

**COMPAGNIE NATIONALE DES EXPERTS-COMPTABLES JUDICIAIRES**

(Cour de cassation et Cours d'appel)

**XXXVII<sup>e</sup> CONGRÈS NATIONAL**

***JOURNÉE D'ÉTUDE***

sur le thème

**L'EXPERTISE COMPTABLE JUDICIAIRE  
EN MATIÈRE DE SOUTIEN ABUSIF  
ET DE RUPTURE BRUTALE DE CRÉDIT**

Cour d'appel de Lyon

9 octobre 1998

# COMPTES RENDUS PRÉCÉDEMMENT ÉDITÉS PAR LA COMPAGNIE NATIONALE DES EXPERTS-COMPTABLES JUDICIAIRES

X<sup>e</sup> Congrès national : Paris, 25-26 novembre 1971.  
Ouvert par M. Touffait, Procureur général près la Cour de cassation.  
Clôturé par M. Aydalot, Premier président de la Cour de cassation.  
Rapporteur général, M. Garnier, expert agréé par la Cour de cassation.

## **L'expert-comptable judiciaire et les droits des justiciables.**

XI<sup>e</sup> Congrès national : Toulouse, 24 novembre 1972.  
Sous la présidence de M. Fonade, conseiller à la Cour de cassation.

## **La notion de bilan inexact.**

XII<sup>e</sup> Congrès national : Angers, 16 novembre 1973.  
Sous la présidence de M. Bellet, Président de la 1<sup>re</sup> Chambre civile de la Cour de cassation.

## **L'évaluation du préjudice de l'individu et de l'entreprise en cas d'accident corporel et de rupture de contrat.**

XIII<sup>e</sup> Congrès national : La Baule, 4 octobre 1974.  
Sous la présidence de M. Olivier, Premier vice-président du Tribunal de grande instance de Paris.  
Rapporteur général, M. Amédée-Manesme, expert agréé par la Cour de cassation.

## **La nouvelle réglementation de l'expertise judiciaire en matière civile.**

XIV<sup>e</sup> Congrès national : Grenoble, 21 novembre 1975.  
Sous la présidence de M. Touffait, Procureur général près la Cour de cassation.  
Rapporteur général, M. Fournier, expert agréé par la Cour de cassation.

## **Les infractions en matière immobilière.**

XV<sup>e</sup> Congrès national : Nice, 15 octobre 1976.  
Sous la présidence de M. Cenac, Président de la Chambre commerciale de la Cour de cassation.  
Rapporteur général, Mlle Doyen, expert agréé par la Cour de cassation.

## **La mission de l'expert en cas de poursuites du chef de majoration frauduleuse des apports.**

XVI<sup>e</sup> Congrès national : Reims, 4 novembre 1977.  
Sous la présidence de M. Monguilan, Premier président de la Cour de cassation.  
Rapporteur général, M. Clara, expert près la Cour d'appel de Douai.

## **Les problèmes posés à l'expert-comptable judiciaire devant les irrégularités commises en vue du maintien en activité des entreprises en difficulté.**

XVII<sup>e</sup> Congrès national : Caen, 3 novembre 1978.  
Sous la présidence de M. Chavanon, Procureur général près la Cour de cassation.  
Rapporteur général, M. Ducoroy, expert agréé par la Cour de cassation.

## **L'expertise judiciaire en matière d'abus du droit de majorité.**

XVIII<sup>e</sup> Congrès national : Versailles, 26 octobre 1979.  
Sous la présidence de M. Bellet, Premier président de la Cour de cassation.  
Rapporteur général, M. Thorin, expert agréé par la Cour de cassation.

## **L'expert-comptable judiciaire face aux problèmes posés par les groupes de sociétés.**

XIX<sup>e</sup> Congrès national : Toulouse, 3 octobre 1980.  
Sous la présidence de M. Chabrand, conseiller à la Cour de cassation.  
Rapporteur général, M. Hème, expert agréé par la Cour de cassation.

## **L'expert judiciaire en comptabilité face à certaines dispositions du nouveau Code de procédure civile.**

XX<sup>e</sup> Congrès national : Nancy, 16 octobre 1981.  
Sous la présidence de M. Vienne, Président de la Chambre commerciale de la Cour de cassation.  
Rapporteur général, M. Feuillet, expert agréé par la Cour de cassation.

## **L'intervention de l'expert judiciaire en comptabilité en cas de mise en œuvre de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967.**

XXI<sup>e</sup> Congrès national : Angers, 5 novembre 1982.  
Sous la présidence de M. Olivier, conseiller à la Cour de cassation.  
Rapporteur général, M. Clara, expert agréé par la Cour de cassation.

## **L'expert judiciaire face aux problèmes posés par l'informatique.**

XXII<sup>e</sup> Congrès national : Palais des Papes, Avignon, 28 octobre 1983.  
Sous la présidence de M. Escande, conseiller à la Cour de cassation.  
Rapporteur général, M. Bréval, expert agréé par la Cour de cassation.

## **L'expert judiciaire face aux problèmes posés par la notion de cessation des paiements.**







**COMPAGNIE NATIONALE DES EXPERTS-COMPTABLES JUDICIAIRES**

(Cour de cassation et Cours d'appel)

**XXXVII<sup>e</sup> CONGRÈS NATIONAL**

***JOURNÉE D'ÉTUDE***

sur le thème

**L'EXPERTISE COMPTABLE JUDICIAIRE  
EN MATIÈRE DE SOUTIEN ABUSIF  
ET DE RUPTURE BRUTALE DE CRÉDIT**

Cour d'appel de Lyon

9 octobre 1998



Sous la présidence de  
**Monsieur Pierre TRUCHE**  
Président de la Première Cour de cassation

La journée d'étude sur le thème  
**L'expertise comptable judiciaire en matière de soutien abusif  
et de rupture brutale de crédit**

a été organisée par

**André GAILLARD**

Président de la Compagnie nationale des experts-comptables judiciaires

**et par le CONSEIL NATIONAL DE LA COMPAGNIE, ainsi composé pour 1998**

Président d'honneur fondateur	:	Gérard AMÉDÉE-MANESME (Paris)
Présidents d'honneur	:	Paul GRIZIAUX (Amiens) Pierre DUCOROY (Béziers) Félix THORIN (Paris) Madeleine BOUCHON (Paris) Jean CLARA (Lille) Pierre FEUILLET (Paris) † André DANA (Paris)
Président	:	André GAILLARD (Paris)
Vice-présidents	:	Anne-Marie LETHUILLIER-FLORENTIN (Rouen) Jean-Jacques JOBERT (Paris)
Secrétaire général	:	Rolande BERNE-LAMONTAGNE (Paris)
Secrétaire général adjoint	:	Pierre DARROUSEZ (Lille)
Trésorier national	:	Marc ENGELHARD (Marseille)
Trésorier national adjoint	:	Henri ESTÈVE (Lyon)
Membres	:	

– les présidents des sections autonomes :

P. TONONE (Aix-en-Provence) ; A. BOSCHER (Amiens, Douai, Reims) ; O. DERVAUX (Angers) ; G. RASCLE (Bordeaux) ; B. BENHESSA (Colmar) ; A. DIAZ (Dijon, Besançon) ; R. PELLON (Lyon, Chambéry, Grenoble) ; J.-L. HUC (Montpellier, Nîmes) ; M. PEIFFER (Nancy, Metz) ; S. CHAUMET (Orléans, Poitiers) ; M. PERONNET (Paris, Versailles) ; F. DY (Rennes) ; P. WOLFF (Riom, Bourges, Limoges) ; H. TURMEL (Rouen, Caen) ; H. LAGARDE (Toulouse, Agen, Pau).

– Membres cooptés :

J. BELOU (Toulouse) ; E. BLIN (Nancy) ; B. DUPONCHELLE et J. FOURCADE (Paris) ; J.-P. GARDE (Bordeaux) ; J. GEORGIN (La Rochelle) ; M. PITIOT (Lyon).

– Représentants supplémentaires délégués par les sections groupant plus de 20 membres :

R. CAZAIET et J. KALPAC (Aix-en-Provence) ; J.-P. MARVALIN (Amiens, Douai, Reims) ; G. CHAPUIS (Dijon, Besançon) ; A. FLU-CHAIRE et M. BRUYAS (Lyon, Chambéry, Grenoble) ; M. ALTEIRAC (Montpellier, Nîmes) ; C. AUBRY (Nancy, Metz) ; P. A. REGNIE (Orléans, Poitiers) ; E. EICHEL, J. L. BOVIS, P. LOEPER (Paris, Versailles) ; B. PIERRE (Rennes) ; J. SALVAN (Riom, Bourges, Limoges) ; M. LANSSELLE-LEFEBVRE et F. WINDSOR (Rouen, Caen) ; D. GRAÏT (Toulouse, Agen, Pau).

**et par la SECTION AUTONOME DE LYON-CHAMBERY-GRENOBLE dont le bureau est ainsi composé :**

Présidents d'honneur	:	M. CULINE Lucien M. ESTEVE Henri M. GOLLNISCH-FLOURENS Henri M. LEDRO Jean-Paul M. PITIOT Michel
Président	:	M. PELLON Renaud
Vice-président	:	M. FLUCHAIRE André
Secrétaire	:	M. BRUYAS Michel
Trésorier	:	M. PRIOURET Robert
Délégués	:	
• Chambéry	:	M. LEBLOND Yves
• Grenoble	:	M. ETIEVENT Alain
Membres	:	M. MEUNIER Jacques M. AUDRAS Bernard
Anciens Présidents	:	M. CANALIS André-Paul M. GUTTON Marius



## TABLE DES MATIÈRES

<b>Allocution de M. Jean-Claude GIROUSSE</b>	
Premier président de la Cour d'appel de Lyon .....	11
<b>Allocution de M. André GAILLARD</b>	
Président de la Compagnie Nationale des Experts-Comptables Judiciaires	12
<b>Ouverture de la journée d'étude</b>	
Allocution de M. Pierre TRUCHE Premier Président de la Cour de cassation .....	13
<b>Rapport introductif</b>	
Rapport présenté par M. Pierre DARROUSEZ Expert agréé par la Cour de cassation .....	15
<b>La diversité des situations rencontrées</b>	
Rapport présenté par M. Jean-Claude CAILLIAU Expert agréé par la Cour de cassation - Honoraire .....	17
<b>Fondements juridiques de la mise en cause des dispensateurs de crédit</b>	
Rapport présenté par M. Michel DEVILLEBICHOT Expert agréé par la Cour de cassation .....	25
<b>Doctrine et jurisprudence en matière de soutien abusif et de rupture brutale de crédit</b>	
Rapport présenté par M. Michel BRUYAS Expert agréé par la Cour de cassation .....	45
<b>L'apport de l'expert dans l'appréciation du juge</b>	
Rapport présenté par M. Bruno DUPONCHELLE Expert agréé par la Cour d'appel de Douai .....	55
<b>Rapport de synthèse</b>	
Rapport présenté par M. Pierre DARROUSEZ Expert agréé par la Cour de cassation .....	73
<b>Clôture des travaux</b>	
par M. Pierre TRUCHE Premier président de la Cour de cassation .....	79



**COMPAGNIE NATIONALE  
DES EXPERTS-COMPTABLES JUDICIAIRES**

---

**XXXVII<sup>e</sup> CONGRÈS NATIONAL**

---

**Vendredi 9 octobre 1998  
(matin)**



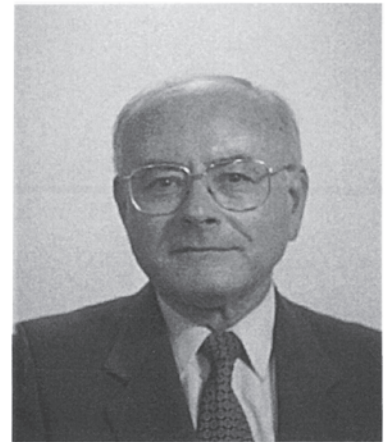




## ALLOCUTION DE

**Monsieur GIROUSSE**

*Premier Président  
de la Cour d'appel de Lyon*



La séance est ouverte à 9 h sous la présidence de M. André Gaillard.

**M. Gaillard.** – Merci d’être venus aussi nombreux pour ce XXXVII<sup>e</sup> Congrès de notre compagnie.

La parole est à Monsieur Girousse, Premier Président de la Cour d’appel de Lyon, pour son allocution de bienvenue.

**M. le Président Girousse.** – Mesdames, Messieurs, Lyon qui vous reçoit est une grande cité sérieuse, entreprenante, industrielle, forte de solides traditions mais aussi ouverte sur tout. Lyon aime les débats et le brassage d’idées. Magnifiquement située, elle est, vous le savez, à proximité immédiate des grandes métropoles. À l’évidence sa vocation est nationale, voire européenne. Lyon a donc toutes les vertus pour abriter utilement vos travaux.

La ville est séduisante et, quoi qu’en disent certains esprits chagrins, chaleureuse. J’en parle d’autant plus librement que je n’ai aucune attache personnelle entre Saône et Rhône. Vous vous plairez ici, je m’en porte fort.

Vous avez choisi un thème d’une grande actualité et aussi d’une grande difficulté car la réalité est mouvante à l’image de la vie des affaires que vous connaissez bien. Vos travaux seront sans doute placés sous le signe de la nuance. Vous irez à la recherche d’un équilibre et vous tenterez de réduire les contradictions. C’est la mission du juge et aussi de l’expert judiciaire, de l’expert comptable.

Je ne doute pas, Mesdames, Messieurs, que le contrat sera rempli. Les Magistrats vous disent leur confiance. Personnellement je vous assure de ma très grande estime et je souhaite bon vent au congrès.

*(Applaudissements)*

## ALLOCUTION DE

**Monsieur André GAILLARD**

*Expert agréé par la Cour de cassation  
Président de la Compagnie nationale  
des experts-comptables judiciaires*



Monsieur le Premier Président de la Cour de Cassation,  
Monsieur le Premier Président de la Cour d'appel de  
Lyon,

Monsieur le Procureur Général près la Cour d'appel de  
Lyon,

Messieurs les Premiers Présidents des Cours de Cham-  
béry et de Grenoble,

Messieurs les Procureurs Généraux près les Cours de  
Chambéry et de Grenoble,

Messieurs les Présidents,

Messieurs les Bâtonniers,

Mes chers Consœurs, Confrères et Amis,

C'est une gageure ambitieuse, voire inutile que de pré-  
senter Monsieur Pierre Truche, Premier Président de la  
Cour de cassation, et plus encore à Lyon qu'ailleurs ...

Je m'y risque cependant, conscient d'être, sinon dans  
l'erreur, car j'ai puisé à bonne source, du moins incomplet  
tant la carrière de Monsieur le Premier Président Truche  
est riche et prestigieuse.

Rappelons d'abord que Monsieur le Premier Président  
Truche est né à Lyon, qu'il y a suivi ses études juridiques  
et qu'il a été lauréat de la Faculté.

Il est magistrat du Parquet depuis 1954.

De 1974 à 1978, il a été Directeur des Études à l'École  
Nationale de la Magistrature.

En 1978, il est Avocat général à la Cour de Grenoble.

De 1982 à 1984, il est Procureur de la République à Mar-  
seille.

Il revient à Lyon en 1984 en qualité de Procureur gé-  
néral.

Il quitte Lyon pour devenir Procureur Général près la  
Cour de Paris en 1988, puis Procureur près la Cour de cas-  
sation le 31 décembre 1992.

C'est depuis le 16 juillet 1996 qu'il exerce la plus presti-  
gieuse fonction judiciaire, celle de Premier Président de la  
Cour de cassation, à laquelle s'ajoutent celles de :

- Président du Conseil d'Administration de l'École  
Nationale de la Magistrature ;

- Président du Conseil Supérieur de la Magistrature  
statuant en matière disciplinaire pour les magistrats du  
Siège ;

- Membre du Conseil d'Administration de l'Institut des  
Hautes Études sur la Justice ;

- Président de la Société d'Histoire de la Justice.

Aux qualités du magistrat de terrain, Monsieur le Pre-  
mier Président allie la vertu de réflexion et je serais encore  
plus gravement incomplet si j'omettais de rappeler ses  
nombreux articles dans les revues juridiques et philoso-  
phiques et son ouvrage intitulé « *L'anarchiste et son juge* »,  
sur la procédure judiciaire lors de l'assassinat en 1894 du  
Président Sadi-Carnot par l'anarchiste Caserio Santo - Où  
cela ? me demandez-vous : à Lyon, bien entendu !

C'est un très grand honneur fait à notre Compagnie que  
cette présidence effective de notre XXXVII<sup>e</sup> Congrès. Nos  
rapporteurs et les intervenants de nos débats s'efforceront  
d'en être dignes.

Avant que notre Rapporteur Général Pierre Darrousez  
ne vous présente le thème de cette journée, je vous prie,  
Monsieur le Premier Président, de bien vouloir prendre la  
parole pour déclarer ouvert ce XXXVII<sup>e</sup> Congrès.

## ALLOCUTION DE

**Monsieur Pierre TRUCHE**

*Premier Président de la Cour de cassation*



**M. Le Premier Président Truche.** – Je vous remercie, Monsieur le Président. Pour moi c'est un honneur et un plaisir d'être Président de ce XXXVII<sup>e</sup> Congrès. C'est aussi une obligation.

Un honneur et un plaisir de me retrouver ici et de me remémorer ce que nous faisons il y a plus d'un quart de siècle avec les experts comptables dans cette ville où je crois que nous avons créé des relations de travail et d'amitié qui étaient confiantes, qui nous ont permis de progresser, de nous informer, de nous instruire réciproquement. Si vous me le permettez, je n'évoquerai que ceux qui ne sont pas là en raison de l'âge : les Présidents qui ont fait beaucoup pour la profession : Vitrolles, Camille Meunier, Borel... Je ne citerai pas ceux qui sont ici, ils sont trop nombreux à avoir travaillé avec nous. Qu'ils sachent tous que c'est pour moi toujours un grand plaisir de les retrouver ici.

Mais vous m'avez aussi créé une obligation qui est celle de Président d'un Congrès c'est-à-dire que je dois être

aujourd'hui celui qui coupera la parole, celui qui la donnera, celui qui fera passer des petits papiers en faisant le signe d'être plus court.

Il me semble en effet que dans la tradition de vos Congrès qui est d'essayer de faire avancer des idées sur un sujet important, celui d'aujourd'hui doit être d'une haute tenue. Ce qui fait que nous devons, chacun, bien cibler nos interventions, être le plus clair et le plus court possible.

Je m'applique cette maxime à moi-même, je resterai très court, je déclare ouvert le XXXVII<sup>e</sup> Congrès National de la Compagnie Nationale des Experts-comptables judiciaires.

*(Applaudissements)*

Je donne tout de suite la parole pour l'introduction à Monsieur Pierre Darrousez.





## RAPPORT INTRODUCTIF DE

Monsieur Pierre DARROUSEZ

*Expert agréé par la Cour de cassation*



Monsieur le Premier Président,  
Mesdames et Messieurs les Hauts Magistrats,  
Mesdames et Messieurs,  
Mes Chères Conscœurs, Mes Chers Confrères,

En faisant le choix du thème que nous abordons au cours de ce XXXVII<sup>e</sup> Congrès, notre Conseil national a souhaité en quelque sorte faire la synthèse de travaux qui avaient porté précédemment :

- au Congrès de Reims en 1977 sur « les irrégularités commises en vue du maintien en activité des entreprises en difficultés » ;
- au Congrès d'Avignon en 1982 sur « la notion de cessation des paiements » ;
- au Congrès d'Angers en 1993 sur « la responsabilité des dirigeants et des tiers concernés par les procédures collectives ».

Ce choix judiciaire nous permettra en effet d'effectuer un très large tour d'horizon, tant sur le plan civil que pénal, de notions juridiques, économiques et financières, qui jalonnent la vie quotidienne de l'entreprise, qu'elle soit *in bonis* ou en difficulté.

A cet égard, la notion de crédit est essentielle dans un modèle économique tel que le nôtre, où le crédit bancaire mais aussi le crédit fournisseur jouent un rôle prépondérant.

Le dispensateur de crédit, au sens large du terme, se trouve bien souvent confronté à un dilemme peu facile à résoudre. Il peut en effet estimer devoir rompre plus ou moins rapidement ses concours, quitte à se voir reprocher ensuite une rupture brutale de crédit. Il peut, à l'inverse, nonobstant la situation compromise de l'entreprise, maintenir, voire accroître, ses concours, et risquer alors de se voir poursuivre en soutien abusif.

Le dispensateur de crédit se trouve en quelque sorte « sur le fil du rasoir » : il ne doit pas être trop frileux mais il ne peut non plus être trop entreprenant. Il doit encore s'interdire de se substituer aux dirigeants de l'entreprise, à défaut de quoi ce serait la gestion de fait qui le guetterait.

Cette situation inconfortable vise en premier lieu les banques et établissements financiers, professionnels avisés du crédit, qui ont vu dans les années 60 s'instaurer, tout d'abord à titre anecdotique, puis de façon plus systématique, une pratique consistant à mettre en cause leur responsabilité, soit pour rupture brutale, soit pour soutien abusif, de crédit.

Peu-à-peu, mais plus rarement, d'autres dispensateurs de crédit se sont vus également recherchés en responsabilité dans des situations identiques : les fournisseurs au sens large du terme, les sociétés membres d'un même groupe, voire les Pouvoirs Publics, les collectivités territoriales, les administrations fiscales et para-fiscales...

Les deux notions de rupture brutale et de soutien abusif de crédit ont ceci en commun : qu'elles permettent au Juge de se tourner vers le dispensateur de crédit, quel qu'il soit, pour lui faire reproche d'avoir, soit interrompu brutalement ses concours, précipitant la ruine de l'entreprise, soit au contraire d'avoir contribué à un accroissement du passif, ou à une aggravation de la situation nette, en donnant aux tiers une image trompeuse de l'activité et de la solvabilité de l'entreprise.

Pour le surplus, les deux notions sont différentes car la rupture brutale de crédit trouve sa source dans des dispositions légales, plus particulièrement dans la loi bancaire du 29 janvier 1984. A l'inverse, le soutien abusif de crédit est une création prétorienne rattachée à la responsabilité délictuelle de droit commun. Dans certains cas, elle peut cependant trouver sa source dans des dispositions légales d'ordre pénal concernant plus particulièrement la banqueroute (*loi du 25 janvier 1985 article 197 et suivants*).

En fait, l'opposition entre des notions d'origine différente n'est qu'apparente, car nous constaterons au cours de cette journée, que les réponses apportées par les Juges, le rôle et les techniques de l'expert-comptable judiciaire, participent dans les deux cas d'un cheminement identique.

C'est ce que mes Confrères auront à cœur de vous démontrer.

Avant de vous rappeler le thème de leurs interventions, permettez-moi en quelques mots, de convenir avec vous d'une convention de langage que je vous propose de retenir au cours de nos débats.

A de multiples reprises, nos intervenants feront référence au cours de ce Congrès à deux notions bien distinctes qu'il convient de ne pas confondre :

- d'une part, la notion de cessation des paiements ;
- d'autre part, la notion de situation irrémédiablement compromise.

La première trouve sa définition dans l'article 3 de la loi du 25 janvier 1985 régissant les procédures collectives. Cet article fait référence à l'entreprise, je cite : « ...qui est dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible ». Cette définition est relativement précise, encore que, vous le savez, des discussions fort savantes sont apparues pour savoir s'il convenait de préciser la notion en parlant de passif « exigible exigé ». C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation dans un arrêt récent du 28 avril 1998. Cette disposition est incluse dans le titre 1 concernant le redressement judiciaire, hypothèse où un redressement demeure possible, ce qui sous-entend nécessairement que le sort de l'entreprise n'est pas définitivement compromis.

Bien que la loi bancaire du 29 janvier 1984 y fasse référence, il n'existe pas de définition légale de la situation irrémédiablement compromise, alors que, nous aurons l'occasion de le constater au cours de cette journée, cette notion se retrouve dans la grande majorité des décisions rendues par la Cour de cassation et dans de nombreuses décisions des Juges du fond.

La difficulté est qu'il n'existe pas non plus de définition doctrinale ou jurisprudentielle bien précise, de nombreuses décisions faisant référence à cette notion sans pour autant en préciser le contenu.

Je n'aurai pas la prétention de vous proposer ma propre définition mais simplement de vous suggérer quelques axes de réflexion :

- Le terme « irrémédiablement » signifie sans recours, sans remède, en langage courant ;
- L'adjonction de l'adverbe « irrémédiablement » aux termes « situation compromise » sous-entend que l'entreprise se trouve sans espoir de redressement, qu'aucune issue favorable mais aussi légale ne peut être envisagée, de sorte que sa disparition est inéluctable ;

- La situation de l'entreprise est telle que l'ouverture d'une procédure collective de redressement judiciaire n'est plus envisageable, il faut considérer que cette entreprise a dépassé le stade de l'état de cessation des paiements. On retrouvera dans certaines décisions jurisprudentielles les termes de « situation sans issue », d'entreprise « en état de coma dépassé », d'entreprise « vouée à la ruine »...

La difficulté consiste, les différents intervenants vous le démontreront, à pouvoir distinguer clairement ces deux notions dont les frontières se chevauchent bien souvent.

Cette parenthèse étant refermée, il convient sans plus attendre de vous présenter le thème des différentes interventions.

*Vous entendrez successivement :*

- Notre Confrère Jean-Claude Caillau, qui présentera un rapport sur « la diversité des situations rencontrées », où seront examinés quelques cas pratiques de recherche de responsabilité en matière de soutien abusif ou de rupture brutale de crédit ;

- Puis notre Confère Michel Devillebichot exposera les fondements juridiques de la mise en cause des dispensateurs de crédit.

*Ces deux exposés seront suivis d'une discussion :*

- En début d'après-midi, notre Confère Michel Bruyas s'attachera à nous présenter l'évolution de la doctrine et de la jurisprudence en la matière, ceci afin de nous démontrer la similitude des critères jurisprudentiels et doctrinaux dans les deux types d'action en responsabilité.

- Enfin notre Confrère Bruno Duponchelle nous exposera la richesse et l'étendue des missions confiées à l'expert-comptable judiciaire en cette matière, dans son rapport intitulé : « L'apport de l'expert dans l'appréciation du Juge ».

Il sera ensuite fait place à la discussion qui s'achèvera par une synthèse des travaux de cette journée que j'aurai l'honneur et le plaisir de vous présenter.

Je vous remercie.

*(Applaudissements)*

**Monsieur le Premier Président Truche.** - Sans plus attendre, je donne la parole à M. Caillau, expert agréé par la Cour de cassation.



# LA DIVERSITÉ DES SITUATIONS RENCONTRÉES

Exposé de Jean-Claude CAILLIAU

*Expert-comptable agréé  
par la Cour de cassation - Honoraire*



Soutien abusif ?

Rupture abusive ?

Sujet nécessairement délicat car comment tracer une frontière précise à l'intérieur de cette zone nuancée où s'efface l'usage pour voir naître l'abus.

Que la vigilance du dispensateur de crédit soit le fil conducteur, nul n'en doute, mais faut-il la considérer avec souplesse ? Faut-il au contraire aller jusqu'à l'extrême et demander aux banques d'afficher dans leurs bureaux cette claire prise de position d'Edouard Bourdet dans « Les temps difficiles » : « La confiance ? Connais pas ! ».

Il m'a été demandé d'exposer par quelques cas, d'une manière en quelque sorte pointilliste, certaines des difficultés que l'on peut rencontrer.

Afin que ces cas soient aussi riches que possible sans toutefois être transparents lorsqu'il s'agit d'affaires en cours confiées à l'examen de l'un ou l'autre d'entre nous, les cas présentés seront un mélange – que par modestie je ne qualifierai pas de savant – de cas déjà jugés, d'affaires en cours, ou de cas qu'à notre connaissance les tribunaux n'ont pas encore été appelés à juger ; selon la formule consacrée toute ressemblance avec des situations réelles ne pourrait être que fortuite.

Ces cas portent tout d'abord sur des hypothèses de soutiens apportés par un banquier, et mettent chacun particulièrement l'accent sur tel ou tel aspect (cas 1 à 4) ; l'attention est ensuite portée sur l'évaluation du préjudice et un éventuel partage de responsabilités (cas 5 et 6) ; enfin sont exposées des hypothèses de soutien par un fournisseur, par un groupe, ou par une administration (cas 7 et 8).

Le dernier cas (9) concerne une rupture abusive.

## 1<sup>er</sup> Cas

Le 30 juin 1986 une banque accorde un crédit de 5 500 000 F à la SARL Château M, puis cette société fait de mauvaises affaires et vient à cesser ses paiements.

Le représentant des créanciers considère que, par ce crédit important, sans commune mesure avec le capital de la SARL (50 000 F), la banque a apporté un soutien abusif à la SARL et demande à la banque réparation du préjudice causé aux créanciers. Un expert est nommé avec mission de fournir au tribunal les éléments lui permettant d'apprécier si le crédit consenti par la banque était ou non abusif.

L'expert s'est tout d'abord enquis de l'objet du crédit et de ses modalités.

Le crédit était destiné à financer le lancement par Château M d'une nouvelle activité consistant à commercialiser en exclusivité la production du domaine viticole de la SA Domaine M, SA dont la banque avait demandé d'obtenir la caution ainsi que celle d'un de ses associés.

L'expert a analysé la situation de la SARL Château M.

Il a tout d'abord constaté qu'il existait de nombreuses interférences entre la SARL emprunteuse et la SA dont les activités étaient complémentaires : importants mouvements de trésorerie partages de frais, dirigeants et associés communs.

L'examen de la comptabilité a par ailleurs montré que les résultats figurant dans les comptes de 1985 de la SARL étaient gonflés par suite en particulier d'une majoration des stocks qui était allée en croissant depuis plusieurs années.

En 1986, les frais de lancement engagés grâce au financement bancaire se sont révélés beaucoup plus importants que prévu et n'ont pas eu par ailleurs les résultats escomptés ; les pertes sont devenues très importantes, fin 1986 et en 1987 ; en outre les récoltes ont été très handicapées par une saison particulièrement pluvieuse, au point que tant la SARL que la SA ont été conduites à cesser leurs paiements. Le tribunal a prononcé la confusion des patrimoines des deux sociétés.

L'expert a demandé à la banque les éléments dont elle avait disposé pour asseoir sa décision d'octroi de crédit :

– outre les comptes des exercices 1983 – 1984 et 1985 (comptes appelant les critiques que l'on sait) le banquier

avait disposé d'une étude de financement émanant d'un cabinet de conseils financiers; l'actif immobilier de la SARL y était évalué à 11 000 000 F, le programme de lancement à 5 918 000 F, et le résultat prévisionnel de 1987 à 4 591 000 F en fonction d'un prix de vente estimé à 17 F par bouteille en 1987.

Par ailleurs, les actifs de la SA étaient importants.

L'expert a demandé à la banque si elle n'avait pas été alertée par le gonflement progressif du poste « stocks » de la SARL et par des incidents de paiement qui s'étaient manifestés au début de 1986. La banque indiqua que le gérant de Château M avait exposé que la société avait effectivement eu des difficultés à écouler ses stocks et que ces difficultés étaient d'ailleurs l'une des causes de la nouvelle politique de la société et des frais de lancement correspondants qui devaient se traduire par une augmentation de la force commerciale de la société ; ces explications étaient d'ailleurs en harmonie avec l'étude de financement produite à la banque.

L'expert a recherché si le prix de 17 F la bouteille utilisé pour la prévision relative à 1987 pouvait être considéré comme sérieux et a conclu qu'il en était ainsi ayant pu observer qu'en 1991 le prix se situait entre 20,32 F et 24,60 F selon l'importance des commandes.

Par ailleurs, les actifs des deux sociétés confondues ont été vendus pour 30 000 000 de F en 1991 ce qui montrait qu'en 1987 leur actif était important.

L'expert a émis l'avis qu'en égard aux éléments dont avait disposé la banque l'octroi du crédit paraissait normal, que l'insuccès de l'opération résultait en partie d'événements postérieurs à l'octroi du crédit, que la banque avait peut-être toutefois été imprudente en ne demandant pas de disposer pour la SARL – qui n'avait pas de commissaire aux comptes – de comptes certifiés.

La juridiction saisie – si elle se ralliait aux conclusions de l'expert – avait donc à juger si, en ne demandant pas de comptes audités, la banque avait ou non manqué à son obligation de vigilance.

En définitive pour apprécier si le soutien apporté par la banque à la SARL était ou non abusif les problèmes que la juridiction aurait à résoudre étaient essentiellement les suivants :

- la banque avait-elle manqué à son obligation de vigilance en ne demandant pas d'audit des comptes de la SARL, vigilance que les incidents de paiement déjà constatés auraient peut-être dû aviver ? ;
- le fait qu'elle ait disposé d'un plan de financement émanant d'un tiers permettait-il d'exonérer plus ou moins la banque de ses obligations de vigilance ? ;
- le fait que la banque pour un crédit accordé à la SARL se soit essentiellement couverte par des garanties externes ne montrait-il pas que la banque n'était que médiocrement assurée du succès de l'opération financée ? Mais, en sens contraire, la complémentarité entre les deux sociétés – ensuite scellée par la confusion de leurs patrimoines – ne s'inscrivait-elle pas dans la logique de l'opération ?

Il ressort de ce cas qu'une bonne connaissance des problèmes de droit permettra à l'expert de bien déterminer les points sur lesquels devront porter ses efforts afin que la juridiction dispose des informations utiles pour trancher en toute connaissance de cause les difficultés dont elle est saisie.

Ainsi, par exemple, au cas particulier, l'expert s'efforcera-t-il d'analyser et d'exposer le plus clairement possible le point de savoir si un dispensateur de crédit vigilant, et même suspicieux eu égard aux incidents de paiement déjà constatés, pouvait raisonnablement considérer comme crédibles les comptes présentés et les explications données ou si certains éléments n'auraient pas dû au contraire l'alerter et le conduire à requérir une information plus sûre.

Ce Congrès vous permettra, je n'en doute pas, d'être mieux informé, de la démarche à adopter, de mieux connaître les bonnes questions et d'y apporter de meilleures réponses.

## 2<sup>e</sup> Cas

Une société de crédit consent à un exploitant agricole un prêt de 94 000 F remboursable en six mensualités égales pour financer partiellement l'achat d'un tracteur ; l'agriculteur ne peut rembourser ; la société de crédit fait vendre le tracteur aux enchères et assigne l'exploitant en remboursement du solde. Celui-ci riposte en indiquant qu'on a abusé de son inexpérience en matière financière en lui faisant prendre un crédit qu'il était hors de sa portée de rembourser.

L'expert nommé constate que le prix du tracteur neuf s'élevait à	124 758 F
que le fournisseur reprenait l'ancien tracteur de l'exploitant pour	30 758 F
	<hr/>
que le montant à financer était donc de	94 000 F
intégralement fourni par la société de crédit, qu'intérêts compris l'exploitant avait à rembourser en six mois un montant de	<b>102 800 F</b>

L'expert constate également que les revenus annuels de l'exploitation agricole étaient de 90 000 F, déduction faite de l'amortissement annuel de l'ancien tracteur. Un compte prévisionnel par lui établi fait ressortir que compte tenu des frais financiers et de l'amortissement du nouveau tracteur le bénéfice annuel était normalement appelé à se réduire plutôt qu'à augmenter. Enfin le nouveau tracteur avait été vendu aux enchères 60 000 F soit à peine le double du prix pour lequel le fournisseur avait repris le matériel ancien, ce qui tendait à établir que le matériel ancien n'était pas impropre à un usage normal.

Questionné par l'expert quant aux éléments dont elle avait disposé pour prendre sa décision d'octroi de crédit, la société de crédit déclara que la banque de l'emprunteur lui avait indiqué que le compte de l'exploitant présentait un solde généralement positif et des mouvements de l'ordre de 60 000 F par an.

L'expert a émis l'avis que la société de crédit avait fait preuve de légèreté en ne s'informant pas suffisamment et



en octroyant un crédit non adapté aux facultés de l'emprunteur.

Ce cas est intéressant en ce sens qu'il illustre une situation assez paradoxale puisque c'est l'emprunteur lui-même qui se plaint ici d'avoir obtenu le crédit pourtant par lui sollicité. Pour éclairer pleinement la juridiction l'expert s'attachera donc à montrer ce qui a pu déterminer l'exploitant à s'engager dans cette impasse; il n'est pas rare en effet que les crédits excessifs résultent d'une manœuvre de l'emprunteur, fait qui vient alors à décharge pour le dispensateur de crédit.

### 3<sup>e</sup> Cas

Une banque accorde à l'une de ses sociétés clientes un crédit devant lui permettre de se restructurer ; pour obtenir ce crédit le dirigeant de l'entreprise donne des garanties sur des biens lui appartenant personnellement.

En fait la banque affecte le montant du prêt à l'apurement du compte débiteur de la société.

L'opération n'est-elle pas assimilable à une rupture abusive de crédit ?

La mission de l'expert pourrait être en particulier de rechercher la commune intention des parties.

### 4<sup>e</sup> Cas

Il s'agit de crédits consentis à un groupe de sociétés qui ont en définitive cessé leurs paiements.

L'expertise fait tout d'abord ressortir que, les crédits étant importants et la situation de trésorerie de l'entreprise tendue, la situation de l'entreprise était suivie au jour le jour. On peut en tirer la conclusion que si la situation de l'entreprise débitrice devenait sans issue la banque en était immédiatement informée. Convient-il de tirer d'autres conséquences de ce contrôle étroit: ingérence ?

Il ressort de l'expertise que la banque était associée dans certaines sociétés du groupe et que des dirigeants de la banque étaient administrateurs de ces sociétés. Les circonstances sont-elles de nature à aggraver les responsabilités éventuellement encourues par la banque ?

L'expertise a démontré par ailleurs que l'issue des opérations menées par le groupe est très rapidement devenue aléatoire car dépendant de plus-values à venir, qu'un soutien permanent de la banque jusqu'à l'expiration des opérations était nécessaire, que la banque participerait aux éventuelles plus-values et qu'elle avait en tout cas perçu des intérêts considérables ; l'exploitation étant déficitaire, l'important soutien accordé a entraîné un accroissement du passif; en définitive les plus-values souhaitées n'ont pas été réalisées. L'expert a émis l'avis que si la banque était susceptible de financer des opérations spéculatives la légitimité de son intervention devenait peut-être contestable à compter du moment où l'important profit qu'elle en tirait dans l'immédiat trouvait sa contrepartie dans un risque supporté en partie par elle mais en partie par les créanciers.

Ceci pose la délicate question pour l'expert d'apporter à la juridiction les éléments pouvant lui permettre d'apprécier si le dispensateur de crédit a fait preuve ou non d'imprudence alors que la situation de l'entreprise pouvait être, ou non, irrémédiablement compromise.

### 5<sup>e</sup> Cas

1) L'expert avait ici tout d'abord pour mission de donner à la juridiction les éléments devant lui permettre d'apprécier si, lors de l'octroi du crédit par la banque, soutien que le demandeur considérait comme abusif, la situation de la société emprunteuse était ou non définitivement compromise.

En conclusion de ses travaux, l'expert a émis l'avis qu'à la date en question « l'entreprise, qui avait des besoins de trésorerie, ne pouvait plus raisonnablement espérer en trouver par des moyens normaux et que sa situation était dès lors irrémédiablement compromise » ; l'entreprise n'avait plus en effet alors comme perspectives que d'interrompre ses paiements ou de se procurer des fonds par des moyens ruineux et/ou en masquant sa situation réelle.

Les exposés de nos rapporteurs et les débats devraient nous permettre d'apprécier si la date ainsi définie est bien celle que l'expert aura charge de déterminer.

2) L'expert avait également pour mission de donner à la juridiction les éléments devant lui permettre d'apprécier le préjudice éventuellement subi par les créanciers.

Les travaux de l'expert l'ont conduit à considérer qu'immédiatement avant l'octroi du crédit susceptible d'être considéré comme un soutien abusif la situation de l'entreprise – par hypothèse définitivement compromise – était la suivante (chiffres arrondis) :

– actif		21 MF
– passif :		
créanciers privilégiés	3 MF	
créanciers chirographaires	27 MF	30 MF
Insuffisance d'actif		9 MF

à laquelle il conviendrait d'ajouter, la situation étant par hypothèse sans issue, les coûts et plus ou moins values résultant d'une liquidation supposée alors effectuée ici évalués à 5,3 MF (dont 0,3 MF d'augmentation de passif chirographaire), soit en définitive une insuffisance d'actif globale de 14,3 MF et donc, pour les créanciers chirographaires, une perte potentielle de 14,3 MF/27,3 MF = 52,38 % (autrement dit : un espoir de récupération de 47,62 %).

Quant à la situation définitive, après la liquidation intervenue environ deux ans plus tard, elle se présentait ainsi :

– actif		11,7 MF
– passif :		
créanciers privilégiés	8 MF	
créanciers chirographaires	34,5 MF	42,5 MF
Insuffisance d'actif		30,8 MF

Soit pour les créanciers chirographaires un niveau de perte devenu 30,8 MF/34,5 MF 89,28 % (autrement dit : récupération 10,72 %).

Cette situation est comparable à la précédente, celle-ci ayant été chiffrée dans une optique liquidative.

L'expert a observé que l'insuffisance d'actif avait été portée de 14,3 à 30,8 MF, soit une augmentation de 16,5 MF.

Ce montant supposé versé par l'auteur du soutien supposé abusif au liquidateur et reversé par celui-ci au marc le franc entre les créanciers chirographaires – les créanciers privilégiés étant de leur côté réglés à 100 % – ceux-ci perdraient en définitive 14,3 MF/34,5 MF soit 41,45 % de leur créance. L'expert fit observer que ceci conduisait à des résultats curieux :

- les créanciers anciens antérieurs à l'octroi du crédit (créanciers de 2 MF en l'espèce) qui auraient perdu 52,38 % ne perdraient plus en définitive que 41,45 %, ainsi leur préjudice se trouverait plus que réparé, ceci contrairement aux conséquences habituelles de l'article 1382 du Code civil – sur lequel est ici fondée l'action – qui veut que le préjudice soit réparé intégralement, mais pas au-delà ;

- en revanche les créanciers nouveaux (17,5 MF en l'espèce, banque non comprise), vont rester subir une perte de 41,45 % de leur créance alors que par hypothèse ils n'auraient rien perdu si le soutien supposé abusif n'avait pas eu lieu puisque, l'entreprise ayant alors disparu, ils n'auraient pas traité avec elle.

Ainsi la réparation du préjudice apparaissait-elle excessive pour certains créanciers et insuffisante pour d'autres.

Il est des situations où le tribunal pourra considérer que le banquier n'est pas le seul responsable de l'aggravation du passif et décidera de n'en mettre à sa charge qu'une quote-part.

Afin de permettre au tribunal d'apprécier ce point, l'expert a relevé tout d'abord que dans la période comprise entre l'octroi du crédit et la liquidation :

- le dirigeant s'était fait rembourser son compte courant qui s'élevait à 2 MF, le dirigeant avait prolongé abusivement l'activité déficitaire dans son intérêt personnel eu égard à l'importante rémunération dont il bénéficiait et dont il a été estimé qu'elle était excessive à hauteur de 1 MF par an.

L'expert a fait néanmoins observer que ces faits n'auraient pu se produire si le crédit considéré comme abusif n'avait pas été octroyé. En revanche, ne pourraient-ils pas servir de support à une action en comblement de passif à l'encontre du dirigeant ?

L'expert a par ailleurs présenté une analyse détaillée sur le point de savoir si, lors de l'octroi du crédit, il était patent que la situation de l'entreprise emprunteuse était définitivement compromise ou s'il pouvait exister à cet égard un doute plus ou moins important aux yeux d'un banquier normalement diligent. L'expert a également chiffré l'importance des intérêts dont le banquier avait profité au cours de la période allant de l'octroi de crédit à la liquidation.

Nos rapporteurs ne manqueront pas d'aborder les divers problèmes ici rencontrés.

## 6<sup>e</sup> Cas

Le passif chirographaire d'une société ayant cessé ses paiements comporte en gros deux parties égales :

- une importante créance bancaire ;

- des créances de fournisseurs nombreuses, mais de montant unitaire peu important.

La banque est attaquée en soutien abusif ; elle présente des arguments expliquant que le risque par elle couru était un risque commercial normal ; elle fait en outre subsidiairement valoir que si sa responsabilité était retenue, il conviendrait de déclarer également responsables les fournisseurs car d'une part la note attribuée à l'entreprise par les agences de notation avait baissé, d'autre part l'assurance crédit n'accordait plus à l'entreprise qu'un plafond de crédit très limité, enfin l'entreprise n'avait pas déposé au Greffe les comptes de l'année écoulée.

Des diligences incombent-elles effectivement aux fournisseurs même lorsque les crédits qu'ils accordent ne dépassent pas les crédits d'usage ?

La mission confiée à l'expert pourrait notamment consister à étudier l'évolution des soldes des principaux comptes « fournisseurs ». Se sont-ils aggravés ? S'agit-il au contraire de permutations entre anciens et nouveaux fournisseurs ?

## 7<sup>e</sup> Cas

La société Diffuplast vendait des articles en matière plastique ; elle avait essentiellement pour fournisseur une société Omnium qui lui avait consenti des crédits de plus en plus importants ; malgré cela elle en est venue à cesser ses paiements.

Le représentant des créanciers considère que, par ce crédit important, hors des normes commerciales courantes, le fournisseur – ici ce n'est plus une banque – a apporté un soutien abusif à Diffuplast et demande au fournisseur réparation du préjudice causé aux créanciers. Un expert est nommé avec mission de fournir au tribunal les éléments lui permettant d'apprécier si le crédit consenti par le fournisseur était ou non abusif et, dans l'affirmative, de proposer une évaluation du préjudice éventuellement subi.

L'expert a examiné en premier lieu les conditions dans lesquelles ce crédit s'était constitué.

Au cours du deuxième semestre 1993 la trésorerie de Diffuplast était difficile mais celle-ci avait obtenu de son fournisseur Omnium un prêt de 1 500 000 F par consolidation du compte « fournisseur », payable par compensation ; ceci lui avait permis de rétablir sa trésorerie à un niveau suffisant pour lui permettre d'être normalement à jour à l'égard de l'ensemble de ses créanciers, dont Omnium ; ce prêt était remboursable en six semestrialités égales de 250 000 F échéant de juin 1994 à décembre 1996.

Le taux d'intérêt (PIBOR + 1 %) était normal. Ce prêt était assorti de garanties prises sur les biens appartenant au Président Directeur général de Diffuplast. Par ailleurs la convention de prêt prévoyait :

- l'élaboration en commun par Diffuplast et Omnium d'un plan d'actions commerciales et financières ;
- la révision mensuelle par Omnium des comptes de Diffuplast et de la réalisation du plan ;
- l'interdiction pour Diffuplast d'accomplir sans accord préalable écrit d'Omnium un certain nombre d'actions: versement de dividendes, mise en gérance, fusion, changement de dirigeant, prise de participation, signature de prêts, ...

En cas de contravention à ces engagements le prêt devenait immédiatement exigible.

Omnium n'a pas été amené à demander un remboursement anticipé de son prêt ce qui donne à penser qu'il n'a pas été contrevenu aux engagements précités, si ce n'est que l'échéance du 1<sup>er</sup> juin 1996 n'était pas réglée au 1<sup>er</sup> octobre 1996 date de la déclaration de cessation des paiements.

Outre ce prêt conventionnel Omnium a consenti un crédit non formalisé à Diffuplast en n'exigeant pas que ses factures lui soient réglées à l'échéance prévue qui était « 60 jours fin de mois le 10 du mois suivant », laquelle échéance a été considérée par l'expert comme conforme à un usage normal. Pendant tout l'exercice 1994 l'échéance conventionnelle a été respectée; au cours de l'exercice 1995 (qui a connu une baisse importante du chiffre d'affaires) et un déficit important (3,5 MF) des retards de règlement sont apparus et ont peu à peu augmenté; à fin 1995 le retard était de deux mois.

Au cours des neuf mois de 1996 qui ont précédé la déclaration de cessation des paiements, les résultats ont continué d'être déficitaires et les montants payés à Omnium ont été très faibles, si bien qu'à la date de cessation des paiements, le retard était de neuf mois.

L'expert a demandé à Omnium les éléments dont elle avait disposé pour asseoir sa décision d'accorder un crédit croissant ; Omnium a indiqué avoir cru jusqu'au bout que la situation était susceptible de se redresser.

Avant examiné la comptabilité, l'expert a émis l'avis qu'elle était bien tenue.

Le compte de résultat de l'exercice 1995 se résumait comme suit (en MF):

Ventes.....	19
Achats consommés.....	- 17,2
Marge brute.....	1,8
Charges d'exploitation .....	- 4,7
Résultat avant frais financiers .....	- 2,9
Frais financiers.....	- 0,4
Résultat après frais financiers.....	- 3,3
Pertes exceptionnelles.....	- 0,2
Résultat net = déficit.....	- 3,5

Ce déficit absorbait – et très au-delà – les capitaux propres de la société lesquels étaient de 0,7 MF au début de l'exercice.

L'expert s'est interrogé sur le point de savoir si, à fin 1995 la situation devait être considérée comme irrémédiablement compromise.

Le compte de résultat le donnait a priori à penser puisque, même avant toute charge financière, le résultat apparaissait comme déficitaire.

Mais en sens contraire on pouvait s'étonner qu'un professionnel averti tel qu'Omnium ait continué à faire crédit à la société et même à augmenter le crédit consenti alors qu'eu égard à la convention de 1993 il avait mensuellement à sa disposition les comptes de la société et pouvait ainsi suivre de près l'évolution de la situation.

Aussi, afin d'éclairer le tribunal sur ce point délicat, l'expert a-t-il demandé à Omnium d'exposer et de justifier l'ensemble des éléments l'ayant conduit à considérer qu'il existait de sérieuses possibilités de redressement.

Les éléments invoqués par Omnium lui étant apparus insuffisamment convaincants et justifiés, l'expert a émis l'avis qu'Omnium avait maintenu, voire augmenté, son crédit alors qu'à compter du 31 décembre 1995 il avait connaissance ou devait avoir connaissance de ce que la situation d'Omniplast était irrémédiablement compromise.

Pour le fournisseur, l'opération de fourniture restait sensiblement équilibrée tant que le pourcentage d'impayés ne dépassait pas son pourcentage de marge, mais pendant ce temps le passif augmentait.

Pour Omniplast, poursuivre l'exploitation déficitaire en faisant un appel croissant au crédit de son fournisseur était en définitive un moyen ruineux de se procurer des fonds.

En vue de permettre au tribunal d'apprécier l'importance du préjudice subi l'expert a enfin évalué le montant de l'augmentation de l'insuffisance d'actif entre le 31 décembre 1995 et la date de déclaration de cessation des paiements.

Ce cas permet d'observer que les banquiers ne sont pas les seuls dispensateurs de crédit.

On voit également qu'ici le point le plus délicat de l'expertise était, pour l'expert, d'apporter à la juridiction toutes les informations utiles pour lui permettre d'apprécier à compter de quelle date Omnium a eu ou aurait dû avoir connaissance de ce que la situation de son client était irrémédiablement compromise.

Un problème délicat se posait également concernant la date de cessation des paiements.

Au 31 décembre 1995 l'actif disponible d'Omniplast ne lui permettait pas de faire face à son passif « exigible » puisque, comme on l'a vu, la société était en retard dans



ses paiements à l'égard de son fournisseur ; mais comme on l'a vu également ce passif n'a pas été alors exigé si bien que l'actif disponible permettait en définitive de couvrir l'actif exigé. Mais doit-on considérer qu'un délai a été expressément consenti ou, au contraire, que le retard a été simplement toléré ?

S'il n'y a pas d'accord explicite comment résoudre ce dilemme ?

De premiers éléments de solution pourront peut-être résider dans l'observation de la situation à l'égard d'autres créanciers : administration fiscale, caisses sociales, ... les montants par eux exigibles étaient-ils réglés à bonne date ?

Un autre élément réside sans doute en ce que la situation au 31 décembre 1995 était irrémédiablement compromise, si bien que l'entreprise ne pouvait raisonnablement plus espérer trouver de crédit auprès d'un dispensateur de crédit raisonnablement prudent et informé de la situation réelle de l'entreprise, autrement dit que c'est abusivement qu'une partie du passif exigible n'a pas été exigée.

Nos rapporteurs ne manqueront pas de nous éclairer à ce sujet.

#### Variante

Il a été implicitement supposé jusqu'à présent que les sociétés Omnium et Diffuplast n'avaient pas de lien de capital entre elles.

Supposons maintenant – toutes autres données étant inchangées – que la société Diffuplast ait été une filiale de la société Omnium : en résulterait-il quelque particularité ?

Pour les créanciers la situation est identique ; pour la société mère sa situation est pratiquement la même – pour le problème qui nous occupe – que celle du fournisseur indépendant, si ce n'est qu'il lui serait particulièrement difficile d'établir qu'elle aurait légitimement ignoré la situation irrémédiablement compromise de sa filiale.

Or telle est un peu la situation de tout groupe dont l'une des filiales fait de mauvaises affaires. Le fait pour le groupe d'avoir filialisé telle ou telle de ses activités limite-t-il vraiment sa responsabilité ? Quels éléments l'expert va-t-il apporter au tribunal pour lui permettre de répondre à cette délicate question ?

Là encore la sagacité de nos rapporteurs va être mise à rude épreuve.

### 8<sup>e</sup> Cas

Sa trésorerie étant insuffisante pour faire face à ses exigences une société interrompt le règlement de ses taxes sur le chiffre d'affaires et autres impôts et ne règle plus aux caisses sociales que le précompte ; ainsi soulagée la société règle à bonne date ses fournisseurs et ne dépasse pas le plafond de crédit que lui accorde sa Banque. Un an s'écoule en relances, mises en demeure, entretiens, étales

ments non respectés, puis en définitive l'URSSAF assigne la société et celle-ci est mise en liquidation.

L'expert nommé aboutit à la conclusion que dès le début des impayés la société se trouvait en cessation de paiement et que pendant la période qui a suivi l'insuffisance d'actif a fortement augmenté.

La juridiction aura à dire si les administrations concernées sont à considérer comme ayant pratiqué un soutien abusif et doivent être condamnées à réparer le préjudice subi par les créanciers.

### 9<sup>e</sup> Cas

Il s'agit ici du cas d'une rupture susceptible d'être qualifiée d'abusive.

La société ABEDA a depuis de longs mois un découvert auprès de la banque X (= « la banque ») ; en mars 1988 la banque rejette deux chèques, la société ABEDA – qui n'a pas pour autant cessé ses paiements – l'attaque en réparation du préjudice que cette rupture brutale lui a causé.

L'expert commis a tout d'abord recherché quelles étaient les conventions régissant le crédit ainsi brutalement rompu.

La convention d'ouverture de compte courant prévoyait que tout concours à durée indéterminée autre qu'occasionnel qui serait consenti ne pourrait être réduit ou interrompu que sur notification écrite et à l'expiration d'un délai de 30 jours (pour l'escompte commercial, les crédits de mobilisation ou autres) ou de 60 jours (pour les crédits de caisse), tout dépassement étant considéré comme crédit occasionnel, donc ne bénéficiant pas des délais de préavis précités.

La première question qui se posait était donc de savoir si le crédit devait être considéré comme n'étant qu'occasionnel.

L'expert constate que le compte a constamment fonctionné en position débitrice et qu'à partir de juillet 1986, à une exception près (mai 1987), le débit a toujours été supérieur à 100 000 F qu'en particulier depuis mai 1987 les soldes de fin de mois ont oscillé entre 195 et 280 KF :

L'expert relève également :

– qu'en septembre 1987 les époux Esques, dirigeants de la société, ont apporté un second cautionnement de 100 000 F s'ajoutant à un premier d'égal montant ;

– que Monsieur Esques, en réponse à une réaction de la banque, lui a écrit le 4 février 1988 pour faire le point, s'expliquer sur la baisse du chiffre d'affaires et exprimer son espoir de « voir repasser la barre de 200 000 avant le 1er juillet et celle de 150 000 avant le 31 décembre » ;

– qu'un compte rendu du 26 février 1988, rédigé par un agent de la banque, d'un entretien destiné à : « faire le point sur la situation anormale du compte : 270 000 F débiteur avec 2 cautions de 100 000 F » indique les solutions envisagées (vente du portefeuille de Monsieur Esques (géré par ailleurs), cession ou sous-location du fonds de

commerce, et, « dans le cas où ces négociations n'aboutiraient pas rapidement » offre d'un prêt de 200 000 F (avec garantie hypothécaire) ;

– que les chèques refusés sans préavis avaient été émis les 6 et 7 mars 1988 et s'élevaient respectivement à 31 000 F et 10 000 F ;

– que les deux chèques rejetés avaient ensuite été réglés par la société ABEDA dans le délai imparti ;

– que la société ABEDA était courtier d'assurances, que les deux chèques rejetés avaient été émis au profit de deux compagnies d'assurances ;

– et qu'il en était résulté des perturbations dans les relations entre le courtier et les compagnies.

L'expert observe que si les deux chèques avaient été payés le découvert se serait élevé à fin mars 1988 à 251 KF, montant inférieur à celui atteint les mois précédents.

L'expert a émis l'avis que la permanence des débits était de nature à montrer que le crédit n'était pas occasionnel. Mais fallait-il considérer que le découvert autorisé était le découvert maximum ? ou bien le découvert moyen constaté au cours d'une certaine période et laquelle ?

Par ailleurs, la convention prévoyait, on le rappelle, que le préavis stipulé en cas d'interruption ou de réduction d'un concours à durée indéterminée autre qu'occasionnel démarrait d'une notification; l'expert a analysé le compte rendu du 26 février afin de permettre à la juridiction d'apprécier s'il pouvait ou non être considéré comme une notification.

En toute occurrence, à supposer que l'entretien ait pu valoir notification, et que le délai de préavis ait dès lors

commencé à courir, le banquier était en droit – les rapporteurs qui me suivent nous le rappelleront – de passer outre à l'exigence d'un délai de préavis en cas de comportement gravement répréhensible du débiteur ou si sa situation s'avérait définitivement compromise.

L'expert a examiné ces deux points ; il a enfin donné les éléments susceptibles de permettre à la juridiction d'évaluer le préjudice qu'aurait subi le débiteur.

Ce cas montre que l'expert pourra se trouver amené à rassembler des éléments de fait pour permettre à la juridiction de fixer la portée d'une convention ambiguë.

Les quelques cas ci-dessus exposés montrent que le domaine du soutien abusif ou de la rupture abusive de crédit est un domaine délicat tant pour les juridictions que pour les experts comptables judiciaires.

Vivement maintenant que les exposés qui suivent viennent nous éclairer.

Je vous remercie.

*(Applaudissements)*

**M. Le Premier Président Truche.** – Les problèmes posés sont multiples. Nous allons les examiner tout de suite. Mais auparavant : nous excusons certains des participants qui, devant se rendre à une cérémonie à la Cour des comptes, vont nous quitter à l'instant pour ne pas interrompre l'exposé qui va suivre. Nous les retrouverons dans la journée.

Je donne la parole à M. Devillebichot.





# FONDEMENTS JURIDIQUES DE LA MISE EN CAUSE DES DISPENSATEURS DE CRÉDIT

Exposé de Michel DEVILLEBICHOT

*Expert-comptable et expert en gestion des entreprises  
agrégé par la Cour de cassation*



Le Président Caillau vient très habilement d'aiguiser notre curiosité par l'exposé de cas qui illustrent fort bien l'intérêt mais aussi les réelles difficultés du sujet que nous traitons aujourd'hui.

En simplifiant quelque peu, deux écueils en effet guettent tout dispensateur de crédit. Il risque de se voir reprocher soit d'avoir accordé trop facilement, trop largement ou trop longtemps son crédit, soit de l'avoir retiré trop brutalement.

Le dispensateur de crédit peut être non seulement le banquier, dont c'est le métier, mais aussi toute personne faisant crédit à l'entreprise, c'est-à-dire, le cas échéant :

- le fournisseur (au sens large, c'est-à-dire le fournisseur de biens ou de services) ;
- toute personne ayant consenti une avance, un crédit (par exemple en compte courant dans les groupes), voire une caution ;
- et même, question sans doute beaucoup plus délicate, l'État, les collectivités territoriales, les organismes fiscaux ou sociaux (par exemple l'URSSAF).

Une grande partie des affaires litigieuses concerne des entreprises en procédure collective mais, bien entendu, notre sujet ne se limite pas aux seuls cas où l'emprunteur n'est pas ou n'est plus « *in bonis* ».

Il est encore des cas où le dispensateur de crédit se trouve conduit à exercer un contrôle de plus en plus serré de l'exploitation financée de telle sorte qu'il lui arrive d'assurer une véritable gestion de fait. Ce dernier cas, quoique juridiquement différent, sera néanmoins évoqué car, en pratique, la constatation du soutien abusif entraîne aussi, quelquefois, l'application des actions en comblement de passif si le dispensateur de crédit peut être considéré comme gérant de fait et s'il a commis des fautes de gestion. Il est même des cas où la responsabilité pénale du banquier pourra être recherchée du chef de complicité de banqueroute.

Les fondements juridiques de la responsabilité du dispensateur de crédit sont différents en matière de rupture brutale du crédit et en matière de soutien abusif.

En cas de rupture brutale du crédit, la responsabilité du banquier est régie par une loi, celle du 24 janvier 1984.

Le soutien abusif résulte d'une construction jurisprudentielle élaborée notamment par référence à l'article 1382 du Code civil.

En réalité, comme nous le verrons, les deux démarches sont finalement assez proches et fondées sur les principes généraux de la responsabilité soit contractuelle, en matière de rupture brutale, soit quasi délictuelle, en matière de soutien abusif.

Il restera ensuite à étudier les conditions dans lesquelles la responsabilité alléguée peut être mise en cause.

D'où le plan de cet exposé :

- Les fondements juridiques ;
- La mise en cause.

## II. – Les fondements juridiques.

Nous évoquerons successivement :

- La rupture brutale de crédit ;
- L'octroi ou le maintien abusif de crédit.

### 11. – La rupture brutale de crédit.

C'est la loi qui régit la rupture brutale de crédit mais une jurisprudence abondante vient préciser la portée des dispositions législatives édictées en matière de crédit bancaire.

L'article 60 de la loi du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit dispose, je cite :

« Tout concours à durée indéterminée, autre qu'occasionnel, qu'un établissement de crédit consent à une entreprise, ne peut être réduit ou interrompu que sur notification écrite et à l'expiration d'un délai de préavis fixé lors de l'octroi du concours.

L'établissement de crédit n'est tenu de respecter aucun délai de préavis, que l'ouverture du crédit soit à durée indéterminée ou déterminée, en cas de comportement gravement répréhensible du bénéficiaire du crédit ou au cas où la situation de ce dernier s'avérerait irrémédiablement compromise.

Le non-respect de ces dispositions peut entraîner la responsabilité pécuniaire de l'établissement de crédit ».

Comme on le voit, la diminution du crédit s'assimile à son retrait. En outre, le texte prévoit deux possibilités en cas de rupture suivant que le crédit est à durée indéterminée ou à durée déterminée. Enfin, deux exceptions sont prévues en cas de comportement gravement répréhensible du bénéficiaire du crédit ou si la situation de ce dernier est irrémédiablement compromise.

Nous examinerons successivement les deux cas et les deux exceptions prévus en matière de rupture de crédit bancaire. Et d'abord, les deux cas prévus suivant que le crédit est à durée indéterminée ou à durée déterminée.

#### 111. – Cas du crédit bancaire à durée indéterminée.

C'est le cas de la plupart des crédits de trésorerie (découvert, escompte, cession de créances DAILLY, crédits par signature), pour lesquels aucun terme n'est généralement prévu aux concours de la banque.

La banque n'a le droit de mettre fin à ses concours à tout moment qu'à une double condition :

- avertir préalablement le client par écrit ;
- lui laisser un délai de préavis suffisant.

*Sur la première condition*, il est nécessaire que la forme écrite soit respectée, c'est-à-dire, par exemple, qu'une lettre de dénonciation des concours soit adressée par le banquier sous la forme recommandée avec accusé de réception. Cette lettre doit être rédigée en des termes non équivoques. Ainsi, il a été jugé par exemple qu'une lettre d'injonction de ne plus émettre de chèques ne valait pas lettre de dénonciation des concours.

En revanche, il peut être apporté, par tous moyens, la preuve que la dénonciation du crédit résulte d'un accord de volonté intervenu entre le banquier et son client.

*Sur la seconde condition*, il y a lieu de distinguer suivant que la durée du préavis est ou non contractuellement fixée.

Dans la première hypothèse, c'est normalement le délai contractuel de préavis qui s'applique, sauf dans le cas des deux exceptions qui seront étudiées dans la suite de cet exposé.

Dans la seconde hypothèse, c'est le délai raisonnable qui devrait permettre au client de retrouver, dans des conditions normales, du crédit auprès d'un autre banquier. Selon l'usage, ce délai de préavis est habituellement de trente jours pour les crédits de mobilisation de créances et de soixante jours pour les autres crédits.

#### 112. – Cas du crédit bancaire à durée déterminée.

La durée du crédit bancaire est précisée dans le document contractuel signé par le client bénéficiaire. Dans ce cas, la banque est tenue d'observer le terme convenu, sauf dispositions contraires prévues par les deux exceptions qui vont être examinées dans la suite de cet exposé. Il est également possible que d'autres conditions contractuellement convenues puissent déclencher automatiquement la rupture des concours. Il pourra s'agir, par exemple, du manquement par le client à son obligation d'information.

Voyons maintenant les deux exceptions légales à l'obligation du respect du délai contractuel.

Il s'agit :

- de la situation irrémédiablement compromise du bénéficiaire du crédit ;
- du comportement gravement répréhensible de celui-ci.

#### 113. – La situation irrémédiablement compromise du bénéficiaire du crédit.

Dans ce cas, le banquier peut cesser sans préavis d'accorder son crédit.

Comme il a déjà été indiqué dans le propos introductif de notre rapporteur général, la situation irrémédiablement compromise n'est pas définie par la loi. C'est celle d'une entreprise vouée à la ruine et qui n'a effectivement aucun espoir de redressement. Cette entreprise n'est plus en état de financer son activité, à moins de se procurer des fonds par des moyens ruineux et/ou en masquant sa situation réelle. Cette situation doit être distinguée de l'état de cessation de paiement qui résulte de l'impossibilité pour l'entreprise de faire face avec son actif disponible à son passif exigible. Cette dernière impossibilité peut en effet n'être que temporaire ou pouvoir se résoudre grâce à un plan de redressement dans le cadre d'une procédure collective.

#### 114. – Le comportement gravement répréhensible du bénéficiaire du crédit.

Si le bénéficiaire du crédit a commis des fautes ou s'est livré à des comportements gravement répréhensibles ne correspondant pas à une saine pratique des affaires, le banquier pourra rompre sans préavis le crédit accordé.

Ainsi en va-t-il par exemple :

- de la communication à la banque de renseignements comptables ou autres inexacts, voire volontairement falsifiés ;
- de la remise à l'escompte de traites fictives, de la cession de créances fictives ou encore de la remise à l'encaissement de chèques sans provision ou de cavalerie ;
- de la cession à plusieurs banques des mêmes créances dans le cadre de la loi Dailly
- de la violation de l'interdiction d'émettre des chèques ;
- de la non-constitution dans les délais prévus des garanties promises ;



- du fait d'avoir dissimulé à la banque un changement significatif dans la répartition du capital de la société bénéficiaire du crédit.

Certains de ces cas seront précisés dans l'étude jurisprudentielle qui sera abordée cet après-midi par Michel Bruyas.

Pour essayer d'être complets, signalons encore deux cas où le banquier est susceptible d'engager sa responsabilité :

- Celui des *concours occasionnels* de courte durée et à caractère exceptionnel qui en principe ne sont pas concernés par la loi du 24 janvier 1984 ;

- Celui du *dépassement des concours habituellement consentis*, lequel s'analyse juridiquement comme un refus d'augmenter le montant du crédit initialement accordé et non comme un retrait de crédit. Dans ce cas, le banquier qui accepte un dépassement temporaire du découvert autorisé, aura néanmoins intérêt à bien préciser le caractère exceptionnel des concours supplémentaires et à en prévenir son client.

Les développements qui précèdent, prévoient donc des règles précises pour la mise en jeu de la responsabilité du banquier.

Pour ce qui est des *autres dispensateurs de crédit*, la jurisprudence a retenu leur responsabilité éventuelle. Ainsi, un créancier ayant brutalement rompu un crédit fournisseur a été condamné à verser des dommages et intérêts à son client qui avait subi un dommage de ce fait (1). La responsabilité des dispensateurs de crédit autres que le banquier pourra être engagée dans les termes généraux du droit de la responsabilité et de la trilogie: faute, préjudice, existence d'un lien de cause à effet entre la faute et le préjudice.

En ce qui concerne la relation de causalité, cela implique de rechercher ce qui se serait passé si le dispensateur de crédit avait assorti d'un préavis l'interruption de son crédit. La question principale à laquelle il faut généralement répondre est de déterminer si l'entreprise aurait pu éviter le « dépôt de bilan » en consacrant le délai de préavis à la recherche de concours supplétifs. La responsabilité du dispensateur de crédit ne sera engagée que si son action a fait perdre une chance sérieuse d'éviter la déclaration de cessation des paiements pour autant que celle-ci ne s'avérerait pas inéluctable.

## 12. – L'octroi ou le maintien abusif de crédit.

Nous distinguerons le cas du banquier de celui des autres dispensateurs de crédit.

### 121. – Le cas du banquier.

L'octroi ou le maintien abusif de crédit consiste, pour une banque, à accorder ou à maintenir des crédits à une

entreprise dont elle connaît ou aurait dû connaître la situation sans issue. Par son intervention, la banque donne à l'entreprise financée une apparence trompeuse de solvabilité, ce qui entraîne un préjudice pour les tiers victimes de la poursuite de l'exploitation déficitaire.

En pratique, la responsabilité de la banque est le plus souvent recherchée à la suite d'une procédure collective. Le préjudice résulte pour les créanciers de l'aggravation de l'insuffisance d'actif intervenue depuis l'octroi ou le maintien du crédit.

De nombreuses décisions de jurisprudence permettent de préciser les diligences qui doivent être accomplies pour que, dans une situation donnée, un banquier puisse être considéré comme normalement avisé et diligent et donc n'avoir pas commis de faute en accordant ou en maintenant son crédit.

Ces diligences consistent :

- à s'informer de la situation réelle de l'emprunteur ;
- à conseiller l'emprunteur ;
- et même dans certains cas, à surveiller la destination des fonds prêtés.

#### 121.1. – Le devoir d'information.

Le banquier a l'obligation de s'informer de la situation réelle de son client non seulement au moment de l'octroi du crédit mais encore de l'évolution de celle-ci pendant toute la durée du financement accordé.

Ce devoir s'apprécie en fonction des éléments d'information qu'une banque peut habituellement obtenir sur la situation de son client. En effet, un établissement bancaire ne dispose pas, normalement, de moyens d'investigations directs chez son client. Cependant, il peut consulter certains éléments d'information provenant de sources extérieures à l'entreprise du client, à savoir :

- le registre des inscriptions publiées au greffe du tribunal de commerce ;
- l'état des interdits de chéquier ;
- les cotes des agences de notation et celle de la banque de France ;
- voire les articles publiés dans la presse financière (pour les entreprises importantes).

S'il ne l'a pas fait, cela pourra lui être reproché.

Le banquier doit demander la communication des comptes établis par le bénéficiaire du crédit. S'il s'agit d'une entreprise ayant un commissaire aux comptes, la jurisprudence indique qu'« il est de la plus élémentaire prudence que les banques exigent la présentation de bilans dont la régularité et la sincérité se trouvent certifiées par le commissaire aux comptes » (2).

(1) Cass. com. 26 mars 1995. Aff. Naudin c/Poclairin : *Revue de jurisprudence de Droit civil* janvier-mars 1996, p. 165.

(2) Cass. com., 22 mai 1985 : Arrêt ASTRE : *Revue droit des affaires*, n°43, 28 mai 1996.

Par ailleurs, le banquier surveillera l'évolution des mouvements portés au(x) compte(s) et celle du montant des engagements de l'emprunteur.

En cas de crédit accordé par un pool bancaire, les informations recueillies par les différentes banques participant au pool seront bien entendu confrontées et centralisées chez le chef de file.

En cas d'octroi de crédit, l'étude préalable sera d'autant plus complète et sérieuse que le crédit accordé est important eu égard à la taille de l'entreprise.

#### 121.2. – Le devoir de discernement et de conseil.

A partir des informations qu'il a pu, ou qu'il aurait dû recueillir, le banquier peut et doit apprécier si la situation de l'entreprise est irrémédiablement compromise. En effet, si le crédit octroyé ne permet pas de redresser la situation de l'entreprise, celui-ci ne pourrait qu'en prolonger la survie et ce au détriment des créanciers.

Cette obligation de discernement suppose d'abord que le banquier ait procédé à une étude sérieuse puis à un suivi diligent des éléments d'information recueillis au titre de son devoir d'information.

Si la situation n'est que difficile mais redressable, le banquier peut accorder ou continuer d'accorder son concours, puisque c'est précisément son métier. Mais le banquier ne doit pas apporter son concours lorsque la situation est « irrémédiablement compromise ».

Nous retrouvons cette notion qui est aussi considérée comme pouvant justifier la rupture immédiate d'un crédit bancaire. Cette situation ne peut s'apprécier qu'au cas par cas à partir de quelques critères objectifs :

- disparition du marché de l'entreprise ;
- pertes répétées ;
- fonds de roulement négatif ;
- marge négative ;
- coûts financiers trop importants, etc.

Je n'insiste pas sur ce point qui sera développé dans les exposés de cet après-midi.

Cette obligation de discernement du banquier rejoint son obligation de conseil. En effet, le crédit accordé doit être adapté à la situation de l'emprunteur, en nature, en montant et en modalités de remboursement. Le montant du crédit sollicité doit correspondre aux besoins réels de l'emprunteur. De même, le coût financier doit être proportionné aux capacités de remboursement de l'entreprise emprunteuse.

Il arrive parfois que le banquier ne maintienne son concours que dans l'espoir d'obtenir des garanties et/ou le remboursement de son crédit. Il arrive même qu'il y parvienne au moins partiellement. Dans ce cas, le caractère abusif du maintien du crédit pourra être plus facilement démontré.

#### 121.3. – La surveillance de la destination des fonds prêtés.

Le banquier doit-il s'assurer que les fonds prêtés reçoivent la destination qui a été indiquée par l'emprunteur ?

En application du principe général de la libre utilisation par l'emprunteur des fonds prêtés, la jurisprudence considère que la banque n'a pas l'obligation de vérifier la destination des fonds empruntés. Cette vérification est d'ailleurs particulièrement délicate en pratique, lorsque, par exemple, il s'agit de compléter le fonds de roulement d'une entreprise, ce crédit n'ayant aucune affectation précise à une dépense déterminée.

On trouve cependant au moins une exception légale à ce principe général.

En effet, la loi du 10 juin 1994 (article 1799-1 nouveau du Code civil) a introduit une obligation en matière de financement de travaux immobiliers. Je cite :

« lorsque le maître de l'ouvrage recourt à un crédit spécifique pour financer les travaux, l'établissement de crédit ne peut verser le montant du prêt » qu'aux entreprises « tant que celles-ci n'ont pas reçu le paiement de l'intégralité de la créance née du marché correspondant au prêt ».

Ce texte a une portée limitée dans la mesure où il ne concerne que les travaux de construction immobilière financés en totalité par le crédit bancaire. En outre, ce texte s'applique aussi aux sous-traitants.

Par ailleurs, il est bien connu qu'en matière de prêts pour l'acquisition d'un bien immobilier, le banquier doit verser les fonds au notaire qui reçoit l'acte de vente et non directement au vendeur de l'immeuble.

En matière d'acquisition de matériel avec gage ou nantissement, il arrive que le prix du matériel acheté soit majoré avec la complicité du fournisseur pour faire bénéficier l'acquéreur d'un financement plus important. Pour éviter un tel abus, le banquier doit vérifier pour le moins le bon de commande, le bon de livraison (si la livraison est déjà intervenue) et la facture.

En dehors de cas précis dont trois exemples viennent d'être donnés, le banquier n'a pas à contrôler la destination des fonds prêtés.

Cependant, le banquier ne saurait prendre l'initiative de donner aux fonds prêtés une destination différente de celle prévue, par exemple : affecter à l'apurement d'un compte à découvert de son client un crédit nouveau qu'elle lui accorde pour financer une opération future. Il s'agit du cas pratique n° 3 qui nous a été présenté ce matin.

#### 121.4. – La responsabilité pénale du banquier.

A l'occasion d'octroi de divers crédits à une entreprise qui a par la suite cessé ses paiements, le banquier peut être amené à se rendre complice du délit de banqueroute.

Rappelons en effet que l'article 197 de la loi du 25 janvier 1985 sur les procédures collectives prévoit que, sont



coupables du délit de banqueroute les personnes contre lesquelles sont relevés les faits suivants, je cite :

« 1) Avoir, dans l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire soit fait des achats en vue d'une revente au-dessous du cours, soit employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds ».

Pour constituer l'élément matériel de l'infraction, le caractère ruineux du crédit accordé, par exemple doit être démontré. Celui-ci peut notamment résulter d'un taux d'intérêt élevé, de sûretés excessives exigées par le banquier mais également du fait que le crédit consenti dépassait les capacités financières de l'emprunteur. Il a notamment été jugé qu'il en était ainsi, si le montant des agios que l'emprunteur devait rembourser représentait un pourcentage trop important de son chiffre d'affaires ou si l'emprunteur était en toute hypothèse dans l'incapacité manifeste de rembourser son crédit (3).

L'élément moral de l'infraction résulte de la connaissance que le banquier pouvait avoir du fait que le financement accordé était ruineux et que l'entreprise était précisément hors d'état de rembourser le crédit consenti.

Un bon exemple de cette incrimination peut être donné dans une espèce ayant donné lieu à un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 3 janvier 1985.

Le dirigeant d'une entreprise de construction remettait depuis des années à sa banque des bilans falsifiés qui faisaient apparaître une situation financière améliorée par rapport à la situation réelle. La situation obérée de l'entreprise était connue du directeur général de la banque, lequel donnait même des conseils et des instructions tendant à faire apparaître la situation comptable de la société bien meilleure qu'elle n'était en réalité. Bien que la situation de cette entreprise ait été irrémédiablement compromise, le directeur de la banque avait en effet dissuadé son client de déposer son bilan et avait élaboré avec lui un plan de redressement. Ce plan de redressement prévoyait notamment le versement à la société d'avances sur travaux par des sociétés de promotion du même groupe bien au-delà du pourcentage réel d'avancement des chantiers et ce grâce à des effets acceptés par ces sociétés de promotion. Ces effets, non causés, étaient escomptés en connaissance de cause par le banquier. Ce banquier avait par ailleurs intérêt à ce que la constatation de la cessation de paiement de l'entreprise soit différée afin que ne soit pas mise en jeu la garantie de bonne fin des travaux qu'il avait donnée au constructeur. Au cas particulier, l'élément matériel de l'infraction résultait de l'émission d'effets de complaisance. En outre, le recours à ce stratagème avait même été conseillé par le banquier lui-même. La complicité était ainsi établie.

En revanche, la complicité du banquier n'est pas établie lorsque celui-ci pouvait fort bien « ignorer que les crédits accordés étaient, dans l'intention du débiteur, destinés à retarder la constatation de l'état de cessation de paiement » (4).

(3) Cass. com., 18 mai 1976, Note Gavaldà : D. 1976, II, p. 578.

(4) Cour d'appel de Paris, 9 oct. 1980 : *Revue banque* n° 402, janv. 1981, p. 100.

122. – *Le cas du fournisseur.*

Depuis les années 1980, le montant des crédits accordés aux entreprises françaises par leurs fournisseurs (au sens le plus large), dépasse globalement le montant des crédits bancaires.

Un arrêt de la Cour de cassation du 3 mai 1983 retient la possibilité pour tout intéressé de mettre en cause la responsabilité d'un fournisseur pour soutien abusif. La Cour de cassation constate en effet que le fournisseur « a recherché, par l'octroi d'un crédit abusif, à prolonger artificiellement l'activité de ses clients dans son intérêt personnel et en connaissance du caractère irrémédiablement compromis de la situation ». Cette responsabilité semble cependant devoir être appréciée avec moins de rigueur que dans le cas du soutien abusif par un banquier. En effet, d'une part les fournisseurs ne sont pas des professionnels du crédit et ne disposent pas toujours d'une information aussi précise et détaillée sur la situation de leurs débiteurs que les banquiers, d'autre part, certains fournisseurs peuvent être contraints, du fait de leur propre situation, à continuer à approvisionner leurs clients, malgré les difficultés de ceux-ci.

Voici quelques exemples où la responsabilité des fournisseurs a été retenue :

– Dans l'arrêt de la Cour d'appel de Rennes qui a fait l'objet de la décision de la Cour de cassation ci-avant rapportée, le fournisseur était une société pétrolière qui avait confié l'un de ses fonds de commerce en location gérance à des clients ultérieurement déclarés en liquidation des biens. Le fournisseur avait continué à les livrer en carburants pendant cinq ans bien que les clients lui aient adressé entre temps plusieurs chèques sans provision :

– Le fait d'avoir transformé des contrats de vente en contrats de location de manière à reprendre la propriété des biens vendus en accordant, par ailleurs, un moratoire au client (5).

– Le fait d'accorder des crédits inconsidérés pour obtenir des commandes (6).

– Le fait pour un bailleur d'avoir prolongé indéfiniment le délai de régularisation de l'acte de vente de locaux loués en incitant par ailleurs le locataire à réaliser de coûteux travaux d'aménagement alors que la situation financière du preneur était difficile (7).

– Le fait pour un constructeur automobile de connaître les difficultés de son concessionnaire, de ne pas réagir devant de multiples retards de paiement et de laisser en dépôt 84 automobiles (au lieu de 30 comme prévu au contrat), 24 ayant par ailleurs été vendues par le concessionnaire sans que le prix en ait été immédiatement reversé, ce qui constituait une atteinte grave au contrat de concession.

(5) Cass. com., 14 mai 1991 : Arrêt n° 733, Pourvoi n° 89-10.014.

(6) Cour d'appel de Chambéry, 16 avril 1992 : *Juris-classeur périodique* 1992, Édition entreprise, n°32, p. 384.

(7) Cass. com., 22 fév. 1994 : *Juris-classeur Périodique* 1994, Édition Entreprise, n° 21, Panorama n° 602

Les critères retenus par la jurisprudence sont finalement sensiblement les mêmes que pour les banquiers, à savoir :

- prolongation artificielle du crédit consenti, par exemple par des livraisons inopportunes ou même par un véritable soutien financier ;
- poursuite de l'intérêt personnel du dispensateur de crédit, par exemple par le maintien d'un point de vente ou dans l'espoir d'être remboursé par préférence de sa créance ;
- connaissance du caractère irrémédiablement compromis de la situation de l'entreprise financée.

Les décisions de jurisprudence tendant à retenir la responsabilité pénale des autres dispensateurs de crédit que les banquiers sont plus rares.

On peut notamment citer un arrêt de la Cour d'appel de Paris (8) qui retient la responsabilité pénale d'un conseiller financier, qui avait, en connaissance de cause, accepté de rédiger des actes juridiques irréguliers tout en recevant des honoraires anormalement élevés eu égard notamment à la situation de l'entreprise dont il ne pouvait ignorer l'état.

### 123. – *Le cas des groupes de sociétés.*

L'organisation financière des groupes de sociétés prévoit fréquemment une centralisation des trésoreries des diverses sociétés qui le composent. Dans le cas de difficultés financières de l'une des sociétés du groupe, des avances de la société mère, ou de la société qui centralise les trésoreries, sont consenties à la société en difficulté. Ces aides peuvent d'ailleurs revêtir des formes très variées : délais de paiement, avances de trésorerie avec et même sans intérêt, prêts participatifs, tarifs préférentiels, etc.

Ces financements ne font normalement que traduire l'obligation de solidarité existant entre sociétés liées. Il n'y a normalement rien à redire si, grâce à l'aide du groupe, la situation de la société en difficulté se redresse. Il arrive cependant que cette solidarité ne soit qu'apparente et que le groupe abandonne son soutien financier en laissant ensuite la société en difficulté déclarer la cessation de ses paiements. Dans ce cas, les créanciers lésés pourront se retourner contre la société qui a aidé la société en difficulté dans des conditions assez analogues à ce qui a été indiqué pour les banquiers avec cette circonstance aggravante qu'il sera difficile pour cette société de soutenir qu'elle ignorait la situation de la société en difficulté.

Je n'insiste pas sur ce point qui sera traité plus en détail cet après-midi.

## 2. – **La mise en cause.**

Nous nous limiterons à deux catégories de problèmes :

- Quels sont les acteurs du procès ? (21) ;
- Quelle est la nature des preuves à rapporter ? (22).

(8) Cour d'appel de Paris (9<sup>e</sup> Ch. A) du 25 oct. 1993 : *Gazette du Palais*, 12 et 13 mai 1998.

## 21. – *Quels sont les acteurs du procès ?*

### 211. – *Demandeur.*

C'est en principe toute personne qui s'estime lésée par la rupture brutale ou par le soutien abusif du crédit.

Il y a lieu de distinguer suivant que l'emprunteur est ou non dans les liens d'une procédure collective.

#### 211.1. – *En cas de procédure collective.*

L'article 46 de la loi du 25 janvier 1985 sur les procédures collectives règle définitivement la question puisqu'il dispose que, je cite :

« *Le représentant des créanciers désigné par le tribunal a seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt des créanciers* ».

Désormais et suivant une jurisprudence bien établie l'action « *ut singuli* » de chacun des créanciers de la procédure collective n'est plus possible.

La doctrine est cependant divisée sur le point de savoir si la négligence du mandataire judiciaire ne peut pas ouvrir à un créancier pris individuellement la possibilité d'agir. La jurisprudence se montre assez réticente et un arrêt récent de la Cour de cassation (9) vient confirmer l'existence du monopole du mandataire judiciaire pour agir dans l'intérêt collectif des créanciers.

En revanche, la jurisprudence et la doctrine sont unanimes pour reconnaître qu'un créancier peut agir individuellement s'il démontre qu'il a subi un préjudice particulier distinct du préjudice collectif de l'ensemble des créanciers. Cette possibilité semble devoir être maintenue sous l'empire de la nouvelle loi – et ce bien que la notion de masse des créanciers ait été supprimée – ne serait ce que par application de la règle générale suivant laquelle : « *Nul ne plaide par procureur* ».

On en trouve notamment l'illustration dans un arrêt récent de la Cour de cassation (10) qui dispose notamment, je cite :

« *Le droit exclusif que l'article 46... confère au représentant des créanciers pour agir au nom et dans l'intérêt de ceux-ci ne fait pas obstacle à ce qu'un créancier exerce l'action paulienne contre tous les actes faits en fraude de ses droits de créancier. L'inopposabilité résultant de l'accueil de l'action paulienne exercée par un créancier, n'a pas d'effet à l'égard de celui-ci* ».

#### 211.2. – *En dehors d'une procédure collective.*

Selon les règles générales du droit, toute personne ayant subi un préjudice direct du fait d'autrui, peut en demander réparation.

En matière de rupture abusive du crédit, ce sera le plus souvent l'entreprise bénéficiaire initialement du crédit accordé qui s'estime lésée par cette rupture brutale.

(9) Cass. com., 3 juin 1997 : *Recueil Dalloz* 1997, p. 518.

(10) Cass. com., 8 oct. 1996.



En matière de soutien abusif, ce pourra être, par exemple, un créancier ou un concurrent évincé par l'entreprise bénéficiaire du soutien abusif.

Il arrive aussi que la caution invoque un préjudice dont, par exemple, elle impute la cause à un établissement de crédit. C'est ainsi qu'elle peut soutenir avoir été trompée sur la situation réelle de l'entreprise dont elle a garanti le crédit.

Déjà, dans un arrêt de 1976, la Cour de cassation (11) avait précisé que l'imprudence du banquier « *consiste à ne pas vérifier la situation du débiteur au moment où (il) demande à un tiers le cautionnement* ».

En somme, le dispensateur de crédit doit faire en sorte que le risque couru par la caution ne dépasse pas les limites dans lesquelles il s'est lui-même engagé.

## 212. – Défendeur.

### 212.1. – Personnes physiques ou morales de droit privé.

C'est bien entendu le banquier qui sera le plus souvent assigné mais, conformément à ce qui a été expliqué précédemment, ce peut être un fournisseur de bien ou de services, un créancier qui a rompu brutalement le crédit qu'il avait accordé, ou qui a soutenu abusivement le crédit de son débiteur.

### 212.2. – La responsabilité de l'Etat et des collectivités territoriales et des organismes sociaux et fiscaux.

Il est indéniable que les pouvoirs publics jouent depuis longtemps un rôle important dans le soutien des entreprises en difficultés. De nombreux organismes publics interviennent pour aider à la restructuration des entreprises dès que l'activité de celles-ci présente une incidence significative sur l'économie nationale ou régionale. On peut notamment citer le Comité Interministériel de Restructuration Industrielle (CIRI) créé en 1982 et devenu depuis Comité Interministériel d'Aménagement des Structures Industrielles (CIASI) et les Comités Départementaux d'Examen des problèmes Financiers des entreprises (CODEFI).

Il est de nombreux cas où l'intervention des pouvoirs publics n'a fait qu'aggraver le passif des entreprises qui ont été aidées. Parmi les exemples les plus célèbres, on peut citer la Chapelle d'Arblay, la Scop Manuest, ...

Le principe de la mise en cause de la responsabilité de l'Etat ou des organismes publics est admis mais sa mise en œuvre est particulièrement délicate. Elle fera l'objet d'une étude détaillée cet après-midi.

## 22. – Quelle est la nature des preuves à rapporter ?

La démarche méthodologique relative à la recherche de responsabilité est suffisamment connue pour qu'il faille insister. Le demandeur doit démontrer :

- Une faute ;
- Un préjudice ;
- Un lien de causalité entre la faute et le préjudice.

Nous préférons nous limiter à quelques difficultés particulières de principe qui intéressent l'expertise comptable judiciaire en la matière, à savoir

- Le lien de causalité (221) ;
- Le bénéficiaire de l'indemnité (222) ;
- L'évaluation du préjudice à indemniser (223) ;
- La possibilité de cumul ou non de l'action en responsabilité de droit commun avec l'action en comblement de passif (224).

### 221. – Le lien de causalité.

Beaucoup de décisions judiciaires laissent à penser qu'il y a lieu de n'examiner que les preuves du demandeur tendant à l'établissement de la faute du dispensateur du crédit, la condition de la preuve du lien de cause à effet devant exister entre la faute et le préjudice paraissant aller de soi. Il n'en est rien. La Cour de cassation a toujours rappelé la nécessité pour le demandeur de rapporter la preuve du lien de causalité entre le soutien abusif ou le retrait brutal et le préjudice subi par les créanciers (12).

Or, en pratique, l'insuffisance d'actif peut résulter de bien d'autres facteurs tant exogènes qu'endogènes (évolution des conditions économiques, évolution du marché, erreurs du chef d'entreprise, ...).

Dans ces conditions, il ne paraît pas possible d'imputer la totalité de l'aggravation de l'insuffisance d'actif constatée au dispensateur de crédit fautif. Ceci paraît pourtant contraire à la règle générale selon laquelle, en matière de responsabilité délictuelle, chacune des personnes reconnues responsables d'un même préjudice doit être condamnée à le réparer dans son intégralité sans qu'il y ait lieu de procéder à un partage de responsabilités.

222. – Le bénéficiaire de l'indemnité est celui qui a subi le préjudice résultant de la faute. L'article 46 de la loi du 25 janvier 1985 prévoit que « *les sommes recouvrées à la suite des actions du représentant des créanciers entrent dans le patrimoine du débiteur et sont affectées en cas de continuation de l'entreprise selon les modalités prévues pour l'apurement du passif* ».

Ce principe général a été critiqué par la doctrine qui considère comme parfaitement illogique que l'entreprise débitrice profite des sommes destinées normalement à réparer le dommage causé aux créanciers. De même, un sénateur faisait remarquer dans une question posée au Garde des Sceaux (13) : « *le représentant des créanciers agit pour le compte des créanciers et non pas pour le compte de l'entreprise (débitrice) Pourquoi irait-il verser à l'entreprise ce qu'il aurait obtenu en agissant juridiquement pour le compte des créanciers ?* ».

(11) Cass. com., 24 mai 1976 : *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, Chambre civile, IV, n° 171.

(12) Cass. com., 22 mai 1985 : Arrêt ASTRE ; *Bull.* n° 165.

(13) *JO débats Sénat*, 6 nov. 1984, p. 2977.

Il faut par ailleurs souligner que cette disposition est d'application assez rare en pratique car la continuation de l'entreprise n'intervient que dans moins de cinq pour cent des cas.

Le cas de la liquidation judiciaire ne fait malheureusement l'objet d'aucune disposition légale. La pratique y supplée en se référant à la notion générale d'égalité entre les créanciers qui se traduit par une répartition « au marc le franc ».

En matière de procédure collective et lorsqu'il est condamné à verser des dommages et intérêts, le dispensateur de crédit est souvent tenté de proposer de compenser cette indemnité avec la créance qu'il détient par ailleurs sur l'entreprise. La jurisprudence refuse systématiquement cette compensation. En effet, par la voie de la compensation, le créancier pourrait obtenir paiement immédiat, intégral ou partiel, de sa créance, ce qui serait contraire au principe d'égalité des créanciers.

La solution, fréquente autrefois, qui consistait pour le syndic à rejeter la créance de la banque a été écartée par la Cour de cassation en 1988 (14).

La caution peut, suivant l'article 1294 du Code civil, opposer à la banque fautive « la compensation de ce (qu'elle) doit au débiteur principal ».

### 223. – L'évaluation du préjudice à indemniser.

Le principe général bien connu est qu'il faut indemniser « tout le préjudice mais rien que le préjudice ».

Au cas particulier du soutien abusif, le préjudice est constitué dans son principe, selon l'arrêt Laroche (15), par, je cite, « l'accroissement de l'insuffisance d'actif entre le moment où la banque a commis sa faute et le moment où intervient le jugement déclaratif ». Ce principe semble devoir être étendu à tous les dispensateurs de crédit.

L'application de ce principe entraîne un certain nombre de difficultés pratiques qu'il convient maintenant d'étudier et concernant :

- les dates auxquelles il faut se placer ;
- l'estimation du montant du préjudice.

#### 223.1. – Les dates à prendre en considération.

Il y a lieu d'abord de déterminer la date à laquelle le crédit abusif a été consenti ou la date à partir de laquelle il est devenu abusif.

Le premier cas ne pose normalement pas de difficultés. En revanche, dans le cas d'un crédit à durée indéterminée qui devient abusif du fait de l'état irrémédiablement compromis de la situation du débiteur, il faudra fixer la date à

partir de laquelle, effectivement, la situation de l'emprunteur est devenue irrémédiablement compromise.

Reste cependant encore de toute façon une difficulté pratique même lorsque la date du prêt, ou la date déterminée de l'état irrémédiablement compromis du débiteur a été fixée. Il est fréquent en effet que cette date ne corresponde pas à une date où une situation de l'entreprise a été établie ou encore que la situation établie à cette date ne soit pas sincère. Si la juridiction saisie confie à un expert la mission d'estimer le montant du préjudice subi à la suite du soutien abusif de crédit, celui-ci n'aura que rarement la possibilité de reconstituer, dans des conditions suffisamment précises, la situation de l'entreprise à la date ainsi fixée. L'expert devra alors se référer à la situation la plus fiable établie à la date la plus proche de celle à partir de laquelle il est possible de considérer que le crédit est devenu abusif. L'expert devra ensuite tenir compte d'une évolution possible de la situation financière de l'entreprise entre les deux dates.

L'autre date à prendre en considération est bien entendu celle du jugement d'ouverture de la procédure collective.

#### 223.2. – L'estimation du montant du préjudice.

Du fait du soutien abusif, on constate que l'insuffisance d'actif s'est accrue depuis la date de celui-ci. Examinons les principes à respecter pour estimer cette aggravation.

1) L'actif connu de l'entreprise en difficulté est celui qui résulte des réalisations auxquelles le représentant des créanciers a pu procéder. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris (16) a fait fort pertinemment remarquer qu'il convenait de se référer non pas à la valeur de réalisation obtenue par le liquidateur mais qu'il fallait (je cite) « donner comme base d'estimation et de reconstitution des actifs les valeurs de réalisation vraisemblables à la date de prise d'effet de la responsabilité ». En effet, il ne paraît pas équitable d'opposer au dispensateur de crédit fautif les décotes importantes qui seraient intervenues de toute façon sur la liquidation de l'actif du fait de l'arrêt finalement inévitable de l'exploitation.

En pratique, les mandataires judiciaires prennent heureusement la précaution, dès que l'actif immobilisé et les stocks représentent des valeurs significatives, de faire procéder à des évaluations par expert ou à un inventaire par un commissaire priseur ou par un courtier assermenté. Ces professionnels arrêtent généralement deux valeurs: la valeur d'exploitation et la valeur de réalisation. Certains font même quelquefois figurer une troisième valeur: la valeur comptable. C'est la valeur de liquidation, réestimée à la date où la situation est devenue irrémédiablement compromise, qui doit être comparée à celle effectivement obtenue à l'occasion de la liquidation et non la valeur d'exploitation à cette date.

2) En ce qui concerne le passif, il y a lieu d'éliminer :

– Le coût du licenciement, charges sociales comprises, qui serait intervenu de toute façon ;

(14) Cass. com., 6 nov. 1988.

(15) Cass. com., 7 janv. 1976 : *Revue droit et patrimoine* n° 57, fév. 1989.

(16) 30 mai 1989.



– Les dettes devenues exigibles du seul fait du jugement déclaratif, par exemple les échéances de crédit bail postérieures au jugement déclaratif ;

– Les créances déclarées par les cautions et coobligés qui font double emploi avec celles produites par les créanciers principaux (en application de l'article 58 de la loi du 25 janvier 1985) ;

– Bien entendu, les dettes réglées depuis le jugement déclaratif (par exemple, les créances déclarées par les tiers porteurs de bonne foi d'effets impayés et réglés depuis).

En résumé, l'évaluation de l'insuffisance d'actif au jour du soutien abusif et au jour du jugement déclaratif doit se référer à des valeurs économiquement comparables. Un exemple de ce genre de difficultés pratiques sera présenté cet après-midi.

224. – *La possibilité de cumul ou non de l'action en responsabilité de droit commun avec l'action en comblement de passif.*

Rappelons qu'en application de l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 :

« Lorsque le redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que les dettes de la personne morale seront supportées, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, ou par certain d'entre eux ».

Il arrive en effet que le dispensateur de crédit passe insensiblement du soutien excessif à une véritable immixtion dans la gestion de son client. Le dispensateur de crédit peut alors éventuellement être considéré comme dirigeant de fait de l'entreprise financée, voire associé d'une société créée de fait avec ce client.

Les principales différences entre les deux actions concernent :

- la très courte prescription des actions en comblement de passif (trois ans à partir du jugement arrêtant le plan ou du jugement prononçant la liquidation judiciaire) alors que l'action en responsabilité pour soutien abusif ou pour retrait brutal de crédit se prescrit par dix ans en matière commerciale ;

- le fait que l'action générale en responsabilité a pour but une réparation totale et obligatoire alors que l'action en comblement de passif est à la fois facultative et partielle.

En matière de procédure collective, le représentant des créanciers a donc le choix entre les deux actions. Certains auteurs pensent même que ces deux actions peuvent se

cumuler. D'autres considèrent au contraire que le législateur de 1985 a substitué aux présomptions de faute et de lien de causalité résultant de l'ancien article 99 de la loi du 23 mars 1967, les principes généraux de la responsabilité et que, par conséquent, c'est l'action fondée sur ces principes généraux qui doit prévaloir.

En fait, les deux actions demeurent possibles, la différence portant sur la notion de gestion de fait qui, en matière d'action en comblement de passif, aggrave la responsabilité de droit commun.

*Quelques courtes réflexions maintenant en guise de conclusion*

Bien que les fondements juridiques ne soient pas les mêmes, la mise en cause de la responsabilité des différents dispensateurs de crédit procède de la même logique.

Pour ne pas être brutale, la rupture de crédit doit être matérialisée par un écrit sans équivoque. Deux excuses permettent d'exclure la responsabilité du banquier :

- le comportement gravement répréhensible du bénéficiaire du crédit ;
- la situation gravement compromise de celui-ci.

Pour ne pas être abusif, le soutien ne doit intervenir qu'après un examen prudent par le dispensateur du crédit de la situation de l'emprunteur. Dans certains cas, le dispensateur de crédit devra même s'assurer de la destination des fonds. Dans d'autres cas, sa responsabilité pénale pourra être engagée, par exemple en qualité de complice du délit de banqueroute. Il ne pourra s'exonérer de sa responsabilité que s'il démontre, par exemple, que le bénéficiaire du crédit a dissimulé sa situation véritable.

Les exposés de cet après-midi permettront d'illustrer le rôle à la fois important et délicat de l'expert-comptable judiciaire commis dans des affaires de ce genre.

En attendant, je livre à votre réflexion cette expression de la sagesse populaire qui nous dit :

*« Pour sauver son crédit, il faut cacher sa perte ».*

Je vous remercie de votre aimable attention.

*(Applaudissements)*

**M. Le Premier Président Truche.** – La discussion s'engagera dans un instant après une pause.

La séance est suspendue à 11 h.







La séance est reprise à 11 h 20.

**M. Le Premier Président Truche.** – Il y a dans le programme de la journée une continuité et beaucoup des problèmes qui ont déjà été abordés trouveront une autre réponse cet après-midi ce qui peut, bien sûr, gêner un peu pour les débats. Nous allons essayer de répondre surtout aux deux exposés qui ont été présentés ce matin et pour cela je donnerai d'abord la parole au professeur Reinhard. Je voudrais insister sur le fait que chacun des intervenants veuille bien, avant, se présenter.

**M. Le Professeur Reinhard.** – Merci beaucoup, Monsieur le Président. Votre colloque se tient dans la ville de Josserand qui était l'un des concepteurs modernes de la théorie de l'abus de droit et, à ce titre là, je me sens obligé de dire quelques mots d'autant plus que vous avez eu l'amabilité de m'inviter. Les choses qui ont été dites ont été extrêmement complètes, ce qui rend ma tâche difficile.

Je voudrais simplement observer, d'une façon un peu générale, que si l'on regarde la jurisprudence que vous avez citée, M. Devillebichot, on voit que la situation faite aux banquiers est, d'une certaine façon, une situation privilégiée.

Certes toute cette jurisprudence est fondée sur l'article 1382 du Code civil, de près ou de loin, et de loin quand il s'agit du texte relatif à la rupture de crédit. Mais dès que l'on regarde ce que la jurisprudence a fait, d'une part de l'action *ut singuli* du créancier contre le banquier, et d'autre part de son action individuelle, on voit qu'il y a là une véritable protection du banquier dispensateur de crédit.

Je m'explique : l'action *ut singuli* c'est l'action engagée par le créancier en cas d'inaction du représentant des créanciers pour le recouvrement de sa part du préjudice collectif. La question est de savoir si, après la loi de 1985 qui a supprimé la masse des créanciers, cette action *ut singuli* pouvait encore être exercée. La réponse, vous nous l'avez dit, Monsieur Devillebichot est contenue dans un arrêt de juin 1997 qui dit non. Le créancier isolé ne peut plus agir en recouvrement de sa part du préjudice collectif si, de son côté, le représentant des créanciers n'a pas agi, et si le représentant des créanciers a agi, naturellement il n'y a plus de place pour l'action du créancier.

Au passage je précise que la portée de cet arrêt a été discutée parce que dans cet arrêt, à supposer que nous ayons tous les éléments dans la publication qui a été faite, il est question, pour ce créancier, d'agir pour l'obtention de la réparation du préjudice collectif et non pas pour sa propre part dans ce préjudice collectif, de sorte que certains auteurs ont prétendu qu'il fallait peut être envisager sur ce point une nuance et une distinction à faire selon que l'action *ut singuli* poursuivait la réparation de la part individuelle du préjudice collectif. Mais une autorité importante s'est exprimée, Monsieur le Professeur Derrida. Pour lui la réponse est claire, il n'y a plus de possibilité d'exercer aujourd'hui l'action *ut singuli* ce qui est une première faveur faite au banquier.

Il en va de même lorsqu'on se demande si un créancier peut agir pour obtenir réparation de son Préjudice personnel, individuel, différent du préjudice collectif. Et là on s'aperçoit, il me semble, au vu des arrêts qui sont d'ailleurs peu nombreux, que la notion de préjudice personnel, de préjudice individuel, différent du préjudice collectif, est tellement modeste, minime, que, pratiquement, il n'y a pas de réelle possibilité pour un créancier d'agir contre ce banquier dispensateur de crédit non plus, cette fois, pour demander réparation du préjudice collectif mais d'un autre préjudice qui pourrait être moral ou autre. Mais quel autre ? La jurisprudence en donne très peu d'illustrations.

Voilà pourquoi, à partir de cette jurisprudence qui, de toute façon, est fondée sur les principes généraux du droit – c'est bien la moindre des choses, nous sommes dans le domaine de l'abus de droit – ... à partir de textes très généralistes, la jurisprudence s'est livrée à une interprétation assez restrictive.

J'ajoute immédiatement que cette jurisprudence n'a fait, à mon avis, qu'interpréter de façon assez normale, assez légitime, les textes dont la clarté n'est pas la marque essentielle.

Voilà les brèves observations que je voulais présenter.

(Applaudissements)

**M. Jean Fleury** (Paris). – Il y a 4 ans, à Angers, j'avais eu le plaisir de traiter un sujet qui était très proche puisqu'il s'agissait de la responsabilité pénale et civile dans les procédures collectives. J'ai entendu avec beaucoup d'intérêt ce que mon ami Devillebichot a développé, d'une façon plus large que moi car je ne disposais à l'époque que de 45 minutes, et nous avons aujourd'hui toute la journée pour traiter du problème.

Il y a un point, cher ami Devillebichot, que je n'ai pas entendu dans vos propos, aussi j'aimerais poser une question sur la responsabilité du banquier qui a consenti des crédits disons à court terme à une entreprise. Ces crédits se poursuivent, la situation de l'entreprise se détériore. Le banquier est inquiet, il consolide son crédit. Il ne l'augmente pas, il le consolide, il prend au passage quelques garanties. Il était dans l'expectative, la situation étant compromise, il s'interroge : j'ai la possibilité d'assurer un retrait de mon crédit mais je pense devoir participer à une tentative de sauvegarde de l'entreprise. Il n'augmente pas, il consolide. Et arrive ce qui doit arriver, l'entreprise chute. Peut-on rechercher la responsabilité du banquier ? Il est bien certain qu'à cette époque, s'il s'était retiré, il n'y aurait pas eu aggravation du passif. C'est un cas d'espèce, j'aimerais ton avis.

**Monsieur Devillebichot.** – Effectivement, c'est un cas que je n'ai pas évoqué dans ma communication, c'est celui où un banquier a consenti des crédits et puis, à une date déterminée, il y a une consolidation de ces crédits avec prise de garantie.

Je ne pense pas pouvoir faire une réponse de principe. Ce sera une question de cas d'espèce. Je pense qu'il faut prendre en compte cette consolidation du crédit qui est un fait nouveau et voir si, à cette époque, il s'agit ou non d'une continuation de crédit abusive.

Dans une affaire que j'ai actuellement à l'expertise. Je précise un peu l'espèce, on est dans le domaine du prêt à porter masculin et c'est à l'époque de la Guerre du Golfe. A une date déterminée, le banquier avait éprouvé le besoin de consolider ses concours et, pour ce faire, il s'était fait nantir les fonds de commerce. Sa défense est maintenant de dire : oui, j'avais en garantie, à l'époque, des fonds de commerce qui étaient bien placés dans Paris, et par conséquent, je pouvais normalement penser que cela vaudrait de l'argent.

Effectivement si, à ce moment là, on examine la situation économique des différentes boutiques, on s'aperçoit que le chiffre d'affaires chute. Donc cette consolidation financière est intervenue, au cas particulier, au moins deux ans après le début de la Guerre du Golfe. Le banquier vient dire : oui, la Guerre du Golfe, au départ, personne n'y croyait, on n'a pas réagi tout de suite.

Je pense que je vais indiquer à l'autorité qui m'a commis dans cette affaire qu'effectivement cette consolidation paraît tardive et que peut-être il y avait déjà cessation des paiements et même situation irrémédiablement compromise de l'emprunteur et que, par conséquent, cette consolidation peut engager la responsabilité du banquier.

C'est donc une question d'espèce. Peut-être certains confrères ont-ils d'autres expériences dont ils pourraient faire état ?

**Monsieur Buthurieux** (Lyon). – Il m'apparaît une triple problématique :

- Première problématique : l'entreprise est-elle viable, au moment où le banquier restructure ses financements à court terme ? Le plan de redressement a-t-il une probabilité raisonnable de réussite ou au contraire est-il irréaliste ? ;



- Deuxième problématique : lorsque le banquier consolide ses financements à court terme en moyens termes, le crédit est-il adapté et proportionné comme cela a été évoqué ce matin ?

- Troisième problématique : les sûretés prises ne risquent-elles pas d'être ruineuses, si leurs montants apparaissent exagérés ?

La décision du banquier est prise dans un univers incertain et souvent indéterminé et si son information est certes privilégiée par rapport à d'autres tiers, elle n'en est pas moins imparfaite. Aussi, l'expert devra-t-il être des plus mesurés dans son appréciation de la viabilité de l'entreprise, des crédits adaptés ou non, du montant des garanties prises.

*(Applaudissements)*

**M. le Premier Président Truche.** – Est-ce que quelqu'un veut prolonger la question ou poser une autre question sur un autre point ?

**M. Pierre Goguet** (Bordeaux). – Je voudrais savoir dans quelle mesure la circonstance qu'une entreprise en procédure collective obtienne, à l'issue de cette procédure collective, un plan de continuation par apurement du passif est de nature à influencer l'appréciation du caractère irrémédiablement compromis que pouvait avoir cette entreprise ?

C'est bien effectivement un argument que soulève une banque dans le cadre d'une expertise où je suis nommé.



**M. Darrousez.** – Si j'ai bien compris votre question le cas se présente après la procédure de redressement judiciaire ? On peut considérer, *a priori*, que si une juridiction d'appel, le cas échéant, a accordé un plan de redressement par voie de continuation, c'est que cette juridiction a considéré par définition que l'entreprise était viable et que sa situation n'était pas irrémédiablement compromise. C'est tout à fait clair. On n'accorde pas, *a priori*, un plan à une entreprise qui se retrouverait dans une telle situation.

Le banquier est donc intervenu après l'adoption du plan, il a consenti des concours bancaires qui se sont révélés tout à fait insuffisants, qui n'ont pas empêché ensuite une conversion en liquidation judiciaire; Est-ce que j'ai bien compris la question ?

**M. Goguet.** – Non, les crédits mis en place sont ceux qui précédaient la déclaration de cessation des paiements. La procédure par laquelle l'expert a été désigné est postérieure puisqu'elle a été initialisée par le commissaire à l'exécution du plan. Le banquier relève la contradiction entre les deux situations : d'une part une action sur le soutien abusif et sur le fait qu'il y avait une situation irrémédiablement compromise et, d'autre part, un plan de continuation homologué avec apurement du passif.

**M. Darrousez.** – Ce n'est pas une situation que l'on trouve très couramment. On pourrait dire que ce n'est pas parce qu'une entreprise, à un moment donné T, obtient un plan qu'un an avant, 18 mois avant, 24 mois avant, elle ne se trouvait pas dans une situation extrêmement délicate, que les interventions bancaires ont nécessairement entraîné des conséquences fâcheuses pour l'entreprise.

Je ne vois personnellement pas d'obstacle à ce que la responsabilité du banquier soit recherchée dans le cadre d'un soutien abusif même si, ultérieurement, l'entreprise pour x raisons, parce que le marché s'est retourné, parce que la gestion s'est améliorée, obtient un plan. Ce sont deux choses tout à fait différentes, l'une n'empêchant pas l'autre.

Que le banquier utilise l'argument consistant à prétendre que l'obtention du plan prouve que l'entreprise est viable, n'empêche pas de rechercher sa responsabilité. Sera-t-elle retenue par la juridiction, c'est un autre problème. Il faut bien comprendre, c'est ce que nous verrons cet après-midi, que la vie d'une entreprise c'est quelque chose de tout à fait mouvant, qu'une entreprise peut avoir été en graves difficultés quelques années auparavant et voir ensuite son activité s'améliorer et vice-versa.

Pour être clair, je pense que cette action n'est pas incompatible avec l'obtention d'un plan de redressement.

**M. Pierre Leclercq.** – Conseiller à la Cour de cassation. Étant rapporteur en droit bancaire, devant la chambre commerciale de la Cour de cassation, je m'abstiendrai d'intervenir sur des sujets qui connaîtront encore des évolutions ou précisions jurisprudentielles. Il en est ainsi des conditions de mise en jeu de la responsabilité bancaire en cas de maintien du crédit. Mais sur le sujet précis qui vient d'être évoqué, je puis abonder dans le sens de Monsieur Darrousez dans la mesure où nous avons rendu un arrêt selon lequel une situation irrémédiablement compromise

peut être retenue pour fonder la responsabilité bancaire même si, *a posteriori*, grâce à l'apurement, grâce aux opérations de restructuration, un redressement judiciaire est réussi. Ce n'est pas incompatible. La situation irrémédiable, c'est une situation appréciée dans un contexte précis de management et de financement. Elle peut, après injection de capitaux, après reprise par un nouveau dirigeant, s'améliorer. Pour nous, la réponse a déjà été donnée.

Ceci étant, ce qui reste à préciser (et aujourd'hui je ne donnerai pas de réponse), c'est l'éventuelle responsabilité bancaire lorsque le banquier, sans attendre le redressement judiciaire, a participé à une opération de restructuration avec recherche d'un repreneur, avec recherche d'apports de capitaux. Est-ce que cette tentative de restructuration, si elle a échoué finalement, justifiera la mise en cause de la responsabilité ? Est-ce que cet effort de restructuration peut expliquer que le banquier, non seulement, a donné ses crédits, a maintenu ses crédits, mais les a accrus ?

Nous avons rendu, sans arrêt de principe, quelques décisions plutôt favorables aux banques accompagnant des opérations de restructuration. Mais nos formulations sont extrêmement prudentes dans la mesure où il faut ramener la responsabilité de soutien abusif à la question de savoir s'il y a eu, oui ou non, création d'une apparence de solvabilité ? Si cette opération de restructuration est menée suffisamment au grand jour, en mettant en cause tous les créanciers importants autres que le banquier lui-même, à ce moment-là on peut considérer que le banquier peut éviter la reconnaissance de sa responsabilité...

**M. Darrousez.** – Je voudrais, Monsieur Le Haut Conseiller, apporter un complément à ce que vous venez de dire concernant cet arrêt du 28 avril 1998 que j'ai cité rapidement ce matin dans mon rapport introductif. Cet arrêt va remettre en cause, à mon avis, la notion de cessation de paiements puisqu'à partir du moment – ce n'était pas d'ailleurs la première fois que la Cour de cassation le disait, ici elle le dit très nettement – à partir du moment où on vient dire qu'une entreprise qui rencontre des difficultés, qui a un passif exigible forcément très supérieur à son actif disponible mais que ce passif n'est pas exigé, il n'y a pas cessation des paiements. Il en résultera qu'il conviendra dorénavant d'apporter la preuve que les fournisseurs ont introduit des actions en paiement à l'égard de leur débiteur. Faute de quoi le passif exigible n'aura pas été exigé, de sorte qu'il n'y aura pas cessation des paiements. Il faudra vérifier dans l'avenir si cette jurisprudence sera confirmée ou s'il s'agit d'un arrêt d'espèce.

Cela veut dire que les opérations de restructuration, les mandats ad hoc, les règlements amiables, etc. qui se font avec des banques ne seront plus très aisément remis en cause puisque l'on pourra dire que le règlement amiable est intervenu à un moment où le passif exigible n'était pas exigé, tous les concours bancaires que nous avons obtenus, les concours ou réductions de créances ne sont plus remis en cause. Je crois que cela va tout à fait dans le sens dont vous parliez à l'occasion d'une question plus générale.

Voilà ce que je voulais ajouter sur la question.



**M. Ezeghian** (Paris). – Je voudrais simplement rappeler à notre confrère Michel Devillebichot que, s'agissant d'une affaire pendante devant une juridiction, à laquelle il fait allusion, la consolidation, qui a été faite par le banquier, avait également comme préoccupation le transfert, au profit du bénéficiaire du soutien, d'une prise d'intérêt que le banquier avait personnellement faite dans le capital de l'affaire pour laquelle la consolidation était intervenue ; c'est là une précision importante, ce qui constitue à mes yeux une circonstance aggravante de la responsabilité du banquier.

**M. Devillebichot.** – Je peux en effet répondre. nous visons une espèce particulière que nous connaissons l'un et l'autre, sur laquelle nous ne pouvons pas bien entendu donner plus de détails. Ce que vous évoquez est une autre circonstance à prendre en considération dans l'appréciation de la responsabilité de la banque si on constate cette consolidation à une date tardive, comme je l'ai expliqué tout à l'heure.

**Mme Pouille-Groulez, avoué près la Cour d'appel de Douai.** – Une question un peu technique: M. Devillebichot, je crois qu'au chapitre des demandeurs à l'action et dans l'hypothèse d'une procédure collective, vous avez essentiellement visé l'action du représentant des créanciers. Elle est prévue par les textes. Je pense que l'on peut étendre cette action aisément et sans état d'âme au liquidateur. Mais qu'en est-il, selon vous, de cette même action exercée par l'administrateur judiciaire ? Peut-il agir à son tour ?

Et cette question en amène, à mon avis, une autre : en imaginant que l'action de l'administrateur judiciaire soit possible, quel serait alors le sort du produit de cette action ? Ne serait-il pas un peu différent.

Certains auteurs ont admis une telle action en faisant valoir que le produit de l'action profitait alors non pas au débiteur mais à l'entreprise et donc indirectement aux créanciers...

**M. Devillebichot.** – Dans mon intervention, j'ai surtout visé comme demandeur le cas du liquidateur. De prime d'abord, je ne vois aucun texte qui interdise à l'administrateur d'intervenir. Mais, je ne suis pas juriste, peut-être Monsieur le Professeur Reinhard peut-il donner quelques éléments de réponse ?

**M. Reinhard.** – Mon sentiment premier c'est que l'administrateur ne peut pas le faire, l'action étant réservée, article 46, au représentant des créanciers. Ma réponse, sans y avoir réfléchi davantage, aurait été, si on me l'avait posée – Dieu merci on ne l'a pas fait – que l'administrateur n'était pas habilité à le faire. Je suis, sur ce point, en contradiction avec l'avis précédent.

**M. Leclercq.** – Je suis de cet avis.

**M. le Premier Président Truche.** – La doctrine et la jurisprudence sont d'accord.

lui-même, c'est l'apparence de solvabilité que l'on crée vis-à-vis des tiers, ce sont eux qui peuvent invoquer ce préjudice collectif. Mais l'administrateur judiciaire représente l'entreprise, non les tiers. Ce que l'administrateur peut faire c'est engager une action en responsabilité pour rupture de crédit, parce que c'est l'entreprise qui est victime, c'est une responsabilité contractuelle et non plus la responsabilité vis à vis des tiers. J'insiste sur la tendance de la jurisprudence de la Chambre commerciale défavorable aux actions en responsabilité bancaire engagées par ceux-là même qui ont demandé les crédits (tels les anciens dirigeants, cautions).

Dans l'exposé de M. Cailliau, un exemple a été donné où apparaît une décision de la Première Chambre civile de la Cour de cassation qui a reconnu, elle, la responsabilité du Crédit Agricole qui avait financé un tracteur dans les conditions évoquées. Mais la jurisprudence de la Chambre commerciale est en divergence avec cet arrêt de la Chambre civile parce qu'assez largement, sous réserve de quelques exceptions qui sont vraiment justifiées par des circonstances particulières, nous considérons que celui qui demande un crédit ne peut pas se plaindre de l'avoir obtenu.

**M. le Premier Président Truche.** – Attendons une Chambre mixte !

**M. Darrousez.** – Je voudrais compléter la réponse de mon confrère Devillebichot concernant le produit de l'action. C'est toujours un peu gênant d'aborder le matin ces questions car c'est le sujet de nos confrères de cet après-midi, notamment l'évolution de la jurisprudence et de la doctrine. Je ne serai pas très précis dans ma réponse vous laissant le soin de l'être cet après-midi.

Sur le produit de l'action c'est une question importante. Si en redressement judiciaire on sait à qui profite non pas le crime mais, au contraire, le produit de l'action, qu'en est-il en liquidation judiciaire ? La réponse est claire en matière de redressement judiciaire, puisqu'elle est prévue par les textes. Le produit de l'action tombe dans le patrimoine de l'entreprise qui a obtenu un plan. Plusieurs auteurs ont contesté cette solution, mais celle-ci découle de l'article 46 de la Loi du 25 janvier 1985.

En matière de liquidation judiciaire – nous verrons le problème cet après-midi, ce n'est pas si simple parce qu'en réalité il n'y a pas de texte. Il y a bien l'action de l'article 180 mais l'article 180 n'est pas l'article 1382 que je sache. Il existe un problème. Les juridictions ont souvent tranché en parlant de répartition au marc le franc au profit de tous les créanciers. Je crois qu'il vaut mieux attendre les éclaircissements que nous aurons cet après-midi pour aller plus loin. La répartition du produit de l'action en responsabilité est l'un des problèmes les plus délicats à résoudre.

**M. Kuhn** (Saint-Étienne). – On a parlé ce matin de faute dans la distribution de crédit en parlant de disproportion des montants de crédits et des capacités de remboursement des débiteurs. Je voulais savoir s'il y avait une distinction faite par la jurisprudence entre les crédits accor-



constater de fortes disproportions qui sont compensées par des garanties réelles hypothécaires.

**M. Reinhard.** – Je vais essayer de vous répondre. C'est une question qui n'est pas facile. Aujourd'hui on voit apparaître, une nouvelle notion très générale qui est précisément la disproportion. Un cautionnement est anéanti parce qu'on trouve que l'engagement pris est disproportionné par rapport aux ressources de celui qui l'a souscrit, de sorte qu'actuellement de nombreuses études se tournent vers ce nouveau concept qu'est la disproportion et qui permet de justifier pas mal de solutions qui paraissent nouvelles au regard des notions habituelles que sont la fraude, l'abus, etc. qui sont des notions bien connues.

Pour revenir directement à votre question, je ne crois pas qu'il y ait de différence particulière, en tout cas je ne connais pas d'arrêts qui l'aient dit. J'insiste sur le fait que la disproportion devient un instrument pratiquement standardisé à la charge des juristes, ce qui est une façon, me semble-t-il, assez habile de faire de l'équité en donnant l'impression de faire du droit, un exercice qui me paraît satisfaisant et pas forcément vain pour des juristes.

**M. le Premier Président Truche.** – C'est le principe constitutionnel de proportionnalité.

**M. Buthurieux,** (Lyon). – La question est pertinente et interpelle, bien sûr, le juriste mais aussi l'économiste et le financier. C'est ainsi que dans une affaire récente, un banquier finançait par crédit hypothécaire non pas des immeubles mais des biens meubles. Il ne s'agissait donc pas d'un promoteur immobilier mais d'une entreprise de location d'aéronefs.

Les financements étaient garantis à cent pour cent par des crédits hypothécaires mobiliers. Ils étaient disproportionnés avec les facultés de remboursement de l'entreprise. Le chef d'entreprise et le banquier, recherchés en banqueroute et complicité, ont axé leur défense sur le caractère normal et usuel de ces financements.

Ils m'ont demandé d'interroger la banque de France. Celle-ci a fait une enquête qui a démontré qu'il en était ainsi dans 80 % des dossiers de ce type.

Ce risque systémique et sectoriel est au cœur même de l'expertise. Il doit donner lieu à information du magistrat instructeur et à contradiction. Selon les circonstances, l'information donnée au magistrat pourra être à charge ou à décharge :

- à décharge avec la défense classique du décideur économique « c'est normal et usuel » ;
- à charge avec l'adage « Errare humanum est, perseverare diabolicum » ;

**M. le Premier Président Truche.** – Un prolongement sur cette question ? Une autre question alors ?

**M. Thierry,** Expert Paris. – Je voudrais évoquer un problème particulier, celui de la défaillance du banquier. Dans les cas que vous avez traités, l'entreprise devient défaillante par rupture abusive engageant la responsabilité du banquier. Il est arrivé ces dernières années que le

banquier ait été défaillant avec pour conséquence, une rupture de ses concours financiers. L'entreprise privée des concours financiers se trouve en difficulté puis après plusieurs mois n'ayant pas trouvé les concours habituels, est déclarée en cessation des paiements. Je souhaiterais connaître votre sentiment sur ce cas.

**M. Darrousez.** – Si j'ai bien compris, il s'agit d'un banquier qui a refusé de poursuivre les concours.

**M. Thierry.** – La banque a soutenu une entreprise et, à un moment donné au regard de ses difficultés financières, a décidé de retirer tous ses concours à une entreprise.

**M. Darrousez.** – En fait on tombe dans le cas de la rupture brutale. Après avoir soutenu, elle a coupé les concours ?

**M. Thierry.** – Exactement. Toutefois, la difficulté réside, à mon sens, au niveau de l'évaluation du quantum du préjudice subi par l'entreprise. En l'espèce, un abandon de créance massif a été consenti par la banque au moment du retrait de son concours financier.

**M. Darrousez.** – Je ne saisis pas le sens de votre question. Monsieur le Professeur Reinhard va certainement pouvoir vous éclairer.

**M. Reinhard.** – J'avais levé la main imprudemment, j'assume. En réalité, il semble que dans cette affaire là il y a un cumul de responsabilités. Il y a deux choses qui se conjuguent à un moment donné : un soutien abusif et, à un autre moment, une rupture abusive. Il faut voir quelle est la faute causale par rapport au préjudice. Il y a deux cas de figure dans la même question : une rupture abusive et un préjudice particulier et, d'autre part, un soutien abusif qui est effectivement un autre préjudice lorsqu'il a été causal. C'est un problème de causalité, me semble-t-il.

**M. le Premier Président Truche.** – Une autre question ? On m'a dit qu'il y avait peut-être un banquier dans la salle qui pourrait réagir !

**M. Saurel** (Nîmes). – Nous parlons depuis un moment des soutiens abusifs dans les situations aboutissant à la liquidation de l'entreprise et nous voyons les créanciers représentés par l'administrateur judiciaire. Il existe cependant une catégorie de tiers dont personne n'évoque le sort : ce sont les actionnaires, en particulier ceux des sociétés faisant appel à l'épargne publique.

Ne peut-on imaginer des situations dans lesquelles des banquiers intervenants soutiendraient une direction dans des entreprises aux risques trop grands eu égard à la situation de la société ?

Un tel établissement de crédit n'encourt-il pas le reproche de « soutien abusif » dans une entreprise hasardeuse ?

Bien entendu, dans la logique capitaliste, l'actionnaire recherche le profit et doit en assumer les risques. Mais ne peut-il compter sur la diligence normale d'une banque qui par ailleurs obtient des sûretés lui évitant en général toute perte ?



Tout tiers, et y compris l'actionnaire, n'est-il pas en droit d'attendre d'un banquier une éthique dans la conduite des affaires ; dans ces situations, il peut se rencontrer des comportements empreints de légèreté blamable qui malgré les pertes subies par les tiers, n'encourent aucune sanction.

En résumé, le fait pour une société d'avoir évité le dépôt de bilan, absout-il de telles attitudes ?

**M. Darrousez.** – Je pense qu'il faut rappeler, c'était déjà dans notre introduction, que ces deux actions dont on parle aujourd'hui ne sont pas toutes réservées aux hypothèses de procédure collective. Il va de soi que dans 99 % des cas ce sont les hypothèses retenues, mais même une entreprise dite *in bonis* peut très bien par le biais de ses actionnaires engager une action qui n'est jamais qu'une action 1382 du Code civil. Si cette entreprise a subi un préjudice, si la banque a commis une faute, on peut imaginer – je n'ai pas vu beaucoup de cas – qu'un groupe d'actionnaires décide de poursuivre le banquier en responsabilité, même en rupture brutale.

La difficulté est que la situation est quand même paradoxale, puisque c'est le débiteur qui vient se plaindre d'avoir obtenu des concours qu'il avait sollicités. Il faut se limiter aux hypothèses où il y a faute caractérisée du banquier.

**M. Devillebichot.** – Si le rapporteur général le permet je voudrais ajouter à ce qui vient d'être dit le rappel des grands principes : l'actionnaire qui achète une action en Bourse prend un risque. Évidemment, dans l'espèce que vous visez, il y avait peut-être des circonstances exceptionnelles qui faisaient que le banquier avait été léger.

**M. Saurel.** – Malgré tout, les situations ne sont pas comparables. Vous avez d'une part des personnes qui disposent des moyens d'être bien informées et qui peuvent se protéger, et d'autre part des épargnants. Le jeu n'est pas égal ; mais est-on encore certain d'être devant un « soutien abusif » ?

**M. Buthurieux.** – Un grand silence a répondu à l'interrogation de Monsieur le Premier Président Truche, y a-t-il un banquier dans la salle ? Aussi, ai-je l'audace de prendre la parole non pas en tant que banquier mais en tant qu'ancien employé de banque ayant eu des responsabilités en agence et à la direction des engagements bancaires.

Tout à l'heure, un confrère a parlé de la légèreté du banquier. Oui bien sûr, dans certains cas, le banquier est léger. Mais il ne faut pas oublier la difficulté de son métier.

A titre d'exemple les bilans établis par les experts-comptables au 31 décembre arrivent tous en même temps au mois d'avril. Il est alors nécessaire de procéder à une analyse financière de milliers ou de dizaines de milliers de bilans, dans un laps de temps nécessairement très court, pour renouveler ou augmenter les crédits à court terme.

Certains agents de banque sont meilleurs que d'autres. La faute dans leur analyse de la situation financière peut être légère ou lourde. La fausseté des comptes peut être apparente ou non. C'est à l'expert judiciaire d'apprécier

l'ensemble de ces faits de façon à éclairer pleinement le magistrat. La décision d'octroi, de maintien, d'augmentation ou de réduction de crédit n'est pas facile à prendre et comme l'officier de cavalerie il faut que le banquier sache concilier « vitesse et sécurité » dans ses décisions de financement.

Les actes d'information de l'expert et de jugement du magistrat ne sont certes pas moins faciles. Mais, et c'est une grande différence, ils se font avec beaucoup de recul et beaucoup de temps devant soi. C'est loin d'être le cas du banquier qui doit prendre ses décisions à chaud et très vite.

Par voie de conséquence, il me semble qu'il doit être plus jugé comme un chirurgien du champ de bataille ou de la « médecine des catastrophes » que comme un chirurgien des hôpitaux opérant dans son service, avec asepsie et totale orthodoxie. Il faut alors que l'expert soit plus humble que dogmatique.

De nombreux éléments me semblent conforter cette analyse :

- information souvent partielle ou imparfaite du banquier ;
- désinformation du banquier par des comptes faussés ou des prévisions optimistes ;
- contre-pied du banquier qui avait un chef d'entreprise honnête qui devient progressivement malhonnête et de plus en plus malhonnête ;
- difficultés pour le banquier de passer d'une ambiance de confiance à celle de la défiance puis de la rupture des relations.

**M. Kuhn.** – Je change totalement de sujet on a parlé de circonstances aggravantes dans les comportements bancaires. Je voudrais savoir s'il a été reconnu des circonstances atténuatoires de responsabilité lorsque sont prouvées des collusions entre l'employé de banque, le préposé qui fait une faute à ce moment-là et le client lui-même ? A ce moment-là la banque en tant que telle n'a pas connaissance de la situation irrémédiablement compromise puisque les informations qui lui sont remontées dans ses instances décisionnelles sont masquées par une collusion entre le client et l'employé de banque ?

**M. Devillebichot.** – Je veux bien essayer de répondre mais par une réponse d'ordre général qui va peut-être vous décevoir. Je crois que la banque est responsable de l'action de ses préposés. Il y a d'une part une action contre la banque, puis éventuellement la possibilité pour la banque de se retourner contre son préposé si, effectivement, cette collusion dont vous parlez peut être démontrée. C'est affaire de moyens de preuve et de circonstances de fait.

**M. le Premier Président Truche.** – Éventuellement de différence entre le civil et le pénal.

**M. Thierry.** – En ce qui concerne les particuliers en matière de surendettement, nous enregistrons une augmentation des mesures d'expertises afférentes à la responsabilité du banquier. J'aurais voulu savoir si la procédure mettant en cause la responsabilité des établissements de crédit était susceptible d'être identique à celle engagée par



une personne morale, notamment lors d'achats anormalement importants par rapport aux ressources de la personne physique, de véhicules et de matériels d'équipement ménager ?

**M. Reinhard.** – Je crois que la réponse est relativement simple à donner. Dans le cas du surendettement d'un particulier ce n'est pas une action qui considère l'abus éventuellement commis. La comparaison des ressources et du taux d'endettement est beaucoup plus objective. C'est un traitement particulier qui n'a rien à voir avec les procédures collectives. La protection est une protection purement fondée sur la disproportion.

**M. Goguet.** – J'aurais une autre question pratique : dans l'arsenal que le banquier utilise pour atténuer sa responsabilité, il introduit de plus en plus souvent tous les documents prévisionnels qui ont pu lui être communiqués, souvent d'ailleurs des documents prévisionnels qu'il a essayé de faire attester ou viser par des cabinets d'expertise comptable. Je voulais avoir l'avis de l'assemblée sur ce problème qui peut concerner la responsabilité des professionnels du monde comptable.

**M. Darrousez.** – Pour ma part je pense que dans les dossiers de constitution de crédit que l'expert ne manquera pas de solliciter du banquier lorsqu'il sera désigné dans le cadre de la mission qui a pu lui être confiée, il est souhaitable d'y trouver non seulement les documents comptables et financiers de l'époque visée, mais également les prévisionnels d'activité et de financement. Le tout est de savoir qui a établi ces documents, ce qu'ils contiennent, s'ils étaient fiables à l'époque où ils ont été établis.

En conclusion, j'estime grandement souhaitable que des éléments de gestion prévisionnelle figurent en bonne place dans le dossier du banquier.

**M. Fleury.** – À ce sujet, à Angers, j'avais cité une certaine jurisprudence on la retrouvera peut-être dans la plaquette jaune de l'époque – où il était dit qu'il n'appartenait pas au banquier à qui on avait remis des études qui apparaissent, d'une façon générale, convenables compte tenu de leur teneur et de leur signature, de refaire les expertises, les études et que sa responsabilité n'était pas engagée dans la mesure où il s'était entouré d'informations suffisantes.

**M. le Premier Président Truche.** – Des réactions sur ce sujet ?

**M. Buthurieux.** – En bonne logique les comptes prévisionnels regroupent deux grands ensembles, celui des chiffres et celui des lettres.

Dans les chiffres apparaissent le chiffre d'affaires prévisionnel, les charges prévisionnelles et par différence un certain résultat. Si le banquier n'a que des éléments chiffrés il ne peut faire preuve de pertinence et de discernement dans ses analyses. Il ignore en effet les hypothèses retenues et il ne peut donc vérifier leur viabilité, leur vraisemblance.

Aussi, toute prévision chiffrée sérieuse doit être impérativement accompagnée d'un commentaire précisant les

hypothèses d'activité retenues et les conséquences qui en sont tirées au plan des charges.

Le banquier, professionnel avisé, pourra alors juger de la pertinence des hypothèses retenues et de la cohérence des charges qui en résulteront.

Si les comptes prévisionnels sont établis par un expert comptable, le banquier n'aura pas à les analyser attentivement, il peut faire confiance. Il est en droit de supposer que le professionnel comptable a fait preuve de discernement dans leur établissement. Seule une erreur grossière et apparente pourrait faire engager sa responsabilité.

Dans le cas contraire, si les comptes prévisionnels n'étaient pas établis par un professionnel comptable, il devrait être d'autant plus attentif que les comptes auront été établis sans aucun commentaire. Il nous semble qu'il engagerait alors sa responsabilité si l'accord de financement s'appuyait sur un tel document pour financer une entreprise. Il aurait fait preuve de confiance aveugle et pour le moins de myopie.

**M. Tourin (Paris).** – Je voudrais rebondir sur l'intervention de Jean Fleury avec laquelle je suis entièrement d'accord. Dans le domaine de la distribution du crédit courant, du crédit usuel, le banquier n'a pas à refaire les études. Il faut tout de même signaler la situation particulière de l'ancien Crédit National (aujourd'hui Natexis) voire même celle de certaines grandes banques comme la BNP qui, depuis longtemps, a montré l'exemple en ayant un service d'ingénieurs conseils. La nature du risque est tout à fait différente de celle des crédits usuels distribués quotidiennement par une banque.

En matière de crédits d'une durée ou d'une importance exceptionnelle pour l'avenir de l'entreprise, le devoir du banquier c'est certainement de réaliser une expertise préalable et ensuite d'assurer une surveillance du crédit comme cela se fait pour les crédits courants, mais à partir de modalités différentes. Généralement, un contrat de crédit est établi comprenant un certain nombre de précisions sur les opérations qu'il ne faut pas réaliser, qui sont interdites, sur une surveillance de l'évolution de la situation financière.

Par conséquent, il y a deux phases : une expertise préalable, une surveillance des crédits en suivant des modalités adaptées à la nature de ces crédits d'importance et de durée exceptionnelle.

Je voudrais ajouter un mot, je pense que nous en parlerons cet après-midi : parmi les documents à se procurer, il en est un auquel il convient de penser. Il s'agit du compte-rendu du comité de crédit. La décision d'octroi ou de refus dans une banque se prend à des niveaux différents. Suivant les établissements, l'organisation n'est pas la même. C'est quelquefois une direction centrale qui prend la décision si le risque est important, voire la direction générale, c'est quelquefois au niveau de l'agence pour les crédits plus modestes. Les comités de crédit font partie des documents que l'expert doit pouvoir se procurer. Malheureusement, il se heurte à des obstacles s'il s'agit d'une affaire civile ou commerciale. En matière pénale la situation est certainement différente.



Je crois que les juristes présents dans la salle pourraient intervenir sur ce point cet après-midi.

**M. Gaillard.** – En ce qui concerne la communication des comités de crédit, l'expert désigné en matière civile ou commerciale se voit opposer le secret par les banques, ce qui pose le problème de la levée de ce secret.

La solution paraît être ici comme dans bien d'autres cas, le recours au magistrat commettant.

**M. Tourin.** – Nous connaissons une exception commune que nous avons vécue ensemble (mais il s'agissait d'un cas d'application de l'article 13 de la loi du 25 janvier 1985, dans le respect du principe de la contradiction).

**M. Gaillard.** – C'est tout à fait exact.

**M. Fleury.** – J'avais aussi, il y a quatre ans évoqué le problème du secret professionnel des commissaires aux comptes, en évoquant une jurisprudence de la Cour de cassation disant que les commissaires aux comptes,



lorsqu'ils sont assignés, ne sont pas tenus au secret professionnel pour défendre leurs propres intérêts. Je ne sais pas s'il existe la même jurisprudence en matière de secret bancaire. Les banquiers, pour assurer leur propre défense s'ils sont assignés, sont-ils tenus au secret bancaire, C'est une question.

**M. le Premier Président Truche.** – Ni la jurisprudence ni la doctrine ne souhaitent répondre en l'état ? Le repas portera peut-être conseil !

**M. Reinhard.** – La vérité c'est que je n'ai pas véritablement écouté la question.

**M. Fleury.** – Je reprends : en matière de secret professionnel, les commissaires aux comptes, lorsqu'ils voient leur responsabilité recherchée, une jurisprudence de la Cour de cassation exprime qu'ils ne sont pas tenus au secret professionnel, pour assurer leur défense. Je pose la question : en matière de secret bancaire, est-ce qu'il existe une jurisprudence identique ? Ai-je été clair ?

**M. Reinhard.** – J'ai parfaitement compris. Je ne connais pas la réponse à votre question. D'ailleurs la solution donnée pour les commissaires aux comptes me surprend comparée à d'autres. On estime souvent que le secret professionnel n'est pas la seule « propriété » de celui qui peut s'en prévaloir. Cette jurisprudence me paraît dérogatoire. J'aurais tendance à dire que l'accord de l'intéressé n'est pas suffisant pour qu'on puisse le lever.

**M. le Premier Président Truche.** – Il y a plusieurs sortes de secret.

**M. Reinhard.** – Il y a beaucoup de niveaux de secrets. Je pense que, dans ce cas là, la banque ne peut pas d'elle-même lever le secret. Mais je reste extrêmement prudent.

La séance est suspendue à 12 h 30.

**COMPAGNIE NATIONALE  
DES EXPERTS-COMPTABLES JUDICIAIRES**

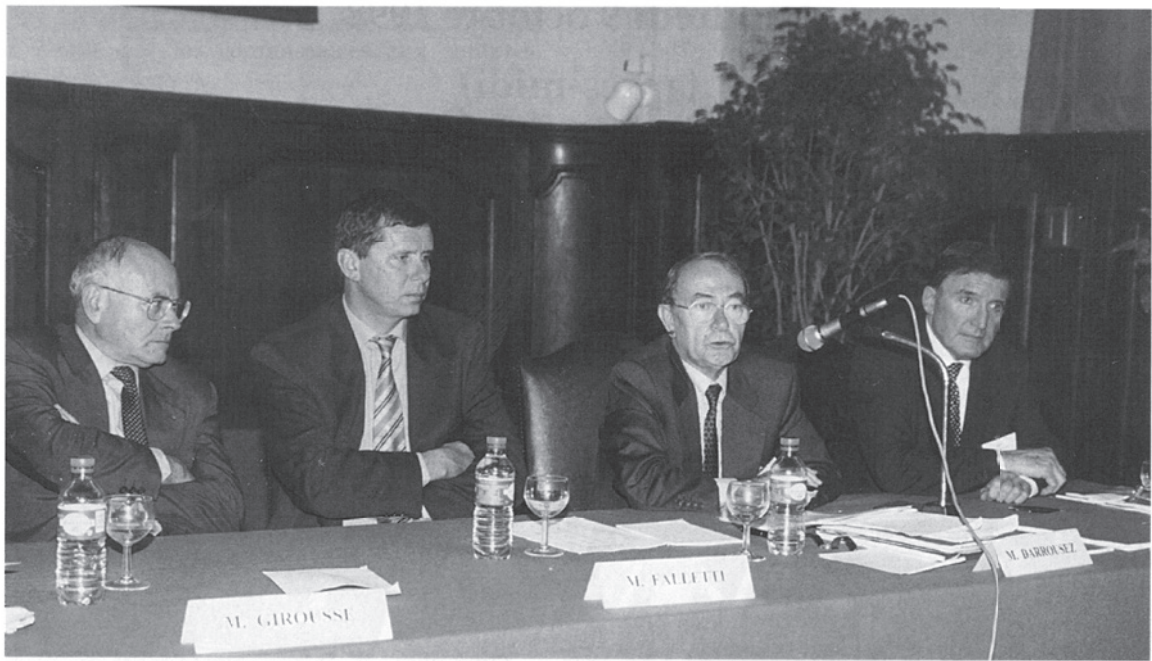
---

**XXXVII<sup>e</sup> CONGRÈS NATIONAL**

---

**Vendredi 9 octobre 1998  
(après-midi)**







# DOCTRINE ET JURISPRUDENCE EN MATIÈRE DE SOUTIEN ABUSIF ET RUPTURE BRUTALE DU CRÉDIT

Exposé de Michel BRUYAS

*Expert-comptable agréé par la Cour de cassation  
Expert en diagnostic d'entreprise  
près la Cour d'appel de Lyon*



La séance est reprise à 14 h 30.

**M. le Premier Président Truche.** – Je donne la parole à M. Bruyas qui va nous parler de l'évolution de la doctrine et de la jurisprudence.

## L'ÉVOLUTION DE LA DOCTRINE ET DE LA JURISPRUDENCE

### Introduction générale.

Le financement accordé à une entreprise non viable peut lui conférer une fausse apparence de prospérité et la maintenir en survie artificielle.

Les tiers peuvent ainsi être trompés sur son état réel et cette situation, en permettant de prolonger une activité déficitaire, peut avoir pour conséquence d'augmenter le passif et de diminuer par contrecoup le gage général des créanciers.

L'octroi des crédits à l'entreprise est une mission fondamentale accomplie par les banques.

Pendant longtemps ces dernières « ont été à peu près exemptes de toutes poursuites en responsabilité à raison de leur activité de dispensatrices de crédits » (1).

Mais le banquier n'est pas le seul dispensateur de crédits. Les partenaires commerciaux, en dehors ou dans le cadre d'un groupe, peuvent encourir la même responsabilité en raison du soutien qu'ils auront apporté à l'entreprise en difficulté.

Il y a les fournisseurs qui peuvent pour diverses raisons se voir reprocher d'avoir prolongé artificiellement la survie de l'entreprise cliente.

(1) L.M. Martin *in* Rev. Banque 12, déc. 1971, p. 1144. – G. Prat « La responsabilité du banquier et la faillite de son client », Tech. et doc. ed. 1980, 2<sup>e</sup> éd. 1983.

Il y a aussi l'État qui, directement ou par le biais d'organismes spécialisés, accorde des aides directes ou indirectes aux entreprises en difficulté et pourrait voir ainsi sa propre responsabilité recherchée.

Mon confrère Devillebichot a exposé ce matin dans quelles conditions la responsabilité des divers dispensateurs de crédits à l'entreprise pouvait être retenue. Je vous propose maintenant d'examiner quelques cas concrets au travers de décisions jurisprudentielles, ce qui nous permettra d'en apprécier l'évolution.

### I. – Responsabilité des banques et des établissements financiers.

La responsabilité du banquier peut être invoquée par les tiers victimes des conséquences de crédits imprudemment accordés ou brutalement interrompus sur les fondements des articles 1382 et 1383 du Code civil et sur le fondement de la loi bancaire du 24 janvier 1984.

Pour être moins fréquents, des cas de mise en cause de sa responsabilité pénale peuvent également être relevés.

#### 1. – La responsabilité pénale du banquier.

Je n'ai pas trouvé d'exemple de condamnation pénale de banque « personne morale » pour des faits de soutien abusif ou de rupture brutale du crédit. Cependant, il apparaît possible d'engager cette responsabilité pour certaines des infractions prévues au livre III du Code pénal.

Dans l'état actuel de la jurisprudence, il semble bien que la responsabilité pénale concerne davantage l'« agent de banque » qui est l'auteur ou le complice des faits délictueux, la responsabilité de la banque elle-même se situant au plan civil.

C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de cassation du 3 janvier 1985 (2) a reconnu la complicité d'un banquier dans

(2) C. cass., 3 janv. 1985 : *Bull. crim.* n° 2, p. 2 ; *JCP* 1986, IV, p. 100.

des faits de banqueroute simple pour avoir fourni à son client des moyens de financement ruineux ayant abouti à retarder la constatation de l'état de cessation des paiements. Il est vrai que dans cette espèce le banquier avait intérêt à ce que la cessation d'activité de l'entreprise soit différée afin que ne soit pas mise en jeu la garantie de bonne fin qu'il avait donnée.

Dans une autre espèce du 1<sup>er</sup> juillet 1996, le tribunal correctionnel de Béthune a retenu la responsabilité pénale d'un directeur de banque pour complicité du délit d'abus de biens sociaux. Les faits concernaient les deux sociétés Testut et Trayvou, ils étaient les suivants :

- en 1979, Testut prenait le contrôle de Trayvou ;
- en 1983, GBT (Groupe Bernard Tapie) acquérait Testut et Trayvou ;
- de 1988 à 1992, les titres de Trayvou faisaient l'objet des cessions suivantes :
  - en 1988, ils étaient vendus pour le franc symbolique à FIBT, qui les revendait en 1991 à Testut qui les cédait finalement en décembre 1992 à GBT, toujours pour le franc symbolique.

Entretemps, Testut avait pris en location-gérance le fonds de commerce de Trayvou, le loyer prévu étant de 500 000 F pour le second semestre de 1992 et de 6 MF par an à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1993.

La dernière opération de cession des titres Trayvou à GBT étaient accompagnée des mesures de restructuration suivantes :

- consolidation des découverts bancaires de Trayvou grâce à un prêt de 78 MF accordé par la SDBO ;
- augmentation de la redevance de location-gérance versée par Testut pour la porter à 8 MF, montant correspondant aux échéances annuelles de remboursement du prêt SDBO ;
- délégation de ces loyers de location-gérance dûs par Testut au profit de SDBO.

Dans cette espèce, le tribunal correctionnel a conclu que cette location-gérance, dont le loyer était exagéré, donnait lieu à un usage abusif des biens de la société Testut au bénéfice de la société Trayvou, ce caractère abusif étant souligné tant par les commissaires aux comptes que par les deux experts désignés par l'autorité judiciaire.

Le tribunal a relevé que :

- la SDBO « avait en permanence une connaissance précise de la situation des sociétés Testut et Trayvou » ;
- que cette connaissance exacte résultait des analyses effectuées par le comité de crédit de la banque à l'occasion de multiples incidents de demande de dépassement ;
- et que l'examen de diverses notes internes de la banque démontrait que « SDBO jugeait que les sociétés Testut et Trayvou se trouvaient en 1992 en état virtuel de cessation des paiements et estimait que la situation de Trayvou paraissait irrémédiablement compromise ».

En conséquence, le tribunal correctionnel reconnaissait le directeur de SDBO coupable du délit de complicité

d'abus de biens sociaux et le condamnait à une peine de 6 mois d'emprisonnement avec sursis et à une amende de 50 000 F.

Bruno Duponchelle analysera tout à l'heure en détail dans son exposé le rôle des experts judiciaires dans cette espèce.

Le banquier pourra encore encourir une responsabilité pénale en qualité de complice en cas de crédits accordés en connaissance de cause à un commerçant déclaré en faillite et faisant l'objet d'une interdiction d'exercer une profession commerciale ou d'administrer une société.

De la même manière, sa responsabilité pourra être engagée en cas de crédit accordé à une personne qui exerce une activité réglementée sans répondre aux obligations imposées à son exercice.

En conclusion, la responsabilité pénale du banquier sera engagée chaque fois que son acte concourra à la réalisation d'une infraction pénale par son client et se situera sur le terrain de la complicité ou du recel et, beaucoup plus exceptionnellement, en qualité d'auteur principal.

## 2. – Responsabilité civile.

La responsabilité civile du banquier est en revanche celle du droit commun et sa mise en cause nécessite la conjonction de trois éléments :

- une faute ;
- un préjudice ;
- une relation de causalité entre la faute et le préjudice subi.

### 2.1. – La faute.

La jurisprudence a considéré comme une faute du banquier le maintien, l'octroi ou la rupture brutale des crédits dans un certain nombre de cas que je me propose d'examiner maintenant.

#### 2.1.1. – Maintien ou octroi abusif de crédits.

*Ainsi que l'a précisé mon confrère Devillebichot, le banquier a l'obligation de s'enquérir de la véritable situation financière de son client. Il doit s'informer de la situation réelle de l'entreprise, ainsi que, dans certains cas, des conditions d'utilisation de son crédit, et sa faute éventuelle doit s'apprécier à la date de l'octroi des crédits.*

C'est ainsi que :

- un arrêt de la Cour de cassation du 22 mai 1985 (3) a précisé que le banquier devait s'assurer de la régularité et de la sincérité des documents comptables qui lui étaient présentés en vue de l'obtention de crédits importants ;

(3) Cass. com., 22 mai 1985, D. 1985, IR 393 : Bull. civ. IV, n° 184.



– un arrêt de la Cour d'appel de Montpellier du 13 octobre 1983 (4) a précisé que le banquier engageait sa responsabilité pour n'avoir pas pris connaissance du rapport du commissaire aux comptes. De même, un arrêt de la Cour d'appel de Poitiers du 8 mars 1989 (5) a retenu la responsabilité du banquier pour n'avoir pas demandé de situation intermédiaire ;

– un arrêt de la Cour de cassation du 8 mars 1994 (6) a retenu la responsabilité d'un banquier en cas d'octroi de prêts dont la charge de remboursement excédait le revenu dégagé par l'exploitation.

La faute du banquier a encore été retenue dans la mesure où on a considéré qu'il n'avait pu ignorer les agissements frauduleux de son débiteur. Par exemple :

– en tolérant la circulation d'effets de complaisance (7) (C. cass., 7 janv. 1996) ;

– en accordant ou maintenant un crédit alors qu'il pouvait constater, d'une part la situation critique illustrée par les bilans présentés et, d'autre part, le taux anormal d'effets revenus impayés (8) (Trib. com. Draguignan, 27 avril 1982) ;

– en maintenant des crédits tout en ayant connaissance du règlement judiciaire ou de la mise en liquidation de biens du plus important client de l'entreprise bénéficiaire de ses crédits (9) (Versailles, 1<sup>er</sup> oct. 1992).

Selon certaines décisions, le banquier peut également être tenu d'apprécier la destination des fonds prêtés, ce qui pose le problème du caractère opportun ou inopportun des crédits accordés, de leurs montants excessifs et, notamment, le cas d'attribution de crédits de lancement d'une activité nouvelle.

C'est ainsi que la responsabilité des banquiers a encore été engagée dans les cas suivants :

1. Lorsque les crédits accordés ont servi à financer des investissements non rentables et que le banquier ne pouvait manquer de se rendre compte que cette politique était vouée à l'échec (10) (C. cass., 2 mai 1983) ;

2. Lorsque des crédits exagérés, sans aucun rapport avec le montant des capitaux propres, ont été accordés à une entreprise nouvellement créée en fonction de perspectives de développement bien trop optimistes (11) (Paris, 10 juin 1981).

Cependant, dans ces cas de crédits accordés pour le lancement de techniques nouvelles, la recherche de la responsabilité des établissements financiers doit être appréciée avec grande prudence afin qu'elle ne conduise pas à une situation de fait qui aboutirait à limiter toute nouvelle création ou innovation ;

(4) Montpellier, 13 oct. 1983 : *Gaz. Pal.* 1984, I, 30.

(5) Poitiers, 8 mars 1989 : *Rev. Banque* 1989, 558.

(6) Cass. com., 8 mars 1994, arrêt 631, D. affaire Cohen Roques.

(7) Cass. com., 7 janv. 1996 : *Bull. civ.* IV, n° 6. – Cass. com., 1<sup>er</sup> mars 1988 : *Rev. proc. coll.* 1988, p. 441.

(8) Trib. com. Draguignan, 27 avril 1982 : *JCP* 1983, éd. CI, 14001.

(9) Versailles, 1<sup>er</sup> oct. 1992, *Dalloz* 1992, IR 261.

(10) Cass. com., 2 mai 1983 : *Bull. civ.* IV, 127.

(11) Paris, 10 juin 1981, *Dalloz* 1981, IR 500.

3. Lorsque le banquier prolonge de manière inconsidérée son crédit dès lors que la situation de l'entreprise est irrémédiablement compromise. Ainsi, il y aura faute selon la Cour de Paris,

« lorsque le banquier a accordé de trop larges facilités de crédit à une société dépourvue de fonds propres, dont le fonds de roulement a toujours été négatif, puis les a augmentées jusqu'à un niveau exorbitant que ne justifiait pas le développement de la société amenée au dépôt de bilan après un an et demi d'activité » (12) (Paris, 15 fév. 1994).

La situation est bien sûr différente lorsque le banquier a rempli l'obligation de s'informer, dont il avait la charge, mais n'a pu se rendre compte de la situation réelle de l'entreprise au travers des documents qui lui ont été remis (13) (C. civ., 30 mars 1994).

La Cour de cassation précise « Il n'y a pas faute de la banque par manquement à son devoir d'information pour avoir imprudemment accordé les prêts objets du litige lorsque l'échec résulte pour une grande part d'erreur ou d'insuffisance de gestion et, en outre, de la variation des cours des produits commercialisés par la personne morale et qui constitue un des principaux facteurs de risques de toute activité de production ».

Dans le même sens, le banquier n'encourra aucune responsabilité lorsqu'il aura pris la précaution de faire pratiquer un examen satisfaisant de la situation financière du débiteur, préalablement à l'octroi ou au maintien de crédits (14) (Cass. com., 24 janv. 1989).

D'une façon générale, il n'y aura pas lieu à condamnation si aucune faute n'est établie selon les règles du droit de la responsabilité civile, et notamment :

– lorsque la preuve n'est pas rapportée que l'octroi de crédits excessifs a engendré une poursuite abusive d'une exploitation déficitaire ou, encore, dans le cas où l'établissement de crédit a interrompu ses concours dès qu'il a eu connaissance de la situation irrémédiablement compromise de l'entreprise et que l'augmentation ultérieure de ses concours résulte d'engagements contractuels antérieurs et exclusifs de toute nouvelle facilité (15) (Cass. com., 2 juin 1992).

De la même façon, la responsabilité du banquier ne pourra être recherchée :

– en cas d'octroi de crédits à une entreprise en état de cessation des paiements lorsque les crédits accordés sont destinés à l'achèvement de programmes en cours et sont ainsi de nature à éviter des pertes plus grandes (16) (Riom, 18 janv. 1989) ; et en cas de défaillance d'un des principaux clients de l'entreprise et lorsque les concours ont été consentis au vu d'une situation non compromise telle qu'elle était connue avant cette défaillance (17) (Cass. com., 21 mars 1989) ;

(12) Paris, 15 fév. 1994 : *Rep. gén.* 94, 016883.

(13) Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 30 mars 1994, arrêt n° 582.

(14) Cass. com., 24 janv. 1989 : *Rev. proc. coll.* 1989, 4.

(15) Cass. com., 2 juin 1992, arrêt n° 963, D.

(16) Riom, 18 janv. 1989 : *Rev. banque* 1989, p. 449.

(17) Cass. com., 21 mars 1989, arrêt n° 444, D.



Dans les faits, et mon confrère Devillebichot l'a souligné, le banquier est soumis à une obligation de renseignements et de conseils envers l'emprunteur.

La méconnaissance de cette obligation peut être sanctionnée par une condamnation à des dommages-intérêts par application de l'article 1147 du Code civil. Il faut cependant souligner que cette obligation d'informer et de conseiller se heurte à certaines limites imposées :

- par le respect du secret professionnel qui interdit au banquier de révéler à son client toute information précise sur un autre de ses clients ;

- par l'obligation pour le banquier de ne pas s'immiscer dans la gestion de l'entreprise.

### 2.1.2. – Rupture abusive des crédits.

En fait, dès avant 1984, la jurisprudence imposait au banquier le respect d'une certaine déontologie.

Comme l'a souligné mon confrère Devillebichot dans son exposé, l'article 60 de la loi 8446 du 24 janvier 1984 prévoit que tout concours à durée indéterminée, autre qu'occasionnel, ne peut être réduit ou interrompu que sur notification écrite à l'expiration d'un délai de préavis fixé lors de l'octroi des concours, sauf :

- en cas de comportement gravement répréhensible du bénéficiaire du crédit ;

- et au cas où la situation de l'entreprise bénéficiaire du crédit s'avérerait irrémédiablement compromise.

Une recommandation de l'Association française des établissements de crédit propose de respecter un délai minimum entre la date de signification de la rupture et la date d'effet de cette rupture. Il s'agit d'un délai de 30 jours pour l'escompte commercial et autres crédits de mobilisations de créances et de 60 jours pour les découverts.

De son côté, la jurisprudence exige que plusieurs conditions soient remplies pour que la responsabilité du dispensateur de crédits puisse être recherchée :

1°) *Il faut que le demandeur démontre l'existence de l'ouverture du crédit.* Cette preuve pourra se déduire de la permanence des relations entre le banquier et son client, de l'absence de mise en demeure de combler un découvert en compte courant, ainsi que de la perception régulière d'agios (18) (Aix-en-Provence, 21 mars 1978) ;

2°) *Il faut aussi que soient établis le montant du crédit, sa nature, et que l'on apprécie son importance dans l'évolution du compte débiteur.* C'est ainsi que l'existence d'une caution peut constituer un indice de l'octroi de découverts par le banquier (19) (Cass. com., 2 juin 1992).

De la même manière, l'existence d'un crédit pourra être déterminée par la constatation de la permanence d'un fort

découvert accordé antérieurement (20) (Paris, 24 juin 1983).

Mais la faute du banquier pourra également résulter des faits suivants :

- défaut de paiement d'une traite pour absence de provision, alors que cette absence de provision découle de la réduction brutale des conditions de crédit antérieurement accordées (21) (Cass. com., 23 juin 1983) ;

- absence de paiement d'un chèque provisionné lors de la présentation ;

- suppression des avances en compte courant bien que ces avances soient largement couvertes par des garanties hypothécaires (22) (Cass. com., 8 mars 1988) ;

- refus de mettre en place un crédit précédemment accordé (23) (Cass. com., 2 mai 1989) ;

- rupture brutale sans préavis (24) (Paris, 30 oct. 1992).

Je cite :

« le banquier qui a supprimé sans préavis un découvert et refusé d'honorer une échéance doit réparer l'entier préjudice résultant du dépôt de bilan dès lors que ce dépôt est la conséquence directe de l'attitude du banquier. Cette responsabilité ne peut être partagée avec le dirigeant de l'entreprise faute d'une défaillance de sa part à l'origine du dépôt de bilan ».

En sens contraire, la responsabilité du banquier n'a pas été engagée lorsqu'il a rompu ses concours à l'entreprise en difficulté dans les cas suivants :

- modifications importantes intervenues dans le rang du nantissement précédemment accordé et dont il bénéficiait (25) (Aix, 1<sup>er</sup> juill. 1988) ;

- refus d'augmenter de manière importante le solde débiteur du compte par rapport au montant des garanties reçues (27) (Cass. com., 23 mai 1989) ;

- refus de dépassement du découvert autorisé et, *a fortiori*, en cas d'absence d'autorisation de découvert (28) (Cass. com., 16 oct. 1990).

Toujours en sens contraire, la rupture du crédit n'a pas été jugée abusive « du fait d'une banque qui retire son concours au motif que la société a été cédée pour le franc symbolique de telle sorte que les concours accordés n'étaient plus garantis par un groupe international » (29) (Paris, 25 sept. 1990).

Il en sera de même dans les cas suivants :

- rejet de chèques dont la prise en compte aurait conduit à dépasser le montant des avances accordées et alors que le banquier a avisé son client qu'il relevait l'exis-

(20) Paris, 24 juin 1983 : *Juris-Data* n° 25844.

(21) Cass. com., 29 juin 1983 : *Gaz. Pal.* 1983, 2, som. 299.

(22) Cass. com., 8 mars 1988 : *Rev. proc. coll.* 1988, 4, p. 439.

(23) Cass. com., 2 mai 1989 : *Rev. proc. coll.* 1989, 4, p. 598.

(24) Paris, 3<sup>e</sup> ch., 30 oct. 1992 : *Dr. soc. fév.* 1993, com. 35, p. 10.

(25) Aix, 2<sup>e</sup> ch., 1<sup>er</sup> juill. 1988 : *Juris-Data* n° 49468.

(26) Rennes, 4 sept. 1976 : *Dalloz* 1977, IR 189.

(27) Cass. com., 23 mai 1989, arrêt n° 777, D.

(28) Cass. com., 16 oct. 1990, arrêt n° 1132, D.

(29) Paris, 15<sup>e</sup> ch. A, 25 sept. 1990 : *Rev. proc. coll.* 1991, 4, p. 504.

(18) Aix-en-Provence, 21 mars 1978 : *Rev. jurispr. com.* 1979, 866.

(19) Cass. com., 2 juin 1992 : *JCP* 92, éd. E, 983.

tence d'une situation très dégradée et lui demandait d'urgence la communication des mesures concrètes de redressement qu'entendait prendre le dirigeant de l'entreprise (30) (Cass. com., 24 avril 1993) ;

– retrait total des concours après avoir adressé plusieurs mises en garde à l'entreprise consistant notamment en une interruption momentanée des crédits, demandé une gestion plus efficace de l'entreprise, et finalement constaté le caractère vain de toutes ces mises en garde antérieures (31) (Cass. com., 6 fév. 1990).

Mais des avertissements même répétés sont insuffisants pour dégager la responsabilité du banquier et la Cour suprême exige qu'il notifie, en termes non équivoques à son client, la décision de suppression des crédits.

En conclusion, en cas d'octroi ou de maintien abusif, tout comme en cas de rupture abusive, le banquier doit avoir eu connaissance de l'état de l'entreprise au moment où il a pris sa décision d'accorder, de maintenir, d'augmenter ou de supprimer ses crédits. Il a l'obligation de s'informer de la situation véritable de son débiteur et la faute, pour être retenue, doit être commise en toute connaissance de cause.

Certaines décisions se contentent de relever que le banquier aurait dû connaître cette véritable situation compte tenu, tout à la fois de ses compétences particulières en matière financière et des éléments comptables qu'il devait exiger de ses clients (32) (Paris, 15 nov. 1994).

Pour que l'action en responsabilité puisse prospérer, il faut donc qu'il y ait une faute du banquier, mais il faut encore qu'il y ait un préjudice.

## 2.2. – *Le préjudice.*

La détermination du préjudice sera évoquée plus en détail dans l'exposé de Bruno Duponchelle.

On peut considérer que le préjudice résulte de l'accroissement de l'insuffisance d'actif découlant de la poursuite d'une activité déficitaire entre la date où le nouveau crédit a été accordé ou l'ancien crédit maintenu et la date du dépôt de bilan. Le préjudice est retenu dans la mesure où le maintien du crédit ancien ou l'attribution du crédit nouveau a effectivement contribué à retarder la constatation de l'état de cessation des paiements.

C'est ainsi que la Cour d'appel de Paris (33) (19 juin 1978) a considéré que la réparation de ce préjudice ne pouvait être supérieure à l'écart des situations nettes calculé à ces deux dates.

Certaines décisions, surtout en premier ressort, condamnent forfaitairement sans même s'attacher à apprécier l'évolution de la situation patrimoniale de l'entreprise.

Et parfois la juridiction ne fait supporter à l'établissement de crédit qu'une fraction de ce préjudice (34) (Cass. com., 24 nov. 1983) et le rôle de l'expert judiciaire, comme nous l'exposera le prochain intervenant, peut être essentiel à cet égard.

Mais dans tous les cas, il faut que soit établi le lien de causalité entre le préjudice subi et les faits évoqués.

## 2.3. – *Le lien de causalité.*

Il faut que le crédit ait donné la possibilité à l'entreprise de créer un climat de confiance auprès de ses créanciers, climat qui lui a permis de continuer à bénéficier de leur concours et de poursuivre une exploitation déficitaire tout en retardant le moment de la constatation de l'état de cessation de paiements.

En fait, ce lien de causalité n'existe que si le créancier, du fait de l'attitude du banquier, a pu se méprendre sur la solvabilité de son débiteur. Il disparaît dans le cas où le créancier connaît la situation véritable de l'entreprise ou lorsque le crédit accordé par le banquier est de faible importance et n'a pu ni tromper les tiers, ni contribuer sensiblement à l'aggravation du passif (35) (Nancy, 6 fév. 1978).

De la même manière, en cas de remise de nouveaux chèques, le lien de causalité ne sera établi que lorsqu'il aura été démontré que les paiements litigieux ont été effectués au moyen d'un de ces chèques (36) (Cass. com., 24 janv. 1989).

Il faut encore que la rupture de crédit ait directement causé, ou pour le moins hâté, la déclaration de cessation des paiements. En revanche, si celle-ci était inéluctable à la date de la rupture, le banquier peut être partiellement ou totalement exonéré (37) (Aix-en-Provence, 3 mars 1978).

Le banquier échappera encore à toute responsabilité dans les cas suivants :

– lorsque la caution demanderesse à l'instance ne prouve pas que le dépôt de bilan a été consécutif à la rupture des concours financiers (38) (Cass. com., 12 janv. 1988) ;

– lorsque le rapport de l'expert désigné par l'autorité judiciaire met en évidence que le lien de causalité n'est pas établi ou, tout au moins, que ce lien de causalité n'est qu'éventuel (39) (Paris, 8 mars 1989) ;

– lorsque le banquier pourra démontrer l'existence d'une faute de la victime, c'est-à-dire du créancier. Cette faute du créancier pourra être caractérisée par des impayés successifs qui auraient dû lui permettre de se rendre compte de la situation réelle de son débiteur. Cependant, la Cour de cassation (40) (Cass. com., 15 juill.

(30) Cass. com., 24 avril 1993, arrêt n° 697.

(31) Cass. com., 6 fév. 1990, arrêt n° 187, D.

(32) Paris, 15 nov. 1994 : *Juris-Data* n° 596.

(33) Paris, 19 juin 1978 : *Rev. jurispr. com.* 1979, 888.

(34) Cass. com., 24 nov. 1983 : *Dalloz* 1984, I, 305.

(35) Nancy, 6 fév. 1978 : *Rev. jurispr. com.* 1978, 230.

(36) Cass. com., 24 janv. 1989 : *Rev. proc. coll.* 1989, 4, p. 598.

(37) Aix-en-Provence, 3 mars 1978 : *Rev. jurispr. com.* 1979, 866.

(38) Cass. com., 12 janv. 1988 : *Rev. proc. coll.* 1988, 4, p. 441.

(39) Paris, 3<sup>e</sup> ch., 8 mars 1989 : *Banque et Droit* n° 7, nov.-déc. 1989, somm. jurispr. 219.

(40) Cass. com., 15 juill. 1982 : *Bull. civ.* IV, n° 267.



1982) a considéré qu'en l'absence d'un nombre suffisant d'impayés et nonobstant les facilités de contrôle découlant de la proximité du domicile du créancier et du siège social du débiteur, aucune vérification particulière ne s'imposait nécessairement.

De la même manière, le banquier peut également s'exonérer partiellement ou totalement de sa responsabilité lorsqu'il est démontré une faute « commise par le dirigeant de la société non pas dans la gestion de son entreprise, mais dans son comportement et ses agissements vis-à-vis de la banque tendant à inciter cette dernière à poursuivre l'octroi de crédits abusifs » (41) (Riom, 3 avril 1991).

En définitive, la responsabilité du banquier est celle du droit commun. Elle pourra être recherchée s'il a commis une faute, si des tiers ont subi un préjudice et s'il existe un lien de causalité entre cette faute et le préjudice.

Mais le banquier n'est pas le seul dispensateur de crédits à l'entreprise et nous nous proposons d'examiner maintenant le cas des groupes de sociétés.

## II. – Responsabilité au sein des groupes de société en matière de soutien abusif.

La situation des groupes de sociétés rappelle celle des établissements de crédit, avec toutefois une différence : si l'établissement de crédit est en règle générale un tiers totalement étranger à l'entreprise en difficulté, le groupe, lui, représente un ensemble de sociétés liées par une solidarité qui doit se manifester les mauvais jours.

Il faut souligner l'ampleur que prend actuellement le phénomène de la centralisation de trésorerie au sein des groupes de sociétés. Compte tenu des fréquentes restructurations, des politiques de diversification et afin de minimiser l'importance des frais financiers découlant des concours bancaires extérieurs, les groupes mettent souvent en place des centralisations de trésorerie qui visent à répartir, par l'intermédiaire d'une société dite « pivot », les éventuels excédents de trésorerie des entités qui en disposent entre celles qui en manquent.

Dès lors, il semble normal que la société mère, ou la société « pivot », se voie reprocher le cas échéant d'avoir maintenu artificiellement en vie une filiale défaillante ou lui avoir conféré une apparence de solvabilité.

En effet, si toute société d'un groupe est en droit de recevoir l'aide des autres sociétés du groupe, il est clair que sera constitutive d'une faute toute nouvelle avance intervenant dès lors qu'il n'y a aucune perspective sérieuse de redressement de la situation de la filiale. La situation sera identique en cas de remboursement par la société en difficulté d'avances reçues antérieurement d'un autre membre du groupe, opération qui serait alors assimilée à une rupture abusive du crédit.

La Cour de cassation a ainsi jugé que pour échapper à ces incriminations « le concours financier accordé par les diri-

geants de fait ou de droit d'une société à une entreprise d'un même groupe dans lequel ils sont intéressés directement ou indirectement doit être dicté par l'intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble du groupe et ne doit être ni démunie de contrepartie, ni rompre l'équilibre dans les engagements respectifs des diverses sociétés concernées, ni excéder les possibilités financières de celle qui en supporte la charge (42) (Cass. crim., 4 fév. 1985).

Le soutien abusif à l'intérieur d'un groupe existe donc et le même type de faute susceptible d'engager la responsabilité des établissements de crédit peut être relevé et s'appliquer dans les mêmes conditions aux sociétés d'un groupe.

Le banquier doit s'informer de la situation de son client avant d'accorder de nouveaux crédits, d'augmenter ou maintenir ceux précédemment accordés. Cette même obligation pèse sur les sociétés du groupe, à ceci près qu'il semble difficile d'admettre que les dirigeants d'un groupe puissent méconnaître la situation réelle de la filiale qu'ils soutiennent.

En fait, la société holding ou les sociétés sœurs pourront voir rechercher leur responsabilité en cas d'octroi de concours qui aboutissent à maintenir artificiellement en survie la société bénéficiaire de ces avances.

La faute pourra également être établie en cas de défaut de contrôle de l'utilisation des fonds prêtés ou encore en cas d'absence de vérification préalable de la rentabilité économique de l'investissement projeté et ainsi financé.

Enfin, la responsabilité pénale des dirigeants du Groupe pourra être retenue en fonction des dispositions des articles 425-4 et 437-3 de la loi du 24 juillet 1966 qui répriment les abus de biens sociaux. Ces articles visent en effet les dirigeants qui auraient fait des biens ou du crédit de la société un usage qu'ils savaient contraire aux intérêts de cette dernière, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre entreprise dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement.

En définitive, la situation des groupes de sociétés peut se calquer exactement sur celle des établissements financiers. Il faut qu'il y ait une faute de la société dispensatrice du crédit. Cette faute doit causer un préjudice aux tiers et il faut qu'il y ait un lien de causalité entre cette faute et le préjudice. À l'inverse des établissements financiers, la connaissance de la situation réelle de la société bénéficiaire du crédit sera toujours présumée.

Mais banquiers et groupes ne sont pas les seuls dispensateurs de crédits à l'entreprise et mon confrère Cailliau dans son intervention a évoqué le problème de la responsabilité des fournisseurs.

## III. – Responsabilité des fournisseurs en matière de soutien abusif.

La responsabilité des fournisseurs est assez souvent engagée dans le cas notamment des contrats de concession.

(41) Riom, 3<sup>e</sup> ch. civ. et com. 3 avril 1991 : *Gaz. Pal.* 1993, 1, 20.

(42) Cass. crim., 4 fév. 1985 : *Bull. crim.* n° 54, *Dalloz* 1985, 478.



La situation du fournisseur est alors proche de celle des établissements de crédit et la mise en cause de sa responsabilité se fait sur les mêmes bases que pour ces derniers. Il faut donc une faute, un préjudice et un lien de causalité.

On peut reprocher au concédant, comme à tout fournisseur habituel, d'accorder des crédits artificiels, de s'immiscer dans la gestion de l'entreprise cliente, d'agir en gérant de fait ou encore de poursuivre ses livraisons alors qu'il est évident qu'il ne sera pas payé et que ces livraisons permettent à l'entreprise en difficulté de poursuivre son activité.

C'est ainsi qu'une société pétrolière a vu sa responsabilité engagée dans l'espèce suivante :

Cette société avait donné en location-gérance une de ses stations service, et le locataire-gérant avait été déclaré plus tard en liquidation des biens.

Bien qu'ayant reçu en règlement de ses fournitures des chèques sans provision, la société pétrolière avait poursuivi ses livraisons pendant une année.

Dans cette espèce, le tribunal de commerce de Rennes a jugé que le fait d'avoir poursuivi les livraisons de carburants avait permis au locataire-gérant de continuer une exploitation déficitaire et constituait vis-à-vis des autres créanciers une faute fondée sur le soutien excessif (43) (Trib. com. Rennes, 24 oct. 1975).

A l'inverse, il est admis que le fournisseur puisse prendre les mesures nécessaires à la garantie de ses transactions commerciales dans le cadre d'accords signés avec son client. Et, dans un tel accord, il est notamment possible d'exiger le passage à un règlement comptant dans certaines conditions (44) (Cass. com., 3 nov. 1992).

Même en l'absence de dispositions écrites, il semble que l'on ne puisse reprocher à un fournisseur de prendre toutes les dispositions utiles afin de sauvegarder sa propre situation. La responsabilité du concédant sera néanmoins engagée en cas de modification unilatérale des conditions prévues dans un contrat en exigeant, par exemple, un chèque certifié au lieu de traites, et en réduisant la marge bénéficiaire de son concessionnaire, quand ces modifications, constitutives des fautes, sont en relation directe avec la baisse de revenus du concessionnaire qui l'a conduit à déposer son bilan (45) (Cass. com., 2 mars 1993).

Dans une autre espèce, la Cour d'appel de Pau (28 avril 1993) a retenu la responsabilité de la société anonyme VAG France (46).

Cette société avait successivement conclu de 1980 à 1983 quatre contrats annuels avec un concessionnaire chargé de distribuer ses véhicules.

En 1984, VAG France mettait un terme à ses relations commerciales, et le même jour le concessionnaire déposait son bilan, était mis en règlement judiciaire, puis en liquidation de biens.

Les Juges de la Cour d'appel de Pau ont considéré que VAG France avait commis une faute :

- d'abord en agréant le nouveau concessionnaire alors qu'il ne remplissait pas les conditions requises ;
- ensuite en le soutenant abusivement par l'octroi d'un crédit fournisseur important, en dépit de son état de cessation de paiements dans le seul but d'écouler le plus grand nombre de véhicules de sa marque.

En fait, la Cour d'appel de Pau, confirmée par la Cour de cassation (47) (9 mai 1995), a admis que le constructeur avait commis une faute en conférant une prospérité fictive et en maintenant artificiellement en vie l'exploitation déjà compromise de son concessionnaire.

Par contre, il n'y aura pas de responsabilité du concédant lorsqu'il exige la restructuration financière de l'entreprise concessionnaire avant la conclusion d'un nouveau contrat (48) (Cass. com., 29 mars 1989).

Mais la responsabilité du fournisseur pourra être engagée en cas d'immixtion dans la direction commerciale de la société cliente, au point qu'il en arrive à dicter la politique commerciale de cette dernière (49) (Trib. com. Versailles, 28 mars 1989).

De la même manière, la responsabilité du fournisseur pourra être engagée lorsqu'il transforme des contrats de vente en contrats de location afin de récupérer la propriété du bien initialement vendu et accorde un moratoire des dettes.

En l'espèce, une société Pénalba Assistance avait pour objet la location et la vente de matériels que lui fournissait la société Atlas Copco France.

En toute connaissance des difficultés financières rencontrées par son client, et postérieurement à la date de cessation des paiements, Atlas Copco France avait passé avec Pénalba un protocole d'accord stipulant la transformation des contrats de vente initiaux en contrats de location, ainsi qu'un moratoire de la dette existante.

Dans cette espèce, la Cour de cassation (50) (14 mai 1991) a confirmé la décision des juges du fond (51) (Aix-en-Provence, 8 juill. 1988) qui ont reconnu le principe de cette faute en relevant que la nouvelle « convention permettait à la société Pénalba de poursuivre son activité avec les matériels rétrocédés en location, et de faire croire aux créanciers qu'elle conservait son crédit ».

En définitive, le fournisseur qui accorde à son client un crédit important sortant de la norme peut voir sa respon-

(43) Trib. com. Rennes, 24 oct. 1975 : *RJC* 1977, p. 174 Ga Likillimba « le soutien abusif d'une entreprise en difficulté », Litec.

(44) Cass. com., 3 nov. 1992, arrêt n° 1610, D.

(45) Cass. com., 2 mars 1993 : *Dalloz* 1993, IR 77. - Cass. com., 9 mai 1995, arrêt n° 984, D.

(46) Pau, 2<sup>e</sup> ch., 28 avril 1993 : *RJC* 1994, p. 23.

(47) Cass. com., 9 mai 1995, arrêt n° 984 D.

(48) Cass. com., 29 mars 1989 : *Rev. proc. coll.* 1989, 4, p. 596.

(49) Trib. com. Versailles, 28 mars 1989, jugement 10572, 87.

(50) Cass. com., 14 mai 1991, arrêt n° 733, D.

(51) Aix-en-Provence, 8 juill. 1988 : *Juris-Data* n° 049465.

sabilité recherchée dans les mêmes conditions que le banquier. Il en va de même pour l'État et d'autres collectivités territoriales dont on relève les interventions de plus en plus nombreuses dans la vie des entreprises.

#### IV. – Responsabilité de l'État et des collectivités territoriales.

##### 4.1. – Responsabilité de l'État.

On relève en effet de plus en plus souvent des interventions de l'État ou de ses représentants afin de sauver l'emploi dans les affaires de quelque importance qui connaissent des difficultés. À cette occasion, on peut parfois se poser la question de savoir si l'État n'a pas la qualité de dirigeant de fait.

Dans ces conditions, il est logique de penser que les principes généraux de la responsabilité civile lui sont applicables.

Pendant longtemps, la jurisprudence s'est refusée à considérer cette question. Cependant, certaines décisions semblent marquer une tendance actuelle à la reconnaissance de cette responsabilité.

L'action positive des pouvoirs publics, concrétisée :

- par l'octroi de prêts, de subventions ou même des garanties à une entreprise en difficulté ;
- ou encore par l'incitation à l'élaboration et à la mise en œuvre d'un plan de continuation ou de cession qui n'a fait que permettre l'aggravation du passif social, peut très bien leur être reprochée.

Il n'est pas rare que les aides publiques accordées à une entreprise en difficulté soient déterminantes par leur importance pour inciter les banques et les fournisseurs à maintenir ou développer leurs propres concours.

En l'espèce, on peut citer le cas de la société Manufrance. Après avoir bénéficié d'une mesure de suspension provisoire des poursuites, cette société avait été ensuite admise à la procédure de règlement judiciaire.

Dans le même temps, son fonds de commerce avait fait l'objet de deux contrats de location successifs :

- un premier contrat de location à la société nouvelle Manufrance qui fut finalement mise en liquidation des biens ;
- un second contrat de location à la société « Coopérative Ouvrière de Production Manufrance » qui, elle aussi, fut mise en liquidation des biens en avril 1985.

Dans leur tentative de sauvetage de cette entreprise, l'État et les pouvoirs publics en général avaient accordé des concours très importants.

Il y eut trois protocoles d'accord signés :

- le premier appelé « plan de développement » et étalé sur les exercices 1982 à 1984 comprenait l'octroi de 80 MF d'aides publiques ;

– le deuxième appelé « plan de redressement », étalé également sur 3 ans (1984 à 1986), comportait une aide des pouvoirs publics de 106 MF ;

– la troisième convention prévoyait une subvention de 20 MF versée par l'État.

Le passif définitif de la société s'élevant à 216 MF, le syndic de la procédure a engagé la responsabilité des banques et de l'État devant le tribunal de commerce de Saint-Étienne.

Cette action ne devait pas aboutir, l'État, sans pour autant contester dans leur principe les faits qui lui étaient reprochés, à savoir le soutien abusif de Manufrance, ayant soulevé l'irrecevabilité de l'action pour incompétence du tribunal consulaire.

En l'espèce, ce tribunal de commerce devait reconnaître son incompétence, mais ses attendus méritent d'être rappelés :

*« Il serait sans doute souhaitable pour l'avenir que l'État ou les collectivités locales sachent qu'ils peuvent être jugés par un tribunal de commerce lorsqu'ils soutiennent abusivement une société et qu'en prenant de telles mesures ils ne sauraient échapper aux règles commerciales ».*

D'après la doctrine et sous le régime antérieur à 1985, on faisait valoir que le système de présomption de faute sur lequel reposait l'action en comblement de passif était étranger au régime général de responsabilité de l'État. Cette présomption de faute ayant été supprimée, il y a retour au droit commun de la responsabilité.

Aucune raison sérieuse ne s'oppose à engager une action contre l'État dès lors qu'il prend des initiatives et assure de fait la direction de l'entreprise.

Certains vont même jusqu'à reprocher à l'État de se comporter en véritable banquier et, si ce rôle est démontré, les solutions retenues contre les établissements financiers pourraient lui être transposées. Sa responsabilité a ainsi été engagée lors de la constatation d'un soutien financier excessif (Tribunal de commerce de Rennes, 26 mars 1975, 15 sept. 1978 et 17 avril 1979) et, selon la doctrine, cette responsabilité peut être également reconnue dans l'hypothèse de promesses non tenues ou d'assurances données « démenties par la suite » (52).

Dans ce sens, on peut citer le cas de la société des Fondateurs et Ateliers de Rondannai (SFAR), tel qu'il est exposé dans l'ouvrage de Monsieur Guy-Auguste Likillimba « le soutien abusif d'une entreprise en difficulté ».

Confrontée à de graves difficultés financières, cette société avait décidé de rechercher des repreneurs pour assurer la continuité de son exploitation.

Conscients de l'importance des difficultés de la SFAR, les repreneurs potentiels demandaient que sa situation soit assainie comme préalable à leur intervention. C'est ainsi que partenaires commerciaux et partenaires finan-

(52) Trib. com. Rennes, 25 mars 1975, 15 Sept. 1978 et 17 avril 1979 : *Rev. jurispr. com.* 1980, 20.



ciers avaient accepté d'accorder leur concours, l'État quant à lui s'engageant à accorder à la SFAR :

- une subvention de 4,5 MF ;
- un prêt participatif de 5 MF et un concours de 8,5 MF du FDES.

De plus, l'État s'était engagé à intervenir auprès du Trésor et de l'URSSAF afin que la SFAR obtienne des allègements substantiels de ses dettes fiscales et sociales.

Et c'est logiquement que la Cour Administrative d'appel de Paris (28 mai 1985) a reconnu la faute de l'État dont l'intervention avait incité les fournisseurs à contracter ou continuer leurs relations avec cette société défailante (53).

Il faut encore souligner que l'État dispose d'une activité de tutelle et de contrôle, notamment à l'égard des banques et des établissements financiers.

En cas de dépôt de bilan d'une banque, il paraît possible pour les créanciers de mettre en jeu la responsabilité de l'État pour insuffisance de contrôle de cet établissement, ce laxisme ayant permis la poursuite anormale d'une exploitation déficitaire qui a abouti à aggraver le préjudice subi par les créanciers.

Cette responsabilité vise concrètement la surveillance des établissements financiers exercée par la banque de France ou la Commission de contrôle des banques. Or, depuis un arrêt du Conseil d'État du 12 février 1960 (54), il est établi que ces organismes ne peuvent être directement mis en cause. Cette responsabilité incombera donc directement à l'État, à la condition que l'on puisse retenir une faute lourde (55) (CE, 29 déc. 1978).

C'est ainsi que le Tribunal administratif de Marseille (56) (1<sup>er</sup> déc. 1988) a jugé que la Commission de contrôle des banques n'avait pas commis de faute pour avoir infligé un seul avertissement à un établissement financier, dès lors « qu'il ressortait des opérations de contrôle que les irrégularités constatées n'avaient pas eu pour but de tromper le public et la clientèle, mais seulement de dresser des situations erronées en vue de contourner la réglementation du crédit en vigueur ».

#### 4.2. Responsabilité de l'administration fiscale et des organismes sociaux.

Aux côtés de l'État, l'administration fiscale et les organismes sociaux figurent également au nombre des acteurs importants de la vie économique.

(53) C. adm. d'appel Paris, 28 mai 1985 : *Gaz. Pal.* 14-15 mai 1985, p. 13.

(54) Cons. d'État 12 fév. 1960 : *AJDA* 1960, 47.

(55) Cons. d'État, 29 déc. 1978 : *Dalloz* 1978, IR 155. - Cons. d'État, 23 déc. 1981 : *Dalloz* 1982, IR 450.

(56) Trib. adm. Marseille, 3<sup>e</sup> ch., 1<sup>er</sup> déc. 1988 : *JCP* 1989, éd. E, II, 15580.

A ce titre, rien ne paraît s'opposer à la mise en cause de leur responsabilité civile dans le cadre des règles du droit commun lorsque les retards mis à recouvrer des cotisations sociales ou des impôts ont permis le prolongement artificiel d'une activité déficitaire ; ou, lorsque leur action pour recouvrer ces mêmes cotisations ou impôts restés longtemps impayés conduit l'entreprise à déclarer son état de cessation des paiements.

Je n'ai cependant retrouvé aucune décision de jurisprudence dans ce domaine.

## Conclusion

En conclusion, tout dispensateur de crédit à l'entreprise, qu'il soit :

- banquier ;
- fournisseur ;
- société mère ou société sœur dans un même groupe ;
- organismes sociaux ;
- État,

peut voir sa responsabilité engagée pour avoir soutenu financièrement une entreprise en difficulté au-delà du raisonnable, ou à l'inverse, pour avoir brutalement rompu ses concours.

Le nombre de ces mises en cause (environ 300 par an) tend à se stabiliser et reste encore faible à l'heure actuelle si on le rapporte au nombre d'ouvertures de procédures collectives (plus de 50 000 par an en moyenne).

Mais dans tous les cas qui leur sont soumis, les magistrats se trouvent confrontés à des problèmes techniques importants :

- appréciation des facteurs exogènes et endogènes à l'origine des difficultés rencontrées ;
- détermination de la date à laquelle une situation est devenue irrémédiablement compromise ;
- appréciation de la sincérité des documents comptables ;
- valorisation du préjudice subi par les tiers.

La réponse à ces questions exige des compétences d'ordre technique qui, pour la plupart, sont hors du domaine des connaissances de ces mêmes magistrats. Ils trouvent auprès des experts qu'ils désignent bien souvent dans ce type de procédure les réponses appropriées à leurs préoccupations. Ce sont ces apports des experts que Bruno Duponchelle entend développer maintenant.

**M. le Premier Président Truche.** - Nous allons avoir maintenant 10 minutes de pause.

La séance est suspendue.





# L'APPORT DE L'EXPERT DANS L'APPRECIATION DU JUGE

Exposé de Bruno DUPONCHELLE

*Expert-comptable agréé par la Cour d'appel de Douai*



La détermination des responsabilités et la fixation des indemnités pour les préjudices subis en cas de maintien ou d'octroi abusif de crédit ou encore de rupture brutale de crédit sont du ressort du juge.

Cependant, en raison de la complexité des situations rencontrées et de la nécessité d'effectuer un examen approfondi des comptes des entreprises victimes du comportement de leurs créanciers, le recours à un expert s'avère souvent nécessaire.

Commentant les ordonnances de Louis XIV, données à Saint-Germain-en-Laye au mois d'avril 1667 pour ce qui concerne la procédure civile et au mois d'août 1670 pour la matière pénale, Philippe Bornier, conseiller du roi, disait déjà : *Les experts sont les juges de la question du fait, lorsqu'il s'agit de la vérification d'une chose qui ne peut être connue que par la pratique journalière de l'art qu'ils exercent, et le juge ayant emprunté de la science des experts la certitude du fait, y applique les maximes, et décide la question du droit ; ce qui a donné lieu à cette vieille maxime, ad questionem facti respondent juratores, ad questionem juris respondent iudices.* qui peut être traduite librement : « aux questions de fait, répondent les experts jurés, aux questions de droit, répondent les juges » ou encore « à l'expert d'exposer les faits, au juge de dire le droit ».

Les textes qui régissent actuellement l'expertise judiciaire, ne font que reprendre cette vieille maxime.

L'article 238 du Nouveau Code de procédure civile précise en effet que *Le technicien doit donner son avis sur les points pour l'examen desquels il a été commis... Il ne doit jamais porter d'appréciations d'ordre juridique.*

L'article 158 du Code de procédure pénale précise quant à lui : *La mission des experts, qui ne peut avoir pour objet que l'examen de questions d'ordre technique, est précisée dans la décision qui ordonne l'expertise.*

On ne manquera pas de relever que, si les experts doivent exposer dans leur rapport et le cas échéant à l'audience, le résultat des opérations techniques auxquelles ils ont procédé, **il leur appartient aussi de donner leur avis sur les points pour l'examen desquels ils ont**

**été commis. C'est bien sûr cet avis qui donne à l'expertise toute sa mesure.**

Dans le cas qui nous occupe aujourd'hui, les missions confiées aux experts peuvent être classées en six grandes catégories selon leur objet.

Elles peuvent notamment porter :

- sur les diligences du banquier ou du créancier fautif ;
- sur la situation financière et économique de l'entreprise au moment de l'octroi ou du maintien d'un crédit ;
- sur les conditions de la rupture du crédit ;
- sur le comportement fautif du débiteur ;
- sur l'évaluation du préjudice subi par le débiteur et les autres créanciers ;
- sur les éléments probants en matière de gestion de fait.

Le même expert peut se voir chargé de tout ou partie de ces missions.

D'autres missions peuvent être ordonnées en matière pénale ayant trait à la complicité des créanciers en cas de banqueroute ou à leur participation à d'autres délits tel que l'abus de bien social.

## 1. Missions portant sur les diligences du créancier

Les exposés précédents ont montré que, lorsque le créancier est un banquier, celui-ci avait une obligation de s'informer sur la situation de l'entreprise ainsi que sur les conditions d'utilisation des crédits avant de les accorder ou de les maintenir.

Des expertises peuvent être ordonnées afin d'**apporter la preuve que le banquier avait ou non la connaissance de la situation irrémédiablement compromise de l'entreprise** à laquelle il a accordé un crédit, ou à laquelle il a maintenu son concours.

Il s'agit pour l'expert, chargé d'une telle mission, de procéder à un *contrôle des procédures* mises en place par la banque et de leur application au cas d'espèce :

- contenu des dossiers des clients :
  - conventions passées avec le client ;
  - comptes annuels de l'entreprise ;
  - le cas échéant, rapport du commissaire aux comptes ;
  - analyse financière du bilan et ratios mesurant les risques du banquier ;
  - plan de financement déposé par le client pour l'obtention d'un crédit ;
  - comptes prévisionnels justifiant le retour des investissements ;
  - état des garanties obtenues et justification de la réalité et de la valeur des biens donnés en garantie.

L'expert examinera d'une part, si la banque s'est assurée de la **fiabilité des documents** qui lui ont été présentés, notamment par la production de l'attestation de l'expert-comptable ou du rapport général du commissaire aux comptes et, d'autre part, la diligence avec laquelle la banque a réclamé les documents comptables et financiers de l'entreprise en temps utile.

- décisions du comité de crédits :
  - motivation de la reconduction ou de l'augmentation des concours bancaires courants ;
  - motivation de l'octroi de crédits à moyen ou long terme ;
  - appréciation des incidents de paiement éventuels.
- informations communiquées par la Banque de France :
  - notation des entreprises ;
  - incidents de paiement éventuels ;
  - analyses de la Banque de France.

L'expert devra s'attacher à rechercher si, au moment de l'octroi de nouveaux crédits ou de la reconduction de concours bancaires, la banque avait une connaissance suffisante de la situation financière du débiteur et si elle **avait pris les mesures nécessaires pour connaître cette situation**.

Le devoir d'information des banquiers sur la situation véritable du débiteur a été longuement exposé par Michel Devillebichot et Michel Bruyas.

L'expert examinera les documents détenus par la banque permettant de justifier qu'elle a rempli efficacement son devoir d'information.

De même, l'expert pourra être appelé à **apprécier la fiabilité des prévisions présentées par l'entreprise dans le cadre de projets d'investissement et de développement** en vue d'obtenir des crédits à long et moyen terme et à vérifier que la banque a mis en œuvre les diligences suffisantes pour apprécier cette fiabilité.

Il n'est pas inutile à ce stade de l'exposé d'examiner le comportement des banquiers tel qu'il a été analysé dans une étude du cabinet Arthur Andersen, réalisée en mai

1995 portant sur les méthodes utilisées par les établissements de crédit pour se prémunir contre les risques de rupture abusive de crédit, d'octroi abusif de crédit ou encore de gestion de fait.

Cette étude révèle qu'en ce qui concerne la protection juridique, **la plupart des établissements de crédit ne prennent aucune précaution spécifique à la rédaction de leurs contrats et utilisent le plus souvent des contrats type**, parfois aménagés en fonction du risque présumé d'un dossier. C'est ainsi que 57 % des banques font appel à des cabinets d'avocats de temps en temps, pour la rédaction de leurs contrats, contre 15 % souvent et 28 % jamais. En fait, la prise de risque pour le banquier se situe, bien souvent, en amont au moment de l'étude préalable du dossier et de l'acceptation de la clientèle de l'entreprise.

**Les premiers éléments d'information** semblent être pour une grande majorité des banques interviewées (environ 80 %) **des indicateurs internes**. La plupart des banques (92 %) ont des analystes financiers internes et font donc rarement appel à des analystes externes en sus (35 %). 85 % des banquiers interrogés affirment utiliser des **logiciels d'analyse financière ou des bases de données**.

Il faut bien sûr distinguer de cet ensemble les banques dont le métier est de vendre quasi exclusivement du crédit à moyen et long terme. Dans ce cas précis, les premiers éléments d'information sont le fichier de la Banque de France et le Bulletin d'informations légales.

Environ 70 % **des établissements de crédit affirment faire systématiquement les démarches pour obtenir les rapports des commissaires aux comptes**, tandis que 21 % ne le font que de temps en temps et 9 % jamais. Il est dans l'ensemble assez rare que les banques obtiennent facilement ces rapports directement des entreprises : c'est le cas pour seulement 42 % d'entre elles. 58 % des banques interrogées avouent avoir quelques difficultés à obtenir ce type d'information.

L'analyse des comptes annuels et des rapports des commissaires aux comptes par les banquiers est en règle générale assez approfondie : 35 % estiment aller très loin dans l'analyse et 50 % assez loin suivant la nature de l'entreprise : entreprises présentant des signes de difficultés, grands groupes plus ou moins opaques, clients en renouvellement de crédit...

Certaines banques examinent quant à elles systématiquement les liasses fiscales (ratios, flux, etc.).

**64 % des personnes interrogées savaient que la non-prise de connaissance des rapports des commissaires aux comptes avait déjà été jugée comme une faute de nature à entraîner la responsabilité du banquier**. En revanche, 36 % n'en avaient jamais été informées.

100 % des banquiers interrogés pensent qu'un banquier demandant à une société de faire procéder à un audit ne court pas le risque d'être appelé en responsabilité pour gestion de fait. 85 % d'entre eux estiment que, ce faisant, celui-ci se protège sur un plan juridique contre l'incrimination d'octroi abusif de crédit (ou de soutien abusif) voire contre la rupture abusive de crédit.



Face à une entreprise en difficulté, plus de 78 % des établissements de crédit consultés pensent qu'un audit de la situation économique, financière et/ou des perspectives, réalisé à temps aurait probablement permis d'éviter ces difficultés.

Dans l'ensemble, les résultats de l'audit allaient dans le sens des analyses de la banque (60 % des réponses). D'autre part, **les dispensateurs de crédit ont souvent connu des difficultés à faire accepter l'audit par les dirigeants de l'entreprise.**

A la question de l'éventuelle restructuration de l'entreprise en difficulté, et de ses limites, les créanciers interrogés ont donné deux types de réponses, en schématisant :

– 45 % d'entre eux souhaitent se désengager et arrêter les frais, si possible avant les autres banques concernées, et éventuellement, en revendant le crédit à un autre établissement ;

– l'autre attitude consiste à donner sa chance à l'entreprise, par des abandons d'intérêts, des délais de paiement, l'examen des possibilités de restructuration, mais avec prise de garantie, surveillance accrue, éventuellement, demande auprès du tribunal de commerce afin de faire désigner un conciliateur ou un mandataire ad hoc, et dans l'ensemble, une volonté claire de ne pas fournir d'apport supplémentaire.

Cette seconde attitude est plus souvent celle des grandes banques commerciales ou encore des banques très implantées localement, qui, au cas par cas, et en fonction des capacités de remboursement estimées, peuvent consentir un effort.

Les banques qui ont été concernées par un problème d'appel en comblement du passif, n'ont évidemment pas de méthode systématique de défense, mais certaines tendances peuvent néanmoins être dégagées.

En effet, les points les plus souvent évoqués étaient, en ce qui concerne le soutien abusif : l'aspect subjectif de la faute, l'absence de lien de cause à effet entre la rupture de crédit et la faillite de l'entreprise, le caractère « court terme » du crédit, la mauvaise foi ou la tromperie du dirigeant, et enfin, l'aspect collectif de la faute partagée avec d'autres banques, si la faute était caractérisée.

Une bonne connaissance des pratiques bancaires permet à l'expert d'exprimer un avis objectif sur les faits constatés quant aux diligences du banquier.

D'autres missions d'expertise peuvent être ordonnées afin de rechercher les manquements éventuels du banquier, voire les faits caractéristiques d'une collusion avec le débiteur :

- acceptation en toute connaissance de la mobilisation d'effets de complaisance ;
- octroi d'un crédit à un taux manifestement excessif ;
- octroi d'un crédit assorti de sûretés excessives ;
- crédit excessif au regard de la situation de l'entreprise générant des intérêts et agios hors de proportion avec le niveau d'activité de l'entreprise ;

– maintien artificiel de l'entreprise en survie le temps de procéder au réaménagement de la créance de la banque et ce, dans son propre intérêt.

De tels manquements peuvent être mis en évidence par l'examen des comptes bancaires du débiteur, des incidents de paiement qui y figurent, de la comptabilisation par la banque des effets impayés à leur échéance et de la reconduction immédiate d'effets de complaisance en remplacement, ainsi que par l'examen des comptes-rendus des différents comités de crédits, tant ceux des agences, que ceux des directions régionales ou de la direction nationale de la banque.

Des expertises peuvent être également confiées par les juges pour vérifier les conditions dans lesquelles le ou les fournisseurs les plus importants de l'entreprise ont accordé des conditions de crédit hors du commun ou ont réétalé leur créance sur des durées à moyen terme.

Ces situations se rencontrent fréquemment dans les entreprises de commerce de détail dont le fournisseur principal, un grossiste, peut représenter jusqu'à 80 ou 90 % des achats de l'entreprise, ou encore lorsque le dispensateur de crédit est un franchiseur.

## 2. Missions portant sur la situation financière et économique de l'entreprise au moment de l'octroi ou de la reconduction d'un crédit

Peut être faut-il revenir à ce sujet sur la distinction entre l'état de cessation des paiements et la situation irrémédiablement compromise.

Si l'état de cessation des paiements se caractérise par l'impossibilité de faire face à une date donnée au passif exigible de l'entreprise, la définition de la situation irrémédiablement compromise est plus complexe.

Ainsi qu'il a été exposé précédemment, la situation doit être considérée comme irrémédiablement compromise lorsqu'il apparaît que la poursuite de l'exploitation est en voie de devenir impossible et ce, de manière irréversible (Douai, 17 janvier 1991) ; Le crédit octroyé se trouve de ce fait non susceptible d'être remboursé en raison d'une insuffisance d'actif.

La recherche des faits mettant en lumière une situation irrémédiablement compromise relève tout naturellement d'une expertise comptable.

Pour diligenter une telle mission, l'expert-comptable judiciaire doit prendre connaissance du fonctionnement de l'entreprise dans ses implications sur la formation du résultat et ses conséquences au niveau de ses besoins de financement, tant pour ce qui concerne le fonds de roulement que pour les investissements.

Il s'agit, en effet, de rechercher à partir de quand une entreprise n'est plus en mesure de faire face à son passif exigible au moyen de ses ressources propres et des crédits déjà obtenus alors même que sa situation financière et économique exclut toute possibilité de redressement.

Les expertises en la matière comportent un volet comptable et un volet purement économique.

### 2.1. Les aspects comptables portent sur les points suivants :

- **importance significative du déséquilibre financier :**
  - emprunts à court terme affectés au financement des immobilisations ;
  - concentration des dettes sur quelques créanciers importants, notamment les établissements de crédit ;
  - appréciation au niveau des montants du déséquilibre entre l'actif disponible et le passif exigible ;
  - évolution de ce déséquilibre : dégradation continue ou stabilisation ;
- **causes du déséquilibre observé :**
  - défaillance d'un client important laissant peu de chance de survie à l'entreprise du fait de la disparition consécutive d'un chiffre d'affaires ;
  - manque de capitaux propres obligeant à des concours financiers externes excessifs et ruineux ;
  - stock trop important dont le surplus ne peut être réalisé que dans de très mauvaises conditions génératrices de pertes insupportables
  - réalisation intempestive d'actifs immobilisés ou de stocks à vil prix
  - prélèvements excessifs des dirigeants sous forme de rémunérations exagérées, voire de prélèvements occultes ou par le remboursement accéléré de leurs comptes courants
- **constatation de pertes :**
  - plusieurs exercices successifs déficitaires en raison d'une baisse régulière du chiffre d'affaires ou de la diminution constante de la marge sur coûts directs.

Ces faits peuvent être mis en exergue par une analyse du compte de résultat analytique faisant ressortir distinctement des marges sur coûts de production, des coûts variables et des coûts fixes, des coûts directs et indirects, etc.

Une analyse du financement de l'entreprise sous forme de tableaux de financement et de tableaux des variations du fonds de roulement, la présentation de ratios faisant ressortir le crédit clients et le crédit fournisseurs, la rotation des stocks et le calcul du besoin de fonds de roulement normatif de l'entreprise ainsi que son évolution dans le temps, permettent de mettre en évidence la formation du déséquilibre financier.

### 2.2. Aspects économiques

Un autre volet de l'expertise porte sur les possibilités d'un redressement de la situation.

Elles ont un caractère plus économique et portent, sans que cette liste soit exhaustive :

- **sur le marché :**
  - le marché sur lequel intervient l'entreprise est-il en crise ?
  - l'entreprise est-elle soumise à une concurrence plus performante du fait de l'utilisation de canaux de distribution différents ou de procédés de fabrication protégés ?
  - une étude du marché sur lequel se situe l'entreprise peut s'avérer également nécessaire afin de déterminer la place qu'elle y occupe ;

### – sur l'équipement :

- le matériel de l'entreprise n'est-il pas obsolète au regard de l'outil de production de ses concurrents ?
- les procédés de fabrication utilisés restent-ils performants ?

### – sur la qualité des ressources humaines :

- appréciation des performances du personnel d'encadrement
- état du climat social dans l'entreprise

### – sur l'organisation de l'entreprise :

- examen de la performance du système d'information : veille technologique, sécurité des approvisionnements, analyse du marché et des débouchés de la production de l'entreprise
- mise en place de normes de qualité : procédure ISO dont la mise en place est de plus en plus exigée par la clientèle. Les procédures ISO consistent en un ensemble de contrôles formalisés qui ont pour objet de fixer les procédures suivies pour la fabrication d'un produit et de maintenir un niveau de qualité déterminé.

– sur l'organisation de la délégation des pouvoirs en vue de maintenir la **réputation de l'entreprise** qui est caractérisée par :

- le niveau de satisfaction des clients ;
- la notoriété de l'entreprise.

Il va de soi que, sur ces aspects économiques, des **experts de compétences différentes peuvent être amenés à intervenir.**

Il y aura lieu notamment pour l'expert de vérifier que les documents transmis par l'entreprise à ses créanciers, afin d'obtenir des crédits, leur ont permis d'avoir **une bonne connaissance de l'entreprise au moment de la prise de décision.**

## 3. Missions portant sur les conditions de la rupture de crédit

Comme il a été exposé précédemment, si l'on reconnaît à la banque le droit discrétionnaire de mettre fin aux crédits à durée indéterminée, celle-ci ne peut à son gré suspendre brutalement son concours et doit observer un délai de préavis fixé par écrit lors de l'octroi du concours.

Diverses missions peuvent être confiées aux experts afin de recenser **les faits susceptibles d'établir une rupture abusive de crédit.**

Il arrive assez fréquemment que les concours bancaires courants résultent de l'acceptation par la banque d'un découvert bancaire ou de la mobilisation de créances sans qu'un accord écrit en ait fixé les conditions.

Une expertise peut alors être ordonnée pour établir le montant du crédit accordé, sa nature, l'évolution des concours bancaires et le cas échéant, des garanties exigées au regard du niveau d'activité de l'entreprise.

Mais l'essentiel des expertises aura pour objet **les conditions de la rupture du crédit.**



A cet égard, diverses fautes de la banque peuvent être relevées par l'expert qui mettra en évidence certains faits :

- défaut de paiement d'une traite pour absence de provision du fait de la réduction du crédit ;
- non paiement d'un chèque provisionné lors de sa présentation ;
- suppression d'un compte courant nonobstant des garanties sérieuses ;
- refus de mettre en place un crédit précédemment accordé ;
- révocation d'un engagement de cautionnement souscrit à l'égard d'un créancier de l'entreprise.

Le travail de l'expert consiste en un examen chronologique des incidents de paiement, des courriers échangés entre l'entreprise et son banquier, voire des notes des comités de crédit.

Si la durée du préavis n'est pas fixée par la loi, il doit être suffisamment long pour permettre à l'entreprise de trouver un autre établissement de crédit qui accordera les concours supprimés.

Ce point a déjà été évoqué par les précédents rapporteurs.

Il peut être ordonné à l'expert de rechercher dans la correspondance échangée entre la banque et son client **le respect des préavis** dont la durée est fixée dans un écrit ou à défaut, d'apprécier la durée dudit préavis au regard de la pratique bancaire.

Dans le cadre d'une telle mission, l'expert relèvera les avertissements qui ont pu être adressés par la banque à son client :

- avertissement du dépassement des concours bancaires autorisés ;
- injonction de réduction des découverts ;
- état daté des chèques ou effets dont le paiement a été différé par la banque ;
- prise de garanties nouvelles, etc.

#### 4. Missions portant sur le comportement fautif du débiteur

Dans des cas relativement fréquents, **les difficultés économiques et financières que rencontre l'entreprise sont masquées par des manœuvres frauduleuses de ses dirigeants.**

Des expertises peuvent être ordonnées pour **rechercher les faits constitutifs de ces manœuvres.**

Il s'agit de missions portant sur :

- la présentation de comptes annuels ne donnant pas une image fidèle des résultats de l'exploitation, de la situation financière et patrimoniale de l'entreprise ;
- la mobilisation auprès de plusieurs banques des mêmes créances ;

- la mobilisation de créances fictives, notamment lors de la cession de créances loi Dailly, par la présentation de factures fictives, de factures anticipées par rapport à la livraison des marchandises ;

- la mobilisation de créances sous la forme de présentation de balances de créances sur les clients ne distinguant pas les créances solvables des créances douteuses et perdues ;

- la présentation d'états de stocks fictifs ou périmés pour en obtenir le financement ;

- le placement d'office de marchandises en quantités excessives chez les clients de l'entreprise afin d'émettre des factures et de les mobiliser tout en permettant à ces clients de retourner les invendus ;

- la présentation de comptes de résultat faisant apparaître des chiffres d'affaires majorés par le jeu de factures réciproques entre filiales d'un même groupe ou entre sociétés dirigées par la même personne ;

- l'obtention de crédits d'investissement pour des équipements fictifs ou surévalués faisant l'objet de facturations réciproques entre les sociétés d'un même groupe ou dirigées par la même personne ;

- les opérations de cessions bail d'immobilisations fictives ou surévaluées ;

- la vente à perte de marchandises ;

- la cession d'éléments de l'actif immobilisé privant l'entreprise des moyens de poursuivre son activité.

La mise en évidence de ces faits ressort traditionnellement de l'expertise comptable judiciaire.

Pour illustrer ces missions portant sur le comportement fautif du débiteur, je vous propose d'examiner sommairement les résultats d'une expertise portant sur un ensemble de cinq entreprises contrôlées par une même personne.

L'analyse des facturations réciproques entre ces sociétés a permis d'établir qu'elles étaient pour la quasi totalité purement fictives et avaient pour objet tout à la fois :

- d'augmenter artificiellement le chiffre d'affaires de chacune des sociétés faisant croire qu'elles étaient en forte expansion ;

- de masquer les déficits réalisés par ces sociétés en décalant l'enregistrement en comptabilité des facturations réciproques ;

- de faire apparaître une surface financière en réalité fictive, permettant d'obtenir des crédits.

L'examen des contrats d'emprunts pour investissements ou des contrats de crédit bail souscrits par les différentes sociétés a révélé que la plupart d'entre eux étaient basés sur des facturations fictives de matériels ou d'installations faites par les sociétés du « groupe ».

Ainsi, l'expertise démontrait qu'une société A facturait à une société B une immobilisation fictive permettant à la société B de produire une pièce justificative pour l'emprunt qu'elle souscrivait pour le financement de cette



immobilisation. Des opérations identiques étaient à la base de financements en crédit bail.

L'expertise a établi que le produit des emprunts permettant de payer les factures fictives se retrouvait finalement au compte bancaire personnel du dirigeant de ces sociétés, d'abord par inscription à son compte courant, cette inscription étant elle-même « justifiée » par la facturation de prestations de services fictives.

Bien entendu, la responsabilité des banquiers aurait pu être recherchée pour soutien abusif de crédit, plusieurs emprunts ayant été accordés sur la base de ces facturations fictives.

Le juge doit cependant apprécier la bonne foi des banquiers au regard :

- de la connaissance qu'ils pouvaient avoir des liens unissant les sociétés qui avaient commis les escroqueries ;
- de la période de deux années, au cas considéré, pendant laquelle elles avaient été commises ;
- de la qualité des informations comptables et financières dont ils disposaient.

**L'expert prendra la précaution de se re-situer à l'époque des faits incriminés et d'apprécier en conséquence la connaissance de ces faits ou de la situation économique et financière réelle de l'entreprise que pouvait avoir le dispensateur de crédit.**

### **5. Missions portant sur l'évaluation des préjudices subis par le débiteur et les autres créanciers**

Le soutien abusif d'un créancier ou la rupture brutale du crédit qu'il accordait à l'entreprise aboutit parfois à la cessation des paiements de l'entreprise et à sa mise en redressement judiciaire, voire en liquidation judiciaire.

Dès lors, les autres créanciers de l'entreprise subissent un préjudice. Il peut en être de même de son dirigeant ou des tiers qui ont donné leur garantie aux créanciers.

**Le préjudice résulte pour les autres créanciers de l'accroissement du passif ou de l'insuffisance d'actif, par la prolongation artificielle de l'activité du débiteur.**

L'expert désigné doit rechercher pour l'ensemble des créanciers concernés en distinguant les privilégiés des chirographaires quel était le niveau de leur engagement au moment de l'octroi ou du maintien abusif de crédit, et ce qu'est devenu cet engagement au moment de la déclaration de cessation des paiements de l'entreprise.

Il convient également d'apprécier de quelle quotité de leur créance les créanciers auraient pu obtenir le règlement si la liquidation de l'entreprise avait eu lieu au moment de l'octroi ou du maintien abusif de crédit. Il va sans dire que cette phase de la mission est plus délicate à remplir car elle doit prendre en compte les conditions de réalisation des actifs au moment de l'octroi ou du main-

tien abusif de crédit, voire les possibilités de reprise de l'entreprise à ce moment.

Le préjudice peut être bien entendu différent selon les créanciers (avant et après le soutien abusif), mais la réparation du préjudice doit respecter le principe de l'égalité des créanciers en matière de procédure collective.

**Une telle mission d'expertise met en jeu l'analyse de l'entreprise sous les aspects financiers et économiques comme il a été déjà décrit ci-dessus ce qui nécessite pour l'expert d'acquiescer une connaissance du fonctionnement de l'entreprise, de la formation de son résultat et de ses besoins de financement.**

Il faut également tenir compte des événements conjoncturels affectant l'économie en général et plus spécialement le marché correspondant à l'activité de l'entreprise.

**La mission de l'expert peut également porter sur les préjudices directement liés à la cessation des paiements affectant les dirigeants et les cautions qui ont été appelés au titre des garanties qu'ils avaient données.**

Afin d'illustrer les difficultés rencontrées par l'expert chargé d'une mission d'évaluation des préjudices subis par le débiteur et les autres créanciers, en cas de soutien abusif par le banquier de l'entreprise, reprenons le cas exposé ce matin par Jean-Claude Cailliau.

Rappelons les faits : une entreprise, dont la situation était irrémédiablement compromise, a bénéficié d'un soutien abusif de son banquier en octobre 1995. Au 31 décembre 1995, ses capitaux propres étaient négatifs de 5 000 KF, le passif supplémentaire résultant de la liquidation savoir, le coût des licenciements, les frais de justice et de contentieux ainsi que les indemnités de résiliation des contrats de crédit bail ressort à 3 300 KF.

Le redressement judiciaire de l'entreprise est prononcé en janvier 1998. Le bilan au 31 décembre 1997 fait apparaître des capitaux propres négatifs de 25 000 KF auxquels s'ajoute le passif propre à la liquidation de l'entreprise.

L'expert est chargé d'une mission d'analyse des comptes de l'entreprise des exercices 1995 à 1997 ainsi que d'une mission d'évaluation des préjudices subis par les créanciers.

En procédant à l'audit des comptes annuels de l'exercice clos le 31 décembre 1995, l'expert découvre :

- une surévaluation des stocks et en-cours de production de .....	1 000 KF
- une insuffisance de provision des créances détenues sur les clients de .....	3 000 KF
Total .....	4 000 KF

La surévaluation des stocks et en-cours de production peut être décelée par divers moyens :

- stocks et en-cours fictifs, dont on ne trouve aucune trace de la revente au cours des exercices suivants ;
- surévaluation des coûts d'achat ou de production (évaluation au prix de vente par exemple) ;

- inscription à l'état d'inventaire de produits périmés ou d'articles sans valeur se rapportant à des fabrications abandonnées par l'entreprise ;

- valorisation des en-cours au coût réel de production sans tenir compte de l'existence de marchés traités à perte...

La surévaluation des créances sur les clients tient essentiellement à l'absence de provision pour créances douteuses ou à la dotation de provisions nettement insuffisantes.

Il convient pour l'expert de se placer à la date de l'arrêté des comptes en retenant tous les éléments d'information dont l'entreprise pouvait disposer à cette date.

En conclusion de son analyse, l'expert présente en parallèle :

- le bilan et le compte de résultat arrêtés par l'entreprise ;

- le bilan et le compte de résultat rectifiés ;

- le bilan et le compte de résultat tenant compte du passif de liquidation.

	bilan arrêté au 31/12/95	bilan rectifié au 31/12/95	bilan de liquidation au 31/12/95	bilan arrêté au 31/12/97	bilan de liquidation au 31/12/97
<b>ACTIF</b>					
Immobilisations	8 500	8 500	6 500	7 500	4 500
Stocks et en cours	3 500	2 500	2 500	2 500	1 500
Clients	10 000	7 000	7 000	6 000	5 000
Autres actifs	2 000	2 000	2 000	800	500
Disponibilités	1 000	1 000	1 000	200	200
<b>Total</b>	<b>25 000</b>	<b>21 000</b>	<b>19 000</b>	<b>17 000</b>	<b>11 700</b>
<b>PASSIF</b>					
Emprunt bancaire	5 000	5 000	5 000	8 000	8 000
Banque	10 000	10 000	10 000	15 000	15 000
CC associés	2 000	2 000	2 000	0	0
Fournisseurs	10 000	10 000	10 000	14 000	11 200
État	1 000	1 000	1 000	2 000	2 500
Dettes sociales	2 000	2 000	2 000	3 000	2 500
Coût licenciements			2 500		2 500
Contentieux à régler			500		500
Réalisation crédit-bail			300		300
<b>Total</b>	<b>30 000</b>	<b>30 000</b>	<b>33 300</b>	<b>42 000</b>	<b>42 500</b>
<b>SITUATION NETTE</b>	<b>- 5 000</b>	<b>- 9 000</b>	<b>- 14 300</b>	<b>- 25 000</b>	<b>- 30 800</b>
			X		X
<b>Aggravation 1997/1998</b>					<b>- 16 500</b>

	rectification compte de résultat au 31/12/95	rectification compte de liquidation au 31/12/95	compte de résultat arrêté au 31/12/96	compte de résultat arrêté au 31/12/97	compte de résultat liquidation au 31/12/97	aggravation 1997 /1995
Chiffres d'affaires			25 000	23 000	23 000	
Achats et charges			- 30 000	- 32 000	- 32 000	
Provision/clients	- 3 000	- 3 000				3 000 bilan
Rectification stocks	- 1 000	- 1 000				1 000 inexact
<b>Résultat d'exploitation</b>	<b>- 4 000</b>	<b>- 4 000</b>	<b>- 5 000</b>	<b>- 9 000</b>	<b>- 9 000</b>	
Charges financières			- 2 000	- 4 000	- 4 000	
<b>Résultat courant</b>	<b>- 4 000</b>	<b>- 4 000</b>	<b>- 7 000</b>	<b>- 13 000</b>	<b>- 13 000</b>	<b>- 20 000</b>



	rectification compte de résultat au 31/12/95	rectification compte de liquidation au 31/12/95	compte de résultat arrêté au 31/12/96	compte de résultat arrêté au 31/12/97	compte de résultat liquidation au 31/12/97	aggravation 1997 /1995
CLicenciements		- 2 500			- 2 500	
Contentieux		- 500			- 500	
Résiliation crédits-bails		- 300			- 300	
Moins values/stocks		- 2 000			- 3 000	- 1 000
Créances/clients perdues					- 1 000	- 1 000
Créances diverses perdues					- 300	- 300
Pénalités fiscales					- 500	- 500
Dettes sociales rejetées					500	500
Dettes fournisseurs rejetées					2 800	2 800
<b>Résultat net</b>	<b>- 4 000</b>	<b>- 9 300</b>	<b>- 7 000</b>	<b>- 13 000</b>	<b>- 18 800</b>	
<b>Aggravation 1997/1995</b>						<b>- 16 500</b>

La situation nette de l'entreprise tenant compte du passif de liquidation ressort au 31 décembre 1995 à - 14 300 KF.

Le soutien abusif du banquier a permis à l'entreprise de poursuivre son activité deux années supplémentaires.

Il convient donc de déterminer le supplément de passif correspondant à l'activité des années 1996 et 1997.

Pour déterminer ce passif supplémentaire, l'expert présente en parallèle :

- le bilan arrêté par l'entreprise au 31 décembre 1997 ;
- le bilan de liquidation.

Le bilan de liquidation fait apparaître une situation nette négative de 30 800 KF qui, comparée à la situation nette qui serait apparue au 31 décembre 1995, soit - 14 300 KF, détermine l'aggravation du passif qui ressort à 16 500 KF.

Il convient de rechercher l'origine de cette aggravation par l'examen des comptes de résultat des années 1996 et 1997.

L'expert présente en parallèle :

- les rectifications apportées au compte de résultat de l'année 1995 et la prise en compte du passif de liquidation qui serait apparu au 31 décembre 1995 ;
- les comptes de résultat des années 1996 et 1997 ;
- le compte de résultat de liquidation au 31 décembre 1997 tenant compte du passif de liquidation à cette date.

Procédant à l'audit des comptes des années 1996 et 1997, l'expert relève diverses informations dont il faudra tenir compte pour déterminer les responsabilités de l'aggravation du passif :

- prélèvement d'intérêts par la banque : ..... 2 000 KF en 1996  
4 000 KF en 1997
- partie de la rémunération, du dirigeant jugée excessive : 1996 : 1 000 KF  
1997 : 1 000 KF

à laquelle il faut ajouter les charges sociales au taux de 50 %.

- retraits par le dirigeant de son compte courant : ..... 2 000 KF

Dès l'instant où le soutien abusif du banquier est avéré, il convient de relever les charges financières qu'a supportées l'entreprise de ce fait. Ces charges peuvent être la conséquence :

- de l'octroi d'un prêt de restructuration financière ;
- de l'octroi de concours bancaires courants, etc.

Afin d'informer le juge, l'expert consigne dans son rapport les taux d'intérêt pratiqués ainsi que les garanties supplémentaires obtenues par le banquier pendant la période de soutien abusif.

Prenant en compte ces informations, l'expert considère que l'aggravation du préjudice tient à la fois au soutien abusif de la banque et à la poursuite d'une activité déficitaire permettant au dirigeant de l'entreprise de s'allouer des rémunérations excessives et de retirer son compte courant.

Pour fixer le montant de l'aggravation du préjudice à mettre à la charge de la banque, l'expert propose une répartition liée aux avantages qu'en ont retirés le banquier et le dirigeant de l'entreprise, savoir par exemple :

- intérêts perçus par la banque : ..... 6 000 KF (55 %)
  - avantages retirés par le dirigeant de l'entreprise :
    - rémunération excessive ..... 2 000 KF
    - charges sociales ..... 1 000 KF
    - retraits du compte courant ..... 2 000 KF
- Total ..... 5 000 KF (45 %)

Dans une telle hypothèse, l'aggravation du préjudice peut être répartie comme suit :

- banquier : 55 % : ..... 9 000 KF
  - dirigeant de l'entreprise : 45 % : ..... 7 500 KF
- Total ..... 16 500 KF



Il s'agit là, bien entendu, d'un critère de répartition car il peut y en être substitué d'autres prenant en compte des éléments non chiffrés :

- la présentation de comptes ne donnant pas une image fidèle au 31 décembre 1995 du fait de la majoration des stocks et en cours de production et de la minoration des provisions pour dépréciation des créances des clients ;
- la poursuite d'une activité déficitaire en connaissance de cause, sans que le dirigeant en retire nécessairement des avantages personnels.

Pour le banquier, ce peut être un soutien abusif motivé par l'espoir de se désengager au détriment d'autres créanciers ou du dirigeant ou des cautions auxquels on aura demandé de donner des garanties supplémentaires. Prenant en compte ces éléments non chiffrés, il pourra par exemple être décidé que le banquier, du fait du soutien abusif, ne supportera que 50 % de l'aggravation du passif.

C'est bien entendu au juge de fixer en définitive le quantum.

En admettant que le banquier soit condamné à supporter l'aggravation du passif à hauteur de 9 000 KF, il est intéressant, afin de mesurer les effets d'une telle décision, de comparer le montant du passif remboursé et la quote-part de l'insuffisance d'actif à supporter par le banquier dans les trois hypothèses suivantes :

- liquidation de l'entreprise au 31 décembre 1995 ;
- liquidation de l'entreprise au 31 décembre 1997, en considérant que le banquier ne soit pas recherché pour soutien abusif ;
- liquidation au 31 décembre 1997, en tenant compte d'une quote-part de l'insuffisance d'actif de 9 000 KF mise à la charge de la banque pour soutien abusif.

SORT DES CRÉANCIERS	Liquidation au 31/12/1995		Liquidation au 31/12/1997 sans soutien abusif		Liquidation au 31/12/1997 avec soutien abusif application de la loi		Liquidation au 31/12/1997 avec soutien abusif imputation / la créance	
	actif	passif remboursé	actif	passif remboursé	actif	passif remboursé	actif	passif remboursé
<b>ÉTAT DU PASSIF</b>								
<b>créanciers privilégiés :</b>								
Licenciements	2 500	2 500	2 500	2 500	2 500	2 500	2 500	2 500
Contentieux, frais de justice	500	500	500	500	500	500	500	500
État	1 000	1 000	2 500	2 500	2 500	2 500	2 500	2 500
Organismes sociaux	2 000	2 000	2 500	2 500	2 500	2 500	2 500	2 500
<b>Total</b>	<b>6 000</b>	<b>6 000</b>	<b>8 000</b>	<b>8 000</b>	<b>8 000</b>	<b>8 000</b>	<b>8 000</b>	<b>8 000</b>
<b>Créanciers chirographaires :</b>								
Réalisation des crédits-bails	300 47,62 %	143	300 10,72 %	32	300 36,81 %	110	300 14,51 %	44
Banque	15 000	7 143	23 000 10,72 %	2 467	23 000 36,81 %	8 467	23 000 14,51 %	2 031 - 9 000
CC associés	2 000 47,62 %	952						
Fournisseurs	1 000 47,62 %	4 762	11 200 10,72 %	1 201	11 200 36,81 %	4 123	11 200 14,51 %	1 625
<b>Total</b>	<b>27 300</b>	<b>13 000</b>	<b>34 500</b>	<b>3 700</b>	<b>34 500</b>	<b>12 700</b>	<b>25 500</b>	<b>3 700</b>
<b>Total du passif</b>	<b>33 300</b>	<b>19 000</b>	<b>42 500</b>	<b>11 700</b>	<b>42 500</b>	<b>20 700</b>	<b>33 500</b>	<b>11 700</b>
<b>INSUFFISANCE D'ACTIF à la charge de la banque</b>	- 14 300		- 30 800		- 30 800	9 000	- 30 800	9 000
<b>PASSIF REMBOURSÉ</b>	<b>19 000</b>		<b>11 700</b>		<b>20 700</b>		<b>11 700</b>	
<b>Part de la banque :</b>								
Passif remboursé		7 143		2 467		8 467		2 031
Quote part de l'insuffisance		0		0		- 9 000		0
<b>Total</b>		<b>7 143</b>		<b>2 467</b>		<b>- 533</b>		<b>2 031</b>

Ainsi que le montre le tableau présenté ci-avant, les créanciers chirographaires auraient perçu 47.62 % de leur créance si la liquidation avait eu lieu le 31 décembre 1995.

Si la liquidation de l'entreprise avait eu lieu le 31 décembre 1997 sans que la banque ait été condamnée pour soutien abusif, les créanciers chirographaires n'auraient perçu que 10.72 % de leur créance.

En mettant à la charge de la banque 9 000 KF au titre de l'aggravation du passif qu'elle a fait subir aux créanciers par suite de son soutien abusif, les créanciers chirographaires percevoient 36.81 % de leur créance.

Dans ce dernier cas de figure, la banque verse entre les mains des mandataires liquidateurs la somme de 9 000 KF qui permet de rembourser aux créanciers chirographaires

un montant total de 12 700 KF au lieu de 3 700 KF. Le banquier est alors mis sur le même plan que les autres créanciers chirographaires et recevra 36.81 % de sa créance, soit 8 467 KF. Toutefois, ayant dû verser la somme de 9 000 KF, en réalité, la banque ne percevra pas sa créance de 23 000 KF mais supportera en plus un passif net de 533 KF.

Une autre méthode, qui n'est pas prévue par la loi, aurait pu consister à réduire la créance de la banque de 9 000 KF et à procéder à la répartition des créances compte tenu de cette réduction à 12 000 KF de la créance du banquier.

Comme on le voit dans le tableau présenté ci-avant, dans cette hypothèse, les autres créanciers chirographaires ne percevraient que 14.51 % de leur créance au lieu de 36.81 % lorsque l'on applique la loi. En outre, le banquier récupérerait en final 2 031 KF.

En tout état de cause, cette méthode se heurte au principe de non compensation en procédure collective.

**La principale difficulté pour l'expert, est de réunir les informations qui permettront au juge de quantifier le montant de l'aggravation du passif qui doit finalement être supporté par le banquier.**

Ces informations figurent dans les comptes de l'entreprise mais aussi dans des documents extra-comptables tels que contrats ou conventions particulières favorisant le dirigeant de l'entreprise ou certains de ses partenaires, comptes prévisionnels montrant à l'évidence que l'entreprise a poursuivi sciemment une activité déficitaire, courriers échangés avec le banquier ou encore notes des comités de crédit de la banque montrant que celle-ci avait une bonne connaissance de la situation réelle de l'entreprise, informations données par la Banque de France au banquier : incidents de paiement, notation de l'entreprise, etc.

Dans tous les cas de figure, l'expert devra se placer au moment des faits pour apprécier la connaissance qu'avaient les acteurs, dirigeant, cautions, banquier ou autres créanciers, au moment des prises de décision.

## **6. Missions portant sur les conséquences pénales de l'octroi ou du maintien abusif de crédit**

Dans certaines situations, la responsabilité du dispensateur de crédit n'est pas seulement civile, elle est également pénale **lorsque les faits caractérisent sa complicité.**

Le principe de la criminalité d'emprunt exige que le complice soit associé à tous les éléments constitutifs du délit commis par l'auteur principal et punissable à ce titre.

Il est donc exigé la participation active ou consciente du dispensateur de crédit.

La participation consciente du créancier au délit peut résulter de la connaissance qu'il avait d'un montage financier illicite, de l'ordre donné ou du moyen fourni.

On peut citer à titre d'exemples :

- l'acceptation en connaissance de cause d'effets de complaisance ;
- la fourniture d'un crédit à un taux excessif assorti de sûretés disproportionnées ;
- l'aide et l'assistance apportées sciemment par la banque à l'emploi par le débiteur de moyens ruineux pour se procurer des fonds en vue de retarder la cessation des paiements ;
- la mise en œuvre de moyens permettant d'éviter la mise en jeu d'une garantie de bonne fin de travaux.

Tous ces faits peuvent être mis en évidence par le travail de l'expert.

Dans un jugement du 1er juillet 1996, exposé précédemment par Michel Bruyas, le tribunal correctionnel de Béthune a condamné le directeur d'une banque à 6 mois d'emprisonnement avec sursis et à F. 50 000 d'amende pour complicité d'abus de biens sociaux.

La chambre commerciale du tribunal de grande instance de Béthune n'avait pas condamné la banque pour soutien abusif du groupe TESTUT, celui-ci ayant reçu de sa société mère une somme de 240 millions de francs le 30 novembre 1993, permettant de rembourser les concours bancaires octroyés.

Ainsi, dans ce cas d'espèce, le soutien abusif de la banque a eu comme conséquence pénale la condamnation pour complicité d'abus de biens sociaux de son directeur.

La mise en évidence des faits ayant conduit à cette condamnation n'a pu être réalisée qu'à travers une expertise comptable judiciaire.

Le travail des experts s'est déroulé en plusieurs phases :

- reconstitution de l'organigramme et de l'historique du groupe de sociétés auquel appartenaient Testut et Trayvou ;
- évolution de la situation financière des sociétés Testut et Trayvou pendant la période litigieuse ;
- historique des phases successives de la location gérance du fonds de commerce de Trayvou à Testut ;
- restructuration financière des sociétés Testut et Trayvou mise en œuvre en 1993 et en 1994 ;
- contexte général de la location gérance et rôle du banquier.

Par un exposé de l'organigramme et de l'historique du groupe de sociétés, les experts ont établi qu'il était constitué par un ensemble de sociétés à la tête desquelles se trouvait une société cotée en bourse. Ils ont relevé les faits qui conduisaient à conclure que la SNC GBT ne faisait pas partie du groupe de sociétés mais représentait seulement l'actionnaire animateur de ce groupe.

Le tribunal a considéré que la société « tête de groupe » était la société cotée en bourse qui formait avec ses filiales un groupement économique fortement structuré, reposant sur des bases non artificielles et concourant à la réalisation



de l'objet social du groupe. La SNC GBT n'avait d'autre objet que de détenir pour le compte de son associé ses participations dans le groupe et à moindre niveau avait également pour finalité la satisfaction des projets personnels de l'intéressé.

Pour analyser la situation des sociétés Testut et Trayvou, les experts ont présenté leurs comptes de résultat sous forme de tableaux des soldes intermédiaires de gestion et leurs bilans, de manière à faire ressortir le fonds de roulement net, le fonds de roulement nécessaire à l'exploitation, la trésorerie et son financement.

Cette analyse a révélé une dégradation continue de l'activité, des résultats et de la situation financière de Trayvou. Quelques chiffres permettent d'en prendre la mesure :

- baisse de l'activité de 55 % en 1992 ;
- résultat courant déficitaire de 48 millions de francs en 1991, 30 millions de francs en 1992 pour les 6 premiers mois ;
- capitaux propres négatifs de 116 millions de francs au 31 décembre 1992 ;
- les concours bancaires courants représentaient 83 millions de francs au 31 décembre 1992 alors même que le chiffre d'affaires de Trayvou n'était que de 79 millions de francs en année pleine.

Les experts en ont conclu que la situation de cette société était irrémédiablement compromise.

Analysant l'historique du contrat de location gérance, les experts ont constaté que l'avenant du 29 décembre 1992, qui avait pour objet d'augmenter la redevance de location gérance pour la porter à 8 millions de francs par an et ce, pendant 15 ans, n'avait aucun fondement économique, ceci par rapprochement avec les résultats déficitaires de la société Trayvou et l'impossibilité de son redressement.

Les experts ont analysé les conditions dans lesquelles la banque avait consenti à la société Trayvou un prêt de 78 millions de francs en 1993 remboursable sur une durée de 15 ans. Ils ont constaté que le montant des échéances de ce prêt correspondait précisément au montant des loyers du contrat de location gérance. Ils en ont conclu que ce prêt n'avait d'autre objet que de permettre à la société Trayvou de rembourser les dettes qu'elle avait vis-à-vis de la banque sur une durée de 15 ans au moyen des redevances versées par la société Testut.

L'examen des notes des comités de crédit de la banque, saisies par le juge d'instruction, a révélé que le banquier avait une connaissance parfaite de la situation financière des sociétés Testut et Trayvou et qu'il ne pouvait ignorer que la société Trayvou se trouvait dans une situation irrémédiablement compromise.

Dès lors, il est apparu clairement que le montage financier avait pour objet d'éviter la déclaration de cessation des paiements de la société Trayvou qui aurait eu pour conséquence l'exécution de la caution, savoir, la SNC GBT qui avait garanti la banque.

C'est cet ensemble d'éléments qui a conduit le tribunal à considérer qu'un abus de biens sociaux avait été commis au bénéfice de la SNC GBT avec la complicité de la banque.

Comme il a été dit précédemment, la banque n'a pas été condamnée en soutien abusif de crédit. En effet, les deux concepts, soutien abusif et complicité d'abus de biens sociaux, sont distincts et pas nécessairement complémentaires. Ils trouvent leur source dans des fondements autonomes qui peuvent cependant se rejoindre dans certains cas.

L'analyse par les experts de la restructuration financière des sociétés Testut et Trayvou intervenue en 1993, a révélé que la banque avait abandonné une somme de 40 millions de francs au profit de la société Trayvou, que la société holding, qui avait réalisé d'autres participations, a pu apporter une somme de 240 millions de francs à la SA Testut, que la SNC GBT a cédé pour le franc symbolique à la société Testut, les titres de la société Trayvou qu'elle détenait, ce qui a permis à la société Testut de procéder à une augmentation de capital de la société Trayvou pour absorber le reliquat de ses déficits antérieurs.

Les experts ont relevé les faits mettant en évidence que l'ensemble des opérations juridiques ayant trait à cette affaire n'avait pas de fondement économique et n'avait pour objet que d'étaler dans le temps les dettes d'une société dont la situation était irrémédiablement compromise en les faisant supporter par une autre.

## Conclusion

Les apports de l'expert dans l'appréciation du juge saisi d'une affaire de soutien abusif ou de rupture brutale de crédit sont déterminants à la fois par l'exposé des faits dans leurs aspects qualitatifs et quantitatifs et par les avis que l'expert est amené à donner sur les diligences du banquier ou du créancier intéressé, sur la connaissance qu'il pouvait avoir de la situation économique et financière de l'entreprise ou sur le comportement fautif du débiteur.

Nous pensons que les apports de l'expert-comptable judiciaire sont également prépondérants en matière d'évaluation du préjudice subi par le débiteur ou les autres créanciers.

Il en est de même, pour autant que la mission de l'expert le prévoie, lorsqu'il s'agit de suggérer le quantum qui pourrait être mis à la charge du dispensateur de crédit, la décision demeurant en définitive à l'appréciation souveraine du juge.

Dans certains cas, le travail de l'expert sera rendu difficile par l'absence ou la dégradation de la tenue de ses comptes par le débiteur les derniers mois de son activité, par la perte de documents ou par l'obstruction à l'expertise (non-communication de documents par les personnes qui les détiennent). Dans ce dernier cas, l'expert ne manquera pas de se rapprocher du juge qui l'a commis, lequel dispose de moyens contraignants pour la production de documents dont l'existence est certaine.



Ces missions intéressant souvent des banques, il est indispensable aux experts d'avoir une bonne connaissance des pratiques bancaires quant au suivi des risques clientèle et des procédures de décision des comités de crédit.

Bien entendu, les professionnels du crédit sont soumis à des contraintes plus fortes du fait qu'ils agissent dans un cadre professionnel qui ne peut être transposé aux autres dispensateurs de crédit.

En effet, dans nombre de situations, les fournisseurs n'ont pas accès aux mêmes informations que les banquiers. Toutefois, un fournisseur principal de l'entreprise peut se trouver en situation de soutien abusif de crédit lorsqu'il a avec cette entreprise des liens particuliers, lorsque celle-ci est par exemple un franchisé ou un concessionnaire. Il est fréquent qu'un franchisé ou un concessionnaire doive communiquer au franchiseur ou au concé-

dant des informations financières mensuelles. Ce dernier a, de ce fait, une bonne connaissance de la situation financière réelle de son débiteur.

L'évocation de ces situations permet de rappeler que, dans tous les cas, l'expert doit se replacer, dans l'analyse des relations des parties, au moment des faits, afin d'apprécier la connaissance qu'avait ou que pouvait avoir le dispensateur de crédit, de la situation économique et financière de son débiteur.

Ce n'est pas là la moindre difficulté que rencontre l'expert judiciaire dans l'exécution de la mission qui lui est confiée.

**Monsieur le Premier Président Truche.** – Nous allons avoir maintenant 10 minutes de pose.

La séance est suspendue.



La séance est reprise.

**M. Le Premier Président Truche.** – Nous avons maintenant une demi-heure de questions. Qui veut poser la première?

**M. Leclercq.** – Je voulais faire quelques observations sur le rapport de M. Duponchelle, en ce sens qu'une partie de son propos me chagrine un peu lorsqu'il parle de partage de responsabilités dans la répartition du quantum sur la banque.



Responsabilité bancaire : nous sommes dans le droit général de la responsabilité. Cela veut dire que chaque responsable est, vis-à-vis des victimes, responsable pour le tout quitte, après, à ce qu'il se retourne contre les autres responsables qui peuvent contribuer à l'indemnisation du préjudice. C'est seulement lorsque la victime est elle-même partiellement responsable que l'on peut de suite prononcer une condamnation partielle. Dans l'évaluation du quantum je ne pourrai pas vous suivre alors que, pour le reste, je vous suis bien.

Ainsi vous ajoutez un élément important à ma réflexion : alors que certains considéraient que l'on mesurait l'aggravation du passif en comparant des montants en

valeurs absolus, vous affectez ces résultats du pourcentage de la liquidation que les créanciers chirographaires auraient pu obtenir dans la première liquidation si elle avait été faite. Cela pour moi est un élément nouveau et il est intéressant.

**M. Duponchelle.** – Je ne me permettrai certainement pas de contredire M. le Haut Conseiller Leclercq. Seulement il se produit un certain nombre de situations où le tribunal demande à l'expert de faire cette répartition. C'est pour cela que nous avons, au sein de notre groupe de travail, proposé un calcul.

**M. Darrousez.** – Pour compléter les propos de Bruno Duponchelle, je pense qu'il y a un léger malentendu. En effet, on peut imaginer une action en responsabilité de droit commun à l'égard du banquier, qui pourrait aboutir à sa condamnation. Dans la pratique, les juridictions de fond ont tendance à prononcer des condamnations de sommes forfaitaires, qui ne seront pas aussi précises que celles auxquelles parviennent les experts dans le cas d'espèce qui est un cas d'école.



Mais on peut aussi penser qu'il peut y avoir une action en comblement de passif, article 180, au niveau des dirigeants pour des fautes de gestion et, par voie de conséquence, il peut y avoir une condamnation du banquier,

totale ou partielle d'une part et une condamnation des dirigeants pour les fautes de gestion commises. Ce que vous venez de préciser, monsieur le Haut Conseiller, est donc tout à fait exact. Je crois qu'il vaut mieux dire qu'il y a une condamnation possible pour le banquier d'une part, condamnation également possible pour les dirigeants d'autre part, tout ceci dans l'intérêt des créanciers de la procédure.

**M. Canlorbe.** – Expert à Paris. On a évoqué tout à l'heure, de façon un peu annexe, les problèmes de location. Je voudrais savoir si des questions peuvent être soulevées en matière légale, jurisprudentielle, doctrinale, sur le crédit-bail ou la location, prises comme techniques de financement.



J'évoque cela parce qu'il m'est arrivé de connaître le cas où, dans le cadre d'un dépôt de bilan, se sont révélés d'importants engagements de crédit-bail, octroyés de façon négligente par les banquiers.

**M. Darrousez.** – Je crois que la responsabilité de l'établissement financier, de l'organisme de crédit-bail, de location, peut être mise en cause au même titre que la responsabilité de la banque. Il n'est d'ailleurs pas extraordinaire de rencontrer dans les affaires en difficulté des entreprises dont l'actif se trouve réduit à une valeur symbolique parce que toutes les immobilisations sont en crédit-bail ou en location, les stocks sont grevés de clauses de réserve de propriété, les créances ont été cédées dans le cadre de la loi Dailly, etc.

Je crois, pour répondre à votre question, qu'un établissement de crédit-bail pourrait être tout aussi bien recherché en responsabilité pour avoir accordé des contrats de location, de crédit-bail selon les mêmes critères que ceux relevés précédemment ; faute, préjudice, lien de causalité.

Peut-être un magistrat souhaite-t-il intervenir ?

**M. Reinhard.** – Je ne veux pas du tout répondre à la question précédente mais revenir sur un point qui a été abordé par M. Bruyas, le problème de la responsabilité de l'État. Je profite de la présence de monsieur le Haut

Conseiller Leclercq pour soumettre mon opinion et faire le point sur la jurisprudence aujourd'hui. Pour moi elle n'a pas évolué.



Il y a deux cas de figure, me semble-t-il. Ou bien l'État est recherché comme dirigeant de droit et, du point de vue de la compétence, je ne vois pas d'inconvénient à ce que la juridiction judiciaire soit choisie, elle me paraît compétente. Ou bien alors l'État est recherché – c'est Manufrance – comme dirigeant de fait. Et comme là il y a à donner une appréciation sur la conduite de l'État et sur la façon dont il s'est comporté, il me semble que la juridiction judiciaire n'est pas compétente et que seule l'est la juridiction administrative. Je me fonde sur deux arrêts, l'un de 1989, très connu, du Tribunal des conflits, l'autre de 1993 rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation. Il me semble que les deux se complètent.

Je ne crois pas que le passage d'une appréciation de responsabilité – c'était l'ancien régime – à un système de responsabilité pour faute, ce qui est le nouveau régime, change quoi que ce soit à cette dualité du régime, ce qui est évidemment à la fois curieux et disons le carrément fâcheux parce qu'un même texte est soumis à des juridictions différentes selon que l'on recherche l'intéressé en qualité de dirigeant de droit ou de fait.

C'est en même temps qu'une observation une vraie question et j'aimerais savoir si je suis véritablement dans le droit fil de la jurisprudence.

**M. Leclercq.** – J'ai cru comprendre que vous me demandiez une réponse. Je ne la donnerai qu'avec une grande prudence.

Sur la compétence en cas d'actions contre l'État recherché en tant que dirigeant de fait, avec une quasi-certitude, c'est bien aujourd'hui celle des juridictions administratives. Est-ce qu'il faut pour autant, aussi fermement que vous le proposez, Monsieur le Professeur, exclure la même compétence de la juridiction administrative pour le cas où l'État est recherché comme dirigeant de droit ? je suis moins favorable que vous à la compétence judiciaire.



**M. Bessard, Lyon.** – J'ai deux questions à poser :

La première concerne la responsabilité éventuelle de l'État. Nous connaissons tous, dans nos régions respectives, l'existence d'entreprises importantes, en difficulté et en cours de restructuration.

Il est fréquent que le Préfet constitue et réunisse à la Préfecture un comité de pilotage dans lequel sont présents, entre autres, les collectivités locales et les banques.



Prenons un cas précis : une association sans but lucratif applique le plan de restructuration agréé par le comité de pilotage. Les banques, le Conseil régional, le Conseil général et la commune ont augmenté leur contribution (la commune a garanti les emprunts contractés à hauteur de 50 %).

L'association dépose le bilan car le seul partenaire à n'avoir pas respecté ses engagements a été l'État.

Quid en ce qui concerne la rupture ou le soutien abusif ?

Les créanciers (autres que les banques) ne pourraient-ils pas considérer que l'État cautionnait ce plan de restructuration puisque l'existence de ce comité de pilotage était de notoriété publique ?

Ma deuxième question concerne une situation totalement différente : il s'agit d'un groupe international de renommée mondiale ayant plusieurs implantations en France. Ce groupe avait, parmi ces implantations, une division qui générait 30 millions de pertes par an. Ce groupe trouve un « ami » pour racheter cette division.

Il y a donc cession de fonds de commerce et non cession d'action. Les éléments vendus, c'est-à-dire le stock, les créances clients, les disponibilités moins une partie des dettes, ont été cédés pour 10 millions alors qu'ils figuraient dans le bilan de la société pour 60 millions.

« L'ami » ayant acquis cette division a réalisé cette opération après avoir créé une société. Celle-ci a vécu sur ce cadeau du vendeur généreux pendant un an et demi puis le gâteau étant épuisé, il y a eu dépôt de bilan.

Peut-on considérer qu'il y a soutien abusif du vendeur, c'est-à-dire du groupe international ?

**M. Bruyas.** – Lyon. La première question se réfère à une expertise en cours dans laquelle Jean-Pierre Bessard et moi-même sommes impliqués. La solution à ce problème paraît évidente. L'expert n'a pas à dire le droit. Il relève des faits et le juge décide. En l'espèce, dans la mesure où cette association a pu continuer à vivre pendant des années, dans la mesure où les tiers, les banques ont continué à accorder leur confiance parce qu'il y avait justement ces réunions du comité de pilotage qui se tenaient régulièrement à la Préfecture, on peut penser que l'État a engagé sa propre responsabilité dans la continuité d'une exploitation irrémédiablement déficitaire.

En notre qualité d'experts, nous nous contenterons dans cette affaire de rapporter fidèlement au magistrat l'historique de ces réunions, leur contenu, en nous gardant bien de porter un quelconque jugement.

**M. le Premier Président Truche.** – Sur la deuxième question, la vente d'une succursale d'une société qui était en mauvaise posture ?

**M. Duponchelle.** – Sur la deuxième question je ne vois pas très bien comment il peut y avoir un soutien abusif de crédit. Est-ce que le fait de céder un stock 10 millions alors qu'il vaut 60 millions constitue en soi un crédit ? Le repreneur ne contracte pas un emprunt de ce fait. Il n'a aucune dette. Il me semble plutôt que le nouvel entrepreneur a repris la société dans l'état qu'il connaissait, compte tenu de ses résultats déficitaires, car il ne semble pas que les comptes de cette société aient été maquillés. Il a assumé son risque d'entrepreneur. Je ne vois pas comment on peut, dans ce cas là, appliquer le soutien abusif de crédit.

**M. Rouger.** – Président honoraire du tribunal de commerce de Paris. La question que je voulais poser à M. Bruyas porte sur le sujet que vous venez d'évoquer. Je trouve qu'il est dommage qu'on ait réduit la notion d'abus de soutien aux procédures collectives. Il y a de nombreux abus de soutien qui se manifestent par des infractions aux règles de concurrence générale, c'est ce que monsieur vient d'évoquer. Il y a eu un soutien qui, grâce au transfert



des éléments d'exploitation de l'entreprise, a donné un privilège, un avantage absolu contre ses concurrents à l'entreprise, aux éléments qui ont été cédés.

Quand on regarde les infractions à la concurrence selon les règles internes et selon les règles communautaires, on se rend compte que la notion d'abus de soutien dépasse de très loin la simple procédure collective. Je voudrais savoir qu'en pense M. Bruyas ?

**M. Bruyas.** – Je partage totalement votre avis à tel point que ce problème a été évoqué ce matin avant le repas. Il a été dit d'une manière très précise que la responsabilité du banquier dépassait de très loin les seuls cas de procédure collective.

**M. Leclercq.** – Deux mots seulement pour le cas du soutien par l'État. Notre jurisprudence dégage la responsabilité des banques lorsqu'elles ont apporté à des entreprises en situation irrémédiable des crédits nouveaux, lorsqu'elles l'ont fait sur l'insistance de l'État. C'est une jurisprudence qui s'appliquait avec réalisme dans le passé parce que les banques ne pouvaient pas dire non à l'État ; mais ce qui n'est sans doute plus le cas.

Cette jurisprudence qui dégage les banques de leur responsabilité lorsque l'État l'assume à leur place n'était pas applicable dans le cas où le soutien vient d'une collectivité locale. Il a été considéré que les collectivités locales n'avaient pas la même influence sur les centres de décisions bancaires que l'État lui-même.

**Mme Berne-Lamontagne** (Paris). – Je voudrais simplement ajouter une réflexion à ce qui vient d'être dit ; On a beaucoup parlé de la responsabilité des tiers en matière de soutien abusif : les banques, les fournisseurs, les sociétés mères et filles en matière de groupe, mais relativement peu de l'espèce de laxisme pour ne pas aller jusqu'au terme de « tolérance » manifesté, dans certains cas, par des organismes, sociaux ou para sociaux, voire même par l'administration fiscale qui laissent accumuler des passifs qui sont parfois extrêmement importants.



Je m'interroge donc : Si on peut interpréter le cas échéant cette « tolérance » comme une sorte de soutien abusif – mais cette interprétation n'engage que moi – à

quel moment se trouve-t-on alors dans le cadre de la « rupture brutale » et, dans cette hypothèse, quelles sont alors ou quelles pourraient être, les conséquences ?

**M. Darrousez.** – Je pense, ma chère consœur, qu'il s'agit malheureusement plus d'une constatation que d'une simple question. Il est bien connu ici et là que les administrations fiscales et para fiscales ne sont guère pressées de poursuivre les entreprises en procédure collective. Encore que l'URSSAF ait tendance à le faire plus facilement que le Trésor public.

Faut-il que les mandataires de justice prennent l'initiative de poursuivre devant le tribunal le Trésor public quand il aura accordé des crédits de TVA un peu abusifs ? Je pose la question, je n'ai pas de réponse.

**M. Peillon.** – Lyon. Lorsqu'à Angers, j'étais rapporteur, j'avais évoqué une difficulté qui, à mes yeux, n'allait pas manquer d'apparaître et qu'aujourd'hui nous commençons à rencontrer. Il s'agit des problèmes qui sont liés à la conciliation et au règlement amiable. Une entreprise, qui n'est pas en état de cessation des paiements, a mis au point un plan, un moratoire, un acte transactionnel avec ses créanciers, et ce document, vous le savez, ne doit pas être diffusé à d'autres que ceux qui en sont signataires. Il y a des sanctions pénales en cas de divulgation de ce document.



Aujourd'hui, que constate-t-on trois ou quatre ans plus tard ? Certaines conciliations ont permis à quelques entreprises de continuer à survivre mais toutes ne sont pas arrivées au terme du processus.

Aujourd'hui, ces conciliations nous posent un problème car en définitive, tout le monde se rejette la balle. Lorsque l'expert est saisi, ce document qu'il n'est pas censé avoir, peut néanmoins être fondamental dans l'exécution des diligences pouvant éclairer le Juge.

On se trouve en face d'un problème un peu délicat. La vraie question n'est pas comment citer le document, mais comment traiter les conséquences de ces procédures de conciliation qui ont fait florès à une époque et dont on voit les résultats maintenant.



**M. Darrousez.** – Simplement une petite observation : notre confrère Peillon a été très occupé ce matin par d'autres obligations professionnelles inhérentes à l'organisation de ce congrès. Nous avons fait référence à un arrêt récent de la Cour de cassation d'avril 1998. Cette décision, sauf s'il s'agit d'un cas d'espèce ce que j'ignore, va faire vraisemblablement obstacle à ce que l'on puisse ultérieurement revenir sur un règlement amiable, en prétendant qu'il y avait cessation des paiements lors de son ouverture.

Encore une fois, je crois que le risque dont vous parlez sera certainement amoindri dans l'avenir dans la mesure où l'on considèrera que le règlement amiable est valable parce qu'il n'y avait pas de passif exigible exigé à l'époque.

Quant à la communication du protocole d'accord, je n'ai pas de réponse précise à vous apporter. Seul un magistrat serait peut-être en mesure de vous apporter des éléments de réponse. Il est vrai que la procédure de règlement amiable présente un caractère confidentiel pendant son déroulement.

Faut-il aller jusqu'à prétendre que le protocole d'accord, qui en est en quelque sorte la résultante, soit également confidentiel, je ne le pense pas.

**M. Rouger.** – Je veux bien donner une explication sur le règlement amiable : la conciliation n'est que le moyen du règlement amiable. L'article 38 de la loi de 1984 a donné effectivement un poids au secret des opérations qui paraît fort curieux. Mais, en fait, c'est un contrat.

Ce qui pose problème ce n'est pas le contrat, c'est que le contrat persiste avec la loi de 1985 qui est contre le contrat. Ce n'est pas le contrat qui pose problème, c'est la loi de 1985.

**M. Leclercq.** – Je vais tout à fait dans le sens de M. Rouger, mais avec une nuance : je crois que ce secret pose beaucoup de problèmes justement et que la loi de 1985 telle qu'elle est interprétée par cet arrêt de 1998 conforte plutôt l'efficacité des règlements amiables pour entraver la constatation ultérieure d'une cessation de paiement remontant à l'époque de tels accords. Ce n'est pas tellement le problème de la loi de 1985, c'est le problème du secret qu'il s'agisse de restructuration dans le cadre de règlements amiables dans le cadre de ces conciliations faites par le président de la juridiction commerciale ou qu'il s'agisse de restructurations spontanées, organisées par les dirigeants eux-mêmes qui vont chercher des

apports de capitaux à l'extérieur, période pendant laquelle les banquiers, avec le risque, a posteriori, de se retrouver en soutien abusif, continuent à financer.

Dès lors que tous les fournisseurs potentiels, tous les nouveaux créanciers potentiels savent qu'on est en train de sauver cette entreprise, à ce moment-là ils participent au sauvetage ou ils ne participent pas. Il ne faut pas dire que c'est l'attitude de la banque qui a donné toute confiance. À ce moment-là je crois qu'il n'y a plus de soutien abusif dès lors que la réalité de la situation de l'entreprise, la réalité des inquiétudes justement motivées de tous les participants au crédit nouveau était effectivement connue de tous ceux qui viennent se joindre à la poursuite de l'activité.

**M. Rouger.** – J'accepte la nuance étant précisé que depuis l'arrêt de la Cour de cassation de 1998 le passage de l'exigible à l'exigé évite des combats externes sur la notion de cessation de paiement et permet très certainement de lever une partie du secret parce que le règlement amiable qui était très vulnérable du fait de l'existence de la loi de 1985 et de la notion de cessation de paiement qu'elle induit est moins vulnérable aujourd'hui car il sera beaucoup plus difficile après l'arrêt de la Cour de cassation de venir discuter sur la situation réelle ou non de cessation de paiement de l'entreprise, son règlement amiable.

**M. Reinhard.** – Je ne vois pas très bien où est le problème posé par Renaud Peillon. D'abord pour moi l'arrêt de 1998 ne change pas grand chose à une jurisprudence qui largement avait anticipé. Si les conditions de règlement amiable sont respectées d'une part, si, d'autre part, on considère les conditions du soutien abusif qui sont notamment la connaissance d'une situation irrémédiablement compromise, je ne vois pas que pendant un règlement amiable, on courre le risque d'être assigné en soutien abusif.

Le problème du secret est gênant dans certains cas, mais c'est une question un peu différente de celle que nous traitons ; par ailleurs, il y a, selon moi, une complète contradiction entre l'idée d'une recherche en responsabilité pour soutien abusif et d'un plan de continuation qu'il soit connu ou pas, par ceux qui le connaissent ou par ceux qui l'ignorent puisque si les conditions de l'une et de l'autre de ces institutions sont respectées, il me semble qu'il y a carrément antinomie entre la recherche d'une responsabilité et la continuation par un plan.

**M. le Premier Président Truche.** – Qui pose la dernière question ? ... Alors une réponse globale par M. Darrousez.

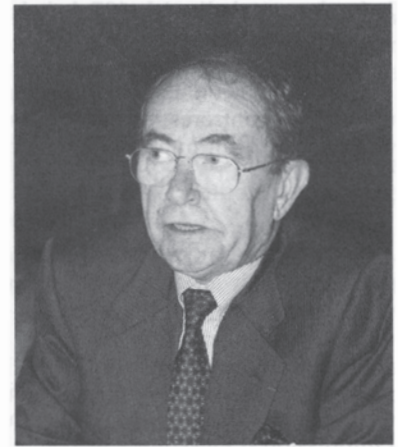




## RAPPORT DE SYNTHÈSE

Présenté par Monsieur Pierre DARROUSEZ

*Expert agréé par la Cour de cassation*



Monsieur le Premier Président,  
Mesdames et Messieurs les Hauts Magistrats,  
Mesdames et Messieurs,  
Chères consœurs, chers confrères,

Il me revient l'honneur et le plaisir de vous présenter la synthèse des travaux de cette journée. La tâche n'est pas simple, car si les rapports de mes quatre confrères, fruits d'un travail d'équipe, ont été particulièrement denses et précis, les discussions qui se sont déroulées, tant ce matin que cet après-midi, ont démontré l'ampleur et la complexité du thème choisi pour ce Congrès.

Vous vous souvenez certainement qu'avant de donner la parole à notre premier rapporteur, je vous avais proposé une convention de langage portant sur deux notions voisines mais bien distinctes : la cessation des paiements d'une part, la situation irrémédiablement compromise d'autre part. Au cours de cette journée, ces deux notions ont été évoquées à de multiples reprises, car elles constituent l'une des pierres d'achoppement de notre sujet. En effet, que constate-t-on dans la pratique ? Mises à part de très rares exceptions en matière de rupture brutale de crédit, ou dans le cas cité ce matin par un confrère, visant les actionnaires d'une Société Anonyme *in bonis*, il n'y a pratiquement pas de mise en cause des dispensateurs de crédit en dehors, élément catalyseur, d'une procédure collective, disons plus largement d'une faillite, d'une déconfiture.

D'autres constats rapides peuvent être également effectués. En premier lieu, les actions en responsabilité engagées visent aujourd'hui tous les dispensateurs de crédit. Certes, trouve-t-on en premier rang le banquier, mais aussi de plus en plus souvent, les fournisseurs au sens large, les groupes de sociétés, les administrations fiscales et parafiscales, voire l'État et les collectivités territoriales. Une difficulté, relevée notamment par le Professeur Reinhard et le Haut Conseiller Pierre Leclercq, demeure toutefois à surmonter concernant ces derniers agents économiques, à savoir la compétence de la juridiction saisie d'une action en responsabilité à leur égard. Faut-il envisager, comme certains ont pu le préconiser, la création de juridictions économiques qui auraient à connaître de telles procédures tant en droit privé, qu'en droit public ? La

question est complexe et dépasse largement le cadre de nos débats, elle demeure en tout cas posée.

Je ne reviendrai pas sur la diversité des situations rencontrées en la matière, dont notre confrère Jean-Claude Caillau nous a exposé d'entrée de jeu un saisissant raccourci, au moyen de multiples exemples tirés d'une expérience professionnelle indéniable.

En second lieu, il est aujourd'hui admis, de façon quasi unanime, qu'un certain nombre d'obligations pèsent sur le dispensateur de crédit. Je rappellerai plus particulièrement celles décrites de manière exhaustive par nos confrères, Michel Devillebichot et Michel Bruyas : le devoir d'information, celui de discernement et de conseil, voire, dans certains cas, celui de surveillance de la destination des fonds prêtés. Il a été particulièrement insisté sur la nature et le contenu des documents juridiques et comptables que devait exiger de son client le dispensateur de crédit. Il a été relevé au cours de la discussion, que des comptes prévisionnels devaient être également exigés. Ces diligences paraissent aujourd'hui unanimement admises. Elles constituent un facteur incitatif à l'amélioration de la transparence du crédit.

Il a été également rappelé par nos deux confrères l'évolution légale et jurisprudentielle en matière de dénonciation des concours bancaires consentis, ainsi que les deux causes d'exonération de responsabilité prévues par la loi bancaire du 24 Janvier 1984 : le comportement gravement répréhensible du bénéficiaire du crédit ou la situation irrémédiablement compromise de celui-ci.

Observons simplement que cette notion, à l'origine purement prétorienne, bénéficie ainsi d'une consécration légale, sans que pour autant, une telle situation « irrémédiablement compromise » soit définie précisément. Nous constaterons tout à l'heure que l'apport de l'expert-comptable judiciaire peut s'avérer à cet égard particulièrement intéressant dans la démarche du Juge.

Enfin, en troisième lieu, nous avons constaté que la mise en cause du dispensateur de crédit n'était pas limitée à sa responsabilité civile, puisque sa responsabilité pénale pouvait être également recherchée, plus particulièrement sur



le fondement de l'article 197 de la loi du 25 Janvier 1985 en matière de banqueroute.

A cette occasion, l'étude approfondie de cas réels exposés par nos confrères Michel Bruyas et Bruno Duponchelle s'est avérée d'un intérêt pédagogique incontestable, plus particulièrement au niveau de la mission de l'expert judiciaire.

J'aurais aimé, au terme de cette journée particulièrement dense, pouvoir achever cette conclusion par le rappel de ces quelques constatations qui ont recueilli un consensus quasi unanime.

Mais en réalité, je suis dans l'obligation de terminer cet essai de synthèse, par une double interrogation, qui reflète l'impression d'incertitude et même de flou que nous ressentons au terme de ce périple, nonobstant la qualité des interventions qui l'ont ponctué.

Cette double interrogation, je la mènerai, si vous le permettez, d'une part sur un plan pratique, celui du droit positif, d'autre part sur un plan théorique, celui des aspirations et des réflexions. Ce sont ces deux parties que nous examinerons successivement.

## I. – Qu'en est-il en droit positif ? (*de lege lata*)

Comme je vous le rappelais voici quelques instants, la mise en cause du dispensateur de crédit intervient dans la quasi totalité des cas, tant en matière civile que pénale, dans une hypothèse de procédure collective. À cet égard, la technique juridique qui nous a été dépeinte mérite à tout le moins des précisions sous deux angles. On souhaiterait tout d'abord être fixé sur la question de savoir qui peut agir en rupture brutale de crédit ou en soutien abusif, compte tenu de l'évolution jurisprudentielle constatée au cours de ces trente dernières années. En second lieu, il est également nécessaire de préciser, puisqu'il s'agit de la finalité même des actions engagées, quels seront en définitive les bénéficiaires de ces actions.

### A. – Qui peut agir ?

Il est un personnage pour lequel l'accès à l'action ne pose aujourd'hui aucune difficulté, mais au-delà l'on s'interroge.

1. – Nous avons vu que, nonobstant la disparition de la masse, la solution est demeurée identique dans le régime actuel de la loi du 25 janvier 1985 : le syndic autrefois, le représentant des créanciers ou le liquidateur aujourd'hui, se voient accorder la possibilité, disons la qualité et la capacité, d'ester en justice en matière de soutien abusif ou de rupture brutale de crédit.

Ceci résulte de l'article 46 de la loi de 1985 pour le représentant des créanciers et l'assimilation va de soi, s'agissant du liquidateur. La Cour suprême a eu l'occasion

de le rappeler à plusieurs reprises, notamment par un arrêt remarqué du 16 novembre 1993, qui précise une nouvelle fois qu'il importe peu que la personne poursuivie soit elle-même titulaire d'une créance trouvant son origine antérieurement au jugement d'ouverture.

Il est logique d'admettre que l'intérêt commun à la réparation de ce préjudice collectif, distinct de la somme des préjudices individuels des créanciers, justifie l'exercice d'une action collective. Cette pensée fort ancienne du Doyen Ripert est donc toujours d'actualité.

Si la solution ne pose guère de problème pour le représentant des créanciers et le liquidateur, il n'en va pas de même pour un certain nombre d'autres intervenants.

#### 2. – Qu'en est-il de ces autres personnes ?

a) En premier lieu, la question se pose bien entendu pour celui que nous appellerons volontiers le débiteur, qui pourrait semble-t-il agir seul, s'il n'était pas dans les liens d'une procédure collective. Mais peut-il encore agir après l'ouverture d'une telle procédure ?

D'aucuns prétendent qu'il faut admettre une espèce de droit propre du débiteur failli à se faire entendre, nonobstant le principe de son dessaisissement. Mais ce principe ne peut concerner que des contentieux touchant strictement la procédure collective, tels que par exemple celui de la vérification du passif ou celui portant sur un jugement de conversion en liquidation judiciaire ou un jugement de sanctions.

Tel ne semble pas être le cas en matière d'action en responsabilité à l'égard d'un dispensateur de crédit en son temps trop généreux.

b) Beaucoup se sont également posé la question de savoir dans quelle mesure un créancier pourrait agir seul sur le fondement de la rupture brutale ou de soutien abusif de crédit.

De façon générale, la loi de 1985 est peu favorable à l'exercice *ut singuli* des actions en responsabilité. À plusieurs reprises et encore récemment par un arrêt du 3 juin 1997, la Cour de cassation a répondu très fermement de manière négative : le créancier ne peut agir seul.

Mais en réalité, le problème s'avère plus complexe, car une distinction subtile doit être effectuée. Si le créancier ne démontre pas un préjudice personnel différent de celui des autres créanciers, son action est irrecevable. Au contraire, la Cour de cassation admet la recevabilité de l'action du créancier agissant à titre individuel s'il démontre un préjudice purement personnel différent de celui constitué par l'immobilisation de la créance ou par la perte des intérêts de retard (Cass. Ass. plénière, 9 juill. 1993).

Il subsiste donc une certaine nébuleuse autour de la recevabilité du créancier agissant seul, parfois devant l'inaction du représentant des créanciers ou du liquidateur, voire du Commissaire à l'exécution du Plan, lequel n'a été admis à agir qu'à la suite de toute une évolution

jurisprudentielle que, pour la clarté de l'exposé, je passe volontairement sous silence.

J'ai noté ce matin que le Professeur Reinhard faisait à juste titre observer que le banquier bénéficiait ainsi d'une situation « privilégiée », en raison du caractère restrictif des personnes pouvant agir.

c) Enfin, pour être complets, nous avons constaté lors de nos débats que les cautions du débiteur failli avaient tendance à développer les actions en responsabilité, plus particulièrement à l'égard des banques. Ceci n'est guère pour nous étonner, compte tenu de l'évolution jurisprudentielle en faveur de la caution, laquelle peut agir individuellement contre le dispensateur de crédit, sur le fondement de la responsabilité contractuelle ou délictuelle, la preuve d'un préjudice individuel étant plus aisée à rapporter.

Vous le voyez, la détermination des personnes pouvant mettre en œuvre les actions qui nous préoccupent n'est pas simple.

La réponse n'est pas plus aisée lorsqu'il s'agit de savoir à qui va profiter l'action engagée lorsqu'elle a pu prospérer.

## B. – Les bénéficiaires des actions engagées.

Nous avons à plusieurs reprises au cours de cette journée abordé ce délicat problème, plus particulièrement lors de l'examen des cas pratiques exposés par Bruno Duponchelle. Il est en effet de première importance de déterminer les bénéficiaires, non seulement pour celui qui sera chargé de la répartition du produit de l'action engagée, mais aussi tout particulièrement pour l'expert comptable judiciaire désigné s'il a pour mission d'évaluer le préjudice subi.

Observons immédiatement qu'en supprimant la notion de masse des créanciers, la loi de 1985 n'a pas simplifié la question. En effet, sous la loi de 1967, la masse était titulaire d'un patrimoine propre qui recevait notamment le produit des actions en responsabilité engagées, les créanciers se répartissant ensuite également les dommages et intérêts acquis.

De même, la jurisprudence de l'époque avait précisé très clairement que le créancier fautif ne pouvait invoquer la compensation entre ce qu'il espérait percevoir en tant que créancier, avec le montant de la condamnation prononcée à son égard.

Les difficultés relevées sont de trois ordres :

1. – *La disparition de la masse* n'a pas empêché la jurisprudence de maintenir les solutions précédemment acquises.

C'est ainsi que la compensation au profit du créancier fautif demeure impossible, alors que débiteur et créanciers sont bien les mêmes, puisqu'il n'y a plus de masse des créanciers.

Comment justifier la position de la Cour suprême ? On peut penser que des considérations d'équité ne sont pas

absentes d'une telle prise de position. On peut évoquer la notion de paiement préférentiel au profit d'un créancier qui serait en quelque sorte à l'origine des malheurs de l'entreprise et de ses créanciers.

Cependant cet argument ne nous convainc qu'à moitié, car chacun sait que la compensation constitue un mode normal de paiement, sous certaines conditions, en matière de procédure collective.

Une partie de la doctrine s'est émue de la solution dégagée par la Cour de cassation. Néanmoins, elle n'a pas fait varier les juridictions.

2. – La seconde difficulté concerne la répartition des fonds provenant de la condamnation du dispensateur de crédit.

Deux cas doivent être envisagés :

a) En matière de redressement judiciaire, les dispositions de l'article 46 de la loi de 1985 répondent clairement à la question : « Les sommes recouvrées entrent dans le patrimoine du débiteur et sont affectées en cas de continuation de l'entreprise, selon les modalités prévues pour l'apurement du passif ».

Lors de la discussion de la loi, certains parlementaires et plus récemment certains auteurs, ont pu s'étonner que le montant de la condamnation soit versé à l'entreprise défaillante et non directement à ses créanciers. Il est vrai que la solution peut choquer, mais ajoutons cependant, pour tempérer de légitimes préoccupations, que l'hypothèse demeure assez rare, en raison d'une part du nombre peu élevé de plans de continuation, et d'autre part, de la rareté des actions en responsabilité engagées en matière de redressement judiciaire.

b) 2<sup>e</sup> cas : L'entreprise est en liquidation judiciaire. Le produit de la condamnation sera alors versé au mandataire liquidateur, lequel aura pour mission de le répartir au profit des créanciers. Comment celui-ci le répartira-t-il ? La question n'est pas neutre puisqu'elle conditionne nécessairement l'évaluation du préjudice dont peut être chargé l'expert judiciaire. Les cas pratiques exposés cet après-midi par Bruno Duponchelle démontrent que la difficulté n'est pas théorique.

On rechercherait vainement dans la loi de 1985, modifiée par la loi de 1994, la réponse à ce délicat problème. Certes, l'article 180 peut-il être invoqué : « En cas de cession ou de liquidation, ces sommes sont réparties entre tous les créanciers au marc le franc ».

Mais observons immédiatement que le texte cité ne concerne que les actions en responsabilité engagées à l'égard des dirigeants de droit et de fait de l'entreprise en procédure collective, que l'on appelle communément « action en comblement » ou « action en support de passif ».

La recherche d'une réponse précise est d'autant moins aisée, nos rapporteurs vous l'ont rappelé, que la jurisprudence en cette matière est fort peu abondante, la quasi totalité des décisions se bornant à fixer le montant de la condamnation à la charge du dispensateur de crédit, sans



en préciser l'affectation. Nous avons cependant relevé deux décisions de la Cour suprême en date du 25 mars 1995 (*Revue Droit Bancaire et Bourse* 1995-118) et du 11 février 1997 (*Revue Droit Bancaire et Bourse* 1997-78).

Notre principal recours demeure donc actuellement la doctrine dont un courant majoritaire estime, pour des motifs d'équité essentiellement, qu'il convient de faire application de la solution édictée par l'article 180, c'est-à-dire une répartition au marc le franc au profit de l'ensemble des créanciers privilégiés et chirographaires, après règlement, semble-t-il, des dettes dites de l'article 40 de la Loi de 1985, la réponse n'étant pas unanime sur ce dernier point.

3. – Enfin, la dernière difficulté au niveau du bénéficiaire concerne la situation des cautions :

Nous avons relevé et les banquiers présents à notre Congrès nous l'ont confirmé, une recrudescence très nette d'actions en responsabilité engagées par les cautions à l'égard plus particulièrement des banquiers. Ceci n'est guère étonnant eu égard au développement des engagements par caution et de la multiplication des procédures collectives.

Les difficultés précédemment exposées ne se manifestent heureusement pas en cette matière. De façon générale, la solution dégagée par les juridictions de fond, ainsi que par la Cour de cassation est constante : la caution, qui est bien aussi un créancier, est admise à bénéficier de la compensation : « Les dommages et intérêts dus par le banquier peuvent se compenser à due concurrence avec le montant total de la dette pour laquelle la caution s'est engagée » (Cass. 25 juin 1996).

Au plan du droit, la doctrine se trouve divisée à l'égard de la solution retenue. Néanmoins, nous avons pu le constater à plusieurs reprises au cours de ce Congrès, on assiste, en cette matière tout particulièrement, à une évolution très nette d'un courant de pensée privilégiant, semble-t-il, l'équité d'une part, et la morale des affaires d'autre part, courant tendant à accroître la transparence des conventions en matière de crédit.

## II. – Qu'en est-il au plan théorique (*de lege ferenda*).

Au risque de vous paraître trop théoricien, je vous avoue qu'en écoutant nos excellents rapporteurs, j'ai bien souvent eu l'impression d'entendre de grands développements issus du mécanisme du droit de la responsabilité civile. Je me suis alors demandé si nous étions en train d'étudier de réelles actions autonomes ou des applications à des situations bien précises du droit de la responsabilité civile.

Mon interrogation ne s'est pas arrêtée là.

Si notre matière n'est qu'application du droit de la responsabilité civile, où se situe le besoin, en fait incontestable, de faire appel à l'expert judiciaire ?

Ce sont ces deux points que je souhaite vous exposer maintenant en guise de conclusion.

### A. – Action autonome ou droit commun de la responsabilité ?

Spécialement, en écoutant notre confrère Michel Devillebichot, j'ai, à plusieurs reprises, entendu mettre en œuvre la responsabilité de droit commun délictuelle ou contractuelle. C'est ainsi qu'à plusieurs occasions, le rapporteur nous a entretenus de la recherche d'une faute en vue de la réparation d'un préjudice par l'octroi de dommages et intérêts.

De même, notre confrère, Michel Bruyas, au terme d'importantes recherches doctrinales et jurisprudentielles, nous a démontré que le demandeur à l'action se devait d'apporter la preuve d'une faute du dispensateur de crédit, la preuve d'un préjudice, ainsi que, aspect à ne pas négliger, la preuve d'un lien de causalité entre ces deux éléments. Nous avons également constaté qu'il convenait d'introduire dans le débat l'attitude d'autres intervenants, plus particulièrement celle du débiteur défaillant, afin de réduire le cas échéant, le montant de la condamnation.

De surcroît, nous devons avoir à l'esprit que, bien avant la loi bancaire de 1984 à laquelle nous avons fait souvent référence, l'attitude que devaient avoir les banquiers se nourrissait déjà de recommandations d'ordre déontologique.

Faut-il donc comprendre que les mécanismes que nous venons d'étudier, réglementation un peu tâtonnée d'un texte précis en matière de rupture brutale, ou prescription pragmatique à l'issue d'une création prétorienne, ne seraient en réalité que des cas d'application du droit commun de la responsabilité ?

On comprendrait alors mieux l'évolution de la jurisprudence dans la mise en œuvre de ces deux actions.

En effet, les deux actions que nous étudions aujourd'hui n'ont cessé de se préciser et d'évoluer. Parallèlement, le droit de la responsabilité civile évolue chaque jour à grands pas.

J'ai le sentiment que les deux évolutions se sont retrouvées sur des notions aussi fondamentales que la recherche de la bonne foi, de la transparence, de l'obligation de conseils et d'informations, obligation qui pèse sur l'ensemble des professionnels et non pas seulement sur les banquiers.

D'ailleurs l'un entre eux, qui était invité à notre Congrès et qui n'a pu se rendre disponible, a bien voulu nous faire connaître son sentiment lors d'un entretien. S'il déplore, à juste titre pensons nous, le développement intempestif des actions en responsabilité engagées et surtout l'importance des dommages et intérêts réclamés, il ne conteste pas pour autant la nécessité de respecter les obligations professionnelles dont je faisais état à l'instant. Il convient également, nous a-t-il précisé, de relativiser l'impact des procédures en responsabilité engagées. En effet, a-t-il rappelé, les tri-

bunaux savent être réalistes et admettent que le banquier ne peut tout savoir, qu'il est tenu d'un devoir de non ingérence, que le soutien des entreprises est un exercice difficile, qu'il peut être trompé et que d'autres intervenants peuvent être également responsables.

L'évolution actuelle tendrait donc à la recherche de solutions équitables au regard de ce que l'on a coutume d'appeler la morale, serait-elle la morale des affaires.

Mais alors, si les deux notions qui nous intéressent aujourd'hui peuvent être synthétisées de la sorte, quelle est donc la place réservée lors de leur mise en œuvre à l'expert judiciaire ?

A s'en tenir aux seules réflexions théoriques que je viens d'avoir, on pourrait penser à une place se réduisant en forme de peau de chagrin ; or, de toutes les interventions de cette journée, nous retirons l'idée qu'il n'en est rien et que bien au contraire, la place de l'expert comptable judiciaire tend à augmenter.

Nous n'en sommes en réalité pas étonnés, mais il est bon que nous nous y arrêtions quelques instants.

## **B. – Le rôle de l'expert judiciaire.**

Vous vous souvenez sans doute d'un précédent Congrès tenu à DIJON, en 1995, qui portait sur le thème : « L'expert comptable judiciaire et le droit ».

Nous avons démontré lors de ce Congrès que si l'expert n'a pas à dire le droit, il ne cesse cependant d'accompagner la démarche intellectuelle du juge, démarche de qualification dont les principales étapes sont les suivantes :

- l'appréciation des éléments de fait du dossier et leur synthèse ;
- le rapprochement de cette synthèse avec la catégorie juridique correspondant à la règle de droit dont l'application est envisagée ;
- l'application de la règle de droit.

Nous avons constaté qu'à chaque stade l'expert a sa place, puisque s'il est un spécialiste, il est aussi un généraliste.

Il doit nécessairement connaître le droit de la procédure expertale, mais plus généralement le droit de sa spécialité, ainsi que bien évidemment les techniques propres à cette spécialité.

Au cas considéré, deux séries d'observations doivent être faites :

1. – Dans la pratique, comme l'a exposé très clairement Bruno Duponchelle, il convient que l'expert respecte une démarche à la fois prudente et réaliste, qui sera fonction du contenu de la mission expertale confiée par le Juge.

Nous avons relevé 6 types de missions possibles que le rapporteur s'est évertué à examiner successivement. Nous ne reprendrons pas chacune de ces missions, étant observé

que dans la pratique, elles sont bien souvent complémentaires les unes des autres. Nous pouvons cependant relever un certain nombre de comportements qui se retrouvent nécessairement dans chaque type de mission confiée à l'expert :

a) C'est ainsi que nous avons beaucoup insisté au cours de nos débats sur l'obligation qui est faite à l'expert de se projeter dans le temps, afin d'apprécier la situation de l'entreprise en difficulté au moment de l'intervention du dispensateur de crédit. Nous savons que ces procédures en recherche de responsabilité peuvent être engagées bien longtemps, souvent plusieurs années après la manifestation des faits. Nous devons faire cet effort de réflexion et de retour en arrière, afin de dépeindre la situation de l'entreprise à l'instant (t-n), mais aussi comment celle-ci aurait pu évoluer ultérieurement, en fonction d'un certain nombre de paramètres, tels que l'évolution du marché, les difficultés intervenues postérieurement, le rôle des différents intervenants, externes ou internes à l'entreprise, etc.

Tout ceci n'est guère simple, je vous l'accorde, d'autant que deux autres difficultés guettent l'expert.

b) Il y a tout d'abord la nécessité de connaître les spécificités du droit cambiaire et tout particulièrement les pratiques bancaires, ce qui imposera bien souvent à l'expert d'obtenir communication du dossier de la banque ouvert au profit du client. Ceci peut engendrer certaines difficultés sur lesquelles je ne reviens pas. Chacun sait de plus que l'analyse des mouvements des comptes bancaires n'est pas toujours chose aisée.

c) L'autre difficulté n'est pas moindre. Il s'agit bien souvent pour l'expert d'évaluer un préjudice en prenant nécessairement en considération des éléments d'appréciation qui doivent être comparables. Ici encore, les nombreux cas pratiques exposés par J.-C. Caillau et B. Duponchelle nous ont permis d'apprécier l'ensemble des obstacles à surmonter, si l'on veut éviter des condamnations forfaitaires qui laissent une impression d'approximation et d'injustice.

Les experts comptables judiciaires connaissent de surcroît la difficulté de rassembler des documents comptables fiables dans le cas d'entreprises en difficulté, où la quête documentaire peut quelquefois constituer un véritable « parcours du combattant ».

L'expert comptable judiciaire est donc un technicien qui pourra, si le besoin s'en fait sentir, faire appel au concours d'un expert d'une autre spécialité, ce qui n'est pas rare en la matière, notamment en matière de valorisation de certains éléments d'actif.

2. – Mais cet expert est aussi un homme du droit qui doit se poser nécessairement et avant tout la question de savoir ce que recherche très précisément le juge, quels sont les textes qu'il a à l'esprit, quelle est la sanction qui pourrait être applicable.

C'est ici que l'expert comptable judiciaire devra faire preuve d'une connaissance particulièrement approfondie, non seulement de la procédure expertale de droit com-



mun, mais également de la législation et des pratiques très spécifiques en matière de droit cambiaire et de droit des procédures collectives.

Nous avons eu l'occasion au cours de cette journée de mesurer à plusieurs reprises l'importance des difficultés, dont certaines ne sont pas encore aujourd'hui définitivement solutionnées, nonobstant l'évolution d'une jurisprudence et d'une doctrine particulièrement abondantes au cours de ces trente dernières années.

En cette matière, comme dans bien d'autres, l'expert judiciaire devra allier à des compétences techniques de haut niveau, le bon sens, la mesure, le sens de la loyauté, de la bonne foi, de l'honnêteté. L'expert doit aussi, cela a été rappelé ce matin, tenir compte de la notion de proportionnalité entre les obligations des parties. Il s'agit là encore d'une notion d'équité dans une appréciation qui ne peut être purement juridique.

Gardons toujours à l'esprit, que le crédit, singulièrement le crédit bancaire, constitue, lorsqu'il n'est pas administré à trop fortes doses, l'élément indispensable au maintien et

au développement des entreprises. Je citerai à cet égard le Doyen Houin, qui écrivait lors de la réforme de 1985 : « Sûretés traquées – Crédit détraqué ».

Je n'aurai garde d'achever cette conclusion sans remercier chaleureusement tous ceux qui nous ont apporté leur précieux concours en matière de documentation. Je pense tout particulièrement à M. Pierre Leclercq, Haut Conseiller à la Cour de cassation et à M. Dominique Bouchery, Directeur des affaires contentieuses à la Société générale. Je remercie également M. le Professeur Yves Reinhard, pour l'ensemble de ses pertinentes interventions au cours de ce Congrès.

Je renouvelle enfin mes remerciements à l'équipe des quatre rapporteurs qui a accompli un travail de recherche considérable, ainsi qu'à notre « Comité des Sages », plus particulièrement aux Présidents Félix Thorin, André Dana et André Gaillard.

Je vous remercie de votre patiente attention.

*(Applaudissements)*

## CLÔTURE DES TRAVAUX

**Monsieur Pierre TRUCHE**

*Premier Président de la Cour de cassation*



**M. le Premier Président Truche.** – La partie laborieuse de ce colloque se termine et on voit, in fine, apparaître le fameux problème du chiffre et du droit. On a entendu des experts comptables parler surtout de droit, des grands principes, de la faute, du préjudice, du lien de cause à effet, de telle loi, de telle autre.

Et je suis à peu près persuadé que lorsque, vous experts, avez terminé une expertise, vous seriez capables d'appliquer la sanction à la fin et que, d'ailleurs, lorsque vous êtes pris comme arbitre c'est quelque chose que vous êtes appelés à faire.

Et de notre côté, malheureusement... c'était dans cette ville, c'était juste après la Libération. Camille Meunier se plaisait à rapporter qu'un jugement du tribunal de Lyon disait :

« Attendu que l'intéressé a reconnu avoir tenu une comptabilité en partie double, qu'il n'en a produit qu'une partie, ... ».

Le mettant en demeure de produire la seconde !

C'est complètement dépassé. Si, fort heureusement, les experts peuvent parler de droit, les juges maintenant, et pas seulement à Paris ou à Lyon, mais notamment à Lyon puisque nous y sommes, sont capables d'entrer dans l'économie et de voir quels sont les problèmes.

M. Duponchelle, en terminant, s'excusait presque d'envisager que l'expert puisse donner son avis sur la rédaction de la mission, mais je crois que c'est dans ce dialogue que les choses avanceront. Les rôles respectifs du juge et de l'expert doivent être cependant bien différenciés parce que deux principes sont en cause que la Cour de cassation rappelle dans un arrêt du 5 mai 1998.

Il s'agissait, en matière de soutien abusif, de l'utilisation d'une expertise qui avait été faite dans un cadre pénal et le

pourvoi reprochait à la Cour d'appel de s'être appuyée sur cette expertise et d'avoir retenu les appréciations des experts.

Et le pourvoi a été rejeté, la Cour de cassation rappelant deux principes : d'abord le principe du contradictoire. L'expertise à laquelle la banque, au pénal, n'avait pas été associée, devait lui être soumise pour qu'elle soit dans la discussion. Puis, deuxièmement, l'office du juge : la Cour de cassation disait très exactement qu'il ne s'agissait pas d'imputer à l'expert la charge des appréciations qui incombent au juge.

C'est au juge à apprécier, c'est à l'expert à faire et je crois que c'est une liberté fondamentale du justiciable qui est en cause ici : celui qui apporte les preuves avec toute la technicité souhaitable n'est pas celui qui juge après.

Mais, bien évidemment, les choses sont ce qu'elles sont. Vos avis sont toujours des avis très précieux mais soumis à la contradiction. En définitive, si le juge apporte la clé de voûte, n'oublions jamais que l'arc qui a été construit ne tient que parce les pierres, avant, ont été mises comme il faut, sinon, clé de voûte ou pas, tout s'effondre.

Je me réjouis pour ma part de cette journée, de cette rencontre, de la haute qualité des rapports qui ont été présentés et en votre nom à tous je voudrais remercier ceux qui ont organisé cette réunion de façon remarquable c'est à dire l'équipe lyonnaise mais aussi le Président André Gaillard, les rapporteurs, ainsi que chacun d'entre vous, tous ceux qui par des questions importantes ont fait progresser le débat.

Merci donc à tous.

Je déclare clos ce XXXVII<sup>e</sup> Congrès national de la Compagnie Nationale des Experts comptables judiciaires.

*(Applaudissements)*





La composition,  
l'impression et le façonnage  
de cette plaquette ont été effectués  
à l'Imprimerie LUSSAUD  
85200 Fontenay-le-Comte

XXIII<sup>e</sup> Congrès national : Colmar, 5 octobre 1984.  
Sous la présidence de Mme Rozès, Premier président de la Cour de cassation.  
Rapporteur général, M. Feuillet, expert agréé par la Cour de cassation.

**L'expert judiciaire dans les pays de la Communauté européenne.**

XXIV<sup>e</sup> Congrès national : Douai, 4 octobre 1985.  
Sous la présidence de M. Defontaine, conseiller à la Cour de cassation.  
Rapporteur général, M. Henrot, expert près la Cour d'appel de Metz.

**L'image fidèle et l'application des nouveaux textes répressifs visant la présentation des comptes sociaux.**

XXV<sup>e</sup> Congrès national : Lyon, 7 novembre 1986.  
Sous la présidence de M. Defontaine, conseiller à la Cour de cassation.  
Rapporteur général, M. Belou, expert près la Cour d'appel de Toulouse.

**L'expertise en diagnostic d'entreprise.**

XXVI<sup>e</sup> Congrès national : Bordeaux, 16 octobre 1987.  
Sous la présidence de M. Guth, conseiller à la Cour de cassation.  
Rapport général, M. Windsor, expert près la Cour d'appel de Caen.

**L'expert judiciaire face à la responsabilité civile des professionnels.**

XXVII<sup>e</sup> Congrès national : Rouen, 7 octobre 1988.  
Sous la présidence de M. Leonnet, Directeur des affaires civiles et du sceau.  
Rapporteur général, M. Feuillet, expert agréé par la Cour de cassation.

**L'expert-comptable judiciaire et la quête documentaire.**

XXVIII<sup>e</sup> Congrès national : Pau, 6 octobre 1989.  
Sous la présidence de M. Defontaine, Président de la Chambre commerciale de la Cour de cassation.  
Rapporteur général, M. Dana, expert agréé par la Cour de cassation.

**L'expert-comptable judiciaire et l'application des clauses de garantie de passif.**

XXIX<sup>e</sup> Congrès national : Aix-en-Provence, 5 octobre 1990.  
Sous la présidence de M. Pierre Bézio, Procureur général près la Cour de cassation.  
Rapporteur général, M. Bréval, expert agréé par la Cour de cassation.

**La comptabilité dans la nouvelle législation sur la banqueroute.**

XXX<sup>e</sup> Congrès national : Paris, octobre 1991.  
Sous les présidences de M. Pierre Drai, Premier président de la Cour de cassation, et de M. Pierre Bézio, Procureur général près la Cour de cassation.  
Rapporteur général, M. Jean Clara, expert agréé par la Cour de cassation.

**L'expert-comptable judiciaire et les droits des justiciables, vingt ans après.**

XXXI<sup>e</sup> Congrès national : Chambéry, 2 octobre 1992.  
Sous les présidences de M. Pierre Bézio, Procureur général près la Cour de cassation, et de M. Pierre Bézard, Président de la Chambre commerciale de la Cour de cassation.  
Rapporteur général, M. Pierre Darrousez, expert agréé par la Cour de cassation.

**L'expert-comptable judiciaire et les infractions boursières.**

XXXII<sup>e</sup> Congrès national : Angers, 22 octobre 1993.  
Sous la présidence de M. Pierre Bézard, Président de la Chambre commerciale de la Cour de cassation.  
Rapporteur général, M. Henri Estève, expert agréé par la Cour de cassation.

**Le rôle de l'expert judiciaire dans la recherche de la responsabilité des dirigeants et des tiers concernés par les procédures collectives.**

XXXIII<sup>e</sup> Congrès national : Orléans, 21 octobre 1994.  
Sous la présidence de M. Pierre Bézard, Président de la Chambre commerciale de la Cour de cassation.  
Rapporteur général, M. Jean-Claude Cailliau, expert agréé par la Cour de cassation.

**L'expert-comptable judiciaire et l'évaluation d'entreprises.**

XXXIV<sup>e</sup> Congrès national : Dijon, 6 octobre 1995.  
Sous la présidence de M. Jean Léonnet, Conseiller à la Cour de cassation.  
Rapporteur général, M. André Gaillard, expert agréé par la Cour de cassation.

**L'expert-comptable judiciaire et le droit.**

XXXV<sup>e</sup> Congrès national : Montpellier, 25 octobre 1996.  
Sous la présidence de M. Pierre Bézard, Président de la Chambre commerciale et de la Cour de cassation.  
Rapporteur général, M. André Dana, expert agréé par la Cour de cassation.

**L'expert-comptable judiciaire et la transmission des entreprises.**

XXXVI<sup>e</sup> Congrès national : Toulouse, 3 octobre 1997.  
Sous la présidence de M. Roger Beauvois, Président de la 3<sup>e</sup> Chambre civile de la Cour de cassation.  
Rapporteur général, M. Marcel Peronnet, expert agréé par la Cour de cassation.

**L'expert-comptable judiciaire et la détermination des préjudices.**