcuterie arrêtés aux 31-12-1970 et 31-12-1971. Leur examen lui aurait révélé qu'ils étaient différents de ceux qui lui avaient été communiqués ;

— Elle n'a pas sollicité, du même greffe, les inscriptions de privilège des organismes sociaux. Si elle l'avait fait elle aurait constaté que ces inscriptions avaient été prises pour des sommes supérieures à celles figurant aux bilans qu'elle détenait ;

— Elle n'a pas demandé que lui soit présenté le livre d'inventaire de la société qui portait enregistrement de bilans infirmant ceux qui lui ont été remis ;

— Elle n'a pas sollicité les rapports du commissaire aux comptes (qui n'ont pas été établis).

Toutes ces négligences caractérisent le quasi-délit dont la banque s'est rendue coupable.

#### e) Conséquences

Des fautes et négligences commises, l'établissement financier doit réparation.

Le préjudice subi s'arbitre au montant de l'accroissement du passif entre mars 1971 (date où la banque aurait dû cesser son concours) et juillet 1974 (date du jugement déclaratif).

## 2. Intervention de la banque

- Les explications de la défenderesse porteront :
- sur le défaut de qualité du syndic pour agir,
  - sur la faute,
  - sur la négligence.

#### a) Défaut de qualité du syndic

Une jurisprudence constante a refusé de reconnaître au syndic le droit d'agir au nom de la masse contre un des créanciers composant celle-ci...

... jusqu'au 7-1-1976, date à laquelle la Chambre commerciale de la Cour de Cassation a considéré que :

« Le syndic trouve dans les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi qualité pour exercer une action en paiement de dommages intérêts contre toute personne, fût-elle créancière dans la masse, coupable d'avoir contribué par ses agissements fautifs à la diminution de l'actif ou à l'aggravation du passif. » (4).

La Cour de Cassation n'est pas à l'abri d'une erreur.

Il appartient au Tribunal Correctionnel de Rodez de le démontrer en rappelant :

— que, pour que le syndic trouve dans les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi qualité pour exercer l'action dont s'agit, il faudrait que ladite loi confère à la masse la personnalité morale,

— que celle-ci n'est nulle part dans la loi du 13-7-1967,

— que, par voie de conséquence, « la personnalité juridique de la masse n'existe que par et pour la poursuite de l'intérêt commun » (5),

— que cet intérêt commun fait, par définition, défaut à l'occasion d'une action qui est dirigée contre un des créanciers composant la masse,

(4) Cass. Com. 7.1.1976 - JCP 1976 - 18327.

(5) L. M. Martin - Revue banque - mai 1976, page 560.

— que le syndic ne représente les créanciers que pour ce qu'ils sont privés de leurs droits de poursuite individuels,

— qu'il ne saurait agir (comme en l'espèce) en invoquant des droits qu'ils ont individuellement conservés.

#### b) Des fautes

La démonstration de la faute de la banque n'est nullement faite par le demandeur.

Son argumentation, qui consiste à déduire des conséquences — en juillet 1974 — de la décision prise — en juillet 1973 — de poursuivre le financement, n'est pas sérieuse.

C'est en juillet 1973 qu'il faut se placer pour apprécier de l'attitude de l'établissement financier.

A cette date la banque n'a visé qu'à procurer à la « Ruthénoise de Charcuterie » le temps nécessaire pour procéder à la réalisation honorable de ses éléments d'actif et lui permettre ainsi de désintéresser ses créanciers.

Si l'opération avait réussi on eut félicité l'établissement financier, il ne saurait être question de l'accabler parce qu'elle a échoué.

C'est au moment des faits qu'une faute s'apprécie.

Assister financièrement l'entreprise aveyronnaise en juillet 1973, compte tenu des buts poursuivis, n'était pas une faute.

#### c) Des négligences

En 1971 et 1972, la Banque du Rouergue a été abusée.

Pour autant elle n'a pas été négligente.

La négligence est une notion subjective. Elle doit s'apprécier à partir des diligences que l'on est en droit d'attendre de l'individu type représentatif du groupe auquel appartient celui auquel des négligences sont reprochées.

En l'espèce, il importe seulement de savoir si la Banque du Rouergue a ou non réagi comme un banquier normalement éclairé et diligent.

Comme les initiatives que le syndic reproche à celle-ci de ne pas avoir prises sont exorbitantes des habitudes professionnelles d'un établissement financier, il ne saurait être question d'en déduire des manquements démontrant un défaut de vigilance.

En effet :

— les banquiers ne sont, ni des experts comptables, ni des commissaires aux comptes, ni des fonctionnaires de police,

— ils ne sont pas chargés de moraliser l'information comptable et financière,

— « l'appréciation du banquier se fonde sur les renseignements qu'il a sur le débiteur au jour du crédit. Or, ces renseignements viennent d'abord du débiteur lui-même... ils viennent ensuite du milieu économique où évolue le débiteur, ils sont le reflet de l'opinion de ce même milieu sur le débiteur, le crédit n'est que le reflet de cette opinion et ce même milieu économique est mal venu à se plaindre d'avoir été trompé par le simple reflet de sa propre opinion » (6).

#### d) Conclusion

La Banque du Rouergue est persuadée que le Tribunal de Rodez :

— au principal, déclarera l'action du syndic irrecevable,

— subsidiairement, et si par impossible il écartait ce moyen, dira qu'aucune faute ou négligence ne peut être reprochée à un banquier qui a tenté de sauver ce qui pouvait l'être.

Enfin : « A une époque où les pouvoirs publics sont si préoccupés de sauver les entreprises dans des conditions que l'on reprocherait souvent aux banques... il est particulièrement injuste et inconséquent de leur faire le procès qu'on leur fait depuis plusieurs années. » (7).

### D. — Action du liquidateur tendant à faire déclarer la banque responsable de l'accroissement des pertes de la Société ruthénoise de charcuterie

#### 1. Intervention du demandeur

Elle sera en tout point semblable à celle du syndic dans l'instance précédemment évoquée.

Une seule différence, elle vise à une réparation plus large puisqu'elle a pour objet de faire évaluer le préjudice par référence aux pertes et non au passif arbitré par le syndic.

#### 2. Intervention de la défenderesse

Elle reprendra assez sensiblement l'argumentation développée dans la précédente espèce à deux différences près :

— Il ne sera évidemment pas question de contester la qualité du syndic pour agir ;

— Il sera soutenu :

● que « nul » ne peut en justice invoquer sa propre turpitude »,

● que les crédits obtenus l'ont été par les représentants de droit et de fait de l'entreprise,

● que celle-ci ne saurait se prévaloir des errements de ses propres dirigeants pour exiger d'un tiers qu'il la garantisse de leurs conséquences financières.

#### 3. Deuxième intervention du demandeur

Après son confrère défendeur, l'avocat du liquidateur reprendra la parole pour soutenir :

— que l'adage invoqué par la Banque du Rouergue est sans intérêt en l'espèce, la jurisprudence faisant la différence entre les faits délictueux des dirigeants et la faute de la société personne morale,

— qu'il n'en veut pour preuve qu'une récente décision de la Cour d'Appel d'Aix dont il a détaché partie des motifs suivants :

« Attendu que, si leur comportement fautif, a pu concourir également à causer des dommages à d'autres et en particulier aux créanciers de ces sociétés ainsi que l'a souligné la B.N.P., il n'en demeure pas moins que celles-ci ont bien souffert de l'attitude des banques en cause, un préjudice dont il leur est dû dès lors réparation sans que l'on puisse leur opposer la règle *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* les faits sur lesquels elles fondent leur action ne

(6) L. M. Martin - Revue banque - mai 1976, p. 563.

(7) L. M. Martin - Revue banque - mai 1976, p. 564.

présentant, les concernant, aucun caractère immoral » (8), ajoutant qu'il ne s'est permis de citer une formule latine que parce que l'arrêt de la Cour d'Aix a été rendu avant que M. le garde des Sceaux ne réforme le langage judiciaire.

### E. — Action de la banque contre la caution de la Société ruthénoise de charcuterie

#### 1. Intervention de la banque

Elle va se résumer :

— à rappeler que le père du président-directeur général de la Société ruthénoise de charcuterie s'est porté caution du remboursement du découvert en compte courant qui pourrait être consenti à la précitée par la Banque du Rouergue,

— à solliciter de la juridiction civile que la caution soit condamnée à exécuter son engagement.

#### 2. Intervention du défendeur

Il soutiendra ne pouvoir être tenu d'exécuter une obligation qu'il a souscrite alors qu'il était abusé par la prospérité apparente de la Société ruthénoise, laquelle résultait des facilités qui lui avaient été inconsidérément accordées par la Banque du Rouergue.

Il citera à l'appui de sa thèse une décision de la Cour de Paris :

« Le banquier qui accorde à un commerçant en état de cessation des paiements un prêt pour le remboursement d'un solde débiteur, tend à persuader les tiers que ce commerçant est in bonis. Il doit ainsi réparer le préjudice causé à la caution qui, sans aucun moyen de connaître la situation réelle du débiteur, a fait foi au crédit apparent et fictif ainsi procuré. » (9).

#### 3. Intervention de la banque

La banque répondra en invoquant :

— l'article 2036 du code civil : « La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette »,

— un arrêt de la Cour de Cassation du 7-5-1975 : « La caution peut résister au créancier en lui opposant les exceptions qui sont inhérentes à la dette. Elle est sans qualité pour reprocher au créancier le soutien artificiel qu'il aurait accordé au débiteur principal, car elle n'invoque pas ainsi une exception appartenant au débiteur principal et inhérente à la dette » (10).

J'en ai ainsi terminé (pour cette année tout au moins) avec les difficultés judiciaires nées des errements de notre charcutier aveyronnais.

Reste à en dégager, tant les principes juridiques qui commandent la matière, que le rôle de l'expert comptable au plan de leurs implications judiciaires.

## II. — PRINCIPES JURIDIQUES ET RÔLE DE L'EXPERT COMPTABLE JUDICIAIRE

1) Ce sont les articles 1382 et 1383 qui constituent les fondements de la responsabilité du banquier qui procure à une entreprise les moyens financiers lui

permettant de poursuivre irrégulièrement son activité.

« Toute personne qui a permis à un failli de conserver un crédit apparent et fictif, et de prolonger sa vie commerciale en aggravant son passif est responsable du préjudice qu'elle a causé à la masse, non seulement par ses actes frauduleux, mais aussi par ses négligences et imprudences conformément aux règles de droit commun de la responsabilité civile. » (11).

2) Encore qu'en pratique on tende, en l'espèce, à évoquer la responsabilité « du distributeur de crédit », il ne s'agit pas d'une responsabilité institutionnelle, mais uniquement d'une responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle.

« En raison de son importance économique et sociale, la distribution du crédit s'apparente davantage à un service public qu'à une simple activité d'intérêt privé et oblige, de ce fait, le banquier qui accorde des facilités à un client à ne pas causer de préjudice aux tiers, soit en contribuant à les tromper sur la véritable situation du crédit, soit en donnant à ce dernier les moyens de poursuivre, au détriment de ses créanciers, une exploitation vouée à la ruine. Néanmoins, l'article 1382 du code civil constituant le fondement de sa responsabilité, la faute du banquier doit être établie (mais peut résulter de sa seule imprudence) et ne donner lieu à réparation qu'autant qu'elle a été la cause directe du préjudice subi par les tiers. » (12).

3) Ce n'est que tardivement et timidement que cette responsabilité a été mise en œuvre.

La chose s'explique suffisamment lorsque l'on admet que le créancier victime des agissements des banques est le plus souvent, dans le cadre de son activité professionnelle, tributaire de celles-ci.

En pratique, il aura fallu attendre l'arrêt de la Chambre Commerciale du 7-1-1976, reconnaissant au syndic (dégagé de toute contrainte financière) la qualité d'ester en justice au nom de la masse contre un créancier dans celle-ci, pour que la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle du banquier devienne de justice courante.

4) La fin de l'immunité de fait des établissements financiers a été à l'origine de réactions passionnelles :

— tant de ceux qui s'en réjouissent, exemple : l'ironique « Banquiers veillez sur vous » du bulletin des « Actualités » du comité du droit de l'entreprise de Montpellier,

— que de ceux qui s'en offusquent et tout spécialement des banques se plaignant d'être victimes du goût du jour qui incite à « prendre là où il est l'argent propre à améliorer la solution de la procédure » (13),

Tout ceci est excessif.

5) Une appréciation sereine du problème amène à poser :

— d'une part, que, la loi devant être la même pour tous, non seulement au niveau de sa formulation, mais au plan de son application, la mise en cause de

(8) Aix - 31.7.1975 - GP 1976. 1.19.

(9) Paris 15.11.1975 - Revue Banque, page 1101.

(10) Cassation 7.5.1975 - Bul. Civ. III - n° 125.

(11) Paris 26.5.1967 - JCP 1968 - 15.518.

(12) Amiens 24.2.1969 - JCP 1969 - 16.124.

(13) L. M. Martin - Revue Banque - mai 1976 - page 563.



la responsabilité du banquier doit être une procédure banale,

— d'autre part, qu'il serait inadmissible de faire des établissements financiers, par le truchement des articles 1382 et 1383 du code civil, les assureurs tous risques des créanciers des entreprises commerciales.

De ces principes découlent des conséquences pratiques tant pour les banques que pour les juridictions et leurs experts.

6) Pour les établissements financiers la mise en œuvre de leur responsabilité devrait les inciter :

— à repenser leurs structures (moins de « banquiers » et plus de « financiers »),

— à réformer la mentalité des responsables de leurs succursales et agences (en matière de clientèle la qualité devrait prévaloir sur la quantité),

— à s'organiser pour vérifier ou faire vérifier la sincérité des informations comptables et économiques qu'ils sont amenés à exploiter.

7) Pour les juridictions appelées à se prononcer sur des actions visant à la mise en cause des banquiers il importe qu'elles apportent un soin particulier :

— à apprécier de la pertinence des décisions prises par les banquiers (en matière de facilités) au jour où elles ont été prises,

— à rechercher si seules les banques sont responsables de la poursuite d'activité.

Pour ce faire elles auront recours à l'expertise.

8) Dans le cadre de celle-ci les experts comptables judiciaires auront à rechercher :

— les éléments d'information qui ont servi au banquier à se forger une opinion au jour de la décision incriminée (avec ce que ce décalage dans le temps comporte de difficultés),

— les moyens qu'il a mis en œuvre pour se procurer lesdites informations,

— les prévisions qu'il pouvait techniquement faire quant au sort de l'entreprise assistée,

— et, accessoirement, les données permettant de chiffrer un éventuel préjudice.

9) Si ces différents impératifs devaient être ignorés nous serions appelés à connaître :

— soit une quasi-immunité des banques,  
— soit une responsabilité institutionnelle des mêmes qui ne manquerait pas d'entraîner :

● un renchérissement du crédit,

● une telle prudence au niveau de sa distribution :

● qu'il ne serait plus accordé qu'à ceux qui seraient capables de prouver qu'ils n'en ont pas besoin,

● qu'en serait exclue toute entreprise présentant des risques ou connaissant des difficultés passagères.

10) Au niveau des conséquences de la mise en œuvre de la responsabilité du banquier en cas de prolongation irrégulière de l'activité des entreprises, c'est en définitive :

— de la prise de conscience des banques,

— de la qualité des experts comptables judiciaires,

— de la sagesse des juridictions,

que dépend la survie du système de distribution du crédit que nous connaissons aujourd'hui.

Mesdames, Messieurs, j'en aurai ainsi terminé lorsque je vous aurai félicité de la patience dont vous avez fait preuve en me prêtant, aussi longtemps, une aussi bienveillante attention.

(Vifs applaudissements.)

**M. le Président Griziaux.** — Ces applaudissements témoignent de l'intérêt que nous avons tous pris à vous écouter, mon cher Président.

Cette prestation brillante, ce talent oratoire, nous le connaissons et nous l'apprécions à chaque congrès.

On retrouve, dans les tribulations de votre charcutier de Rodez et dans la société qu'il a constituée, la plupart des délits que peuvent commettre les dirigeants d'entreprises en difficulté : escroquerie, banqueroute, infraction à la législation sur les sociétés, faux, etc., et j'en passe, sans parler, bien entendu, des conséquences de ces irrégularités sur le plan civil. Quant au rôle et à la responsabilité du banquier dans cette affaire, ils doivent s'insérer, à mon avis, dans le cadre plus général de l'activité bancaire.

Un fort intéressant colloque organisé en mai dernier sur ce sujet par l'Association « Droit et Commerce » et que vous présidiez, monsieur le Premier Président, a fort bien défini les multiples aspects de l'intervention des banques dans la vie des entreprises et les responsabilités qui peuvent en découler.

Certes, on l'a vu récemment et le Président Ducoroy l'a rappelé, des actions en responsabilité ont été engagées contre des banquiers. Au demeurant, les procès de cette nature sont rares et je considère que cela est souhaitable si l'on veut que les établissements financiers continuent d'apporter leur concours aux entreprises, surtout lorsque celles-ci se trouvent dans une situation difficile.

Je m'excuse de cette digression mais revenons à notre propos et recherchons avec l'expert comptable judiciaire les éléments de fait susceptibles d'engager la responsabilité du banquier et peut-être, dans d'autres circonstances que celles évoquées par le Président Ducoroy, en particulier en cas de rupture brutale du crédit.

Puis-je vous prier, monsieur le Premier Président, de bien vouloir ajouter quelques mots et d'ouvrir la discussion sur cette question ?

**M. le Premier Président Monguilan.** — Je crois qu'à cette heure déjà avancée, je ne vais pas alourdir le débat. Je pense que nous pourrions ouvrir tout de suite la discussion.

Mais pour reconforter le charcutier de Rodez, je voudrais simplement dire qu'après tout, la fameuse question de la recevabilité de l'action du syndic ne fait l'objet que d'un arrêt de la Cour de Cassation (Chambre commerciale). Je me souviens toujours qu'étant jeune magistrat (c'était en province devant un vieux Président de Chambre), un avocat fort ardent et presque aussi éloquent que M. Ducoroy, plaidait en disant, « Monsieur le Président, j'ai un arrêt de la Cour de Cassation, c'est un précédent, j'ai gagné mon affaire », et le Président lui a dit « Oh, une hirondelle ! ».

Alors, je ne sais pas finalement ce que serait la décision ultime de la Cour de Cassation au cas où l'Assemblée plénière viendrait à statuer, puisque les juges peuvent en effet, comme vous l'avez très bien dit, ne pas s'incliner devant le seul arrêt de la Chambre commerciale. Je ne sais pas, après tout, si cette jurisprudence sera confirmée.

**M. Freyria, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Lille II.** — Le problème des responsabilités bancaires, tel qu'il vient d'être évoqué avec

beaucoup de talent par notre rapporteur, est en vérité d'une telle dimension et d'une telle complexité qu'à lui seul il pourrait figurer en tête d'affiche d'un colloque.

Son abord est rendu complexe par le fait que les crédits susceptibles d'être octroyés par les établissements bancaires sont de nature variée. Il n'est pas possible de confondre par exemple le crédit d'es-compte, qui fait confiance à la solvabilité de la clientèle de l'entreprise, avec les facilités de caisse qui tiennent compte de l'appréciation de la solvabilité de l'entreprise elle-même ; un crédit à court terme tel qu'une prise à l'escompte d'effets n'engendre pas les mêmes responsabilités que celles de l'octroi de crédits d'investissement, qui nécessitent par nature une exploration plus poussée de la situation économique et financière de l'entreprise qui en est la bénéficiaire ; et il n'est pas possible de traiter sur un pied d'égalité un découvert en blanc, qui fait totale confiance dans les capacités de gestion des dirigeants, et un crédit garanti pour lequel la confiance du banquier dépend de l'existence et de la sécurité de la garantie octroyée en une période de difficultés, qui sera souvent qualifiée de période suspecte.

La complexité du problème dépend également de la nature des responsabilités en cause. Il est naturellement plus aisé de mettre en jeu la responsabilité civile du banquier pour crédit inconsidéré, que de le rendre complice d'une infraction de banqueroute pour fourniture de moyens ruineux à l'entreprise.

Si l'on s'en tient à la forme de crédit la plus volontiers critiquée, celle des facilités de caisse, et au type de responsabilité pénale qui retient davantage l'attention de votre Congrès, il est de fait que le débat s'est singulièrement passionné tant en doctrine qu'en jurisprudence à ce point que la clarté de la discussion s'en est trouvée singulièrement affectée depuis le début de l'année 1976.

Il fut une époque où les banquiers ont pensé qu'ils bénéficiaient d'une immunité complète en matière de poursuites de banqueroute pour fourniture de moyens ruineux. Il importait peu que le volume du crédit octroyé ait été considérable ; dès lors que le taux d'intérêt pratiqué était normal, il n'existait point de moyens ruineux faute d'avoir emprunté à un taux ruineux. C'était la position classique de la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation, même encore en 1974, même s'il était démontré par exemple que le découvert de la banque se soit élevé à une proportion anormale du capital social ou du chiffre d'affaires de l'entreprise. Point d'avantage il n'y avait lieu de prendre en considération le volume des frais financiers exposés par rapport au chiffre d'affaires, dès lors que ces frais résultaient d'un taux d'intérêt correct, compte tenu du taux moyen pratiqué sur le marché pour une forme de crédit comparable.

L'arrêt du 18 mai 1976, maintes fois cité de la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation, a provoqué de sérieuses inquiétudes dans le milieu bancaire pour avoir considéré comme ruineux un crédit octroyé, sans avoir égard au taux pratiqué, mais en le rapportant aux possibilités financières de l'entreprise, dont il était démontré qu'elle ne pouvait point faire face aux frais financiers en résultant. Cet arrêt a été applaudi par les uns et amèrement critiqué par les autres. La querelle a pris des proportions

étonnantes, à ce point que les commentateurs ont pu être rangés en deux catégories diamétralement opposées, les uns favorables aux poursuites, les autres jetant un cri d'alarme sur les conséquences financières inévitables qui résulteraient d'une restriction des crédits sous forme de découverts en blanc.

L'on a probablement exagéré dans un sens ou dans un autre la portée d'application de cet arrêt. La Cour statuait sur appel d'un arrêt de la Cour d'Orléans, qui avait relevé l'énormité d'un découvert, lequel avait crû dans un délai de temps incroyablement rapide, à ce point qu'il atteignait les 2/3 du chiffre d'affaires et que les intérêts et agios représentaient 5 % de ce chiffre. Le chef d'agence ne paraissait point en avoir référé à ses supérieurs, en sorte que la situation n'avait point été examinée avec tout le soin désirable à l'échelon hiérarchique, et que l'intéressé avait eu tort de prendre sur lui la décision d'octroi de crédit qui menait infailliblement l'entreprise à sa ruine. Le crédit était plus qu'inconsidéré ; il était mathématiquement déraisonnable et de toute évidence la seule considération du taux d'intérêt et du montant des commissions ne pouvait justifier sa relaxe. S'agit-il d'un arrêt de circonstance ou d'un revirement radical de jurisprudence ? La prudence m'oblige à opiner dans le premier sens, sauf à suivre attentivement le sort de toute affaire de même nature qui serait évoquée ultérieurement au niveau de la Chambre Criminelle.

Plus généralement, ce problème de la complicité de banqueroute pour crédit inconsidéré doit être traité dans un esprit de nuance.

Il faut se garder de traiter le problème sous la forme d'un dilemme implacable : poursuivre le crédit et se rendre inévitablement complice d'une situation qui aurait dû cesser du jour au lendemain, alors que la prudence obligeait à cesser immédiatement tout concours financier ; ou bien arrêter précisément ce concours du jour au lendemain, ce qui risque de rendre impossible le respect d'une échéance et oblige à une déclaration instantanée de règlement judiciaire.

Les choses sont en vérité moins idéalement simples. Sans doute il est bien vrai que maintes entreprises ont une situation de trésorerie asséchée, qui nécessite un concours financier permanent sous la forme de facilités de caisse ; nous en sommes tous convaincus ; il serait insensé d'obliger tous les banquiers du jour au lendemain à cesser les concours de cette nature au risque de provoquer des cessations de paiement à un rythme plus accéléré que celui que nous observons actuellement. Ces types de concours doivent être maintenus ; mais ils ne peuvent l'être indéfiniment et dans des proportions sans cesse croissantes ; des mises en garde doivent intervenir ; l'excédent de découvert octroyé ne doit pas dépasser des limites raisonnables ; et dans le cas d'un dépassement ponctuel, l'excédent doit être résorbé ; si la situation déficitaire se maintient, la mise en demeure s'impose sous un préavis exigé par la jurisprudence pour ne point engager la responsabilité civile du banquier. Une surveillance attentive de la situation économique et financière de l'entreprise, un dialogue permanent de mise au point au fur et à mesure des différentes échéances, contrastent avec un état d'aveuglement critiquable consistant à augmenter indéfiniment des découverts au seul motif qu'il s'agit de sauvegarder les intérêts d'un client fidèle et béné-

ficier des avantages confortables résultant d'agios et de commissions eux-mêmes indéfiniment perçus.

C'est donc toute une politique de crédit qui est en cause dans les rapports de la banque et de chacune de ses entreprises clientes. Le problème est donc celui d'une attitude de prudence des banquiers qui ne peuvent inconsidérément poursuivre une pratique de facilités de caisse dont la Banque de France a depuis longtemps dénoncé la nocivité, chaque fois

qu'elle prend le caractère d'une pratique systématique et irréfléchie.

Notre réflexion n'a rien de particulièrement original, dès lors qu'elle est le reflet fidèle de la pensée des responsables de notre Institut d'émission.

Je vous remercie de votre attention.

*(Applaudissements.)*



Rapport sur

**LES PROBLEMES POSES A L'EXPERT COMPTABLE JUDICIAIRE  
DEVANT LES IRREGULARITES COMMISES EN VUE DU MAINTIEN EN ACTIVITE  
DES ENTREPRISES EN DIFFICULTE**

INTRODUCTION

(Deuxième partie)

présenté par

M. J. CLARA, Expert près la Cour d'appel de Douai



Parmi les interventions extérieures auxquelles sont soumises les entreprises notamment lorsqu'elles sont en difficulté, il en est qui méritent réflexion par la qualité de leurs auteurs et par la nature des relations existant entre eux et l'entreprise considérée.

Trois cas retiendront notre attention :

### **Les fournisseurs :**

L'entreprise en difficulté peut représenter pour un de ses fournisseurs une activité très importante, principalement dans le cas de marchés souscrits pour une période assez longue. Le fournisseur a alors bien souvent intérêt à voir se maintenir l'activité de l'entreprise et peut être tenté d'entreprendre des manœuvres favorables au maintien de cette activité.

Les agissements des fournisseurs résultent de trois comportements possibles :

- En premier lieu le fournisseur souhaite la poursuite d'activité de l'entreprise jusqu'au terme du marché qui a été souscrit. Dans ce but, il est tenté de consentir des crédits supplémentaires ou renouvelés, cherchant en contrepartie à assortir sa créance de garanties réelles, au détriment des autres créanciers ;

- En second lieu, le fournisseur cherche à sauver sa créance par la prise de garantie évoquée précédemment et également par la constatation de livraisons fictives. Dans cette dernière hypothèse, le fournisseur se rend auteur ou complice d'une aggravation de passif pour peser plus lourd dans la masse des créanciers et récupère ainsi une plus grande part de sa créance en cas de concordat ou pour aider les dirigeants à présenter des créances fictives en vue de récupérer une partie de leur patrimoine au détriment des partenaires de l'entreprise : créanciers, personnel et actionnaires ;

- Enfin, après avoir aidé l'entreprise à se maintenir en activité par les moyens évoqués, le fournisseur peut précipiter la chute de l'entreprise en mettant progressivement ou brutalement fin à son concours, en cherchant à compenser sa créance par la récupération de marchandises ou en promettant la passation de commandes importantes, qui resteront sans suite, sous condition de paiement de la créance antérieure.

Les manœuvres ainsi entreprises peuvent être plus ou moins facilement constatées. Dans le cas de livraisons fictives, l'absence d'inventaire permanent est un obstacle à la connaissance de cette manœuvre.

Pour que la complicité ou la culpabilité des fournisseurs puisse être valablement retenue, il faut bien entendu démontrer qu'ils avaient connaissance de la situation réelle de l'entreprise. La démonstration est loin d'en être facile.

### **Les clients :**

Les agissements des clients sont plus rares que ceux des fournisseurs et n'apparaissent souvent que lorsque le client a une position importante dans les activités de l'entreprise. Le client impose alors souvent des conditions draconiennes, qui tout en aidant au maintien en activité de l'entreprise lui interdit tout redressement possible :

- par des pressions sur les dirigeants pour obtenir des marchés qui se révèlent être déficitaires,

- par l'exigence de clauses de pénalités pour livraisons tardives,

- par l'appât d'acomptes versés rapidement pour obtenir des tarifs préférentiels.

Dans son intérêt personnel, le client qui signe un marché de travaux à cycle long peut alimenter l'entreprise par des avances et des acomptes, prolongeant ainsi la survie de l'entreprise uniquement dans le but de voir ces travaux menés à bonne fin. La situation peut aller jusqu'à l'acceptation par le client de traites de complaisance.

Dans tous les cas, la démonstration doit évidemment porter sur la connaissance par le client, des difficultés de l'entreprise et sur l'intérêt que peut avoir alors le client à ce que se poursuive l'activité de celle-ci.

Des remarques analogues à celles faites pour les fournisseurs sont concevables. Le client qui est l'objet de demandes pressantes d'acomptes est en droit de suspecter les chances de réalisation des commandes qu'il a passées. Il doit alors se garder d'accentuer le mécanisme en se faisant lui-même l'auteur de pressions par le versement spontané d'avances.

Bien entendu, les manœuvres doivent être le fait du client :

- qui a connaissance des difficultés de l'entreprise,
- et qui a agi dans son intérêt personnel.

### **Les conseillers extérieurs :**

Enfin, le troisième cas concerne la responsabilité des conseillers extérieurs. Il peut s'agir :

- des conseillers juridiques,
- des experts comptables,
- des avocats d'affaires,
- des notaires, etc.

Les relations entre l'entreprise et ses conseillers peuvent être occasionnelles ou permanentes et elles peuvent plus ou moins toucher au problème de gestion de l'entreprise. La première difficulté réside dans le fait que, très souvent, les conventions passées à ce sujet, qui sont des contrats de mandats, sont verbales. Elles comportent d'ailleurs beaucoup plus une obligation de moyens qu'une obligation de résultats.

De ce fait, la responsabilité encourue d'origine délictuelle ou quasi délictuelle, va être essentiellement civile, et peut entraîner la détermination de dommages et intérêts au profit de quiconque a subi un préjudice, pour toute négligence apportée par le Conseil extérieur, eu égard aux diligences normales qu'il doit apporter dans la mission qui lui a été confiée.

L'appréciation doit alors porter sur la nature de la mission confiée au conseiller, et sur les preuves que celui-ci peut apporter de sa diligence.

Il est assez rare de constater une participation active au maintien en activité. Par contre, il peut se produire une attitude passive, susceptible d'être considérée comme une négligence.

Une responsabilité pénale peut en outre être recherchée par la démonstration d'une participation effective à diverses manœuvres frauduleuses :

- rédaction d'actes ou de contrats,

— passation ou approbation d'écritures inexactes ou fictives,  
— tenue défectueuse de la comptabilité ou approbation d'une tenue défectueuse,  
— collaboration à l'établissement de bilans inexacts,  
— participations à la constatation d'opérations fictives,  
— conseils d'opérations juridiques ou fiscales susceptibles d'être considérées comme irrégulières,  
— etc.,  
toutes ces manœuvres peuvent entraîner à l'encontre de ceux qui les accomplissent, l'application des peines de la banqueroute, dans le cadre des articles 132 et 133 de la loi du 13 juillet 1967, lorsqu'il est démon-

tré que les agissements de ces conseillers extérieurs permettent de les considérer comme des dirigeants de fait.

La responsabilité des commissaires est bien entendu susceptible d'être engagée et les débats qui vont suivre ne manqueront certainement pas de développer cette question.

(Applaudissements.)

**M. le Premier Président Monguilan.** — Merci monsieur Clara. Nous allons sans plus tarder donner tout de suite la parole à M. Salato.

Monsieur Salato, vous avez la parole.

**Rapport sur**

**L'INTERVENTION DES POUVOIRS PUBLICS EN VUE DU MAINTIEN DE L'EMPLOI  
ET CONSEQUENCES DIVERSES DE CETTE INTERVENTION**

présenté par

Jacques SALATO

Expert agréé par la Cour de Cassation

Monsieur le Premier Président de la Cour de Cassation,  
Messieurs les Premiers Présidents,  
Messieurs les Procureurs Généraux,  
Messieurs les Magistrats,  
Mes Chers Confrères,  
Mesdames, Messieurs,

Sur le rapport de Mme Bon, vous avez analysé longuement les différents critères qui permettent d'apprécier la responsabilité des dirigeants ayant poursuivi, bon gré mal gré, une exploitation financièrement difficile sur les injonctions d'un groupe d'actionnaires puissants.

L'étude que nous vous proposons suppose l'intervention contraignante, au nom d'un certain intérêt public, de personnes qui se donnent un droit d'intervention en vue de la poursuite d'une exploitation qui, en d'autres circonstances, aurait dû être interrompue par déclaration de cessation des paiements.

Nous ne vous ferons pas l'injure de vous rappeler ici les différents textes qui régissent la matière, d'abord parce que vous les connaissez parfaitement et, surtout, parce que nous craindrions d'être pris en défaut pour en avoir oublié un. Nous félicitons notre ami Clara d'avoir pris ce risque.

Ces divers textes sanctionnent, civilement ou pénalement, la poursuite d'une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements, et entraînent, soit la condamnation civile en comblement de passif, voire l'extension aux dirigeants du règlement judiciaire ou de la liquidation de biens, soit la condamnation pénale pour banqueroute.

L'ensemble de ces textes sanctionnent, en fait, le dépôt tardif du bilan d'entreprises en difficulté, sauf à aggraver les sanctions si l'activité s'est poursuivie par des moyens que la loi considère comme frauduleux.

En effet, quelles que soient les précautions dont ils s'entourent pour continuer l'exploitation, de tels dirigeants risquent de devenir de vilains banqueroutiers si l'un d'entre nous ose proposer au Tribunal de faire remonter de plus de quinze jours la date de cessation des paiements.

Il nous paraît nécessaire de préciser d'entrée de jeu que la responsabilité des dirigeants d'entreprises n'est susceptible d'être atténuée du fait de l'intervention des pouvoirs publics qu'à la condition que ceux-ci aient été exactement informés de la situation financière desdites entreprises.

Cela suppose la présentation de comptes sincères aux actionnaires (et par voie de conséquence, au comité d'entreprise), aux banques et aux administrateurs.

Trois cas particuliers méritent d'être envisagés :

Tout d'abord, le défaut d'inscription au passif du bilan et au débit du compte d'exploitation de majorations de retard et pénalités qui peut être lié à des promesses, sans doute verbales, mais réelles, des administrations et des caisses intéressées.

Mais si ces caisses et organismes ont envisagé, dans un premier temps, la limitation des majorations et des pénalités, ils reprennent généralement l'exercice intégral de leurs droits en cas de liquidation de biens, remettant alors en cause par une attitude unilatérale la sincérité des documents antérieurs.

Par ailleurs, des prêts souvent très importants, du F.D.E.S., de certains établissements financiers ou même de l'Etat, devraient, en droit strict, apparaître au bilan en dettes à court terme ou en dettes à long terme, selon la date contractuelle d'exigibilité.

Par des accords verbaux, ces créanciers acceptent fréquemment de reporter l'exigibilité de leurs créances lorsque l'exécution du débiteur entraîne la suppression d'emplois ou d'entreprises tout entières.

Dès lors, apparaît incertaine la méthode de comptabilisation de ces dettes et l'appréciation de la situation financière réelle à court terme des entreprises concernées.

Il paraît difficile de faire grief aux dirigeants de telles entreprises d'avoir présenté un bilan inexact s'ils n'ont pas compris, dans le passif exigible à court terme, ces dettes envers ces bailleurs de fonds, pour autant bien entendu que ces dettes aient été inscrites en dettes à long terme.

Enfin, en l'état actuel des textes et de la jurisprudence, les juges du fond ont toute latitude pour considérer qu'est faux un bilan qui ne ferait pas état des indemnités de licenciement dues au personnel.

Il serait intéressant de savoir si M. le ministre, garde des Sceaux, souhaite résoudre cette difficulté dans un sens aussi libéral qu'il l'a fait pour la provision pour congés payés, d'autant plus que ces congés payés sont dus dans presque tous les cas, alors que la charge de l'indemnité de licenciement est très incertaine tant dans son quantum que dans le principe même de son exigibilité.

La question en fait se pose de savoir à partir de quel moment la constitution d'une telle provision pour indemnités de licenciement s'impose, sachant qu'alors la situation bilantielle de l'entreprise ferait ressortir un état de cessation de paiement latent.

Dans l'hypothèse envisagée, l'unique faute retenue à l'encontre des chefs d'entreprises et dirigeants de sociétés sera le défaut de déclaration de cessation de paiements au moment où des difficultés de trésorerie atteignent un degré tel qu'il n'est plus raisonnablement possible d'espérer le rétablissement de la situation par une seule exploitation bénéficiaire.

En effet, une gestion déficitaire ne saurait être en elle-même constitutive d'un élément d'infraction pénale et la poursuite d'une exploitation déficitaire sur insistance des pouvoirs publics ne paraît pas pouvoir être considérée comme une faute lourde au sens du décret-loi du 8 août 1935.

Les interventions des pouvoirs publics nous paraissent pouvoir être classées en deux catégories :

D'une part, celles qui résultent de la législation et de l'évolution des méthodes de financement ;

D'autre part, celles qui sont la conséquence d'une demande d'assistance des pouvoirs publics formulée par un débiteur en difficulté.

Parmi les premières, nous comptons notamment : — l'intervention du gouvernement qui, par décrets, décide des blocages temporaires des prix de vente tandis que d'autres décrets, pris pendant la même période, augmentent le coût du personnel salarié.

L'inobservation des directives gouvernementales peut entraîner des peines de prison. Un commerçant dont la marge brute tombe, de ce fait, à un niveau



insuffisant devra choisir entre un séjour à Fresnes pour infraction à la législation sur les prix ou à la Santé pour banqueroute,

— l'action des banques qui préfèrent la poursuite des activités, ne serait-ce que pour éviter d'avoir à constater, dans leurs livres, la perte d'une créance importante : notre confrère Ducoroy a eu une façon savoureuse de nous en parler tout à l'heure.

Parmi les interventions des pouvoirs publics à la requête du débiteur, nous citons :

— Les prêts et subventions accordés par le Fonds de Développement Economique et Social (F.D.E.S.) ;

— Les prises de participation ou le financement par subventions ou prêts des I.D.I., C.I.A.S.I., ou S.D.R. ;

— Le financement, par rachat du patrimoine immobilier, d'entreprises en difficulté, sauf à remettre ces biens à leur disposition dans le cadre de contrats de lease-back, à des conditions financières très onéreuses.

Cette forme d'assistance est susceptible, d'ailleurs, d'aggraver la situation pénale du débiteur, auquel on pourrait reprocher de s'être procuré des moyens ruineux de crédit.

— L'intervention des créanciers privilégiés qui accordent, non sans intérêts d'ailleurs, de longs délais pour, éventuellement, rendre possible le vote et l'homologation d'un concordat.

— Le refus par le gouvernement d'autoriser la vente d'une entreprise ou la majorité de blocage du capital d'une société à des groupes étrangers, susceptibles d'investir les capitaux nécessaires à la modernisation et à la poursuite de l'exploitation.

Cette forme d'intervention est rappelée ici pour mémoire, car elle a pour effet pratique d'imposer aux entreprises concernées le dépôt de bilan et la procédure de règlement judiciaire, pour autant qu'il n'y ait pas d'action contradictoire parallèle, en vue du maintien de l'emploi.

Nous mentionnons enfin, l'intervention de l'Inspection du Travail qui contrôle les procédures de licenciement collectif. L'avis de ces services administratifs est, en lui-même, susceptible d'entraîner des charges financières considérables pour les entreprises qui prendraient des décisions de gestion contraaires aux propositions formulées par eux. Nous rappelons, en effet, que le personnel licencié sans avis favorable de l'Inspecteur du Travail peut prétendre à des indemnités importantes à la charge des entreprises, voire même à la réintégration. Mais l'avis de l'Inspection du Travail ne constitue pas, obligatoirement, le remède magique qui mettra les commerçants à l'abri des recherches en responsabilité.

Ce dernier type d'intervention nous paraît ressortir des deux modes d'assistance possibles.

Pour l'appréciation des conséquences sur la responsabilité des débiteurs, nous distinguerons :

— les interventions améliorant l'actif net,

— les interventions maintenant le passif.

Parmi les premières, nous relevons :

— Les subventions de l'Etat ou des collectivités publiques ; cette manifestation des pouvoirs publics paraît ne poser aucun problème du point de vue de la responsabilité des dirigeants, si ce n'est qu'elle leur donne un nouveau délai pour la modernisation de l'entreprise, la réforme des structures et le rétablissement du compte d'exploitation. Mais cette assis-

tance est quelquefois accordée à des conditions si contraignantes que le bénéficiaire risque d'être tenu au remboursement des subventions ; par ailleurs, ces conditions contraignantes peuvent éventuellement entraîner pour les dirigeants le fait que cette assistance sera considérée comme un moyen ruineux ;

— La suppression des majorations ou des pénalités par l'Etat ou les Caisses de Sécurité Sociale et de Prévoyance, dans la mesure où ces décisions de faveur sont prises à titre définitif ; elles ont pour effet de réduire l'endettement à court terme des entreprises en difficulté et la responsabilité des dirigeants de ces affaires ne peut être appréciée qu'en fonction des autres éléments du passif de leur entreprise, pour autant que les suppressions ou remises aient un caractère définitif ;

— L'accélération des paiements par l'Etat ou les collectivités publiques ; cette mesure est de nature, non seulement à rétablir la situation financière d'une entreprise en difficulté, mais, si elle pouvait prendre un caractère général et durable, elle serait susceptible de modifier les données mêmes de la gestion financière ;

— La prise de participation par l'Etat ou les collectivités locales directement ou par l'intermédiaire du F.D.E.S. ou des S.D.R. ou de l'I.D.I. Cette forme d'intervention a pour effet d'apporter des capitaux frais sans, théoriquement, accroître la charge financière de l'entreprise et donne ainsi aux dirigeants des affaires en difficulté des délais supplémentaires pour la recherche de solutions.

Si elles n'apportent pas une solution à TOUS les problèmes, ces interventions d'un organisme public ou semi-public donnent au moins aux débiteurs des délais leur permettant d'entreprendre une action de rétablissement.

L'I.D.I. a ainsi tendance à proposer (et non pas imposer) un plan de redressement, se bornant à doter les entreprises qu'il accepte d'aider de moyens qu'il estime suffisants pour son sauvetage. Ces moyens, dans la plupart des cas, ne proviennent pas intégralement de l'I.D.I., qui s'efforce de lier son intervention à l'obtention de prêts d'organismes financiers ; il nomme un administrateur qui le représente au Conseil pour surveiller l'application du plan de redressement préconisé.

Si celui-ci n'était pas suivi, il est évident que l'administrateur mis en place par l'I.D.I. démissionnerait et la responsabilité des autres dirigeants sociaux pourrait s'en trouver accrue.

En réalité, toutes les solutions énumérées ci-dessus ne peuvent résoudre les problèmes des entreprises en difficulté que :

— si, au-delà de l'apport de capitaux extérieurs ou de l'octroi de délais de paiement, elles permettent de mettre fin à une crise de trésorerie se reflétant au niveau du bilan,

— si un remède est apporté aux causes qui ont entraîné une détérioration de la situation de trésorerie et la persistance d'un déficit d'exploitation, et ont donné lieu à une insuffisance de productivité.

Les interventions qui sont sans incidence sur l'actif net et laissent subsister l'intégralité du passif sont constituées par :

— L'octroi de délais de paiement par le Trésor, les Caisses de Sécurité Sociale et de Prévoyance, mais qui conservent cependant leurs privilèges ;

— Le financement moyennant des garanties telles que le nantissement ou le lease-back ;

— Les prêts à long et moyen termes avec intérêts plus ou moins élevés.

Dans la mesure où, avec l'assistance des pouvoirs publics, les débiteurs ont réellement pu régler, dans l'immédiat, la situation financière des entreprises concernées, la responsabilité des dirigeants ne pourra être recherchée dans les termes de droit commun que pour leur activité postérieure à la date d'intervention des pouvoirs publics.

Dans la mesure où ces interventions ne règlent que partiellement, c'est-à-dire pas du tout, les problèmes d'une entreprise en difficulté, il semble que, quels que soient les conseils qui leur sont prodigués, les dirigeants responsables n'ont pas d'autre solution, pour éviter d'avoir leur responsabilité engagée, que d'accomplir la formalité du dépôt de bilan.

S'il paraît à l'expert judiciaire en comptabilité que l'intervention des pouvoirs publics était, par sa forme et son quantum, susceptible de régler les problèmes de l'entreprise, celui-ci ne proposera pas au Tribunal de faire remonter la date de cessation des paiements à l'époque de la tentative de sauvetage.

Nous arrivons donc à une conclusion assez étonnante, dans la mesure où le débiteur malheureux ne se sera rendu coupable d'aucune infraction autre que la déclaration tardive de cessation des paiements.

La date de cessation des paiements est en effet proposée par l'expert judiciaire en comptabilité au Parquet et au Tribunal. Si, comme c'est le cas général, cette date est déterminée sur la base de constatations flagrantes, le Tribunal ne disposera que d'une marge d'appréciation très faible — voire nulle — pour décider s'il y a délit ou non.

Par ricochet, l'expert judiciaire en comptabilité se trouve donc, bon gré mal gré, prendre la place d'un Fouquier-Tinville.

Il nous a donc fallu chercher d'autres solutions. Nous en proposons trois à vos réflexions.

En premier lieu, il faudrait qu'un débiteur en difficulté ait la possibilité d'accomplir, au Tribunal de Commerce, une formalité assimilable au dépôt de bilan et qui transférerait à un mandataire de justice la responsabilité d'une éventuelle poursuite de l'exploitation.

En effet, le dépôt de bilan, dans sa forme actuelle, présente l'inconvénient majeur de bloquer le paiement de toutes les dettes, mettant ainsi en difficulté des sous-traitants, ce qui ne peut être qu'une source supplémentaire de chômage.

La solution préconisée est cependant à différencier de la suspension provisoire des poursuites qui n'a pas résolu tous les problèmes. La formalité envisagée devrait entraîner la suspension du délai de quinze jours et interdire toute manœuvre protectrice des autres tiers.

Notre seconde proposition puise sa source dans les méthodes de travail de nos honorables parlementaires. Elle consiste à arrêter artificiellement la montre qui règle les nuits d'un débiteur malheureux pendant toute la période comprise entre ses premières difficultés et la date d'un éventuel dépôt de bilan.

La situation actuelle présente en effet l'inconvénient de permettre à l'Etat de conseiller, sans le

moindre risque, la poursuite d'une activité déficitaire car, par le jeu des privilèges, le déficit n'entraînera de perte supplémentaire que pour les créanciers chirographaires.

Ne serait-il pas bon que, dans ces cas-là, une réforme législative réduise ou supprime ce privilège exorbitant ?

En effet, lorsqu'il y a intervention des pouvoirs publics, notamment par consentement de délais de paiement des dettes envers l'Etat ou organismes bénéficiant d'un superprivilège, il serait normal — semble-t-il — qu'en cas de déconfiture ces dettes reportées ne puissent plus bénéficier du privilège, ni de calculs d'intérêts.

Par assimilation, lorsqu'un banquier soutient une entreprise, il peut être appelé en comblement de passif. Le soutien par l'Etat devrait entraîner une certaine responsabilité de ce dernier, car souvent le maintien du privilège se fait :

— au détriment des autres créanciers et il y a risque de réactions en chaîne avec en finalité un Etat bénéficiant d'énormes privilèges qu'il ne pourra plus réaliser, et plus d'entreprises, donc plus d'économie,

— au détriment du débiteur qui voit la dette s'accroître par le jeu des intérêts et ainsi son patrimoine compromis alors que souvent le maintien de l'activité lui aura été imposé au nom du maintien de l'emploi qui se révèle alors illusoire.

Cette dernière considération permettrait alors de soulever le problème des responsabilités éventuellement encourues pour aggravation de passif.

Enfin, dernière proposition, et vue strictement sous l'angle du contribuable, ne serait-il pas souhaitable que les fonds publics servent honnêtement, en annonçant réellement la couleur, à payer des indemnités à des salariés ou à des chômeurs plutôt que de voir l'Etat — directement ou par banques interposées — dispenser des capitaux souvent énormes sans espoir réel d'atteindre l'objectif souhaité ?

Je vous remercie d'avoir écouté avec une attention soutenue un rapport peut-être un peu rébarbatif mais d'une brûlante actualité.

(Applaudissements.)

**M. le Président Griziaux.** — Je vous remercie, monsieur Salato.

Ainsi que vous l'avez souligné, on peut dire que l'intervention des pouvoirs publics est essentiellement motivée par le souci légitime de maintenir l'emploi et vous avez rappelé les différentes formes de ces interventions : prêts, subventions, prises de participation, etc.

En tant qu'experts comptables, nous savons que ces aides sont précieuses aux entreprises en difficulté mais qu'elles ne sauraient à la fois rétablir leur équilibre d'exploitation et leur situation financière si elles ne sont pas accompagnées d'un plan sérieux de redressement qui passe souvent par des licenciements que les pouvoirs publics hésitent à accorder et dont la charge est trop lourde pour les entreprises concernées.

C'est alors que l'activité se poursuit et que l'on assiste, ainsi que vous l'avez indiqué, à une dégradation de la situation entraînant un accroissement du passif. A lui seul, je le répète, l'appui financier est

insuffisant, il faut réformer et améliorer la gestion en recherchant les causes des situations difficiles et cela est primordial.

Vous avez quelque peu dépassé notre mission d'expert judiciaire en proposant des solutions susceptibles d'atténuer, voire de supprimer, la responsabilité des dirigeants sociaux en cas d'intervention des pouvoirs publics dans les entreprises en difficulté.

Ce problème est intéressant, mais pour rester dans le cadre de notre sujet, je crois qu'il serait utile de tenter d'approfondir les situations dans lesquelles la responsabilité des dirigeants peut être engagée lorsque l'exploitation d'une entreprise en difficulté est poursuivie sous la pression des pouvoirs publics soucieux et responsables de l'intérêt général.

Puis-je vous demander, monsieur le Premier Président, si vous voulez dire quelques mots ou si nous ouvrons la discussion ?

**M. Monguilan, Premier Président de la Cour de Cassation.** — Nous allons pouvoir ouvrir la discussion parce que je pense que les questions qui ont été soulevées par M. Salato sont, en effet, fort intéressantes et d'une brûlante actualité. Elles intéressent surtout les chefs d'entreprises car la question de l'intervention de l'Etat, c'est la question de l'évolution de l'économie moderne. Nous ne connaissons plus maintenant de société capitaliste à l'état pur... la doctrine du « laisser-faire, laisser-passer » me paraît véritablement abandonnée par tous les pays du monde.

Nous allons nécessairement et, si attaché qu'on soit à la société libérale, nous allons tout de même vers un système d'économie plus ou moins dirigée. Il est difficile maintenant de se passer d'un plan, il est difficile d'imaginer une économie d'où serait absente toute intervention de la puissance publique sous quelque forme que ce soit : organismes publics ou semi-publics. Il est certain que ces interventions sont toujours ressenties de façons diverses. Elles sont bien ressenties lorsqu'elles se traduisent par des aides et des subventions et sont évidemment très mal ressenties lorsqu'elles aboutissent à des blocages de prix ou à des législations très contraignantes pour les salaires et pour l'emploi.

Il faut évidemment choisir.

On ne peut pas tout avoir. Il est certain que les chefs d'entreprises ne peuvent pas, à la fois, lorsque leurs affaires vont mal, se tourner vers des organismes publics pour demander de l'aide et se plaindre de ce qu'ils sont obligés de naviguer dans une conjoncture qui est évidemment soumise aussi à certaines variations nées de l'intervention de la puissance publique, notamment en matière de prix.

Je ne sais plus à quel moment j'ai entendu un chef d'entreprise dire qu'il naviguait toujours entre le risque de nullité des décisions qu'il prenait sur le plan civil et le risque de la correctionnelle.

Je crois qu'il y a là, sous forme de boutade, de rapport raccourci, la traduction des préoccupations et des soucis des chefs d'entreprises. C'est une question qu'il serait intéressant de poser à un chef d'entreprise. Je ne sais pas s'il y en a dans cette salle mais je pense que le débat pourrait être utilement prolongé par quelqu'un d'entre eux.

**M. le Président Griziaux.** — Quelqu'un veut-il prendre la parole sur les rapports présentés par MM. Clara et Salato ?

Monsieur Canac, puis-je vous demander de nous dire quelle est la position de l'Institut de Développement Industriel face à ces problèmes ?

**M. Canac, Conseiller juridique de l'I.D.I.** — La position de l'I.D.I. est très délicate car, comme vous le savez, l'I.D.I. est souvent appelée à intervenir dans des sociétés en difficulté. Difficultés qui ne sont pas aussi importantes que celles qu'on peut imaginer habituellement quand on lit la presse, mais difficultés qui tiennent surtout, à mon avis, à des gestions familiales — intuitives — peu habituées aux problèmes modernes et qui s'aperçoivent brusquement que les difficultés actuelles doivent se résoudre par d'autres moyens que le pilotage à l'estime.

C'est pourquoi nous intervenons souvent dans des affaires qui sont viables à condition de bien vouloir y accepter les améliorations qui conviendraient et c'est ici qu'en tant que Conseiller juridique de l'I.D.I., je suis toujours mal placé.

Nous voudrions bien imposer un plan, mais comment imposer un plan sans prendre une responsabilité ? Car l'I.D.I. est une société d'économie mixte, donc qui est soumise à toutes les règles du droit privé et son président-directeur général risquerait de répondre de sa responsabilité devant les tribunaux s'il exigeait des mesures qui se révéleraient inefficaces et qui entraîneraient une société affiliée à déposer son bilan.

Il peut arriver même qu'étant déjà intervenu dans le capital d'une société et lui ayant accordé un prêt, nous nous apercevions que les premières mesures prises, conseillées par nous, étaient insuffisantes, qu'il fallait en prendre de nouvelles. Pouvions-nous prolonger l'existence de cette société ? Notre diagnostic était-il exact ? Est-ce que vraiment nous ne nous trompions pas en pensant que, par de nouvelles mesures, on pouvait sauver cette société ? Voilà le genre de problèmes quotidiens auxquels nous devons répondre et qui représentent une grosse responsabilité pour les dirigeants de l'I.D.I.

Je crois que ce que disait M. Salato à propos de la possibilité de désigner un mandataire dans le cadre d'une société en difficulté et près de déposer son bilan est acceptable mais dangereux car on se trouverait devant un mandataire irresponsable. C'est au fond tout le problème. Il vaut mieux laisser au chef d'entreprise la responsabilité de ses décisions et je crois que toute la difficulté réside dans ce côté ambigu où on doit à la fois aider sans imposer, tout en laissant au chef d'entreprise la possibilité de diriger lui-même son affaire.

Voilà en quelques mots les problèmes qui se posent à l'I.D.I.

**M. S. Thouvenot, Président de la Fédération Nationale des Compagnies d'Experts près les Cours d'Appel et les Tribunaux.** — Monsieur le Président, je voudrais simplement ajouter à tout ce qui a été dit ce matin et à ce qu'a dit tout à l'heure M. Salato, c'est que nous vivons maintenant dans un univers qui est notablement différent de celui que nous avons connu autrefois parce qu'il y a constamment une pression qui provient des partenaires sociaux. Et cette pres-



sion modifie les règles du jeu auquel nous étions habitués jusqu'ici.

Ceci est important, en particulier quand cette pression donne lieu à intervention devant les autorités judiciaires. Quand il arrive en effet qu'une société se trouve en difficulté, très généralement la question se pose de savoir si, par des réformes intérieures, on peut aboutir à une meilleure gestion de l'entreprise et quand cette question est de même posée, on peut être conduit à penser qu'une meilleure gestion de l'entreprise passe par la fermeture de certains ateliers, par l'arrêt de certaines activités ou par le transfert d'activités d'un certain point géographique à un autre. C'est alors que va se manifester une réaction des partenaires sociaux, pour qui la question qui se pose est alors de savoir si le « patron » ne peut pas faire autre chose que de faire ce qu'il entend faire. S'il n'y a pas mieux à faire que de procéder à une contraction des effectifs, et si l'on ne peut pas maintenir l'activité des ateliers en évitant les licenciements, au besoin par des transferts de personnel d'un point à un autre.

Ceci est important pour les experts comptables que vous êtes parce que vous êtes appelés à intervenir en vertu d'une mission de justice à l'occasion de difficultés rencontrées par des entreprises et que la première réaction qui apparaît quand une entreprise se trouve en difficulté c'est justement celle qui se manifeste sur le plan social, avant même que vous n'ayez été appelé à intervenir.

Le comité d'entreprise qui a été consulté sur les mesures que la direction se propose de prendre sur un programme d'investissement nouveau, sur la légitimité des licenciements qui sont envisagés ou sur la manière dont ces licenciements sont prévus, se prépare à jouer son rôle avec une vigueur et une attention particulières mais si la situation se détériore on peut soit aller jusqu'à des occupations d'usine, soit simplement demander au tribunal que la direction de l'entreprise n'entreprenne aucune action qui soit de nature à modifier la structure de celle-ci et les conditions de l'emploi.

Je voulais simplement attirer l'attention des membres de cette assemblée sur le fait que l'un des signes prémonitoires de la difficulté des entreprises apparaît précisément dans certains aspects des difficultés qui se manifestent entre les chefs d'entreprises et les partenaires sociaux.

A cet égard, une question presque toujours se pose. C'est celle qui a été évoquée par Mme Bon : celle de savoir si la société prend elle-même ses décisions dans la plénitude de ses responsabilités ou si elle les prend parce qu'elle a reçu des injonctions de la part d'une société ou d'un groupe français ou international très puissant.

Il n'est malheureusement pas possible dans ces circonstances qu'un mandataire puisse substituer sa responsabilité à celle du chef d'entreprise (comme l'évoquait tout à l'heure M. Salato) ni, comme le disait très justement M. Canac, que le représentant de l'I.D.I. appelé à l'aide, puisse apporter de « solution miracle ».

On est en présence de phénomènes, entièrement nouveaux, caractérisés par une pression du corps social sur les chefs d'entreprises, qui méritent d'être analysés très objectivement au moment où elle se produit.

C'est quelquefois à ce moment-là que l'on peut réellement diagnostiquer s'il est possible réellement de sauver l'entreprise, ou au contraire, s'il faut l'abandonner complètement à son triste sort avec les conséquences que cela entraîne sur le plan du personnel.

**M. le Président Griziaux.** — Sur le premier rapport et, en particulier au niveau des responsabilités des commissaires aux comptes dans les entreprises en difficulté, quelqu'un souhaite-t-il prendre la parole ? M. Sigaut, par exemple...

**M. Sigaut, Président du Conseil National des Commissaires aux Comptes.** — Je voudrais dire simplement que les commissaires aux comptes approuvent le projet de loi qui est en préparation et dont M. le Premier Président nous disait ce matin qu'il devait être approuvé prochainement.

Les commissaires aux comptes vont se trouver bientôt devant des responsabilités nouvelles. Car ce projet de loi, d'après les éléments que j'en ai, prévoit l'intervention du commissaire dans le but de mettre le chef d'entreprise et les administrateurs en face de leurs responsabilités.

La procédure qui est envisagée va imposer au commissaire aux comptes d'intervenir auprès du président dans le cas où la situation de l'entreprise apparaîtra dangereuse. Le Conseil National des Commissaires avait demandé qu'il n'y ait que des critères objectifs pour apprécier le danger de cette situation. En fait, le ministère tient à ce qu'il y ait une part d'appréciation du commissaire aux comptes sur cette situation, ce dernier va être dans l'obligation de saisir le président du conseil d'administration de cette situation. Le président devra quant à lui saisir le conseil d'administration et faire connaître au commissaire aux comptes l'avis du conseil.

L'idée directrice est d'alerter les administrateurs qui, trop souvent actuellement, se désintéressent de la gestion, de telle sorte qu'ils prennent conscience que leur responsabilité va être engagée à partir du moment où une mesure sérieuse sera prise pour sortir de la situation dangereuse. On espère que les administrateurs feront pression sur le président qui pourrait perdre de vue le danger de la situation et être exagérément optimiste. Il faut que des mesures de redressement soient prises.

Les commissaires aux comptes vont avoir une responsabilité nouvelle et assez grave avec intervention dans la gestion, puisqu'ils seront amenés à apprécier la situation, non seulement d'après des critères objectifs, mais par une appréciation économique, éventuellement même par des jugements portés sur la qualité de la direction.

**Rapport sur**

**LES PROBLEMES POSES APRES L'ENGAGEMENT DES PROCEDURES  
DE REGLEMENT JUDICIAIRE, DE LIQUIDATION DES BIENS  
ET DE SUSPENSION PROVISoire DES POURSUITES**

présenté par

M. A. BIOTEAU, Expert près la Cour d'appel d'Angers

avec la collaboration de

Madame DERVAUX  
Messieurs BIOTEAU  
BOYER CHAMARD  
DARROUSEZ  
DOUGE  
MARQUIS  
MOUSSET  
BEYNIER

Experts près la Cour d'appel d'Angers





Monsieur le Premier Président,  
Messieurs les Magistrats,  
Mesdames, Messieurs et chers Confrères,

Dans le cadre du thème général « De l'expert comptable judiciaire devant les irrégularités commises en vue du maintien en survie des entreprises », il a été confié à notre équipe l'étude de ce thème, lorsque l'entreprise se trouve placée dans le cadre juridique de l'une des procédures suivantes :

- Règlement judiciaire ;
- Liquidation de biens ;
- Suspension provisoire des poursuites.

Il nous a paru souhaitable de proposer le plan suivant :

- Rappel succinct de la finalité de ces trois procédures ;
- Tiers intervenant à ces procédures ;
- La notion de poursuite d'activité ;
- Les obligations légales des organes de procédure ;
- La notion essentielle de passif de masse ;
- La responsabilité civile ;
- La responsabilité pénale.

#### **RAPPEL SUCCINCT DE LA FINALITE DE CES TROIS PROCEDURES**

La loi 67563 du 13 juillet 1967 qui fait suite à de nombreux textes antérieurs traite de l'ensemble des problèmes du règlement judiciaire et de la liquidation de biens.

Elle intéresse tout commerçant, toute personne morale de droit privé même non commerçante qui cesse ses paiements.

Ainsi, le Tribunal de Commerce si le débiteur est commerçant, le Tribunal de Grande Instance dans les autres cas sera saisi :

- soit sur déclaration du débiteur qui devrait intervenir dans les quinze jours de la cessation de paiements,
- soit sur action directe du Tribunal, le débiteur ou ses héritiers connus ou dûment appelés,
- soit sur assignation d'un créancier.

S'il apparaît au Tribunal compétent que le débiteur est en mesure de proposer un concordat sérieux, il prononcera le règlement judiciaire.

Dans le cas contraire le débiteur sera déclaré en liquidation de biens.

Ces deux procédures ont une finalité bien différente :

En règlement judiciaire le débiteur est assisté d'un syndic dans tous les actes concernant l'administration ou la disposition de ses biens, alors qu'en liquidation de biens, il est de plein droit dessaisi au profit du syndic.

Attendu que le but du règlement judiciaire est de permettre au débiteur la présentation d'un concordat qui, s'il est homologué le dégage de toute tutelle, il sera nécessaire en général, au juge commissaire, d'autoriser la continuation de l'exploitation.

Cette autorisation n'intervient dans le régime de liquidation de biens, que pour les besoins de ladite liquidation.

Ainsi dans le cas du règlement judiciaire, le débiteur conserve l'espoir de rétablir une situation com-

promise et de régler ses créanciers, alors qu'en liquidation de biens, il s'agit d'assurer judiciairement la réalisation de l'actif et le règlement, le plus souvent très partiel, du passif.

Parallèlement, il est apparu nécessaire au législateur d'assurer une certaine fonction de prévention à l'égard d'entreprises en situation financière difficile, mais non irrémédiablement compromise, dont la disparition serait de nature à causer un trouble grave à l'économie nationale ou régionale.

Ainsi une ordonnance du 23 septembre 1967 (67820) promulguée en vue de faciliter le redressement économique et financier de certaines entreprises, organise une procédure de suspension provisoire des poursuites et d'apurement collectif du passif.

Le domaine d'application de la nouvelle procédure ne doit pas se confondre avec celui de la procédure de règlement judiciaire ou de la liquidation des biens.

La suspension provisoire des poursuites et l'apurement collectif du passif excluent l'existence de l'état de cessation des paiements ; ils doivent précéder cet état dont ils tendent à éviter la survenance.

La procédure prévoit un plan de redressement économique et financier assorti d'un plan d'apurement collectif du passif, qui n'a pas le caractère d'un concordat.

Sa mise en œuvre est réservée à un certain nombre de grands tribunaux expressément désignés.

Cette procédure est applicable aux commerçants ainsi qu'aux personnes morales de droit privé, même non commerçantes.

C'est une procédure limitée dans le temps.

En effet, elle ne peut être prononcée que pour un délai n'excédant pas trois mois, pouvant exceptionnellement être prolongé d'un mois. Il semblerait que dans le cas de Manufrance des libertés aient été prises avec les délais.

#### **TIERS INTERVENANT A CES PROCEDURES**

##### **a) Règlement judiciaire - Liquidation de biens**

Le Tribunal désigne un juge-commissaire qui sous son autorité, surveille et accélère les opérations.

Celles-ci sont confiées à un à trois syndics.

Ceux-ci doivent tous les six mois informer le Procureur de la République du déroulement de la procédure.

A toute époque le juge-commissaire peut nommer par ordonnance un ou deux contrôleurs pris parmi les créanciers.

Le ou les contrôleurs, sous l'autorité du juge-commissaire vérifient la comptabilité et l'état de situation présenté par le débiteur, et assistent le juge-commissaire dans sa mission de surveillance des opérations du syndic.

Notons que le texte précise, curieusement semble-t-il que « les contrôleurs ne répondent que de leur faute lourde ».

Ajoutons, enfin, que dans le cadre du règlement judiciaire, le jugement d'homologation du concordat peut désigner un à trois commissaires à l'exécution du concordat, dont il fixe la mission.

## **b) Suspension provisoire des poursuites et apurement collectif du passif**

### **B 1. Suspension provisoire des poursuites**

*La suspension provisoire des poursuites est placée sous le contrôle d'un juge-commissaire et d'un ou plusieurs curateurs.*

*Le juge-commissaire n'est pas désigné par le jugement prononçant la suspension.*

*Ces fonctions sont assumées de plein droit par le président du Tribunal.*

*Toutefois, le président peut lui-même désigner un juge pour remplir les fonctions de juge-commissaire, par ordonnance non susceptible de voies de recours.*

*En revanche, il appartient au Tribunal seul de désigner un ou plusieurs curateurs aux biens du débiteur, sans que leur nombre soit limité.*

*Les textes n'indiquent pas comment sont choisis les curateurs.*

*En principe ceux-ci seront choisis par le Tribunal parmi les syndics, sans que cela soit une obligation.*

*Le Tribunal nomme également le cas échéant un ou plusieurs experts pour assister le ou les curateurs.*

*En cas de nécessité, d'autres experts peuvent être ultérieurement nommés par le juge-commissaire (article 12 de l'ordonnance).*

*La décision nommant les curateurs et les experts n'est susceptible d'aucune voie de recours (art. 44 de l'ordonnance).*

*Le Tribunal fixe la mission et les pouvoirs du ou des curateurs.*

*Il peut les charger, ensemble ou séparément, soit de surveiller les opérations financières et commerciales, soit d'assister le débiteur, soit d'assumer provisoirement l'Administration avec les pouvoirs qu'il détermine.*

*Le Tribunal peut à tout moment modifier la mission et les pouvoirs du curateur, soit sur sa demande, soit d'office (art. 13 de l'ordonnance).*

*Aucun recours ne peut être formé contre la décision qui fixe ou modifie les pouvoirs du curateur (art. 44 de l'ordonnance).*

*Pendant la période de suspension des poursuites, le débiteur assisté du curateur, ou le curateur s'il est chargé de l'administration provisoire, établit le plan de redressement économique et financier de l'entreprise assorti d'un plan d'apurement collectif du passif.*

### **B 2. Apurement collectif du passif**

*Le jugement, quel que soit son contenu, met fin aux fonctions du curateur qui doit déposer ses comptes au greffe dans les trois mois de la cessation de ses fonctions. Le débiteur est averti de ce dépôt par lettre recommandée du greffier avec l'indication qu'il dispose d'un délai de quinze jours, pour formuler s'il y a lieu ses contestations.*

*Le Tribunal, dans son jugement, désigne un commissaire à l'exécution du plan (art. 28 de l'ordonnance).*

*Cette désignation est obligatoire et non facultative à l'inverse de la désignation du commissaire à l'exécution du concordat.*

*Le commissaire contrôle l'exécution du plan d'apurement du passif, il doit signaler au président du Tribunal tout manquement aux engagements souscrits par le débiteur.*

*Il doit, en outre, rendre compte à ce magistrat du déroulement des opérations, tous les six mois (art. 36 de l'ordonnance).*

*La copie de ses rapports doit être adressée au Procureur de la République.*

*Si le débiteur ne se conforme pas aux stipulations du plan ou aux dispositions du jugement, le Tribunal peut d'office ou sur assignation d'un créancier ou d'un groupe de créanciers représentant au moins 15 % des créances, prononcer la résolution du plan (art. 38, alinéa 1<sup>er</sup> de l'ordonnance).*

*S'il ne respecte pas les échéances prévues, le Tribunal d'office ou sur assignation d'un créancier ou d'un groupe de créanciers, doit prononcer le règlement judiciaire ou la liquidation des biens, sur rapport du commissaire, et renvoyer l'affaire devant le Tribunal compétent (art. 38, alinéa 2 de l'ordonnance).*

## **LA NOTION DE POURSUITE D'ACTIVITE**

*La poursuite d'activité se justifie d'abord en fonction de la nature même de la procédure.*

*C'est ainsi qu'elle est évidente pour la suspension provisoire des poursuites, logique dans le cadre du règlement judiciaire, et nécessairement très limitée en liquidation de biens.*

*Ensuite, elle peut apparaître indispensable, soit pour respecter des marchés, soit pour utiliser dans de bonnes conditions des stocks de matières premières ou de produits semi-finis et finis.*

*Enfin, une poursuite d'activité maintient l'emploi, évite le coût important des indemnités de préavis et de licenciement, et favorise le cas échéant, la cession de l'entreprise.*

*La législation sociale des dernières années, le phénomène de concentration d'entreprises, les tensions économiques ne peuvent laisser indifférents les Pouvoirs publics et les Tribunaux.*

*Aussi, les motivations économiques et sociales influencent-elles nécessairement les décisions judiciaires.*

*L'intérêt des créanciers peut se voir primé par l'intérêt général.*

*Nous citerons l'exemple d'une entreprise de bâtiments dont le bilan déposé permettait un concordat sérieux à condition de ne pas poursuivre l'activité.*

*Or cette entreprise construisait un hôpital. Sous l'influence du préfet et des syndicats, l'activité fut continuée. Les syndics écartèrent le gérant de la société pour faire confiance au chef comptable.*

*Au cours de la période d'exploitation provisoire les syndics n'ont fait établir aucune situation comptable.*

*Il était pourtant simple de connaître chaque mois :*

- Valeur des matériaux achetés ;*
- Coût du personnel.*

*Il suffisait alors d'ajouter le montant des charges de structure pour obtenir les dépenses engagées du mois et les comparer à la situation mensuelle sur travaux et savoir ainsi s'il y avait gain ou perte.*

Or l'hôpital fut terminé mais la période d'exploitation provisoire donna naissance à un nouveau passif de deux millions de francs.

On peut donc s'interroger sur l'opportunité de la décision de poursuite d'activité et sur la responsabilité des syndicats.

Le même phénomène se retrouve au niveau de la suspension provisoire des poursuites.

Malgré toutes les précautions prises, le plan d'apurement proposé repose sur des probabilités qui peuvent être confondues par des circonstances économiques et sociales, même dans le cadre d'une gestion diligente.

Or nous nous trouverons, au terme d'essais malheureux, devant deux catégories principales de créanciers : ceux de la période avant suspension provisoire des poursuites, ceux de la période postérieure.

Au nom d'un intérêt général, ne peut-on pas craindre que les plus grandes victimes soient les créanciers originaires ?

Comment alors, l'expert judiciaire pourra-t-il dégaier les éléments susceptibles de permettre de situer les responsabilités et les responsables ?

Certes, nous rappelons que la poursuite d'activité doit être autorisée par le juge-commissaire ou le Tribunal, dans le cas de règlement judiciaire et de liquidation de biens.

Elle s'exerce naturellement pendant la durée de la suspension provisoire des poursuites.

Mais cette poursuite d'activité fait reposer sur les épaules de certains tiers, en particulier des syndicats, des responsabilités non négligeables, pour diverses raisons d'ailleurs :

Bien que très qualifiés, ils savent ne pas disposer d'une compétence universelle ;

Ils prennent aussi conscience que la structure de leurs cabinets, en général, ne leur permet pas une sûre gestion des affaires d'autrui.

Aussi, pour se prémunir des risques, et malgré d'importantes assurances, ils ont découvert un refuge dans la pratique de la location-gérance.

Certes, toute location-gérance doit être autorisée par le Tribunal.

Mais la prudence collective — juges et syndicats — tend à s'accommoder de cette solution provisoire.

L'expert comptable judiciaire peut recevoir mission d'étudier les conditions de la location-gérance et d'indiquer si ces conditions lui paraissent conformes aux principes d'une bonne gestion.

Ainsi l'expert judiciaire devra être très attentif aux conditions du contrat et particulièrement au prix de cession des stocks, à l'évaluation des travaux restant à exécuter, à toutes clauses ayant une influence directe sur la valeur de réalisation de l'actif ou sur le passif.

Sur ce dernier point, certains contrats imposent au locataire-gérant la reprise du personnel avec son ancienneté.

Une telle exigence ne peut-elle pas être juridiquement discutée, en particulier si le locataire-gérant est déclaré en règlement judiciaire ou en liquidation de biens ?

Il reste enfin à noter les cas particuliers de l'exploitation poursuivie bien que non autorisée. Une telle situation est de nature à faire naître de graves responsabilités chez le débiteur, chez le syndic, éventuellement chez le juge-commissaire.

## OBLIGATIONS LEGALES DES ORGANES DE PROCEDURE

Nous pensons qu'il convient de distinguer :

- Les obligations légales habituelles ;
- Les obligations propres aux procédures collectives.

Dans le cadre des entreprises commerciales, les obligations légales demeurent, dans les domaines : comptable - fiscal - juridique.

Certes, lorsqu'il y a règlement judiciaire ou liquidation de biens, la tendance à l'apathie tend à remplacer rapidement les inquiétudes du débiteur et du créancier.

Le débiteur tend à se guérir de son traumatisme initial.

Le créancier déçu cherchera sa voie, dans la constitution rapide de provision pour créances douteuses afin d'épargner au moins l'impôt.

Le syndic, pris par de multiples problèmes, tiendra en recettes et dépenses, une « certaine » comptabilité dont l'intégration avec celle du débiteur ne se révèle pas toujours évidente.

S'agissant d'entreprises ayant souvent des reports déficitaires, les obligations fiscales ne constituent pas une grande préoccupation.

Cependant, cette somnolence tend à disparaître car le régime de la T.V.A. ayant des incidences sérieuses, en particulier au niveau des cessions d'immobilisations, conduit l'administration fiscale à rappeler aux débiteurs et syndic leurs obligations.

Puis, dans les sociétés anonymes, ou certaines S.A.R.L., un autre personnage intervient : le commissaire aux comptes.

Il est oublié, tout d'abord parce que l'on estime que les comptes étant ce qu'ils sont, le contrôle ne s'impose plus, qu'en outre, il est regrettable d'exposer des honoraires pour un travail sans intérêt.

C'est oublier quelque peu les dispositions légales.

Mais l'on peut s'interroger sur la position que devra prendre le commissaire aux comptes devant telle force d'inertie, ou sur la responsabilité qu'il encourt par son silence ?

\*  
\*\*

A côté des obligations légales habituelles, apparaissent des obligations spécifiques aux procédures collectives que doivent observer les différentes parties concernées.

C'est principalement le syndic qui est concerné puisqu'il est directement chargé du règlement judiciaire ou de la liquidation de biens.

Notons par exemple :

L'obligation qui est siennée :

— de faire tous actes nécessaires pour la conservation des droits du débiteur, contre les débiteurs de celui-ci,



- de requérir les inscriptions hypothécaires qui n'ont pas été requises par le débiteur lui-même,
- d'informer tous les six mois le Procureur de la République du déroulement de la procédure,
- dans le cadre du règlement judiciaire, d'assister le débiteur de faire tels actes nécessaires à la sauvegarde du patrimoine sous certaines conditions,
- de communiquer à la fin de chaque période d'exploitation provisoire les résultats de l'exploitation ou de l'activité au juge-commissaire et au Procureur de la République.

Cette dernière obligation est très importante. Mais on peut s'étonner de l'utilisation de la conjonction *ou*. Il semblerait en effet indispensable que soient communiqués les résultats de l'exploitation. La tentation peut être grande de faire un simple rapport sur l'activité sans considération financière.

Les obligations des contrôleurs sont nettement précisées à l'article 12 de la loi du 13 juillet 1967.

Celles des débiteurs eux-mêmes sont en général négatives.

Elles prennent la forme d'interdiction ou se déduisent a contrario des cas susceptibles d'entraîner faillite personnelle ou banqueroute.

Le juge-commissaire, lui, a comme obligation principale, celle de surveiller et d'accélérer les opérations et la gestion du règlement judiciaire et de la liquidation de biens.

Les obligations des curateurs dépendent principalement de la mission qui leur est confiée et des dispositions de l'article 20 de l'ordonnance du 23 septembre 1967.

Le commissaire à l'exécution du plan d'apurement collectif du passif voit ses obligations spécifiques définies à l'article 36 de cette même ordonnance.

## NOTION ESSENTIELLE DE PASSIF DE MASSE

Cette notion de masse apparaît à l'article 13 de la loi du 13-07-1967, ainsi rédigée :

« Le jugement qui prononce le règlement judiciaire et la liquidation des biens constitue les créanciers en une masse représentée par le syndic qui seul agit en son nom et peut l'engager. »

Cette fiction juridique s'explique en raison d'actions qui peuvent être nécessaires pour la protection du patrimoine du débiteur.

Cette notion de « masse » n'existe pas en suspension provisoire de poursuites.

Dans cette procédure les créanciers n'interviennent pratiquement pas. Au nom de l'intérêt général, le Tribunal est tout-puissant.

Les poursuites sont obligatoirement stoppées, l'approbation du plan s'impose aux créanciers existant au jour où la suspension provisoire de poursuites a été prononcée.

Il n'y a donc aucune action collective possible des créanciers ; par conséquent la notion de masse ne se justifie pas.

Certains magistrats estiment cependant qu'il existe un groupement sui generis qui constitue la masse des créanciers sociaux.

Si l'on admet que deux personnes ayant mêmes droits, et mêmes obligations à l'égard d'une troisième

forment une masse, la thèse soutenue se trouve accréditée.

Mais elle ne repose alors sur aucune disposition juridique et nous paraît simplement de nature à satisfaire une certaine analyse intellectuelle.

Nous observerons cependant que d'aucuns sont attachés à cette notion de masse, afin de privilégier un éventuel passif nouveau que l'administration sous curatelle peut engendrer.

Nous abordons là la notion de passif de masse.

Sur le plan de la poursuite d'activité d'une entreprise en règlement judiciaire ou en faillite, les opérations de gestion peuvent conduire à un nouveau passif net, dit passif de masse.

Il appartient donc à la masse représentée par le syndic de le régler, ce qui nécessairement réduira l'actif net au point éventuellement de rendre tout concordat impossible.

Mais est-ce une faute de laisser se créer un passif de masse ? Y a-t-il des responsabilités encourues ?

Nous ne voudrions pas répondre « en Normand » et cependant seul l'examen de chaque cas autorise telle ou telle réponse.

Parallèlement, il convient de savoir quelles sont les obligations de ceux qui assurent cette gestion.

En règlement judiciaire, le débiteur est en principe seulement assisté par le syndic, sous réserve que le juge-commissaire n'ait pas décidé de sa non-participation à la continuation de l'exploitation.

En liquidation de biens, le syndic agit seul.

Une double question peut se poser :

— Nous trouvons-nous en face d'obligations de moyens ou d'obligations de résultats ?

— La responsabilité se trouvera-t-elle engagée s'il est relevé un défaut de diligence normale ?

Bien sûr, il conviendrait préalablement de s'entendre sur la définition même de l'obligation de moyens et de résultats.

Plutôt que de s'enliser dans des digressions interminables, nous préférons faire appel à la notion d'obligation de gérer ou d'assister en bon père de famille.

Ceci implique en effet un souci de prudence et d'efficacité.

— Prudence : en limitant autant que faire se peut tous risques.

— Efficacité : en gérant ou en surveillant la gestion avec une grande rigueur.

En résumé, c'est la mise en œuvre la plus judicieuse possible des moyens pour l'obtention du résultat le plus favorable, ce qui ne signifie pas nécessairement un résultat bénéficiaire.

Ainsi, il apparaît évident que le défaut de diligence normale est de nature à engager la responsabilité des défaillants.

Certes, l'expert comptable judiciaire fera une analyse aussi circonstanciée que prudente avant de formuler sa conclusion.

Mais quelle que soit l'issue de la mise en cause de responsables et de la définition du quantum qu'ils pourraient avoir à supporter, il n'en demeure pas moins que le passif de masse sera prélevé sur l'actif net, réduisant ainsi les possibilités de concordat.

Le même raisonnement peut-il se tenir dans le cadre de la suspension provisoire des poursuites ?

Rappelons que le curateur, en dehors de la mission d'analyse prospective de la situation, surveillance, assiste, ou administre.

Ce n'est que dans la mesure où le plan d'apurement collectif du passif n'est pas admis, et qu'une décision de règlement judiciaire ou de liquidation de biens est rendue, que la question d'un éventuel passif de masse se pose.

Certains estiment que les engagements pris par un curateur ou avec son accord, non réglés au jour d'une telle décision, doivent bénéficier d'un régime privilégié.

Nous ne sommes pas convaincus du bien-fondé d'une telle thèse.

L'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance du 23 septembre 1967 s'intéresse aux entreprises en situation financière difficile, mais non irrémédiablement compromise, dont la disparition pourrait être évitée dans des conditions compatibles avec l'intérêt des créanciers.

Le législateur a donc bien le souci des créanciers.

Or, donner un privilège aux créances nées sous curatelle, ne serait-ce pas une mesure d'iniquité à l'égard de ceux-là mêmes qui subissent une situation créée dans l'intérêt général ?

Nous pensons aussi que sciemment le législateur n'a pas voulu constituer de masse légale afin d'obliger débiteur et curateur à être extrêmement prudents pendant les quelques mois de curatelle. Il est en effet préférable d'utiliser les stocks existants et d'envisager des réapprovisionnements par des règlements comptant.

Certes, au jour où la mission du curateur cesse, il subsiste un passif près d'organismes sociaux en raison du décalage entre la date de la paie par exemple et celle de l'exigibilité des charges sociales.

Mais ceci ne pose aucun problème puisqu'il s'agit d'un passif privilégié.

Personne ne peut méconnaître qu'admettre un passif de masse facilite la tâche du débiteur, du curateur : l'octroi de délais de paiement par les fournisseurs, l'ouverture de crédits par les banques.

Mais est-ce bien l'esprit de l'ordonnance qui ne s'intéressait qu'aux entreprises en situation financière difficile ?

Ne peut-on pas craindre que le régime de suspension provisoire des poursuites serait dans l'hypothèse d'un passif de masse reconnu, beaucoup plus fréquemment utilisé, et donnerait bonne conscience aux pouvoirs publics aux syndicats et aux Tribunaux concernés ?

Il semble, en effet, que le problème de l'emploi influence de plus en plus les choix immédiats au risque de différer simplement la cessation d'activité de l'entreprise.

Il sera enfin utile de suivre la décision d'appel qui sera rendue suite à un jugement du Tribunal de Commerce de Lille du 6 mai 1977 dans une instance opposant la Direction des Services Fiscaux à une société en règlement judiciaire et son syndic.

Ladite société s'était trouvée placée sous le régime de la suspension provisoire des poursuites du 2 juillet

au 29 octobre 1976, date à laquelle a été décidé le règlement judiciaire.

La Direction des Services Fiscaux avait formé tierce opposition à un jugement qui avait décidé que les créances de l'Association pour la gestion du régime d'assurances des salariés et l'A.S.S.E.D.I.C., nées pendant la période de la suspension provisoire des poursuites étaient créancières sur la masse du règlement judiciaire.

Nous n'apercevons pas en droit, le fondement d'une telle décision.

Dans le cadre de cette procédure, nous pensons utile maintenant d'insister sur l'aspect particulier de l'éventuelle mise en cause de la responsabilité civile des intervenants.

## I. — LE DEBITEUR

Celui-ci se trouve dans deux situations différentes :

### Pendant la période de suspension provisoire de poursuites

Les pouvoirs du curateur sont fixés par le Tribunal, et peuvent aller d'une simple assistance au remplacement complet du débiteur ou du dirigeant, dans la gestion de l'exploitation.

Indépendamment des sanctions pénales susceptibles de lui être infligées, pour certains actes précis, le débiteur se trouve soumis à des règles civiles car les actes qu'il est amené à effectuer en outrepassant les pouvoirs qui lui sont laissés par le Tribunal sont nuls, d'une nullité relative et tout créancier peut exercer l'action.

D'autre part, pour les actions dont l'interdiction est réprimée par les articles 46 et suivants de l'ordonnance, il faut remarquer que l'autorisation du juge-commissaire les rend valides.

### Pendant la période de P.A.C.P.

Pendant cette période, le problème est très différent, car le débiteur n'est plus, en principe, que surveillé par le commissaire à l'exécution du plan. Néanmoins, il peut être remplacé, sur décision motivée du Tribunal (art. 32 de l'ordonnance).

On doit donc considérer que s'il est toujours à la tête de ses affaires, tous ses actes sont validés sauf ceux visés à l'article 47 dans cette situation ; il ne peut en effet les effectuer que dans la mesure où il respecte strictement le P.A.C.P.

Il faut remarquer que dans tous les cas de non-respect du plan par le débiteur, le Tribunal peut en prononcer d'office la caducité et même prononcer le règlement judiciaire ou la liquidation des biens.

## II. — LES TIERS INTERVENANTS

### A. — Le curateur ou le Commissaire à l'exécution du plan

Ceux-ci peuvent évidemment voir leur responsabilité personnelle mise en jeu :

— en cas d'excès des pouvoirs qui leur sont attribués par les décisions judiciaires,



— par leur négligence ou l'absence de diligence normale de leur part.

#### B. — Le Juge-Commissaire

Sa responsabilité pourrait peut-être être mise en cause s'il avait autorisé hâtivement et légèrement des actes de disposition, des sûretés ou des paiements susceptibles de porter préjudice aux créanciers.

#### C. — Les co-contractants du débiteur

Eux aussi peuvent se voir tenter une action en réparation dans la mesure où les actes qu'ils ont effectués avec le débiteur ont causé un préjudice aux créanciers. Cela est particulièrement vrai pour les actes interdits aux débiteurs, où ils peuvent sous certaines conditions être poursuivis pénalement.

La situation des co-contractants est donc relativement dangereuse en ce cas.

#### D. — Les Conseils du débiteur

Il faut penser tout spécialement aux conseils (notamment experts comptables) du débiteur qui l'aident à établir notamment le P.A.C.P. Il est de toute évidence que le non-respect par eux des règles de diligence normale ayant entraîné la présentation d'états inexacts ou incomplets pourrait conduire à leur mise en cause, ce dans la mesure évidemment où ils ont engagé par exemple leur notoriété et ont fait, à tort, trop leurs, les chiffres ou conclusions du débiteur.

Il faut rappeler à ce propos que les délais impartis sont extrêmement courts et qu'il faudra mettre en place une véritable révision comptable complète si l'expert en cause veut se trouver à l'abri de toute recherche en responsabilité, ce qui n'est pas sans représenter de grosses difficultés sur un plan purement matériel.

#### E. — Les banquiers

Ceux-ci sont dans une situation très particulière. En effet, il n'est guère convenable que l'exploitation puisse se continuer sans poursuite des conditions de crédit antérieures. Or il ne faut pas oublier que les sûretés sont suspendues de plein droit. La continuation de l'exploitation risque donc d'être mise en cause par l'attitude bien compréhensible, des banques, de ne pas aggraver les risques déjà encourus.

D'autre part, elles sont, rappelons-le, en butte souvent à des actions en comblement de passif, notamment en cas d'immixtion dans la gestion. Celle-ci peut être particulièrement possible (et même tentante) en de telles circonstances.

\*  
\*\*

Ce long développement dans le cadre du plan proposé, situe les différents domaines auxquels l'expert comptable judiciaire devra être attentif dans le cadre de la mission qu'il se verra confiée.

En matière de responsabilité civile, la tâche sera particulièrement délicate.

Certes, si l'expert constate des fautes intentionnelles ou non entraînant dommage pour autrui, il n'aura pas de difficulté à éclairer la juridiction qui l'aura désigné.

Mais il éprouvera beaucoup plus de difficultés à cerner l'absence de diligence normale ou une gestion qui n'aura pas été conduite en bon père de famille.

Ses constatations mériteront d'être soigneusement analysées.

Il aura intérêt à démontrer éventuellement que le choix de décisions différentes, dont les principes sont connus de gestionnaires classiques, eût permis des résultats meilleurs.

Il n'oubliera pas que la responsabilité civile ne peut être engagée que si trois éléments principaux sont constatés :

- Faute ou négligence du défendeur ;
- Préjudice du demandeur ;
- Lien de cause à effet entre la faute et le préjudice.

### RESPONSABILITE PENALE

La plupart des missions confiées à l'expert comptable judiciaire relèveront surtout de la juridiction pénale.

En matière pénale, les responsabilités peuvent être classées en deux parties :

- Les délits de droit commun ;
- Les délits spécifiques aux procédures qui nous intéressent.

#### Délits de droit commun

Il ne paraît pas utile de s'étendre sur les faits délictueux qui peuvent être commis.

On peut noter toutefois les infractions suivantes :

#### Celles qui ressortent du droit commun proprement dit

- Faux ;
- Usage de faux ;
- Escroquerie ;
- Abus de confiance ;
- Vol, etc.

Certains de ces délits peuvent d'ailleurs éventuellement qualifier des faits spécifiques.

#### Celles qui ressortent du droit de faillite

Nous rappellerons que des sanctions à caractère patrimonial peuvent être encourues par les dirigeants des personnes morales.

Ainsi, ces dirigeants peuvent être condamnés à contribuer au règlement du passif de la personne morale, ou se voir condamnés personnellement au règlement judiciaire ou à la liquidation des biens.

D'autre part, l'expert comptable judiciaire peut être amené à rechercher des faits susceptibles de qualifier des infractions punissables, s'il existe des peines de la banqueroute simple ou frauduleuse à l'égard de personnes physiques.

*Ou s'il existe à l'égard de dirigeants sociaux les éléments des délits assimilés aux banqueroutes (art. 130 à 142 de la loi du 13 juillet 1967).*

*Nous insisterons maintenant sur les délits spécifiques à la suspension provisoire des poursuites.*

*Il faut distinguer deux périodes successives :*

— *Celle de la suspension provisoire des poursuites proprement dite ;*

— *Celle de l'application du plan d'apurement du passif.*

### **Délits spécifiques commis pendant la période de S.P.P.**

*Les textes spécifiques ne font pas état de la tentative des infractions dont il est question. Dans ces conditions et afin d'éviter des redites, nous indiquons donc que, d'une manière générale, leur tentative n'est pas punissable.*

#### **Présentation de comptes inexacts ou incomplets**

*L'article 46 de l'ordonnance de 1967 punit tout commerçant ou tout dirigeant de droit ou de fait d'une personne morale, qui, à l'occasion d'une procédure de S.P.P. a de mauvaise foi, présenté ou fait présenter un compte d'exploitation générale, ou un compte de pertes et profits, ou un bilan, ou un état des créances et des dettes, ou un état actif et passif des privilèges et sûretés inexact ou incomplet.*

##### **a) Nature de l'infraction**

*Compte tenu des peines encourues, il s'agit bien d'un délit.*

##### **b) Auteurs de l'infraction**

- *Le commerçant débiteur ;*
- *Les associés d'une société en nom ;*
- *Le commandité d'une S.C.S. ou d'une S.C.A. ;*
- *Le gérant de S.A.R.L. ;*
- *Président, directeur général ou administrateurs d'une S.A. classique ;*
- *Président du directoire, D.G.V., membres du directoire, d'une S.A. à directoire.*

*A priori, les membres du conseil de surveillance ne sont pas visés, car non considérés comme des dirigeants ;*

- *Dirigeants de fait :*
  - *de type classique,*
  - *l'administrateur provisoire, judiciaire ou non.*

##### **c) Faits concernés**

*Le texte est très large, puisqu'il parle d'inexactitude ou d'insuffisance. Or, on sait qu'il est à peu près impossible d'établir un bilan absolument exact, surtout dans les conditions de hâte engendrées par l'urgence.*

*Il faut se poser également des questions au sujet des litiges en cours (procédures non encore engagées, contrôles fiscaux en cours ou dont les conclusions peuvent ou doivent faire l'objet de contestation, etc.).*

*Au total, le texte est donc extrêmement rigoureux.*

##### **d) Élément intentionnel**

*Celui-ci doit être prouvé car le texte dit bien « de mauvaise foi ». Néanmoins, très souvent, la charge de la preuve est, en fait, renversée et la bonne foi doit*

*être en pratique prouvée, ce qui n'est pas toujours facile pour l'expert. D'autre part, il conviendra de comparer l'importance des inexactitudes avec les seuils de signification.*

##### **e) Quand le délit est-il accompli ?**

*Le texte parle de « présentation », ce qui signifie à notre sens qu'il est accompli dès la présentation aux autres intervenants (juge, président, créanciers, curateurs, syndic, etc.) des éléments en cause, et pas seulement lors de la proposition aux créanciers.*

##### **f) Complices possibles**

*La recherche de complicité peut être effectuée :*

- *soit parmi les salariés de l'entreprise (comptables, associés, non dirigeants, cadres, etc.),*
- *soit encore parmi les tiers participant à la confection ou au contrôle des états incriminés (expert comptable, commissaire aux comptes, créanciers ou débiteurs qui attesteraient des créances ou des dettes inexacts et, plus spécifiquement, curateurs ou administrateurs provisoires).*

### **Acte de disposition et paiement de dette antérieure**

*L'article 47, 1<sup>o</sup> indique :*

— *punissable tout commerçant ou tout dirigeant de droit ou de fait d'une personne morale qui, pendant la période de S.P.P. a, sans autorisation du juge-commissaire :*

- *ou consenti une hypothèque ou un nantissement,*
- *ou fait un acte de disposition étranger à l'exploitation,*
- *ou payé en tout ou en partie une dette née antérieurement à la décision prononçant la suspension.*

##### **a) Nature et auteurs de l'infraction**

*Il s'agit là encore d'un délit dont les auteurs possibles sont les mêmes que ceux visés par l'article 46 examiné plus avant.*

##### **b) Faits concernés**

*Il faut remarquer dès l'abord que les faits incriminés ne sont délictueux qu'en raison de l'absence d'autorisation du juge-commissaire. En outre et sur le plan civil, tous les actes constituant les faits visés sont nuls.*

*Quels sont les faits en cause ?*

— *Avoir consenti une hypothèque ou un nantissement.*

*Pas de difficulté spéciale.*

— *Actes de disposition étrangers à l'exploitation.*

*La définition est plus délicate. A notre sens, sont visés évidemment les actes de disposition à titre gratuit. Pour ceux à titre onéreux, par exemple, en ce qui concerne les cessions d'éléments d'actif, il conviendra à l'expert d'en apprécier le bien-fondé, l'importance et le caractère de disposition ou d'administration.*

— *Paiement de dettes antérieures.*

*Ce paiement peut n'avoir été que partiel. En tout cas, cela exclut la compensation ou la dation en*

paiement. Des problèmes difficiles à résoudre peuvent se poser pour les marchandises en dépôt-vente par exemple, ou encore pour la détermination de la date exacte de naissance de la dette (voir en outre la jurisprudence récente sur le crédit-bail).

#### c) **Eléments intentionnels**

A la différence de l'article 46, l'article 47 n'en fait pas état. Le délit est constitué dès la constatation du fait incriminé.

#### d) **Complices possibles**

Ce sont d'abord et évidemment les tiers (et éventuellement les intermédiaires) qui auront traité avec le débiteur. Doivent-ils être au courant de la situation de ce dernier ? Il le semble bien, bien que le texte ne fasse pas état de la mauvaise foi.

Il faut remarquer que les co-contractants du débiteur sont visés expressément par le 3° du même article qui ne lève d'ailleurs pas toutes les ambiguïtés car il ne vise pas ceux qui reçoivent une hypothèque ou un nantissement dont on ne pourra que rechercher la complicité (voir plus loin).

#### **Les co-contractants du débiteur pour certains actes**

C'est l'article 47, § 3, auquel nous faisons allusion ci-dessus, qui édicte la disposition suivante :

« Toute personne qui pendant la période de S.P.P. et en connaissance de la situation du débiteur, a passé avec lui l'un des contrats prévus au 2° ou en a reçu un paiement irrégulier. »

#### a) **Nature de l'infraction**

Le 2° de l'article auquel renvoie le 3° ci-dessus, concerne, pour la période de S.P.P., les actes de disposition étrangers à l'exploitation normale ou les paiements irréguliers. A noter, comme nous le disions plus haut, que le consentement d'hypothèque ou de nantissement n'est pas visé. Le paiement irrégulier dont il s'agit est celui non autorisé par le juge-commissaire.

#### b) **Les auteurs**

Ils sont cette fois les tiers co-contractants du débiteur, qui sont expressément visés sans qu'il soit utile de rechercher leur complicité. On peut évidemment se demander s'il était nécessaire d'édicter ces dispositions, qui paraissent quelque peu superflues et au surplus incomplètes puisque ne visant pas les sûretés réelles visées au 1°, ce qui ne laisse pas de causer des difficultés en raison de l'élément intentionnel à rechercher ou non.

#### c) **Élément intentionnel**

En effet, celui-ci est exigé pour rendre punissables les faits en cause. Il faut que le tiers co-contractant ait été au courant de la situation du débiteur, sauf s'il s'agit encore une fois, de la prise de sûretés réelles. Il y a donc une certaine incohérence de ces textes, comme nous le soulignons plus haut.

#### d) **Complices possibles**

S'agissant d'un délit distinct de celui commis par le débiteur, on peut cependant estimer que certains tiers pourraient être complices, des agents d'affaires ou des financiers par exemple, proposant des contrats relevant des dispositions en cause.

#### **Malversation par le curateur**

L'article 48, alinéa 1 renvoyant à l'article 408, alinéa 2 du Code pénal (qui traite, rappelons-le s'il est besoin, de l'abus de confiance commis par une personne faisant appel au public) punit le curateur qui se rend coupable de malversation dans sa gestion.

#### a) **Nature de l'infraction**

Bien que la peine prévue soit particulièrement lourde, sa nature nous indique qu'il s'agit encore d'un délit, ce qui représente un cas assez exceptionnel dans le droit pénal.

b) **Auteurs, le ou les curateurs** à l'exclusion de tout autre intervenant officiel dans la procédure.

#### c) **Fait incriminé**

La malversation par le curateur dans sa gestion, c'est-à-dire, est-il besoin de le rappeler, le détournement à son profit de tout ou partie de l'actif du débiteur.

d) **L'élément intentionnel** est sous-entendu dans le terme de malversation, dont on verrait mal qu'elle fût opérée de bonne foi.

#### e) **Complicité**

Bien sûr, les tiers avec l'aide desquels traiterait le curateur (y compris le juge-commissaire) pourraient être taxés de complicité. De même, le débiteur, les dirigeants de la société débitrice ou leurs préposés.

#### **Omission par le curateur de révélation de certaines irrégularités du débiteur**

#### a) **Nature de l'infraction**

Le débiteur est soumis, on le voit tout au long de l'étude, à de nombreuses interdictions et obligations. Le curateur est le contrôleur légal de leur respect.

Aussi l'article 48, alinéa 2, l'oblige-t-il sous les peines très lourdes de l'article 408, alinéa 2, du Code pénal, déjà cité, à signaler au juge-commissaire toutes les irrégularités commises par le débiteur.

b) **L'auteur est le ou les curateurs**, à l'exclusion de tout autre.

#### c) **Accomplissement du délit**

On peut se poser la question du délai dans lequel le curateur doit avertir le juge-commissaire. Il faut admettre, dans le silence de la loi, qu'il doit agir dès qu'il a connaissance de l'irrégularité commise par le débiteur, par analogie avec le commissaire aux comptes.

d) **L'élément intentionnel** doit être prouvé, car le curateur doit avoir agi « de connivence avec le débiteur ».

#### e) **Complices possibles**

C'est évidemment surtout le débiteur ou ses préposés, comme il est sous-entendu par le terme « connivence ». Encore que les personnes puissent être le plus souvent poursuivies pour le simple fait des violations de la loi, dont il est question.

### **Délits spécifiques commis pendant la période d'application du plan d'apurement collectif du passif (P.A.C.P.) Paiement irrégulier ou acte de disposition anormale**

C'est l'article 47, alinéa 2, qui punit tout commerçant ou tout dirigeant de droit ou de fait d'une personne morale qui a :

- effectué un paiement en violation du P.A.C.P.,
- ou fait dans les mêmes conditions un acte de disposition étranger à l'exploitation,
- ou fait un paiement irrégulier.

A la différence de la période de S.P.P., le débiteur peut constituer des sûretés (qui sont pourtant de toute évidence des actes de disposition), mais ils peuvent être en effet nécessaires à l'exploitation (crédits).

#### a) **Nature de l'infraction et faits incriminés**

Il faut supposer qu'il y a eu acceptation du P.A.C.P. par le Tribunal et violation de celui-ci par le paiement d'une dette ou par un acte de disposition.

#### b) **Auteur**

Là encore, on retrouve les personnes indiquées à propos de l'article 46 examiné plus haut à propos de la S.P.P.

c) **L'élément intentionnel** n'est pas indispensable pour la qualification de l'infraction, encore que le terme « violation » puisse le laisser supposer, semble-t-il.

#### d) **Complices**

Ceux-ci, indépendamment du curateur, peuvent être encore les co-contractants, par ailleurs visés par le 3°.

### **Les co-contractants**

L'alinéa 3 de l'article 47 soumet aux mêmes peines que le débiteur ses co-contractants dans les actes visés à l'alinéa 1°. Il faut remarquer que cette disposition assimile les co-contractants du débiteur qui a agi frauduleusement pendant la période de S.P.P. et de P.A.C.P. Il est donc inutile de revenir sur les développements émis à propos de la première de ces périodes.

### **L'omission de révélation par le commissaire à l'exécution du P.A.C.P.**

Le commissaire à l'exécution du P.A.C.P. est tenu aux mêmes obligations vis-à-vis du Tribunal que le curateur pendant la période de S.P.P. Il convient donc de se référer à ce qui a été dit à ce sujet.

### **CONCLUSION GENERALE**

Des trois procédures envisagées, celle de la liquidation des biens est susceptible de créer le moins de difficultés.

Certes, l'expert comptable judiciaire pourra être amené à apporter sa collaboration pour rechercher des faits antérieurs à la date de liquidation.

Mais en aval, en règle générale, seule l'appréciation de l'action du syndic pourra à la rigueur conduire à des missions d'expertise.

Ce sera en fait très rare :

- L'exploitation provisoire éventuelle sera courte et tendra à une utilisation rationnelle d'en-cours, ou de stocks et ne présentera pas de risques sérieux ;
- la liquidation des biens se fera avec le souci d'obtenir les meilleurs résultats.

Bien sûr, le comportement du débiteur, bien que dessaisi, peut poser quelques problèmes : détournement d'actif, paiement préférentiel de créanciers par exemple.

Le règlement judiciaire assorti d'une poursuite d'activité ou d'une location-gérance peut faire naître des responsabilités plus marquées.

Le syndic aura-t-il su :

- Assister le débiteur en « bon père de famille » ;
- Veiller à éviter tous actes préjudiciables à la masse ;
- Prendre toutes précautions élémentaires de surveillance et de contrôle.

Le débiteur n'aura-t-il pas été tenté :

- De distraire tels éléments d'actif ;
- De prendre des risques anormaux, voire à l'insu du syndic.

La location-gérance peut donner lieu à des transactions défavorables à la masse par une cession de stocks ou un transfert de marchés en cours à des prix très faibles.

Débiteurs et syndics risquent de se rejeter la responsabilité.

Dans la suspension provisoire des poursuites nous avons longuement développé les éventuelles responsabilités civile et pénale.

Lorsque la conjoncture économique et sociale est difficile, la tentation est grande de protéger l'emploi et de faire survivre une affaire importante qui est en virtuel état de cessation de paiement.

Bien sûr, nous avons conscience de la sagesse des magistrats consulaires et des syndics.

Mais comment ne pas craindre que l'aspect technique de l'activité de l'entreprise en cause ne leur masque les possibilités mêmes de redressement ?

L'expert comptable judiciaire risque de raisonner d'abord en technicien des chiffres, et de découvrir



ensuite assez vite que même une question améliorée ne pouvait permettre un redressement.

Qui supportera alors la responsabilité de la décision ?

Naura-t-on pas tendance à tout excuser au bénéfice des problèmes de l'emploi ?

La marge est étroite. Mais elle ne permet pas d'oublier l'intérêt des créanciers.

Ne serait-il pas souhaitable d'innover et d'envisager que lorsque apparaissent dans d'importantes affaires les premiers symptômes de crise financière, une mission d'information et d'étude financière soit confiée aux experts comptables judiciaires ?

Actuellement des missions d'enquête sont confiées à des syndics, ou bien les responsables de l'entreprise sont convoqués en Chambre du Tribunal de Commerce.

Cela nous paraît peu constructif.

La prévention serait à notre avis la meilleure garantie de l'intérêt général.

(Applaudissements.)

**M. le Président Griziaux.** — Merci, monsieur Bioteau, ainsi qu'à votre équipe. Vous avez insisté sur les irrégularités ou délits susceptibles de se produire ou d'être commis dans le cadre de la suspension provisoire des poursuites ou du règlement judiciaire.

Vous avez évoqué, au cours de votre exposé, l'éventuelle responsabilité de l'expert comptable apportant sa collaboration à l'établissement du plan d'apurement collectif du passif, dans le cadre de la S.P.P. ainsi que celle du commissaire aux comptes et du prolongement de son mandat dans les procédures de règlement judiciaire et de liquidation de biens.

Un échange de vues sur ces deux points me paraît plein d'intérêt.

Monsieur le Premier Président, auriez-vous quelque chose à ajouter ?

**M. Monguilan, Premier Président à la Cour de Cassation.** — Avons-nous dans la salle des représentants des syndics ou des administrateurs judiciaires ?... M. Bioteau ne paraît pas très tendre pour les syndics. J'aimerais bien que quelques syndics puissent se défendre ou nous représenter tout au moins leur point de vue et celui des administrateurs judiciaires.

**M. le Président Griziaux.** — Je crois que nous pourrions également évoquer les conditions du prolongement du mandat du commissaire aux comptes durant la période de règlement judiciaire, ou de liquidation de biens.

Monsieur Sigaut, auriez-vous quelques mots à ajouter ou une précision à nous donner sur ce point ?

**M. Sigaut, Président du Conseil National des Commissaires aux comptes.** — C'est une question qui nous a préoccupés au Conseil national. Nous avons fait ressortir — au cours d'un débat sur le problème des entreprises en difficulté — que le commissaire aux comptes, à partir du moment où il y a eu dépôt de bilan et intervention du Tribunal de Commerce, se trouve en fait dessaisi par l'action du syndic et que les syndics — d'une manière générale — malgré le maintien de toutes les obligations légales, ne per-

mettent pas au commissaire aux comptes d'exercer son mandat.

Nous avons saisi d'ailleurs les pouvoirs publics de la question et je crois savoir qu'un projet de loi est actuellement en cours. Il précise justement que les syndics ont l'obligation de fournir aux commissaires aux comptes, tous les renseignements dont ceux-ci ont besoin pour l'exécution de leur mission. Ce sera la confirmation de l'obligation pour le commissaire aux comptes de poursuivre sa mission malgré le dépôt de bilan et l'intervention du syndic.

En pratique, l'intervention du commissaire aux comptes sera extrêmement utile, car on s'aperçoit qu'effectivement, il n'y a plus aucun contrôle sur les activités exercées postérieurement à la date de la décision du tribunal et il peut y avoir des lacunes, voire éventuellement des abus.

J'ajouterai que se pose également un problème d'honoraires ; il est indispensable que les commissaires aux comptes ne soient pas empêchés d'exercer leur mandat par l'impossibilité où ils pourraient se trouver de percevoir leurs honoraires.

La question se pose de savoir si leurs honoraires ne devraient pas être privilégiés.

**M. Gondre, Président de Chambre au Tribunal de Grande Instance de Paris.** — Ce qui me frappe, c'est que l'on parle de prévention, ou que l'on parle de sauvegarde, ou de répression, on retrouve toujours le même personnage-clé de l'entreprise qui est le commissaire aux comptes.

Effectivement, je crois que c'est sur lui que repose l'information à l'adresse aussi bien du Juge consulaire que du Juge pénal. Car l'un des griefs que l'on formule à l'égard de la justice est toujours celui de sa lenteur et, et particulier, dans le domaine de la saisie des Parquets pour l'exercice de l'action publique. Et je soupçonne que ce retard doit certainement exister aussi dans la saisie du Tribunal de Commerce.

Qui doit informer ? C'est le commissaire aux comptes. Mais je me garderai bien de formuler un grief, quel qu'il soit à son égard, car je sais bien qu'elle est la lourde charge qui lui incombe, dans un monde économique fondé sur des sociétés anonymes, où il suffit d'avoir un capital de cent mille francs et parfois même seulement du quart pour constituer une société.

Il est bien certain que dans la mesure où on pourrait augmenter le montant du capital nécessaire pour la création d'une société anonyme, on verrait disparaître toutes ces entreprises familiales qui se dissimulent sous l'étiquette de sociétés. En conséquence, le nombre de commissaires aux comptes occupés à assumer leurs fonctions pour satisfaire aux nécessités de la loi, se trouverait affecté à des entreprises sous forme de sociétés qui, cette fois, justifieraient une attention qu'ils ne pouvaient leur accorder jusque-là.

Le commissaire aux comptes ne doit pas seulement certifier la régularité et la sincérité du bilan — bien sûr, c'est la mission essentielle qui lui est confiée par le législateur — mais dans l'esprit du Juge pénal, le commissaire aux comptes doit, un peu à la manière d'un investigateur (je n'ose pas dire d'un policier, le mot est peut-être un peu fort), avoir le souci de la recherche pour déceler, au travers des comptabilités, les irrégularités, les défaillances.



Je pensais, tout à l'heure lorsque vous évoquiez notamment les dettes à l'égard du Trésor et de la Sécurité sociale, qu'il est surprenant que le commissaire aux comptes, au travers de ses vérifications annuelles, n'ait pas pu constater les retards dans le règlement des impôts. J'ai encore présents à l'esprit ces retards dans certains dossiers dont j'ai été saisi et les conclusions de vos confrères évoquant, au niveau de l'expertise comptable, les causes de la liquidation des biens, parmi lesquelles une dette fiscale qui s'est accumulée pendant de nombreuses années.

Bien sûr, on s'interroge à ce moment-là sur le rôle du commissaire aux comptes. A-t-il eu la possibilité de connaître ce retard ? Mais a-t-il eu aussi la sagesse de le révéler dans son rapport ? Parce que, si l'attention des assemblées avait été mieux attirée, certainement l'entreprise aurait trouvé une solution, soit par le recours à des moyens de financement nouveaux pour éponger une dette fiscale, soit éventuellement par une déclaration de l'état de cessation de paiements.

Il est bien certain que si cette mission élargie du commissaire aux comptes avait pu s'exercer normalement dans l'entreprise, je crois que des liquidations de biens n'auraient pas été prononcées car, au fil des années, j'ai le sentiment que sur trois issues fatales pour l'entreprise deux ont pour cause des dettes fiscales ou des dettes sociales qui se sont accumulées.

Par conséquent, c'est là l'orientation en faveur de laquelle je me suis permis d'insister, c'est là, si vous voulez, un des aspects de la mission élargie que je conçois pour le commissaire aux comptes et qui va tout à fait dans le sens du projet évoqué tout à l'heure par le président de la compagnie.

Mission d'information également à l'adresse du Parquet car, effectivement, ce retard de la justice pénale est lié essentiellement à l'époque à laquelle

le Parquet ou le Tribunal de Commerce a connaissance des difficultés. Il est bien certain que, si chaque année le rapport du commissaire aux comptes était adressé au Procureur de la République, des investigations pourraient être ordonnées. J'imagine volontiers une expertise comptable qui pourrait être prescrite dès la réception du rapport du commissaire aux comptes, soit par le juge d'instruction, soit par le Parquet, peut-être en utilisant l'article 60 du Code de Procédure pénale qui permet de prescrire des vérifications ; cette expertise qui précéderait éventuellement l'information permettrait d'avoir une idée exacte de l'état de la gestion.

Il est bien certain que c'est peut-être là une fonction un peu inquisitoire que j'attribue au commissaire aux comptes... Mais je suis persuadé que la voie de la prévention est celle de la sauvegarde car, en définitive, ce que tout juge pénal doit rechercher ce n'est pas seulement de sévir et de punir, mais de prévenir... Et je me demande justement si cette information précoce des Parquets ne permettrait pas d'éviter aussi bien des liquidations que des abus de biens sociaux. Ceux-ci se commettent dans de nombreuses sociétés et ont des conséquences d'autant plus fâcheuses que la défaillance sur le plan économique d'une entreprise vient alourdir la charge financière des autres. J'ai un peu le souci, non pas seulement de moraliser les relations commerciales, mais aussi d'améliorer le fonctionnement de l'économie.

**Mlle Doyen, Vice-Président de la Compagnie des Experts Judiciaires en Comptabilité.** — Peut-être pourrait-on insister sur l'intérêt qu'il y aurait à ce que les administrateurs judiciaires sauvegardent les comptabilités. Nous sommes très gênés dans l'exercice de nos missions parce que les comptabilités ont disparu. La première chose à faire serait de les mettre très soigneusement de côté et ensuite, de continuer à les tenir.



## **Rapport de synthèse**

présenté par

M. J. CLARA, Expert près la Cour d'appel de Douai



Monsieur le Premier Président de la Cour de Cassation,  
Messieurs les Magistrats,  
Mesdames, Messieurs et chers Confrères,

Le moment est venu d'essayer de faire la synthèse des rapports présentés et des débats animés qui les ont suivis, tâche délicate dans un domaine en pleine évolution. Les travaux d'aujourd'hui sont la source de réflexions que je m'efforcerai de présenter le plus fidèlement possible.

### Sur la notion d'entreprise en difficulté

La notion d'entreprise en difficulté est une notion complexe, et il faudra longtemps avant qu'elle prenne sa forme définitive. Le problème est qu'il n'existe encore aucun critère précis permettant d'apprécier que l'entreprise a atteint un état de difficulté tel que son existence est définitivement compromise.

Il n'est pas rare de constater qu'une entité économique déterminée, dont la situation est difficile atteigne un degré de dégradation suffisant pour que les événements ne puissent plus être maîtrisés, de sorte que finalement l'entreprise est appelée à disparaître ; alors qu'une autre entité placée dans les mêmes conditions de situation difficile, réussit par suite de facteurs externes ou internes, à surmonter sa crise et à assurer son redressement.

Certes, le rapport du Comité présidé par M. Sudreau sur la réforme de l'entreprise a prévu, en son chapitre VIII, la création de procédures d'alerte et a cité un certain nombre de critères susceptibles de révéler la situation difficile d'une entreprise. Ces critères ne sont certainement pas limitatifs et des travaux ultérieurs permettront certainement d'en apprécier l'importance et d'en développer la liste.

C'est cette période de dégradation plus ou moins rapide de la situation de l'entreprise qui est soumise à l'examen de l'expert judiciaire en comptabilité.

### Sur la mission de l'expert judiciaire en comptabilité

L'expert judiciaire va recevoir sa mission :

— soit du Juge commissaire, en vue de réunir tous les éléments permettant d'apprécier s'il convient d'étendre le règlement judiciaire, ou la liquidation des biens, aux dirigeants de droit ou de fait de l'entreprise, de faire supporter par des dirigeants sociaux, apparents ou occultes, rémunérés ou non, tout ou partie des dettes sociales, et de prononcer à leur encontre la faillite personnelle ou les déchéances prévues par la loi,

— soit du Tribunal de Commerce saisi par le Syndic d'une action en responsabilité à l'égard de tiers,

— soit de la juridiction pénale saisie d'une procédure de banqueroute, souvent accompagnée de poursuites du chef d'abus de biens sociaux et de publication de bilan inexact,

— soit, éventuellement, d'une juridiction civile saisie d'une action particulière de sa compétence.

Dans la généralité des cas, l'expert aura à déter-

miner les causes de la déconfiture et la date de cessation des paiements.

Il aura à rechercher tous les éléments de fait permettant à la juridiction compétente d'apprécier si des fautes, ou des irrégularités, ont été commises, et d'émettre un avis sur les responsabilités éventuellement encourues au plan civil ou au plan pénal, soit par les dirigeants de droit de l'entreprise, soit par ses dirigeants de fait, soit par des tiers.

Ces recherches ne manqueront pas d'être fort complexes. La déconfiture peut avoir des causes multiples, les unes apparentes, les autres profondes, les unes inhérentes à l'entreprise en cause, les autres inhérentes à la conjoncture générale. La cessation des paiements n'est pas caractérisée par une simple insuffisance de trésorerie, encore faut-il qu'elle se manifeste par un fait précis tel qu'un protêt, ou l'emploi d'un moyen ruineux pour se procurer des fonds ; le seul fait d'avoir encouru des pénalités et amendes pour non-paiement des charges sociales étant considéré comme tel. Les faits eux-mêmes qui se sont produits pendant la vie de l'entreprise, et que l'expert va être amené à relever seront appréciés différemment selon la gravité des difficultés financières que l'entreprise connaissait lorsqu'ils se sont produits, et selon que l'état de cessation de paiements se trouvait ou non caractérisé.

C'est dire le soin que l'expert doit apporter à relever non seulement les faits, mais à décrire les circonstances qui les ont entourés.

Nos rapporteurs se sont particulièrement penchés :

— sur le cas où l'entreprise en cause est une société faisant partie d'un groupe,

— sur le cas où la responsabilité de tiers en relation avec l'entreprise pourrait être mise en jeu, et essentiellement la responsabilité des banquiers,

— sur le cas où les pouvoirs publics sont intervenus pour inciter l'entreprise en difficulté à poursuivre son activité,

— enfin sur les faits qui peuvent se produire pendant la période de suspension provisoire des poursuites ou de règlement judiciaire.

### Cas où l'entreprise fait partie d'un groupe

Si le droit français est muet sur la définition du groupe, et en conséquence sur sa réglementation, et ce n'est peut-être pas souhaitable, il est de fait que dans le monde actuel sont apparues de nouvelles entités économiques créant des liens privilégiés ou non entre les sociétés dominantes et les sociétés dominées. Cette nouvelle notion aboutit à l'existence de liens de droit encore assez mal définis, et entraîne l'existence d'agissements que l'expert judiciaire doit apprécier en vue de déterminer les responsabilités éventuelles.

La notion de groupe est plus large que les notions de société-mère et de société filiale habituellement retenues dans les textes. En effet, il a été précisé au cours des débats que la définition économique du groupe repose sur deux critères essentiels et simultanés :

- le lien de dépendance,
- l'unité de direction.



La jurisprudence est assez imprécise en ce domaine et considère la notion de groupe dans un sens quelque peu restrictif, notamment en matière pénale. Toutefois, peu à peu transparait à travers les décisions la notion d'intérêt du groupe primant les intérêts particuliers de chacune des sociétés le composant.

Cependant, il ne faut pas que l'intérêt supérieur du groupe se confonde avec l'intérêt exclusif de la société dominante. Les opérations effectuées au nom de cet intérêt supérieur risquent d'être préjudiciables aux intérêts des associés minoritaires, voire des partenaires sociaux ou des créanciers de la société dominée.

Sans doute les créanciers des sociétés dominées sont-ils en général désintéressés par la société dominante pour des raisons essentielles de relations commerciales et d'image de marque. La protection des partenaires sociaux, sans être totale, est de plus en plus assurée par les dispositions légales et réglementaires. Quant aux associés de minorité, ils ne peuvent souvent que s'incliner devant les décisions des sociétés dominantes, sauf à introduire des procédures longues et coûteuses.

Dans notre droit, la mise en cause d'une société dominante ne peut constituer qu'une application particulière de la mise en cause d'un dirigeant de fait.

Pour que la responsabilité de la société dominante et de ses dirigeants puisse être reconnue, il est nécessaire d'établir :

- que la société dominante est effectivement intervenue dans la gestion de la société dominée,
- qu'à l'occasion de cette intervention une faute a été commise.

Parmi les nombreux exemples que fournit la jurisprudence, l'attention a été particulièrement attirée :

- sur la poursuite d'une activité dangereusement déficitaire,
- sur le maintien en vie d'une entreprise par des expédients coûteux et d'une régularité parfois douteuse,
- sur l'aggravation du passif.

L'exemple qui a été présenté par le rapporteur montre combien la distinction entre l'intérêt du groupe et celui de chacune des sociétés qui le compose s'avère imprécise. C'est à l'expert qu'il incombe de faire l'inventaire des faits qui permettront au Juge de se prononcer.

Au plan patrimonial, la société dominante pourra se voir condamner au comblement du passif. Ses dirigeants pourront encourir les déchéances prévues par la loi.

Au plan pénal, les dirigeants de la société dominante pourront encourir les peines prévues par la législation sur les banqueroutes et le cas échéant par la loi sur les sociétés. En l'état de notre droit, la responsabilité des représentants légaux de l'entreprise concernée n'en est pas pour autant supprimée. Le Juge pourra cependant considérer dans certains cas que cette responsabilité se trouve atténuée.

En pareille matière, les recherches de l'expert vont essentiellement tendre à déterminer les procédés employés pour maintenir en survie une entreprise condamnée, éventuellement dissimuler sa situation difficile, parfois accroître son passif ou amputer son actif irrégulièrement. L'expert décrira les circonstan-

ces de ces faits d'une manière qui, dans la mesure du possible, permettra au Juge d'en identifier les auteurs ou les inspireurs.

### **Cas où la responsabilité de tiers en relations avec l'entreprise pourrait être mise en jeu**

Des personnes physiques ou morales extérieures peuvent être auteurs d'interventions dans des entreprises dont la situation est difficile pour ne pas dire compromise, même et surtout lorsqu'elles ne sont pas intégrées dans un groupe. De telles interventions peuvent aboutir au maintien en survie au profit, exclusif ou non, des auteurs de ces manœuvres.

Les tiers en relations courantes avec l'entreprise, fournisseurs ou clients, sont tentés de rechercher des protections de leur situation au détriment de celle des autres créanciers, des partenaires sociaux et des actionnaires.

Leurs principaux agissements sont :

- la prise tardive de garanties réelles,
- l'octroi de renouvellements répétés de crédits,
- le versement d'acomptes non fondés,
- la récupération de marchandises,
- la participation à des opérations de complaisance,
- l'aggravation artificielle de passif, sans que cette énumération soit limitative.

Certaines actions ont pour but de maintenir l'activité jusqu'à la réalisation complète d'un marché avantageux, d'autres jusqu'à l'extinction d'une créance.

L'expert judiciaire doit s'efforcer de dégager :

- d'une part des éléments de fait prouvant l'action volontaire des tiers,
- d'autre part la preuve de la connaissance par ces tiers de la situation difficile de l'entreprise.

Les sanctions que peuvent se voir appliquer les tiers en question sont plus souvent d'ordre patrimonial (contestation de créance, contestation de garanties...) que d'ordre pénal.

La jurisprudence récente s'est prononcée plus fréquemment sur les agissements des banquiers ou des organismes financiers, considérant que par définition ils peuvent avoir une connaissance plus précise et plus facile de la situation réelle de l'entreprise. Les mises en cause, en général assez récentes, trouvent leurs fondements dans les articles 1382 et 1383 du Code Civil.

Indépendamment des cas flagrants de manœuvres entreprises ou de participations actives à des manœuvres, la question peut se poser de l'attitude à adopter par les banquiers.

S'ils poursuivent un concours à une entreprise en difficulté, ils risquent d'être taxés de complicité au maintien en survie; avec toutes les conséquences très lourdes que cela comporte pour eux, du point de vue de la responsabilité civile; s'ils cessent tout concours, ils risquent d'être taxés d'avoir empêché le redressement de l'entreprise en précipitant sa chute ou d'avoir pris une position privilégiée à l'égard de la masse des créanciers.

En réalité, chaque cas est particulier. Les agissements doivent être considérés comme des manœuvres s'ils ont été accomplis dans le but de cacher la situa-

tion réelle de l'entreprise pour en tirer un avantage direct ; augmentation ou réduction abusive de crédit, prélèvement de taux d'intérêts excessifs, prise tardive de garantie, etc. Les manœuvres sont à considérer d'autant plus défavorablement que le banquier est intervenu directement et fréquemment dans les actes de gestion : participation fréquente à l'élaboration de l'échéancier, assistance effective à la gestion financière, complicité dans des opérations de complaisance, etc.

La même attitude est à observer à l'encontre des créanciers de l'entreprise qui adoptent un comportement de participant financier et peuvent se voir reprocher les mêmes fautes que les banquiers ou que les tiers en relation courante avec l'entreprise.

L'expert judiciaire, en cette matière, devra rechercher quels éléments d'informations le banquier a utilisés pour se forger une opinion sur la situation de l'entreprise en cause, quels moyens il a mis en œuvre pour se procurer ces informations, quelles prévisions il pouvait raisonnablement faire à l'époque où se situe son intervention. L'expert émettra un avis sur la pertinence des décisions prises par le banquier. Il recherchera si les banques seules sont responsables de la poursuite d'activité. Il chiffrera l'éventuel préjudice. Il appartiendra au Juge d'apprécier les conséquences de ces constatations de fait.

On ne peut que souligner l'importance des rapports d'expertise judiciaire dans l'élaboration d'une jurisprudence qui assure un bon fonctionnement du système actuel de distribution du crédit.

#### **Cas où les pouvoirs publics sont intervenus pour inciter l'entreprise en difficulté à poursuivre son activité**

Des interventions d'un type nouveau se manifestent depuis quelques années, celles des pouvoirs publics ou des organismes dotés d'une partie de la puissance publique.

Ces interventions ont pour motivation le maintien d'une activité économique dans un secteur déterminé, dans le but essentiel de sauvegarder l'emploi. Ce but, pour louable qu'il soit, entraîne une situation anormale à l'égard des partenaires de l'entreprise considérée, à commencer par les créanciers.

L'intervention des pouvoirs publics se manifeste par diverses mesures permettant la survie de l'entreprise.

Il peut s'agir de la remise partielle ou totale de certaines cotisations ou redevances, en principal, intérêts, ou pénalités. Si l'attribution de ces remises est définitive, elles constituent véritablement une aide, dont l'ensemble des créanciers ne pourra en tout état de cause que se féliciter. Il en va autrement si la décision revêt un caractère provisoire ; souvent les organismes titulaires d'une créance sur l'entreprise en difficulté décident ou promettent de surseoir au recouvrement des majorations ; mais si l'entreprise se trouve finalement acculée au dépôt de bilan, ces créances majorées réapparaissent, assorties souvent d'un privilège, et ce au détriment des créanciers chirographaires.

L'aide accordée peut aussi prendre la forme d'apports financiers tels que prêts, subventions, prises de participation, effectuées par divers organismes para étatiques, Fonds de Développement Economique

et Social (F.D.E.S.), Institut de Développement Industriel (I.D.I.), Sociétés de Développement Régional (S.D.R.). Mais le financement ainsi obtenu ne peut conduire à un redressement de l'entreprise que s'il s'accompagne d'une réorganisation de l'exploitation. Or, cette réorganisation passe le plus souvent par une réduction des frais de personnel, ce que les pouvoirs publics souhaitent éviter, et ce que les partenaires sociaux ne sont généralement pas décidés à accepter.

Dans un même ordre d'idée, le blocage de la production par certains partenaires de l'entreprise risque d'interdire toute négociation positive de relance de l'activité et d'entraîner un alourdissement du passif par suite d'indemnités à verser pour non-respect de contrats.

Dans ces hypothèses, les dirigeants de droit des entreprises sont malheureusement désarmés, et contraints de subir des décisions qui vont à l'encontre de l'intérêt de la masse des créanciers, parfois aussi de l'intérêt véritable des partenaires sociaux.

Pour autant qu'il n'existe pas d'autres éléments d'infraction, il semble possible, voire souhaitable, de dégrader la responsabilité pénale des dirigeants de droit, ne serait-ce que sur les conséquences de l'article 131 de la loi du 13 juillet 1967 condamnant aux peines de la banqueroute simple le dirigeant qui, en cette qualité et de mauvaise foi... a omis de faire au greffe du tribunal compétent, dans le délai de quinze jours, la déclaration de l'état de cessation de paiement de la société.

Un arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 6 décembre 1968 a statué en ce sens :

« considérant qu'en août 1961, X... n'a ni manœuvré ni intrigué pour obtenir le poste de président-directeur général de la société Z..., mais a simplement accepté des fonctions qui lui avaient été proposées par un administrateur de la société Y... et agréé, tant par les sociétés Y..., A... et B... que par l'Etat,

— considérant qu'en janvier et février 1962, X..., qui s'était rendu compte de la situation difficile de la société Z..., envisagea de démissionner, mais se vit à plusieurs reprises prié de poursuivre ses efforts par le porte-parole autorisé du ministère de l'Industrie ; que le reproche que lui ont fait les premiers juges de s'être maintenu à son poste pendant plus d'une année ne peut être retenu,

— considérant que les erreurs comptables d'imputation qui lui ont été reprochées proviennent principalement du fait que, compte tenu des promesses de l'Etat les majorations et pénalités dues à la Sécurité sociale n'ont pas été comptabilisées,

— considérant que la perte trouve son origine à la fois dans la situation désastreuse laissée par le pré-décès de X..., dans le fait que l'U.R.S.S.A.F. malgré les promesses de l'Etat exigea d'être payée...

— considérant en définitive qu'aucune faute grave ne peut être relevée dans la gestion de X..., il échet d'affranchir X... de la déchéance par lui, encourue ».

Pour ce qui est de la responsabilité civile, ne serait-il pas opportun de l'étendre, dans certains cas, aux organismes qui auraient incité l'entreprise à se maintenir en activité, sans lui en donner les moyens, et ce, par une jurisprudence analogue à celle qui s'élabore à l'égard de l'intervention des tiers, notamment des banquiers ?

Cette mise en cause éviterait, en cas d'échec du

redressement de l'entreprise, de faire supporter tant aux dirigeants sincères qu'aux créanciers le poids financier, d'une déconfiture due à la poursuite d'une activité gravement déficitaire, ou aggravée par cette poursuite, mais à la faire supporter également aux instigateurs de la survie de l'entreprise.

Il va de soi que l'expert judiciaire doit examiner avec le plus grand soin et en toute objectivité les faits qui se sont produits dans une entreprise qui, malgré l'intervention des pouvoirs publics, n'a pu échapper à la déconfiture, car ce sont ses constatations qui permettront au Juge d'apprécier où se situent dans chaque cas d'espèce, les véritables responsabilités.

### **Faits intervenus pendant la survie d'une entreprise placée en état de suspension provisoire des poursuites ou de règlement judiciaire**

Nous avons jusqu'ici envisagé la survie de l'entreprise avant qu'ait été déclenchée toute procédure engendrée par l'impossibilité où elle se trouve de faire face à ses paiements, et qui sont, dans l'ordre de gravité :

- la suspension provisoire des poursuites,
- le règlement judiciaire,
- la liquidation des biens.

On ne peut parler de « survie » de l'entreprise en difficulté que dans les deux premiers cas, l'objectif étant de rechercher une solution à ces difficultés, et d'aboutir à un redressement.

Dans la période transitoire, apparaissent de nouveaux responsables de la gestion, qui sont :

- en cas de suspension provisoire des poursuites, le curateur ou le commissaire à l'exécution du Plan,
- en cas de règlement judiciaire, le juge commissaire, et l'administrateur au règlement judiciaire.

Dans le principe, il est bien évident que, si les éléments nécessaires se trouvaient réunis : faute ou négligence, préjudice, lien de cause à effet entre l'un et l'autre, la responsabilité de ces nouveaux intervenants dans la gestion de l'entreprise pourrait se trouver mise en cause selon le droit commun.

Mais il convient de souligner que ces gestionnaires à titre provisoire d'entreprises dont la situation est, par définition, périlleuse, ont une tâche très difficile. Ils se trouvent placés devant certains impératifs, dont le principal est de sauvegarder l'emploi dans un secteur déterminé sans oublier l'intérêt des créanciers. Les moyens dont ils disposent pour redresser la situation sont limités. L'intervention des pouvoirs publics, dans des conditions analogues à celles précédemment rappelées, ne pourra, à défaut de mesures sévères pour rééquilibrer l'exploitation, que retarder une chute inéluctable. Il peut en outre arriver que la bonne foi des gestionnaires provisoires soit surprise par les agissements d'anciens dirigeants ou cadres, laissés en place pour faciliter l'accomplissement de tâches secondaires. Il s'agira alors de savoir si le contrôle exercé sur ceux-ci par les responsables s'est normalement exercé.

On voit que l'expert judiciaire chargé d'examiner cette période de la vie de l'entreprise ne saurait se montrer trop circonspect.

### **Conclusion**

J'essaierai, pour en terminer, de tirer la conclusion de nos travaux.

Si les problèmes, bien que complexes, peuvent être résolus assez facilement pour les dirigeants d'entreprises individuelles ou de sociétés indépendantes, il est plus délicat d'en trouver la solution lorsque les entreprises, du fait de leur appartenance à un groupe, ou de la place qu'elles tiennent dans l'économie nationale, se trouvent soumises à des interventions extérieures plus ou moins pressantes, même si l'on dissocie l'entrepreneur de l'entreprise.

Il est essentiel pour la défense de l'économie d'entreprise et donc de l'économie nationale que des manœuvres accomplies dans le but de favoriser des intérêts particuliers soient analysées, contrôlées et réprimées. Il est non moins essentiel d'éviter, pour quelque motif que ce soit, de laisser sans secours et sans surveillance des entreprises dont la situation se révèle difficile ; mais cette aide ne se justifie que si un redressement paraît possible.

Ne pourrait-il être envisagé, lors de l'apparition des premiers signes révélateurs d'une situation financière délicate, de confier une mission d'enquête aux experts comptables judiciaires ?

Il paraît également souhaitable que tout intervenant dans une entreprise en difficulté, dont l'intervention incite les dirigeants de droit à ne pas respecter les textes en vigueur, soit mis en cause. Si la tendance est réelle, bien que récente, en ce qui concerne les banquiers et organismes financiers, elle est plus discrète en ce qui concerne les tiers. En outre, la jurisprudence est assez réservée à l'égard des dirigeants de groupe.

Par contre, la jurisprudence et la doctrine sont muettes en ce qui concerne l'intervention des pouvoirs publics. Il paraît cependant concevable que les dirigeants de droit, n'ayant rien d'autre à se reprocher, soient alors exonérés d'une responsabilité pénale et que la responsabilité civile des organismes d'intervention puisse, s'il y a lieu, être recherchée au même titre que celle de tout autre tiers.

Cette responsabilité des tiers doit toutefois être appréciée avec la plus grande prudence, à défaut de quoi les entreprises en difficulté ne trouveraient plus aucun concours auprès de quiconque et spécialement auprès des banquiers.

Il convient en outre que les dirigeants sociaux de droit ne se retranchent pas derrière l'action extérieure à laquelle ils sont soumis pour considérer comme non fondée toute action à leur encontre. Leur rôle ne doit pas être passif et ils doivent tout faire afin que les mesures prises soient couronnées de succès, pour la sauvegarde de tous les intérêts en cause.

Les experts judiciaires qui seront nommés auront à apprécier les actes entrepris en recherchant à qui ils profitent. Ils devront également rechercher les auteurs de ces actes et les conditions dans lesquelles les décisions ont été conçues et prises.

Le rôle des experts judiciaires est surtout de faire toutes investigations permettant au Juge d'apprécier :

- si les manœuvres ou les agissements constituent des fautes, des erreurs ou des négligences,
- si de ce fait, un préjudice a été subi parce que ces actions ont profité à quelques-uns,
- s'il y a un lien de cause à effet entre ces actes et ces préjudices.



*Ils auront rempli leur mission en toute utilité si leurs travaux contribuent à l'établissement d'une jurisprudence qui dégage les responsabilités réelles et fasse supporter plus équitablement le poids financier de la disparition d'une entreprise.*

*(Applaudissements.)*

**M. Monguilan, Premier Président de la Cour de Cassation.** — Je crois maintenant qu'il est temps de clore ces travaux qui m'ont vivement intéressé.

Je vous remercie encore, monsieur le Président, de m'avoir donné l'occasion d'assister à ces rapports et à ces débats très intéressants.

Je suis d'accord d'ailleurs avec les conclusions du rapporteur qui a fait la synthèse des travaux, M. Clara. Je pense, en effet, que l'expert judiciaire doit avoir un champ d'activité de plus en plus étendu. Je remarque d'ailleurs, je m'en doutais — mais ce contact avec vous m'a permis de le sentir plus encore — qu'en réalité, vous vous appelez modestement « judiciaires » mais vous êtes aussi experts dans des domaines plus vastes.

Votre activité et votre curiosité couvrent, en réalité, tout le champ économique et tout le champ financier. Je pense d'ailleurs que la plupart d'entre vous ne se contentent pas d'expertises judiciaires mais sont aussi des experts comptables ou des conseils de sociétés. Qu'ils sont aussi des commissaires aux comptes. Ce qui vous permet de maintenir un contact extrêmement utile avec la vie des affaires

en bonne santé encore que, selon la fameuse formule de Knock, « La bonne santé est un état précaire qui ne présage rien de bon » !

Ma deuxième observation, c'est que j'ai le sentiment que vous êtes surtout désignés, dans vos fonctions spécifiques d'expert judiciaire, par la juridiction pénale, le juge d'instruction notamment. Je pense que le juge civil ou le juge commercial pourrait peut-être faire plus souvent appel à vous.

J'ai été frappé de ne jamais entendre parler de l'expert de minorité (qui a été une innovation extrêmement importante de la loi du 24 juillet 1966) qui est chargé, vous le savez, lorsque des actionnaires représentent 1/10<sup>e</sup> du capital, ont des doutes sur la validité, l'opportunité ou l'honnêteté même d'un acte de gestion, de demander en référé au président la désignation d'un expert qui doit fournir un rapport sur un ou plusieurs actes de gestion (c'est l'article 226 de la loi sur les sociétés).

Personne n'en a parlé et je pense que c'est une procédure qui est peu utilisée probablement mais qui me paraît avoir été une innovation très utile pour la protection, justement des actionnaires. Je pense qu'il y a là un domaine qui ira en se développant.

En conclusion, je pense que votre profession a de beaux jours devant elle et j'ai été très heureux des contacts que j'ai eus avec vous.

Je vais maintenant déclarer — il faut le faire solennellement — clos le XVI<sup>e</sup> Congrès de votre Compagnie Nationale.

*(Applaudissements.)*