

**COMPAGNIE NATIONALE DES EXPERTS-COMPTABLES JUDICIAIRES**

(Cour de cassation et Cours d'Appel)

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

**JOURNÉE D'ÉTUDE**

sur le thème

**LE RÔLE DE L'EXPERT JUDICIAIRE  
DANS LA RECHERCHE DE LA RESPONSABILITÉ  
DES DIRIGEANTS ET DES TIERS CONCERNÉS  
PAR LES PROCÉDURES COLLECTIVES**

Cour d'Appel d'Angers

22 octobre 1993

# 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.**







**COMPAGNIE NATIONALE DES EXPERTS-COMPTABLES JUDICIAIRES**

(Cour de cassation et Cours d'Appel)

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

**JOURNÉE D'ÉTUDE**

sur le thème

**LE RÔLE DE L'EXPERT JUDICIAIRE  
DANS LA RECHERCHE DE LA RESPONSABILITÉ  
DES DIRIGEANTS ET DES TIERS CONCERNÉS  
PAR LES PROCÉDURES COLLECTIVES**

Cour d'Appel d'Angers

22 octobre 1993



Sous la présidence de  
Monsieur Pierre BÉZARD, Président de la Chambre commerciale de la Cour de cassation

La journée d'étude sur le thème  
**Le rôle de l'expert judiciaire dans la recherche de la responsabilité des dirigeants  
et des tiers concernés par les procédures collectives**

a été organisée par

**André DANA**

Président de la Compagnie nationale des experts-comptables judiciaires

par le **CONSEIL NATIONAL DE LA COMPAGNIE, ainsi composé pour 1993**

Président d'honneur fondateur	:	Gérard AMÉDÉE-MANESME (Paris, Versailles)
Présidents d'honneur	:	Paul GRIZIAUX (Amiens, Douai, Reims) Simone DOYEN (Paris, Versailles) Pierre DUCOROY (Montpellier, Nîmes) Félix THORIN (Paris, Versailles) Madeleine BOUCHON (Paris, Versailles) Jean CLARA (Amiens, Douai, Reims) Pierre FEUILLET (Paris, Versailles)
Président	:	André DANA
Vice-Présidents	:	André GAILLARD (Paris, Versailles) Guy MILLET CORNETTO (Montpellier, Nîmes)
Secrétaire général	:	Jean-Jacques JOBERT (Paris, Versailles)
Trésorier national	:	Anne-Marie LETHUILLIER FLORENTIN (Rouen)
Membres	:	les présidents des sections autonomes : M. ENGELHARD (Aix-en-Provence) ; P. DEBROUCKER (Amiens, Douai, Reims) ; O. DERVAUX (Angers) ; M. LATAPY (Bordeaux) ; B. BENHESSA (Colmar) ; G. CHAPUIS (Dijon, Besançon) ; M. PITIOT (Lyon, Chambéry, Grenoble) ; A. ASTORG (Montpellier, Nîmes) ; M. PEIFFER (Nancy, Metz) ; S. CHAUMET (Orléans, Poitiers) ; A. GAILLARD (Paris, Versailles) ; Y. SAINTILAN (Rennes) ; J. SALVAN (Riom, Bourges, Limoges) ; J.-C. TRANCHARD (Rouen, Caen) ; H. LAGARDE (Toulouse, Agen, Pau).

Membres cooptés :

P. DARROUSEZ (Amiens, Douai, Reims) ; M. ALTEIRAC (Montpellier, Nîmes) ; A. BIOTEAU (Angers) ; A. HENROT (Nancy, Metz) ;  
P. TONONE (Aix-en-Provence) ; M. DEVILLEBICHOT (Paris, Versailles) ; J. FLEURY (Paris, Versailles) ; R. SAINT-JALMES (Paris,  
Versailles).

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

R. CAZALET et J. KALPAC (Aix-en-Provence) ; P. DARROUSEZ et J.-P. MARVALIN (Amiens, Douai, Reims) ; B. MOUY (Angers) ;  
J.-P. GARDE (Bordeaux) ; J.-C. SALVANO (Dijon, Besançon) ; G. FAVIER et R. PEILLON (Lyon, Chambéry, Grenoble) ;  
A. PROUZET (Montpellier, Nîmes) ; C. AUBRY (Nancy, Metz) ; J. GEORGIN (Orléans, Poitiers) ; J.-C. CAILLIAU, J.-M. GARNIER et  
F. BOUCHON (Paris, Versailles) ; F. DY (Rennes) ; J. LÉGOFF (Riom, Bourges, Limoges) ; A. BIANCHI et F. WINDSOR (Rouen, Caen) ;  
D. GRADT (Toulouse, Agen, Pau).

et par la **SECTION AUTONOME D'ANGERS dont le bureau est ainsi composé :**

Présidents d'honneur	:	MM. BIOTEAU Adolphe DOUGE Roger LADONNE Raymond MOUY Bernard GERE Bernard
Président	:	Mme DERVAUX Odile
Vice-Président	:	M. CAILLAULT Daniel
Secrétaire-Trésorier	:	M. MORIN Jacky



## TABLE DES MATIÈRES

<b>Allocution de M. Alain LORIEUX</b>	
Premier président de la Cour d'appel d'Angers .....	9
<b>Allocution de M. André DANA</b>	
Président de la Compagnie nationale des experts-comptables judiciaires ...	11
<b>Ouverture de la journée d'étude</b>	
Allocution de M. Pierre BÉZARD	
Président de la Chambre commerciale de la Cour de cassation .....	13
<b>Rapport introductif</b>	
Rapport présenté par M. Henri ESTÈVE	
Expert agréé par la Cour de cassation .....	15
<b>Personnes évoquées par la loi du 25 janvier 1985</b>	
Rapport présenté par M. Renaud PEILLON	
Expert près la Cour d'appel de Lyon .....	17
<b>Nature des fautes pouvant être reprochées aux dirigeants de droit et de fait</b>	
Rapport présenté par M. Jean-Paul MARVALIN	
Expert près la Cour d'appel de Douai .....	27
<b>Tiers mis en cause dans le cadre des procédures collectives (art. 1382 du Code civil)</b>	
Rapport présenté par M. Jean FLEURY	
Expert agréé par la Cour de cassation .....	43
<b>Diligences de l'Expert</b>	
Rapport présenté par M. Renaud PEILLON	
Expert près la Cour d'appel de Lyon .....	55
<b>Examen de cas concrets soumis à l'expertise judiciaire</b>	
Rapport présenté par M. Adolphe BIOTEAU	
Expert près la Cour d'appel d'Angers .....	65
<b>Rapport de synthèse</b>	
Rapport présenté par M. Henri ESTÈVE	
Expert agréé par la Cour de cassation .....	79
<b>Clôture des travaux</b>	
par M. Pierre BÉZARD	
Président de la Chambre commerciale de la Cour de cassation .....	85





## ALLOCUTION DE

MONSIEUR ALAIN LORIEUX

Premier président de la Cour d'appel d'Angers



Monsieur le Président de la Chambre commerciale,  
Monsieur le Président,  
Mesdames, Messieurs,

La Compagnie nationale des experts-judiciaires en comptabilité fait preuve à l'égard de la ville d'Angers d'une remarquable fidélité.

C'est en effet pour la troisième fois que vous nous faites l'honneur de choisir la capitale de l'Anjou pour accueillir vos travaux.

Ce 32<sup>e</sup> Congrès va donc se dérouler dans une région dont nombre parmi vous ont déjà eu un aperçu de la richesse architecturale et de la beauté des paysages.

Je me suis même laissé dire par Madame la Présidente Dervaux que, lors d'un précédent congrès, certains des participants, sur le chemin du château qui accueillait le dîner de gala, avaient été confrontés à une crue violente de la Maine qui barrait la route et n'évoquait en rien la douceur que le poète prête à notre région.

Vous ne lui en avez pas tenu rigueur et les Angevins vous en remercient tout en vous invitant à mieux connaître leur cité.

La présence dans cette salle, fort austère, il faut le dire, d'une tapisserie obligeamment prêtée en l'honneur de cette manifestation par Monsieur Monnier, maire d'Angers, vous sera une incitation puissante à visiter les merveilles que sont aux deux pôles de notre histoire de la tapisserie, dont Angers est la capitale, la grande fresque de l'Apocalypse, la plus ancienne tapisserie médiévale dans le majestueux château des Ducs, à laquelle répond, de l'autre côté de la Maine, le flamboyant Chant du Monde de Jean Lurçat, dans l'ancien hôpital Saint-Jean.

Mais vous êtes ici, Mesdames et Messieurs, d'abord pour travailler et je m'en voudrais de trop vous distraire à l'orée de cette journée.

« Le rôle de l'expert-comptable judiciaire dans la recherche de la responsabilité des dirigeants et des tiers concernés par les procédures collectives ».

Le sujet est vaste et d'actualité.

Il appréhende l'ensemble des structures individuelles et sociales qu'utilisent les acteurs économiques : il vous conduira dès lors inmanquablement à aborder ces projets de réforme, de toilettage dit-on, des procédures collectives qui a donné lieu le mois dernier en présence de Monsieur le garde des Sceaux, de Monsieur le Ministre de l'Industrie et de hauts magistrats de la Cour de cassation en sa première chambre, à de passionnants échanges entre les représentants du monde judiciaire et du monde économique.

Il vous conduira à évoquer le rôle de tous ces partenaires de l'entreprise, au nombre desquels le banquier est à la fois (ou à tour de rôle) le correspondant choyé et honni, mais aussi parfois le commissaire aux comptes, le conseil de gestion, voire le notaire et l'auditeur ou l'auditeur à travers la notion de gérance de fait.

Ce sujet est d'évidence fondamental car le juriste doit, dès lors qu'il retient une responsabilité personnelle, se livrer à cette analyse classique et exigeante de la qualification précise du comportement fautif et établir avec rigueur le lien de causalité qui aboutit à cette insuffisance d'actif social, seul élément dont la démonstration sinon le quantum s'impose hélas trop souvent à l'expert et au juge.

La Chambre commerciale dans des arrêts récemment publiés a rappelé ces vérités premières qui sont le quotidien de vos travaux et je m'en voudrais en présence de son président, Monsieur Bézard, et des éminents spécialistes qui sont dans cette salle, d'aller plus avant dans cette voie.

Le juriste et l'expert se doivent aussi et concurremment d'être les arbitres de cette partie, souvent fort rude, que se livrent les acteurs de notre économie particulièrement en temps de crise.

Cette exigence rejoint la morale, l'éthique dit-on aujourd'hui, mais aussi le bon sens : là comme ailleurs, les casseurs ne doivent-ils pas être les payeurs ?

Je n'empiéterai pas davantage sur vos échanges, avec le vif regret de devoir vous abandonner avant leur terme car les hasards du calendrier ont fait que les avoués, les partenaires quotidiens des cours, tiennent également congrès ces deux jours.

Monsieur le Procureur général et Monsieur le Président Gouyette marqueront donc avec plus de continuité que moi tout l'intérêt de la Cour d'appel d'Angers pour vos travaux.

Je vous souhaite à tous un excellent séjour à Angers et un congrès fructueux.





## ALLOCUTION DE

**Monsieur André DANA**

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



Monsieur le Premier président, je vous remercie vivement de nous avoir permis de nous réunir pour nos travaux dans cette cour d'assises de la ville d'Angers qui, avec le Palais de Justice d'Angers, occupent, comme vous le rappelez, une place privilégiée dans l'histoire de notre compagnie.

C'est, en effet, en 1973 que, pour la première fois, nos travaux se déroulaient dans l'enceinte d'un palais de justice, en l'occurrence le Palais de Justice d'Angers. C'était alors Monsieur le Premier président Roncin qui nous avait accueillis dans cette même salle. Ensuite en 1982, Monsieur le Premier président Delessac, installé depuis à peine quelques semaines, nous accueillait à nouveau dans cette salle qui avait changé entre-temps, l'ancienne salle avait été détruite au cours d'un incendie.

La section d'Angers est, il faut le signaler, à ce jour, la première de nos sections à accueillir trois fois notre Congrès. On peut effectivement penser que cette attraction est due à ce charme discret qui se dégage de la douceur que vous venez d'évoquer.

En 1973, M. Bioteau, alors président de la section, était le rapporteur général du congrès et en 1982 Mme Dervaux occupait les fonctions de présidente de la section, fonctions qu'elle occupe à nouveau aujourd'hui. Si notre compagnie est vraiment attachée à la ville d'Angers, la ville d'Angers est attachée, d'une manière indéfectible, à la famille Dervaux Bioteau, que nous remercions ici de leur efficace intervention.

Monsieur le Premier président, Monsieur le Procureur général, je vous remercie à nouveau et à titre personnel pour l'excellent accueil que vous avez bien voulu me réserver ainsi qu'à Mme Dervaux quand nous vous avons rencontrés afin de procéder à la mise au point des mille et un détails nécessités par une telle manifestation.

Monsieur le Président Bézard, je me tourne vers vous pour vous dire à quel point je tiens à vous exprimer notre reconnaissance pour l'honneur que vous avez bien voulu nous faire en acceptant de présider ce congrès, accompagné par Mme Pasturel, conseiller de votre Haute Juridiction.

Je vous en remercie d'autant plus, Monsieur le Président Bézard, que c'est la deuxième fois en deux ans que vous présidez nos travaux. Bien que la plupart des personnes ici présentes vous connaissent, je vais rappeler très succinctement, n'ayez crainte, les importantes fonctions que vous avez successivement exercées.

Après un certain temps passé au service du droit commercial à la Chancellerie, vous avez été détaché à la Commission des Opérations de Bourse en qualité de chef du service juridique, de 1976 à 1982. Puis, après avoir exercé les fonctions de procureur de la République adjoint près le Tribunal de grande instance de Paris, vous avez été nommé conseiller à la Cour de cassation. C'est à cette époque que vous avez fait partie de la commission d'instruction créée par la Haute Cour de justice tout en étant, en même temps, membre du collège de la COB et le moins qu'on puisse dire c'est que vous aviez alors un emploi du temps fort chargé.

Vous avez ensuite été nommé procureur de la République près le Tribunal de grande instance de Paris. Vous avez eu à connaître un nombre certain d'affaires importantes. Je me souviens d'ailleurs que vous aviez, à ce titre, innové en votre qualité de procureur de la République en demandant, par requête à Monsieur le Président du Tribunal de commerce de Paris, de procéder à la désignation, dans le cadre de l'article 226, d'un collègue d'experts, ce qui ne s'était jamais, je crois, auparavant produit sur demande d'un procureur de la République.

Vous avez ensuite rejoint la Cour de cassation pour y devenir assez rapidement président de la prestigieuse Chambre commerciale. De nombreux confrères ici présents et notamment les membres de la section de Paris-Versailles ont pu, à de très nombreuses reprises, apprécier votre compétence en droit commercial et en droit des sociétés, votre ouvrage sur les sociétés anonymes constitue d'ailleurs une référence en ce domaine.

Madame le Haut-Conseiller Pasturel, je vous remercie également d'avoir accepté de participer à cette journée d'études durant laquelle vos interventions seront d'autant plus appréciées que vous êtes spécialisée dans les questions qui seront débattues aujourd'hui.

Je remercie également de leur présence Monsieur le Haut-Conseiller Valdes, M. Roug r, président du Tribunal de commerce de Paris, M. Armand-Prévost, vice-président du Tribunal de commerce de Paris, M. Alexandre, repr santant le président du Tribunal de commerce de Nanterre, Messieurs les Magistrats de la Cour d'appel d'Angers et des Tribunaux de grande instance d'Angers, de Saumur et du Mans, Messieurs les Présidents des Tribunaux de commerce d'Angers et de Saumur, Messieurs les Mandataires liquidateurs et administrateurs, M. Tuffery, président de la Fédération nationale des experts judiciaires, Mme Bon, président de l'IFEC, Monsieur le Président de la Compagnie régionale pluridisciplinaire d'Angers, ainsi que M. le Président de la Compagnie des commissaires aux comptes, Maître Garraud, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, ainsi que les nombreuses autres personnalités ici présentes.

Le thème de cette journée d'études a été rappelé par Monsieur le Premier président. Si un sujet similaire a été traité en 1981 à Nancy, sous la présidence de Monsieur le

Président Vienne et en présence des Hauts-Conseillers Amalvy, Desfontaines et Perdriau, le sujet traité aujourd'hui est diff rent, au moins à deux titres.

Diff rent d'abord parce qu'il s'agit de l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 et non plus de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 et que les textes ne sont pas identiques.

Diff rent ensuite car il sera évoqué aujourd'hui des mises en cause dans le cadre de l'article 1382.

Ces travaux qui nous seront présentés par une équipe que va décrire Monsieur le Président Bézard seront certainement suivis avec un grand intérêt.

Je vais maintenant demander à Monsieur le Président Bézard de prononcer l'ouverture officielle de nos travaux en sa qualité de président de ce congrès, et je vous remercie de votre aimable et bienveillante attention.

*(Applaudissements)*



# ALLOCUTION D'OUVERTURE DU CONGRÈS

prononcée par

**Monsieur Pierre BÉZARD**

Président de la Chambre commerciale de la Cour de cassation



Monsieur le Premier président, Monsieur le Procureur général, Messieurs les Conseillers, chers amis.

Tout d'abord je voudrais dire l'honneur que j'ai à me trouver près de votre président Monsieur Dana comme je l'ai été auprès du président Feuillet il y a un an à Chambéry. C'est une marque d'amitié et de confiance, d'amitié vous avez raison, de confiance espérons-le !

Mais c'est bien volontiers que j'apporte mon modeste concours pour animer cette journée. L'essentiel ne viendra pas de moi, j'apporterai ma petite pierre avec l'appui de Mme Pasturel, conseiller à la Cour de cassation, donc je suis heureux d'être là.

Mais, si vous le permettez, pour vous dire mon plaisir d'être parmi vous, j'utiliserai, je ferai miennes les paroles qu'a prononcées il y a un an Monsieur le Procureur général Bézio lorsqu'il a clos votre XXXII<sup>e</sup> Congrès, je veux marquer en effet cette continuité entre magistrats et ces paroles je les ressens profondément.

*« C'est un plaisir pour moi de venir assister à vos congrès, vous le savez bien, puisque aussi bien cela me donne l'occasion de retrouver des amis et de me trouver au milieu de gens de bonne volonté qui, comme moi, ont un idéal, celui de la Justice. »*

Hélas, Monsieur Bézio est mort peu de temps après ce congrès de Chambéry, sur les rives de la Seine, debout comme il a toujours vécu, d'une crise cardiaque, face au Palais de Justice et il a laissé un vide parmi les magistrats, parmi les hommes de justice, très important. Je sais qu'il a des amis ici, c'est pourquoi je me suis permis d'évoquer sa mémoire avec émotion.

Pour revenir à notre congrès d'aujourd'hui, j'ajouterai mes remerciements à ceux que vous avez prononcés à l'égard de Monsieur le Premier président et de Monsieur le Procureur général. J'ai longuement échangé de bonnes paroles avec ces hauts magistrats, hier soir, et je les remercie de nous accueillir si chaleureusement.

Je les envie de mener dans cette grande ville d'Angers qui a tant de qualités, pas seulement la douceur de vivre, mais

aussi l'environnement artistique, architectural, intellectuel, j'ajouterai, si vous permettez, moi qui suis à la Cour de cassation, ayant une vue globale de l'ensemble du travail juridictionnel en France, je peux dire qu'Angers doit être fière de sa Cour, et je ne le dis pas pour des raisons de circonstances.

C'est une Cour qui rend un droit solide, un bon droit malgré les difficultés que rencontrent les juridictions.

Ensuite je dirai que je suis heureux de retrouver les membres de votre compagnie, vous-même, Monsieur le Président, auquel de très anciens liens m'attachent ainsi qu'au président Feuillet, de même qu'aux nombreux présidents ici présents, en particulier le président Amédée-Manesme, le président Thorin que je connais depuis 25 ans, que j'ai toujours vu « œuvrer » dans ce droit financier, qu'il soit pénal ou commercial. Et je sais, et je le dis en pesant mes mots, que vous êtes les yeux de la justice dans ce domaine financier, donc tous vos congrès ont une portée très grande et ceux qui s'intéressent à ce domaine, ce droit financier, ne peuvent pas les méconnaître.

Vous avez toujours choisi des sujets de grand intérêt, de grande portée. L'année dernière un sujet sur les problèmes boursiers. Evidemment cela intéressait apparemment moins vos collègues, sauf ceux qui sont dans les grandes villes qui ont à s'intéresser à des problèmes boursiers et pourtant c'est un problème toujours de grande actualité. Les privatisations en cours nous le rappellent. Les actes de votre colloque sur ce droit boursier méritent d'être lus attentivement.

Cette année, plus que jamais, vous avez choisi un sujet de grande actualité. Je dirai, hélas, car cette actualité vient du fait des graves problèmes que rencontre notre économie, nos entreprises avec ses chômeurs, ces entreprises qui sont de plus en plus nombreuses à déposer leur bilan, même si on évoque quelques petits espoirs — mais soyons prudents —, enfin c'est un grave problème.

Ce très grave problème nous amène, nous praticiens, nous juristes, chacun dans notre métier, à nous demander comment essayer d'apporter notre pierre pour tenter de

lutter contre cet état de fait. Il est certain qu'une loi n'est pas un remède miracle pour résoudre ces problèmes économiques ; mais une loi qui consacrerait des effets pervers devrait être repensée.

Cette évolution de la loi sur les « faillites » nous savons comment elle s'est passée. Avant 1967, c'était les créanciers qui organisaient peu ou prou, dans le cadre d'une réglementation souple, la répartition de ce qui restait d'actif entre eux en faisant confiance, sous la forme d'un concordat, au débiteur dans certains cas. Elle avait aussi pour but d'écarter par des sanctions extrêmement graves le débiteur fautif, le débiteur qui avait abusé, qui avait trompé les tiers. Cette notion de tromperie des tiers a marqué profondément la faillite pendant des siècles.

Et puis, en 1967, apparaissent d'autres notions : la sauvegarde de l'entreprise, la séparation entre le dirigeant et l'entreprise afin de mieux sauver l'entreprise et on a vu apparaître un certain pouvoir donné au Parquet au nom de l'intérêt public, une réglementation plus précise qu'autrefois. La loi de 1985, vous le savez, nous a fait pénétrer sur une autre planète, c'était la survie de l'entreprise au premier plan avec des sacrifices demandés aux créanciers.

Le problème est de savoir ce qu'il faut faire ? Un certain nombre de gens considèrent que cette loi a tué l'économie, ce qui est une analyse manifestement exagérée. Une loi ne peut pas avoir des effets aussi importants. Il faut être modeste, il faut sans doute revoir cette loi. C'est bien dans cet état d'esprit que les praticiens s'engagent d'une façon raisonnable et nous savons qu'il y a un projet qui a été préparé par la Chancellerie, qu'il y a une proposition de loi préparée par les parlementaires qui va être discutée le 20 novembre, la Chancellerie apportant des amendements à ce texte. L'objet de ce projet est avant tout de revoir les procédures amiables qui sont si importantes qu'en particulier un certain nombre de tribunaux, comme celui de Paris sous l'initiative du président Rouger, ont mis en avant à la suite des difficultés du secteur immobilier et de mieux informer aussi sur les difficultés. Il faut simplifier, moderniser les procédures. Indiscutablement il y a des améliorations à apporter.

Et puis le problème très important c'est aussi celui de savoir s'il ne faut pas revenir sur le problème des droits des créanciers. C'est le vrai débat qui oppose une partie importante des praticiens avec d'autres praticiens, les banquiers qui, compte tenu de ce qui se passe à l'étranger, disent : il faut revoir l'article 40. Quid maintenant des responsabilités, des sanctions à l'égard des dirigeants ou éventuellement des mises en cause ? Ces projets, si je ne me trompe, sont muets sur ce plan.

Doit-on considérer que les choses sont satisfaisantes, que la dépenalisation est une bonne chose, que les sanctions financières encore sévères mais très allégées sont satisfaisantes ? En réalité le débat ne se passe pas au niveau de la loi, mais de la pratique et des tribunaux.

Si vous voulez, pour lancer un peu le débat avant de passer la parole à M. Estève, je voudrais lire un court extrait d'un article paru dans la Revue des procédures collectives (n° 1993-3) qui vient d'être publié — je l'ai reçue hier pour ma part — sous la plume du Professeur Soinne dont on sait qu'il est un praticien important. Il écrit :

*« Le souci de l'économie générale conduit au nécessaire assainissement des professions indépendantes. Chacun doit avoir sa chance mais celle-ci ne passe qu'une fois. Le législateur de 1985, de ce point de vue, n'a pas à être blâmé. Mais cette loi est souvent trop peu appliquée. Les juridictions commerciales ne procèdent pas toujours à l'examen de la situation de chaque affaire. Elles ne poussent pas les mandataires à exercer des actions en comblement ou en déchéance du droit de gérer qui sont pourtant parfois indispensables. Certains juges consulaires estiment qu'ils n'ont pas à faire la « police » auprès de leurs pairs et que cette fonction doit être dévolue uniquement au Parquet. Cette appréciation n'est pas la nôtre. Les juges consulaires sont avant tout des juges même s'ils sont en même temps des commerçants. Les mandataires, de leur côté, négligent parfois cette fonction qui est pourtant probablement essentielle dans leur profession et qui en justifie même l'existence.*

*Le rétablissement des débiteurs incompetents et malhonnêtes cause un préjudice considérable à l'économie nationale. Il en résulte un discrédit largement répandu à l'encontre de la réglementation des « faillites » en général et de ceux qui sont chargés d'en assurer le traitement. On considère, à juste titre, dans l'opinion, qu'il est inadmissible que des résurrections d'entreprise se présentent à répétition, les mêmes personnes se rétablissant de façon parfois quasi instantanée et permanente ».*

J'ai utilisé cette référence qui paraît peut-être un peu provocatrice, mais qui dit très fermement un certain nombre de choses. Des praticiens dans la salle nous diront ce qu'ils en pensent.

Ce ne serait pas un des moindres mérites de ce congrès de se pencher sur le problème d'une loi considérée comme bonne, mais qui, pour certains, n'est pas convenablement appliquée.

Je note par ailleurs que j'ai entendu dans un congrès, la semaine dernière, des banquiers exposer que systématiquement on les mettait en cause. Ce serait alors le trop plein d'un côté, et le trop vide de l'autre.

Je vais maintenant passer la parole à M. Estève. Je pense que le débat devait être lancé de cette manière-là. C'est un point très important pour l'économie que celui de la responsabilité des dirigeants et des tiers. Quelle est cette responsabilité ? Quelles sont les solutions, la jurisprudence ? Sont-elles bonnes ? Cette jurisprudence, ces tribunaux, ces mandataires de justice font-ils leur travail ?

Je déclare ouvert le congrès.

M. Estève, je vous donne la parole.

(Applaudissements)



# RAPPORT INTRODUCTIF

présenté par

Monsieur Henri ESTÈVE

Expert agréé par la Cour de cassation



Monsieur le Président, Madame le Haut-Conseiller, Monsieur le Haut-Conseiller, Mesdames Messieurs les Magistrats, mes chers consœurs et confrères,

Lorsque le Conseil national de notre compagnie a retenu comme thème de ce congrès « Le rôle de l'expert-comptable judiciaire dans la recherche de la responsabilité des dirigeants et des tiers concernés par les procédures collectives », après avoir accepté d'en présenter le sujet, nous avons eu le sentiment de nous attacher à une tâche ardue, mais ô combien passionnante. Dès lors, nous nous sommes attelés à l'ouvrage, et avons eu très vite conscience que nous ne devons pas être seulement courageux, mais aussi téméraires, et cela pour quatre raisons :

— D'abord en octobre 1981, lors du XX<sup>e</sup> Congrès de notre compagnie, un thème similaire, mais plus restreint, avait été abordé, en effet, sous la haute autorité de Monsieur Pierre Feuillet (devenu notre président d'honneur), avec l'intervention de Monsieur Dana, notre président actuel. Il avait été traité de « 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 ».

Devant la qualité de leurs travaux, nous avons un défi à relever, ce qui n'est pas une mince affaire.

— La deuxième raison est que le sujet que nous traitons est mouvant. En effet, dès la publication de la loi du 13 juillet 1967, la presque unanimité du monde économique demandait la réforme de cette loi en ce qui concernait la responsabilité du dirigeant d'entreprise. En 1985, moins de vingt ans plus tard, cette loi sur les entreprises en difficulté est réformée, et le 25 janvier 1985, un nouveau texte est publié.

Si sa mise en application le 1<sup>er</sup> janvier 1986 s'est faite sans trop de mouvements d'humeurs, très rapidement des voix s'élevaient çà et là pour demander la réforme de cette loi.

Depuis le printemps 1993, le mouvement semble s'amplifier, et nous craignons de traiter un sujet au passé, heureusement la lenteur de l'élaboration des lois a évité que le sujet soit obsolète.

On peut presque prédire que le thème d'un de nos futurs congrès, dans une quinzaine d'années, sera à nouveau consacré à cette même question dans le cadre d'une nouvelle loi qui ne manquera pas d'être publiée.

— La troisième raison est qu'en tant qu'hommes de chiffres, nous allons aborder un sujet essentiellement juridique.

Dans une période où le savoir et l'activité qui s'ensuit sont de plus en plus divisés, chacun est jaloux de ses prérogatives, alors que la réalité des faits démontre que les solutions résultent de la mise en commun des techniques et des connaissances.

L'expert-comptable judiciaire, conscient de son rôle, n'a pas à dire le droit, mais ne peut l'ignorer, car pour répondre à l'attente des magistrats surtout dans le domaine qui nous préoccupe, il devra plus que jamais faire sienne la remarque du président Garnier : « La comptabilité est l'algèbre du droit », à savoir que la comptabilité traduit la situation juridique.

— Enfin la quatrième raison de notre témérité est que lors de mes modestes études de droit, un de mes professeurs ne cessait de nous répéter : il n'est de loi que jurisprudence. En effet, l'interprétation qu'en font les tribunaux donne son véritable sens au texte législatif. Ainsi, Monsieur le Président de la Chambre commerciale de la Cour de cassation, Madame le Haut-Conseiller, Monsieur le Haut-Conseiller, vous êtes les personnes qui font autorité en la matière, et votre chambre fixe la jurisprudence sous votre haute compétence.

Nous vous demandons toute votre indulgence tout au cours de nos travaux et nous sommes convaincus que vous saurez nous éclairer tout au long des débats qui suivront les exposés.

La loi du 25 janvier 1985 correspond à une certaine philosophie et conception du monde économique, qui évolue dans un environnement social donné, provoque les objectifs de la loi qui traite du redressement et de la liquidation judiciaire des entreprises.

L'article 1<sup>er</sup> de la loi indique : « Il est institué une procédure de redressement judiciaire destinée à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif.

Le redressement judiciaire est assuré selon un plan arrêté par décision de justice à l'issue d'une période d'observation. Ce plan prévoit, soit la continuation de l'entreprise, soit sa cession globale, par lots ou partielle. Lorsque aucune de ces solutions n'apparaît possible, il est procédé à la liquidation judiciaire ».

Si ce préambule de loi ne traite pas des sanctions éventuelles, elles n'en demeurent pas moins présentes dans le texte.

L'entreprise mise en redressement et éventuellement en liquidation judiciaire traduit un échec, dont les conséquences vont rejaillir sur l'environnement économique, les partenaires sociaux, et bien évidemment sur les propriétaires de l'affaire.

On a l'habitude de dire qu'une entreprise naît, vit et meurt. Permettez-moi de faire un rapprochement avec la personne humaine qui elle aussi naît, vit et meurt.

On peut classer les décès en morts naturelles, violentes et accidentelles.

Dans certains cas, il y aura refus de permis d'inhumer, et une information judiciaire sera ouverte.

On recherchera les personnes responsables, les fautes commises, s'il y a des complices ou des coauteurs. Tout ceci à travers certaines techniques de recherche qui pourront aller jusqu'à la désignation d'un expert.

Pour nos travaux, nous allons reprendre ce plan appliqué au thème retenu. Après avoir rappelé que le titre V de la loi qui traite des dispositions particulières aux personnes morales et à leurs dirigeants précise à l'article 179, « lorsqu'une procédure de redressement judiciaire est ouverte à l'égard d'une personne morale de droit privé ayant une activité économique, les dispositions suivantes du présent titre sont applicables à ses dirigeants personnes physiques ou morales, ainsi qu'aux personnes physiques représentants permanents de ces dirigeants personnes morales ».

- Monsieur Renaud Peillon, expert près la Cour d'appel de Lyon, traitera des « *Personnes évoquées par la loi du 25 janvier 1985* ».

- Monsieur Jean-Paul Marvalin, expert près la Cour d'appel de Douai, traitera de la « *Nature des fautes pouvant être reprochées aux dirigeants de droit et de fait* ».

- Monsieur Jean Fleury, expert agréé par la Cour de cassation, traitera des « *Tiers mis en cause dans le cadre des procédures collectives (article 1382 du Code civil)* ».

- Monsieur Renaud Peillon nous parlera ensuite des « *Diligences de l'expert* ».

- Monsieur Adolphe Bioteau, expert près la Cour d'appel d'Angers, traitera de *cas pratiques*.

(Applaudissements)

**M. Bézard.** — Voilà le débat bien posé, les intervenants situés dans leur sujet. Je vais passer la parole à M. Renaud Peillon, expert près la Cour d'appel de Lyon, qui va nous parler des « personnes » évoquées par la loi du 25 janvier 1985.



# « PERSONNES » ÉVOQUÉES PAR LA LOI DU 25 JANVIER 1985

rapport présenté par

Monsieur Renaud PEILLON

Expert près la Cour d'appel de Lyon



La loi du 25 janvier 1985 a modifié le droit des procédures collectives et contient toute une série de mesures tendant à sanctionner certaines actions et attitudes du dirigeant d'entreprise.

Cette nouvelle législation, qui limite le pouvoir des créanciers, fixe comme objectif principal la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi, et l'apurement du passif.

Pourtant, sous l'empire de la loi de 1985, comme sous celui de la loi de 1967, 95 % des entreprises défaillantes ont été mises en liquidation judiciaire.

Les entreprises les plus vulnérables sont jeunes (- 5 ans) et de petites tailles (- 10 salariés). En effet, les entreprises plus importantes se restructurent et licencient.

Depuis vingt ans, les défaillances d'entreprises n'ont cessé de se multiplier :

1973 : 8 976

1980 : 17 375

1985 : 26 425

1991 : 52 965

Il est évident que ce chiffre doit être rapproché des créations d'entreprise, mais l'évolution décèle néanmoins, soit une vulnérabilité plus grande des entreprises, soit une évolution des structures économiques auxquelles les entreprises ont du mal à s'adapter.

Il faut dire que le dépôt de bilan n'a plus le caractère qu'il avait il y a quelques dizaines d'années.

Cependant les conséquences en sont plus lourdes pour l'économie nationale, pour l'emploi, pour les dirigeants, et les tiers qui sont sanctionnés.

Les mandataires judiciaires ont alors un rôle essentiel à jouer pour faire sanctionner ces pratiques et récupérer des fonds permettant le remboursement total ou partiel des créanciers de l'entreprise.

Le rôle du mandataire judiciaire est d'autant plus important que le jugement d'ouverture du redressement judiciaire suspend ou interdit toute action en justice de la part de tous créanciers visant à la condamnation du dirigeant au paiement d'une somme d'argent.

Une société commerciale a besoin d'organes chargés d'assumer son fonctionnement. La loi du 24 juillet 1966 définit ces organes et leurs fonctions. Il y a ceux chargés d'administrer et gérer, et ceux chargés de contrôler.

La loi de 1985 prend des dispositions permettant de sanctionner les dirigeants défaillants ou malhonnêtes qu'ils soient de droit ou de fait, à travers les articles 178, 179, 180, 181, 182, 185 et 196, à savoir :

L'article 178 dit que : « Le jugement qui ouvre le redressement judiciaire de la personne morale produit ses effets à l'égard de toutes les personnes membres ou associées de la personne morale et indéfiniment et solidairement responsable du passif social ».

Le fait qu'une personne soit associée de ce type de personne morale a des conséquences sur sa situation personnelle d'une façon systématique.

Sous son titre V, la loi traite des dispositions particulières aux autres personnes morales et à leurs dirigeants, et plus particulièrement les sociétés de capitaux.

L'article 179 indique : « Les dispositions particulières aux personnes morales et à leurs dirigeants sont applicables aux dirigeants personnes physiques ou morales, ainsi qu'aux personnes physiques représentants permanents de ces dirigeants, personnes morales ».

L'article 180 qui permet de faire supporter tout ou partie du passif traite de « tout dirigeant de droit ou de fait rémunéré ou non ».

L'article 181 parle de dirigeant.

L'article 182 traite du dirigeant de droit ou de fait rémunéré ou non, à qui peut être étendue la procédure de redressement judiciaire.

L'article 185 permet d'appliquer les peines de la faillite personnelle et autres mesures aux personnes physiques, dirigeant de droit ou de fait de la personne morale, ayant une activité économique, aux personnes physiques représentant permanent de personne morale définie précédemment.

L'article 196 indique que les peines de la banqueroute peuvent être appliquées à toute personne qui a, directement ou indirectement, dirigé ou liquidé une personne morale de droit privé ayant une activité économique, ou à une personne physique représentant permanent de personne

morale, ou aux dirigeants des personnes morales, définis précédemment.

La rédaction de ces articles conduit à rechercher la responsabilité du dirigeant de droit ou de fait.

### A. — Les représentants légaux.

On peut définir le dirigeant d'une entreprise comme celui qui exerce réellement les fonctions de direction lui permettant d'orienter l'entreprise, et de prendre les décisions qui engagent cette entreprise.

Cette personne doit participer à la direction générale de l'entreprise.

Pour la jurisprudence, la direction générale correspond à des fonctions d'autorité et de direction, exempt de tout lien de subordination.

Ce sont les personnes régulièrement désignées par les statuts, disposant des pouvoirs de direction et de gestion, et pouvant engager la société vis-à-vis des tiers. Il s'agit de :

- Gérant SARL, SNC, SCS
- PDG, DG, Administrateur dans les SA de type classique
- Président du Directoire dans les SA à système dualiste
- Directeurs généraux Directoire
- Directeur général unique + Conseil de surveillance
- Liquidateur

Si la plupart des dirigeants d'entreprise répondent à ce profil, il va se trouver certaine situation où la qualification de dirigeant va poser un problème.

### B. — Les dirigeants de fait.

Le dirigeant de fait est celui qui, sans avoir reçu le mandat, s'est immiscé dans la gestion, l'administration ou la direction d'une société, en toute souveraineté et indépendance.

La loi de 1966 réservait la notion de dirigeant de fait aux seules sociétés par actions et aux SARL : « toute personne qui, directement ou par personne interposée, aura en fait exercé... la gestion d'une SARL, la direction, l'administration ou la gestion d'une SA et d'une SCA... sous le couvert ou aux lieu et place des représentants légaux de ces sociétés (L. 66.537 du 24 juill. 1966, art. 431, 463, 478 et 479).

La loi de 1985 emploie la notion de dirigeant de fait sans restriction, pour tous les types légaux de sociétés. On doit également relever que l'article 196 applique le délit de banqueroute à toute personne qui directement ou indirectement dirige en fait « une personne morale de droit privé ayant une activité économique ».

La loi de 1967 visait les dirigeants « apparents ou occultes ». La loi de 1985 a supprimé ces termes, de sorte que se trouvent éliminées toutes les difficultés d'application que cette notion induisait.

Une enquête publiée par les Librairies Techniques, portant sur les décisions rendues concernant 219 cas examinés, montrait que les dirigeants de fait mis en cause se répartissaient comme suit :

- parents : 71
- associés : 56
- anciens dirigeants : 36
- amis : 23
- salariés de la société : 16
- fournisseurs : 11
- dirigeants de la société mère : 2
- sociétés mères : 2
- banques : 2

Ceci nous conduit tout naturellement, à travers les personnes évoquées par la loi du 25 janvier 1985, à analyser dans un premier temps la notion de dirigeant de droit, et ensuite la notion de dirigeant de fait.

## PARTIE I. — LE DIRIGEANT

### 11. — Appréciation de la qualité de dirigeant de droit.

Sont dirigeants de droit les organes légaux de la personne morale régulièrement désignés dans les statuts et disposant des pouvoirs de direction et de gestion de l'entreprise.

Selon une décision de la Cour d'appel de Paris, l'action en comblement de passif ne peut intervenir qu'à l'encontre des dirigeants de droit (*CA 6 janv. 1977, D. 1977, 144*). La jurisprudence ne s'est pas limitée à cela, et des décisions d'extrapolation sont intervenues :

#### a) La preuve de la qualité de dirigeant de droit.

Elle s'établit par la participation régulière à l'un des organes de direction de la personne morale. Les documents statutaires et délibérations des organes directeurs apportent cette preuve. Une fois cette preuve faite, le fait pour le dirigeant de se désintéresser de ses fonctions sera indifférent pour l'exercice de l'action en comblement de passif (*Cass. com. 1<sup>er</sup> juill. 1975 : Bull. civ. IV, n° 189*), de même pour un dirigeant en maladie, empêché dans l'exer-



cice de ses fonctions (*Cass. com. 21 oct. 1975, D. 1976, IR, 8*), ceci s'applique également pour les administrateurs de complaisance (*CA Paris 5 mars 1976, D. 1976, somm. 86*).

## b) Qui sont les dirigeants de droit ?

Cette notion de dirigeant de droit ne se limite pas aux personnes nommément désignées par les statuts ou par les organes sociaux. Ainsi un liquidateur amiable est considéré comme un dirigeant de droit (*Cass. com. 15 janv. 1979 : Bull. civ. IV, n° 17*).

L'article 196 de la loi du 25 janvier 1985 considère comme dirigeant de droit les personnes qui ont procédé aux opérations de liquidation de la société. A ce titre, la responsabilité civile de l'administrateur judiciaire peut être envisagée au titre de ses fonctions de gestion et de surveillance de l'entreprise, en particulier en cas d'aggravation du passif pendant la période de poursuite d'activité. En outre, sa responsabilité pénale peut être retenue s'il est rendu coupable de certaines infractions.

La qualité de dirigeant résulte des fonctions qu'il occupe dans la société, et de sa désignation régulière, soit par les statuts, soit par les organes compétents. En cas d'irrégularités, les tribunaux doivent rechercher si les dirigeants irrégulièrement désignés ne s'étaient pas comportés en tant que dirigeant de droit, et s'il n'en avait pas eu l'apparence vis-à-vis des tiers (*Cass. com. 24 avr. 1981 : JCP 82, éd. G, 19760*).

Pour un directeur général, l'étendue de ses pouvoirs déterminée par le conseil d'administration n'a pas d'effet vis-à-vis des tiers pour qui il est supposé avoir les pleins pouvoirs : ainsi une décision de la Cour de cassation a reconnu la qualité de dirigeant de droit à un directeur général adjoint (*Cass. com. 3 mars 1981 : JCP 82, CI, 13752 ; 20 déc. 1982 : JCP 83, éd. G, IV, 81*). Un repreneur d'une entreprise en état de cessation de paiements a également été considéré comme dirigeant de droit (*T. com. Paris, 2<sup>e</sup> ch., 29 mai 1990 : Quot. jur. 18 juin 1991*).

Un dirigeant nommé lors de la constitution de la société, et s'il n'a pas démissionné depuis, garde cette qualité (*Cass. com. 9 juill. 1991, n° 1086*).

Les personnes physiques et morales qui ont exercé les fonctions de dirigeant de droit d'un groupe mis en liquidation doivent être déclarées solidairement responsables de l'insuffisance d'actif, dès lors que selon leurs attributions elles ont coopéré à des actions ou omissions fautives en relation avec la formation du passif (*Cour d'appel de Paris, 3<sup>e</sup> ch. A, 18 juin 1991, Pellet et autres c. Sté Charterhouse et autres*).

Une personne qui ne peut avoir la qualité de dirigeant de fait peut encore moins acquérir la qualité de dirigeant de droit (*Cass. com. 23 mars 1971 : Bull. civ. IV, n° 91*).

L'administrateur d'une société anonyme est obligatoirement considéré comme un dirigeant de droit (*Cass. com. 23 mai 1977 : Bull. civ. IV, n° 185*).

Un établissement de crédit peut être dirigeant de droit s'il est représenté au conseil d'administration et qu'il a participé au capital d'une société anonyme qui est sa cliente (*T. com. Angoulême 19 sept. 1980, D. 1981, IR, 347*).

Une personne morale de droit public, administrateur d'une société privée, peut être poursuivie en comblement de passif, si elle a été défaillante (*TGI Orléans 11 juin 1983 : RTD com. 1983, 572*).

## c) Exceptions.

Il est un cas où la responsabilité d'un dirigeant de droit doit être écartée : c'est celle des représentants des salariés au conseil d'administration dans les sociétés anonymes dont l'Etat détient plus de la moitié du capital social, ainsi que les entreprises de droit privé relevant du secteur public.

Lorsque la responsabilité de ces administrateurs est mise en cause, elle s'apprécie en tenant compte du caractère gratuit de leur mandat et, en aucun cas, ils ne peuvent être déclarés solidairement responsables avec les administrateurs représentant les actionnaires.

## d) Applications diverses.

En aucun cas le dirigeant de droit ne peut se cacher derrière le dirigeant de fait pour s'exonérer de toute responsabilité au regard de l'insuffisance d'actif social, et surtout s'il n'a cessé d'exercer le contrôle de son entreprise (*Cass. com. 3 janv. 1991, n° 39*).

Le fait de donner quitus de sa gestion à un dirigeant ne l'exonère en aucun cas de la présomption de responsabilité qui pèse sur lui (*Cass. com. 26 janv. 1983 : Bull. civ. IV, n° 36*).

Ceci reste conforme au principe posé par l'article 246 de la loi n° 66.537 du 24 juillet 1966. De plus, une jurisprudence constante indique qu'en aucun cas le quitus donné par une assemblée générale des associés ne peut être opposé aux créanciers (*Cass. civ. 21 juill. 1920, D. 1921, 1, 137*).

En vertu de l'article L. 381.5 du Code des communes, dans une société anonyme, lorsque la commune a la qualité de membre ou de président du conseil d'administration, c'est la commune qui engage sa responsabilité civile résultant de l'exercice de ce mandat, et non ses représentants. L'action en comblement de passif saura donc être engagée à l'encontre de la commune (*Cass. com. 25 juin 1991, Le Bas c. Joliot*).

En conclusion, en principe seuls les organes prévus par la loi et les statuts et nommés par décisions sociales sont habilités à diriger une personne morale. Mais, sous le couvert ou aux lieu et place des dirigeants de droit, parfois d'autres personnes physiques ou morales gèrent effectivement l'entreprise. Elles ne sont pas habilitées à cet effet, soit parce qu'elles ne veulent pas ou ne peuvent pas apparaître, soit parce qu'elles en viennent par le jeu des circonstances à assumer une telle fonction.

De telles personnes sont, par opposition aux dirigeants de droit, désignées sous la dénomination de dirigeants de fait. C'est ce que nous allons étudier dans le paragraphe suivant.

## 12. — Appréciation de la qualité de dirigeant de fait.

Le législateur a dans l'article 180 et suivants de la loi du 25 janvier 1985 donné la faculté pour le juge de condamner les dirigeants de fait.

Il n'existe pas de définition légale du dirigeant de fait, cette notion ressort des décisions jurisprudentielles et de la doctrine.

C'est ainsi qu'est considéré comme dirigeant de fait toute personne qui, sans en avoir reçu régulièrement mandat, assume en fait la responsabilité de la gestion des affaires sociales (CA Paris 6 janv. 1977, *préc.*).

La preuve de la qualité de dirigeant de fait est plus délicate à établir que celle de dirigeant de droit.

### a) Définition.

Il ressort de la jurisprudence que le dirigeant de fait est celui qui, sans avoir la qualité de dirigeant de droit (c'est-à-dire régulièrement désigné par les organes sociaux), exerce en toute souveraineté et indépendance, une activité positive de gestion et de direction.

Cette définition se décompose en trois éléments qui constituent les trois conditions pour que la qualification de dirigeant de fait puisse être retenue par les tribunaux :

- la personne poursuivie doit avoir eu une *activité positive* ;
- une activité positive de *gestion et de direction* ;
- une activité positive de *direction exercée souverainement, et en toute liberté et indépendance.*

*L'activité positive de direction.*

Le dirigeant de fait est jugé à travers son action : celui-ci doit exercer une activité positive qui se traduit par des actes ou des décisions. De simples suggestions et recommandations ne suffisent pas à qualifier une personne de dirigeant de fait (Cass. com. 23 mars 1971 : Bull. civ. IV, 91). Ce qui compte c'est l'exercice du pouvoir de décision.

*L'activité de direction ou de gestion.*

Pour retenir cette condition, il convient de rechercher si les actes accomplis par la personne inculpée révèlent si elle est en mesure de décider du sort commercial et financier de l'entreprise, en ce sens qu'elle arrête la politique financière, commerciale et industrielle, prend les décisions concernant la marche de l'affaire et son évolution, dispose

des moyens de paiement, engage la personne morale, assume seule son contrôle et son administration ou participe à ceux-ci.

*L'activité est exercée en toute indépendance et liberté.*

Ceci exige l'absence de tout lien de subordination par rapport à une autorité supérieure. Si ce lien est établi, la responsabilité du préposé ne pourra être engagée.

Le dirigeant de fait est celui qui agit en maître. Libre de sa décision, il assumera la responsabilité qui en découle.

La réunion de ces trois conditions est nécessaire pour retenir la qualification de dirigeant de fait.

### b) La charge de la preuve et appréciation des tribunaux.

La charge de la preuve incombe au demandeur, c'est lui qui doit établir la qualité de dirigeant de fait de la personne poursuivie (Cass. com. 18 juill. 1974 : Bull. civ. IV, n° 190), toutefois, si la personne poursuivie déclare ne pas remplir cette fonction, c'est à elle d'en apporter la preuve (CA Paris, 22<sup>e</sup> ch. A, 26 mai 1987, *Ercole c. Girard syndic*).

Ce sont les juges du fond qui apprécient souverainement la qualité de dirigeant de fait (Cass. com. 2 févr. 1982 : Bull. civ. IV, n° 40 ; Cass. com. 23 juin 1982 : Bull. civ. IV, n° 248 ; Cass. com. 9 janv. 1990, n° 21 ; Cass. com. 6 mars 1990, n° 334). Ceci est apprécié au cas par cas. D'autre part, si une cour d'appel retient cette qualité de dirigeant de fait, elle doit en apporter la justification (Cass. com. 18 juill. 1974, *préc.* ; Cass. com. 5 déc. 1989, n° 1481).

Dans l'exercice de son pouvoir souverain, le tribunal, en cas de pluralité de dirigeants de fait ou de droit ou d'une seule catégorie, retient la responsabilité d'un seul, de plusieurs ou de tous, détermine le quantum de la condamnation de chacun et prononce des condamnations solidaires ou divisées.

Si une juridiction pénale retient la qualité de dirigeant de fait, celle-ci s'impose aux juridictions civile et commerciale (Cass. com. 2 mai 1977 : *Rev. sociétés* 1977, 736 ; Cass. com. 13 déc. 1982, D. 1983, IR, 264).

De même, si une décision pénale n'a pas retenu la qualité de dirigeant de fait pour le mandataire du dirigeant de droit, sa responsabilité civile ne pourra être engagée (principe : l'autorité au civil de la chose jugée au pénal) (Cass. com. 13 déc. 1982 : Bull. civ. IV, n° 408, D. 1983, IR, 264).

De plus, lorsqu'une action en comblement de passif telle que prévue par l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 est engagée, une action peut être menée parallèlement par l'administration fiscale sur le fondement de l'article L. 267 du Livre des procédures fiscales (CA 1<sup>re</sup> ch., 26 mars 1992).



### c) Examen de la jurisprudence.

Nous allons citer quelques cas tranchés par les tribunaux.

Le fait d'ordonner les mouvements du compte de la société est caractéristique de la qualité de dirigeant (CA Rouen 20 oct. 1983 : *Rev. jurispr. com.* 1985, 132).

Le fait d'être associé d'une société ne permet pas de qualifier cette personne de dirigeant de fait, surtout si l'associé n'a pas une participation effective dans la gestion de la société. Sauf si bien entendu, la société induit la responsabilité indéfinie et solidaire des associés.

En revanche, l'associé qui s'est immiscé dans la gestion de la société pourra être considéré comme un dirigeant de fait (Cass. com. 12 juin 1972 : *Bull. civ. IV*, n° 187). Cette immixtion dans la gestion reste à la seule appréciation des juges du fond (Cass. com. 8 déc. 1975 : *Bull. civ. IV*, n° 291).

Ont été considérés comme dirigeants de fait :

— l'actionnaire majoritaire qui dirige par l'intermédiaire d'un comité de direction qui supprime les organes légaux (CA Amiens 20 oct. 1961 : *RTD com.* 1965, 177) ;

— l'associé majoritaire qui a tenté de redresser la situation sociale en fournissant une trésorerie fictive à la société et en proposant un plan de redressement aux créanciers sociaux fondé sur une augmentation de capital garantie par sa fortune personnelle (Cass. com. 12 avr. 1976 : *Rev. sociétés* 1977, 106) ;

— l'associé qui bénéficiait de procurations lui permettant de gérer la société en s'appuyant sur sa secrétaire qui lui servait de prête-nom (Cass. com. 4 juin 1973 : *Bull. civ. IV*, n° 178) ;

— l'associé qui a remis à l'escompte des effets sans cause pour plusieurs millions, et qui plus est, a entraîné sa faillite personnelle.

Un associé minoritaire peut lui aussi être considéré comme un dirigeant de fait. De même peut être considéré comme dirigeant de fait un associé majoritaire d'une SARL, dès lors qu'il dispose des cartes de crédit de la société, de la signature sur les comptes bancaires, qu'il a accès à la comptabilité, qu'il s'est porté caution avec le dirigeant de droit (CA Paris, 3<sup>e</sup> ch. A, 21 mai 1991).

Lorsqu'un ancien dirigeant de droit quitte ses fonctions, mais continue à assurer la gestion de son entreprise, il peut être poursuivi en comblement de passif (Cass. com. 10 mars 1970 : *Quot. jur.* 1970, n° 78).

Ainsi, un ancien gérant d'une SARL qui, après sa démission, avait continué d'assurer la gestion effective de la société, avait à ce titre une procuration sur le compte bancaire de celle-ci et était considéré par le personnel comme le seul dirigeant de l'entreprise (Cass. crim. 6 oct. 1980).

Un dirigeant, en interdiction d'exercer, et qui place son épouse à la tête de l'entreprise, est considéré comme dirigeant de fait (T. com. Lille 5 janv. 1990 : *Annonces de la Seine*, 25 janv. 1990).

Une personne désignée comme dirigeant de droit peut être reconnue comme dirigeant de fait pour la période précédant cette désignation, et donc n'ignore pas la situation ayant conduit à l'insuffisance d'actif (Cass. com. 4 oct. 1983 : *Bull. civ. IV*, n° 250, D. 1985, IR, 227).

### d) Autres cas de dirigeant de fait.

Une personne, sans être dirigeant de droit, peut, en vertu d'une procuration ou en tant que tel, être considérée comme dirigeant de fait : ce fut le cas pour l'époux d'une exploitante disposant d'une procuration générale et qui était considéré par les tiers comme le véritable chef d'entreprise (Cass. com. 15 nov. 1977 : *Gaz. Pal.* 1978, somm. 35). De même qu'un salarié qui se substitue purement et simplement au dirigeant de droit et dirige en fait l'entreprise, procédant à l'embauche du personnel, l'achat du matériel, signe les chèques et représente l'entreprise en justice.

Il est évident que le prête-nom du dirigeant de droit qui dispose des pleins pouvoirs sera qualifié de dirigeant de fait.

Un conseiller ou professionnel extérieur à la société ne peut être qualifié de dirigeant de fait, sauf s'il outrepassé son rôle et influe sur la gestion de l'entreprise. C'est le cas d'un conseiller de gestion (CA Rennes 26 nov. 1980 : *Rev. synd.* 1981, 243), ou d'un notaire (CA Paris 30 avril 1981 : *Gaz. Pal.* 1981, 2, 604).

Le salarié, par principe, ne peut être considéré comme un dirigeant de fait, de par son lien de subordination. Toutefois, ces deux fonctions ne sont pas incompatibles, tout dépend du degré d'autonomie du salarié (Cass. com. 3 fév. 1982 : *Bull. civ. IV*, n° 46). Pour qu'il en soit ainsi, il doit être établi qu'à l'occasion de l'activité salariée des actes de gestion ont été accomplis ou qu'il y a eu immixtion dans la direction des affaires sociales.

C'est le cas pour un directeur financier qui s'était substitué au dirigeant de droit, aggravant son cas en effectuant des mouvements financiers avec des sociétés avec lesquelles il avait des intérêts (Cass. com. 2 mai 1990, n° 580).

Un directeur d'agence qui autorise une fusion des comptes de la société, négocie la reprise de chantiers, assure ainsi l'activité d'exploitation de la société (CA Paris, 3<sup>e</sup> ch. A, 20 mars 1990).

Un directeur technique a été considéré comme dirigeant de fait, son intervention dans la société ayant été déterminante. Ceci doit conduire à la plus extrême prudence lorsque le véritable gérant de droit empêché délègue une partie de ses pouvoirs à un salarié (Cass. com. 8 nov. 1973, D. 1974, IR, 32).

Les juges du fond peuvent estimer qu'un salarié de la société peut en réalité y exercer des fonctions qui l'investissent, de fait, de la qualité de dirigeant social (Cass. com. 15 juill. 1987 : *Bull. civ. IV*, n° 7 ; JCP 87, éd. G, IV, 342).

Les organes de contrôle d'une société peuvent être considérés comme dirigeants de fait en cas d'immixtion caractérisée dans la gestion de l'entreprise. C'est le cas du président du Conseil de surveillance d'une société (T. corr. Paris 3 juill. 1980).

La frontière entre la faute dans l'exercice de l'activité normale de contrôle de gestion, et le comportement conduisant

à la qualification de dirigeant de fait est parfois délicate à établir.

Certaines décisions, rares, reconnaissent la qualification de dirigeant de fait pour des commissaires aux comptes. En effet, des commissaires aux comptes ont été reconnus en tant que tel, soit pour les condamner directement à subir la charge de l'insuffisance d'actif (*TGI Auch 23 mars 1977, préc.*), soit pour garantir les dirigeants sociaux condamnés sur le même fondement (*CA Paris 5 mars 1976 : Bull. CNCC 1978, 193*).

Il est permis de s'interroger sur la position que prendra un commissaire aux comptes, lorsqu'il aura déclenché une procédure d'alerte, à travers les solutions proposées par les dirigeants.

Dans les groupes de sociétés, en cas de dépendance des sociétés filiales vis-à-vis de la société mère, on pourrait poursuivre en comblement de passif. En effet, dans les relations de groupe de société, il est possible dans les rapports sociétés filiales, société mère, de qualifier cette dernière de dirigeant de fait. Ainsi, une société étrangère qui exerçait une emprise directe sur un groupe de sociétés françaises a été déclarée responsable (*CA d'Aix-en-Provence 15 déc. 1978 : Bull. Aix 1978/4, 89*). Toutefois, si la société poursuivie n'a pas en toute souveraineté et indépendance exercé une activité positive de gestion et de direction, elle ne peut être déclarée responsable (*T. com. Paris 24 juill. 1986 : Gaz. Pal. 1986, jurispr. 506*).

Le gérant d'une société mère étrangère peut être considéré comme dirigeant de fait de la filiale française s'il s'est immiscé dans la gestion de celle-ci à titre personnel, serait-ce sur instructions de la société mère (*Cass. com. 31 janv. 1978, D. 1978, IR, 286*). Deux sociétés étrangères ont été considérées comme les dirigeants de fait d'une société française, en raison de leurs actes d'ingérence, en particulier par l'intrusion d'une personne chargée de leur rendre des comptes (*Cass. com. 8 juin 1982, n° 80-14.269*).

Une banque ou un établissement de crédit peut être poursuivi en vertu de l'article 1382 du Code civil pour soutien abusif d'une entreprise en cessation de paiements. Cet aspect de la question sera traité plus particulièrement par notre confrère Fleury.

Il arrive aussi qu'une banque soit poursuivie comme dirigeant de fait de la personne morale en déconfiture, mais la plupart des décisions ne retiennent pas cette qualification. Certaines pratiques ont fait engager la responsabilité des établissements financiers en tant que dirigeant de fait. C'est le cas d'une banque qui participait au capital de sa cliente, et qui avait délégué un de ses préposés en qualité de gestionnaire, et pesait ainsi de tout son poids sur les décisions prises.

La responsabilité de l'Etat (ou d'une personne morale de droit public) peut être engagée dans le cadre d'une action en comblement de passif, s'il s'est comporté en tant que dirigeant de fait.

Cela a été le cas lorsque l'Etat a pris l'engagement d'apporter son soutien à la poursuite d'activité d'une entreprise

en difficulté. Le préfet ayant confirmé les engagements de l'Etat dans une lettre au président du tribunal, le Tribunal de commerce de Rouen a considéré l'Etat comme étant dirigeant de droit et mis à sa charge les pertes résultant de la continuation de l'exploitation décidée à la suite des engagements pris.

Pour terminer, nous pouvons dire que les partenaires économiques de l'entreprise peuvent aussi dans certains cas être considérés comme dirigeants de fait lorsque leur poids économique a pesé sur les décisions de l'entreprise défailtante et voir leur responsabilité engagée.

C'est le cas d'un franchiseur qui s'était comporté comme le véritable patron de l'affaire.

### 13. — Caractère commun à tous les dirigeants concernés.

Tout dirigeant de la personne morale peut être poursuivi qu'il ait ou non perçu une rémunération à ce titre, qu'il ait exercé ou non bénévolement ses fonctions. Ceci n'a aucune conséquence au regard de l'action en comblement de passif (*Cass. com. 1<sup>er</sup> avril 1981 : JCP 81, éd. G, IV, 221*). Les juges n'ont pas à prendre cet élément en considération (*Cass. com. 9 oct. 1972, D. 1973, 50*). Néanmoins, il en sera tenu compte au moment de fixer la condamnation à supporter le passif. Ce principe s'applique aux représentants des salariés, au Conseil d'administration.

Le dirigeant peut être une personne physique ou morale, on distingue les personnes physiques qui dirigent en leur nom, et celles qui interviennent comme représentant d'une personne morale dirigeant. Il sera alors nécessaire de rechercher s'ils engagent leur responsabilité, à titre personnel, ou à titre de représentant de la personne morale, principalement lorsqu'ils ont dû se plier aux directives reçues. Bien souvent les deux responsabilités sont délicates à cerner et les tribunaux sont conduits à prononcer une condamnation solidaire entre la personne morale dirigeant et son représentant permanent (*Cass. com., 2 déc. 1986*). C'est une situation que l'on peut retrouver au sein du groupe de société.

Tout dirigeant en fonction le jour de l'ouverture de la procédure collective peut voir sa responsabilité engagée, peu importe que la mauvaise situation ait existé à l'entrée en fonction du dirigeant mis en cause.

Il a même été jugé que le fait d'avoir accepté les fonctions de dirigeant de société dont la situation était irrémédiablement compromise constitue en soi une faute (*CA Dijon 19 juin 1974, D. 1975, 48*).

Le dirigeant qui s'est retiré avant que l'entreprise soit déclarée en cessation de paiement ne peut être mis en cause (*Cass. com. 6 févr. 1962 : Bull. civ. III, 80*). Toutefois, le dirigeant pourra être poursuivi si la situation ayant abouti à cet état de fait s'est aggravée au moment où il exerçait ses fonc-



tions (*Cass. com. 1<sup>er</sup> juill. 1975 : Rev. sociétés 1976, 499*). La date à retenir est la date où le dirigeant a effectivement cessé ses fonctions (*Cass. com. 20 févr. 1990, n° 261*). De même qu'un dirigeant peut être poursuivi s'il a cessé ses fonctions plutôt que de déposer le bilan (*Cass. com., 21 juin 1988*), ou commis une faute ou irrégularité pendant l'exercice de ses fonctions (*Cass. com. 9 janv. 1990, n° 17*).

Pour la Cour de cassation, n'est pas considéré comme dirigeant la personne qui, bien que désignée comme président dans une société en formation, a cessé ses fonctions avant que la société soit immatriculée au Registre du Commerce (*Cass. com. 10 mai 1984 : Bull. civ. IV, 151*).

Une action en comblement de passif ne peut être exercée que si la direction était en fonction au moment de la cessation de paiement, dans le cas contraire cette action ne peut être engagée, même si la publication de la cessation des fonctions est faite après la date de cessation de paiement (*Cass. com. 23 mars 1982, D. 1983, IR, 178*). A titre de rappel, la date à retenir est la date où le dirigeant a démissionné.

Il faut rapprocher cela d'une mise en cause d'un dirigeant en matière fiscale. Ainsi la Chambre commerciale de la Cour de cassation, le 8 janvier 1991, a considéré qu'il ne fallait « pas donner de base légale à la décision de la cour d'appel qui s'attache exclusivement à la durée des fonctions officielles d'un dirigeant, sans rechercher si, malgré le défaut d'inscription modificative au registre du commerce, l'intéressé n'avait pas abandonné toute fonction de direction de sorte qu'il ne pouvait pas être tenu au paiement des dettes fiscales ultérieures de la société ».

Si le dirigeant social a démissionné de ses fonctions, on ne peut retenir contre lui des faits postérieurs à la date de démission, pour lui faire supporter une partie du passif social, cette démission ayant été publiée tardivement (*Cass. com. 3 juill. 1990, n° 935, CA Paris 15 mai 1990, Demma/Séqui*).

De même la Cour d'appel de Paris, dans une décision du 26 septembre 1989, a retenu le fait que « le cogérant d'une SARL ne saurait donc, au seul motif que sa nomination n'a pas été publiée au registre du commerce, soutenir que le défaut de publicité, qu'il lui appartenait d'ailleurs d'accomplir, suffirait à démontrer qu'il n'a pas géré la société et le ferait échapper ainsi aux sanctions prévues par les articles 189.5 et 192 de la loi, alors surtout que, détenant les factures et documents comptables de la société, et réglant personnellement les dépenses de celle-ci, il a accompli des actes de gestion ». Ainsi toujours la Cour d'appel de Paris, dans une autre décision en date du 6 octobre 1989, a considéré « le gérant d'une SARL, qui n'effectue pas les formalités légales de publicité de sa démission, reste gérant de droit et, en cette qualité, a l'obligation de déclarer la cessation des paiements sous peine d'être mis en faillite personnelle ».

En cas de décès du dirigeant, l'action en comblement de passif se poursuivra à l'encontre du conjoint ou des héritiers, en vertu du droit des successions ou du droit des régimes matrimoniaux (*Cass. com. 4 fév. 1969, D. 1969, 584*).

Une action en comblement de passif pouvait intervenir à l'encontre d'une personne morale de droit public, tel que l'Etat, agissant en tant que dirigeant de droit ou de diri-

geant de fait. Ceci relevait de la compétence des tribunaux judiciaires car cette action est par nature de sa compétence, l'objet étant de déterminer si les dirigeants ont apporté à la gestion toute la diligence nécessaire (*Décision du 2 juillet 1984 du Tribunal des conflits, D. 1984, 545*).

Récemment le Tribunal des conflits a pris une position inverse, et déclaré le Tribunal de commerce incompétent, en ce sens que cette action en comblement de passif contre l'Etat suppose une appréciation du comportement de la personne publique exercé hors d'un cadre juridique de droit privé (*Décision du 23 janvier 1989 du Tribunal des conflits, D. 1989, p. 367*).

Par conséquent, on ne pourrait plus tenter une telle action à l'encontre d'une personne de droit public par les voies de l'exécution de droit privé, mais une action en responsabilité civile en vue de la réparation d'un préjudice est toujours possible.

## PARTIE II. — CONSÉQUENCES DE LA RESPONSABILITÉ

La loi du 13 juillet 1967 (art. 99) avait institué un mécanisme spécifique de responsabilité reposant sur une double présomption :

- une présomption de faute : l'insuffisance d'actif était en elle-même révélatrice d'une faute du dirigeant ;
- une présomption de causalité : l'insuffisance d'actif était présumée être la conséquence de la faute.

La première était une présomption simple, elle pouvait être écartée si le dirigeant était en mesure de prouver qu'il avait apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence nécessaires, la seconde était une présomption irréfragable, mais la pratique des tribunaux assouplissait ces principes.

La loi du 23 janvier 1985 a abrogé ces deux présomptions et a assoupli les règles existantes. Désormais, l'action dite en comblement de passif présuppose que soit administrée la triple preuve d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité. Toute décision judiciaire condamnant pécuniairement le dirigeant au titre de l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985, doit constater expressément que celui-ci a commis une faute et que celle-ci a contribué à l'insuffisance d'actif (*Cass. com. 14 mai 1991, Delamotte c. Bondroit*).

### 21. — Un régime de réparation spécifique.

L'instance peut être introduite à n'importe quel stade de la procédure. L'article 183 énumère limitativement les demandeurs à l'action :

l'administrateur judiciaire,  
le représentant des créanciers,  
le liquidateur,  
le commissaire à l'exécution du plan,  
le procureur de la République,  
le tribunal (TC ou TGI) en saisine d'office.

Nulle autre personne ne peut introduire une action en comblement de passif, ce qui exclut la possibilité pour un dirigeant poursuivi de mettre en cause un tiers par un appel direct en garantie.

L'action se prescrit par trois ans à compter du jugement qui arrête le plan ou qui prononce la liquidation. Le point de départ ne fait aucune référence à la faute de gestion. L'action peut donc être intentée pour des faits anciens, parfois même contre un ancien dirigeant, dès lors que des faits remontent à moins de dix ans.

Le tribunal qui a mis la personne morale en redressement judiciaire a compétence exclusive.

Aux termes de l'article 184 de la loi du 25 janvier 1985, le tribunal peut charger le juge-commissaire, ou à défaut un membre de la juridiction qu'il désigne, d'obtenir communication de tout document ou information sur la structure patrimoniale des dirigeants, de la part des administrateurs et organismes publics, des organismes de prévoyance et de sécurité sociale et des établissements de crédit. Ceci afin de connaître la consistance du patrimoine du dirigeant et d'éviter des dissimulations. Cette disposition ne vise pas les officiers ministériels : le juge-commissaire ne saurait donc interroger le notaire du dirigeant. La loi a également prévu des mesures conservatoires dans la mesure où, selon les termes de l'article 28, les dirigeants ne peuvent, à peine de nullité, céder des parts sociales, actions ou certificats d'investissement ou de droit de vote représentant leurs droits sociaux dans la société. Les actions et certificats d'investissement ou de droit de vote sont déposés à un compte spécial bloqué. Aucun mouvement ne peut être effectué sur ce compte sans l'autorisation du juge-commissaire.

L'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 indique que le tribunal peut décider que les dettes de la personne morale seront supportées « en tout ou partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, ou par certains d'entre eux. Dans l'alinéa 3, cet article prévoit que les sommes versées entrent dans le patrimoine du débiteur.

S'il est en mesure de prouver qu'un ou plusieurs tiers sont à l'origine des fautes ayant entraîné sa condamnation, le dirigeant peut se retourner contre ceux-ci, en vertu de l'article 1382 du Code civil.

Au sujet de la prise en charge du passif, il est admis que le dirigeant qui s'est porté caution dans l'intérêt de l'entreprise peut déduire de ses revenus les sommes qui lui sont réclamées à ce titre en fonction de ses paiements.

L'action de l'article 180 étant d'ordre patrimonial, la charge qui en résulte est transmissible par succession.

Si le dirigeant ne s'est pas acquitté de sa dette, le tribunal peut prononcer son redressement judiciaire.

Le tribunal peut en outre prononcer la faillite personnelle du dirigeant, ou une interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler directement ou indirectement, soit toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole et toute personne morale, soit une ou plusieurs de celles-ci.

## 22. — L'extension de procédure.

L'article 182 (action dite en extension) de la loi du 25 janvier 1985 permet au juge de prononcer la mise en redressement judiciaire du dirigeant qui s'est placé dans l'une des six situations prévues par le texte qui seront évoquées par mon confrère Marvallin. Cette mise en redressement présente un caractère facultatif pour le juge, et constitue une procédure distincte de celle qui affecte la personne morale.

Concernant le cas particulier des « groupes de sociétés », une tendance jurisprudentielle a considéré l'unité d'entreprise comme source autonome d'extension. Cette position est très discutée voire critiquée par la doctrine. L'extension d'une liquidation judiciaire d'une société à une autre se justifie par l'unicité comme l'imbrication d'intérêts (*CA Poitiers*, 15 sept. 1990, *Sopremi c. Berault*). L'extension est paralysée par l'adoption d'un plan de cession des actifs de l'entreprise à un tiers (*Cass. com.* 12 nov. 1991, *Didier c. Visa*).

Les règles de procédure applicables sont identiques à celles évoquées ci-avant, sous la réserve suivante : les articles 16 et 17 de la loi du 25 janvier 1985 prévoient qu'en cas de décès du débiteur, le tribunal est saisi dans le délai d'un an, à partir de la date du décès, et ainsi qu'en cas de radiation des dirigeants du Registre du commerce et des sociétés.

## Conclusion

Dans un arrêt du 26 juin 1990, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a considéré la faute comme caractérisée dès lors que les juges du fond (premier et second degré) ont relevé contre les dirigeants des irrégularités ou des abus graves.

Un jugement du Tribunal de commerce de Paris, début 1991, dans une affaire NASA, confirmé par la cour d'appel, a prononcé une condamnation de 400 millions de francs, avec des solidarités terrorisantes pour les dirigeants. La jurisprudence NASA a ouvert la voie à une condamnation forfaitaire dans une affaire fortement débattue et a permis d'éviter un enlisement des procédures engagées. L'arrêt NASA et la solidarité qui en a résulté ont créé un électrochoc tout particulièrement chez les spécialistes du capital risque, indispensables à la flexibilité de l'économie et peu



enclins à voir les risques pris considérés comme des fautes les entraînant bien au-delà de leur engagement.

Notre confrère Bioteau vous en entretiendra de façon plus détaillée cet après-midi.

Je terminerai cette présentation en disant que si la mise en cause des dirigeants de droit ne pose pas de problèmes particuliers, il en va différemment de la notion de dirigeant de fait.

Les tribunaux doivent examiner les situations au cas par cas et apprécier le comportement de l'intéressé à travers son action pour savoir s'il a eu une activité positive de direction, de quel poids il a pesé sur les décisions, et rechercher s'il a agi ou non à travers un lien de subordination.

Après avoir déterminé si la personne mise en cause rentrait dans le cadre de la loi du 25 janvier 1985, il reste au magistrat à rechercher et à apprécier les fautes commises par ces dirigeants, cela va être l'exposé de mon confrère Marvalin.

M. Bézard. — M. Peillon, nous vous remercions du très gros travail que vous avez fait. Je pense qu'il y aura beaucoup de questions qui seront posées au moment de la discussion.

Je donne la parole à Monsieur Jean-Paul Marvalin, expert près la Cour d'appel de Douai, qui va nous parler de la « Nature des fautes pouvant être reprochées aux dirigeants de droit et de fait ».



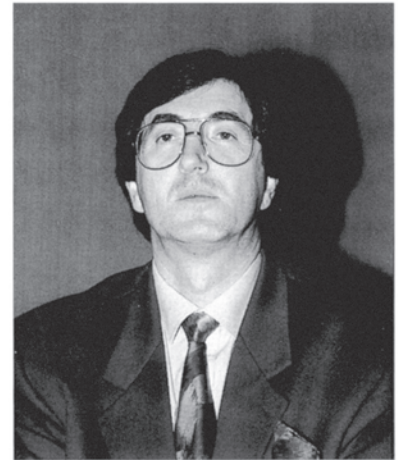


# NATURE DES FAUTES POUVANT ÊTRE REPROCHÉES AUX DIRIGEANTS DE DROIT ET DE FAIT

rapport présenté par

Monsieur Jean-Paul MARVALIN

Expert près la Cour d'appel de Douai



De toute évidence, la place prise par les procédures collectives dans notre environnement économique et juridique est importante. La vie économique est ainsi faite qu'une entreprise sur cinq disparaît du fait de sa défaillance par le biais du mécanisme de la liquidation judiciaire.

Jusqu'à la mise en application de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985, la législation sur la faillite répondait à deux objectifs principaux :

- assurer le paiement des créanciers ;
- punir les débiteurs défaillants.

La loi du 25 janvier 1985 « relative au redressement judiciaire et à la liquidation judiciaire des entreprises » répond en définitive à des objectifs quelque peu différents, à savoir :

- assurer la pérennité de l'entreprise ;
- maintenir l'activité et l'emploi ;
- apurer le passif.

Il est aisé de comprendre toute l'évolution intervenue par rapport à la législation antérieure de 1967. C'est ainsi que l'apurement du passif sans être subsidiaire ou secondaire n'est peut-être plus la préoccupation principale et déterminante. Il convient de rappeler que, dans la procédure actuelle, la masse des créanciers a disparu et le tribunal de commerce joue un rôle actif et décisif, s'appuyant sur ses mandataires, à savoir, l'administrateur, le représentant des créanciers sous le contrôle du juge-commissaire à l'exécution du plan.

Le rôle du tribunal est tourné vers l'avenir et non plus vers le passé et la simple liquidation d'une situation financière obérée.

Enfin, si la loi encore récente a limité les cas d'incriminations pénales dans ce qu'il est toujours convenu d'appeler « la nouvelle banqueroute », les sanctions patrimoniales et personnelles offrent encore une autre panoplie aux tribunaux de commerce pour réprimer les différents agissements prévus par la loi. Certains actes relèvent d'ailleurs à la fois de sanction patrimoniale ou personnelle et de banqueroute, et c'est ainsi que le justiciable, comme les divers interve-

nants à l'instance, aura parfois à connaître des juridictions répressives comme des juridictions consulaires.

Après quelques années d'application, les dispositions nouvelles ont généré matière suffisante permettant d'en tirer enseignement. De fait, outre la redéfinition de certaines incriminations, le renversement de la charge de la preuve introduit par le législateur pour la mise en cause des dirigeants accroît singulièrement l'importance de la mission de l'expert ; il est raisonnable d'estimer dès lors, que l'issue des instances dépendra pour une large part de ses travaux.

Dans mon exposé, je vous présenterai l'étude successive de la nature des différentes fautes entraînant des sanctions, depuis la contribution au passif, jusqu'à la banqueroute, en passant par l'extension du redressement judiciaire au dirigeant et la faillite personnelle. C'est ainsi que seront analysées, tout d'abord les fautes entraînant des sanctions que l'on peut qualifier de « patrimoniales », puis dans un second temps, les fautes correspondant aux sanctions dites « professionnelles » et enfin les fautes entraînant des sanctions pénales.

Il convient de préciser en préambule que la responsabilité civile requiert l'existence d'une faute, d'un préjudice, et d'un lien de causalité. En parallèle, la condamnation pénale ne peut être prononcée qu'après la réunion des éléments matériel, intentionnel et légal de l'infraction. Nous allons revenir en détail sur ces différentes composantes.

Deux remarques préliminaires doivent encore précéder mon propos. En premier lieu, il n'a pas été possible, dans le cadre imparti à ce rapport, de vous présenter dans le détail tous les cas particuliers et leurs spécificités (entreprises publiques, coopératives, groupements, etc.) aussi les propositions de réflexion s'adressent de façon plus restrictive aux dirigeants de sociétés (essentiellement anonymes ou à responsabilité limitée). Cette limitation est volontaire. Par ailleurs, la notion de dirigeant (de fait ou de droit) a déjà été évoquée par mon excellent confrère Monsieur Renaud Peillon.

## A. — Les fautes entraînant des sanctions patrimoniales.

### 1. — La contribution en comblement de passif.

Il résulte de l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 que « 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 certains d'entre eux ».

L'action en comblement de passif présente ainsi le double aspect de réparation d'un préjudice subi par les créanciers et d'une sanction civile du dirigeant fautif. On peut assimiler ceci à une responsabilité de nature extra-contractuelle.

Dans l'examen des faits susceptibles de mettre en cause la responsabilité des dirigeants en matière patrimoniale, il convient de se pencher sur deux termes contenus dans l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 ; la faute de gestion et l'insuffisance d'actif. Il faudra analyser les actes qui peuvent constituer une faute de gestion. Mais, auparavant, il convient de qualifier l'insuffisance d'actif elle-même.

#### 1-1. — L'insuffisance d'actif.

*A priori*, la notion d'insuffisance d'actif ne pose pas de difficulté particulière. Constatée dans un très grand nombre de procédures, elle est la cause générale des poursuites personnelles engagées contre les dirigeants par le mandataire à la liquidation des entreprises (ex-mandataire-liquidateur).

Toutefois, son mode de détermination et le montant qui en résulte doivent parfois être analysés avec attention, puisque c'est ce montant qui servira, par définition, à déterminer le maximum de la contribution au passif du dirigeant. De fait l'insuffisance d'actif est dans le même temps, dans son principe, une condition d'action, et dans son étendue, la limite de l'obligation au passif. Il convient donc qu'elle soit correctement évaluée.

Son existence et son montant doivent être appréciés au jour du jugement d'ouverture de la procédure. Il convient alors de tenir compte de la non-application du principe comptable de continuité d'exploitation pour la détermination des valeurs d'actif. Pour l'actif, la règle habituelle est de reprendre les valeurs de réalisation de ses différents constituants (en ce sens, *Cass. com. 13 nov. 1990, n° 1314*). Mais il apparaît possible et équitable d'envisager une approche des valeurs comptables corrigées à la date du jugement d'ouverture pour ne pas faire virtuellement supporter au dirigeant les conséquences d'actes de gestion postérieurs à son dessaisissement partiel ou total, notamment les cessions (de gré à gré ou aux enchères publiques) qui correspondent rarement à la valeur réelle des actifs.

Pour le passif, il s'agira bien évidemment du passif admis dans la procédure, comprenant donc les dettes nées du jugement, sans prise en compte des éléments postérieurs au jugement. Il en est ainsi en particulier du coût du licenciement collectif. Ne doivent pas être repris non plus les fonds assimilables aux fonds propres, tels que les prêts participatifs, ni les comptes-courants des associés dirigeants. C'est le jour du jugement que se constate l'insuffisance d'actif mais c'est au jour du dépôt de bilan que se chiffre l'insuffisance d'actif.

Enfin, en cas de confusion de patrimoines entre plusieurs entreprises et lorsqu'une procédure unique est ouverte à leur encontre il faut rappeler que c'est l'actif et le passif consolidés qui doivent être comparés pour déterminer l'insuffisance d'actif globale.

#### 1-2. — La nécessité d'une faute de gestion.

L'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 évoque le « cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif ». Mais à aucun moment ce texte ne donne de définition de la faute de gestion.

Cependant, il convient de préciser que l'action en comblement de passif est avant tout la sanction d'une faute de gestion, à l'occasion d'une procédure collective. Elle fait supporter au dirigeant social les conséquences de sa gestion antérieure qui s'est révélée néfaste pour la personne morale.

La faute de gestion n'est pas aisée à démontrer. A cet égard, il apparaît important de s'arrêter quelques instants sur deux principes contenus, l'un dans la loi du 13 juillet 1967, l'autre dans la loi du 25 janvier 1985. La loi du 13 juillet 1967 retenait le principe de « présomption de faute », la loi du 25 janvier 1985 consacre celui de la « faute prouvée ».

L'article 99 de la loi de 1967 posait le principe d'une présomption de faute. Il était suffisant de démontrer la qualité de dirigeant de droit ou de fait de la personne poursuivie, ainsi que l'existence d'une insuffisance d'actif pour entraîner la condamnation de cette personne. Cependant, une étude statistique a montré que les tribunaux refusaient de retenir purement et simplement la présomption et recherchaient l'existence de fautes de gestion.

La faute était reconnue en cas de gestion par le dirigeant dans son intérêt personnel ou encore en cas de désintérêt pour les affaires sociales. Il ne pouvait se dégager de cette responsabilité qu'en rapportant la preuve de sa diligence dans l'administration et la direction des affaires.

L'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 remplace le principe de la faute présumée par celui de la faute prouvée : l'insuffisance d'actif ne peut être mise à la charge d'un dirigeant de droit ou de fait que s'il est démontré au préalable l'existence d'une faute de gestion ayant contribué à sa création.

L'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 ne donne pas de définition de la faute de gestion. Mais cette notion n'était pas plus définie sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967.



Cette nouvelle disposition a été introduite, d'une part, en réaction contre le système jugé trop rigoureux de la présomption de faute, d'autre part, pour consacrer la jurisprudence qui recherchait presque toujours l'existence d'une faute de gestion.

En l'absence d'une définition précise de la faute de gestion donnée par un texte légal ou réglementaire, on peut estimer pour reprendre une définition jurisprudentielle, que la faute de gestion se trouve caractérisée dès lors que les juges du fond ont relevé contre les dirigeants concernés des irrégularités et des abus graves (*Cass. com. 26 juin 1990, n° 916*). La jurisprudence permet de dresser un catalogue, non exhaustif, de ces irrégularités et abus.

Avant même d'examiner la jurisprudence en matière de faute de gestion, il apparaît opportun de s'arrêter quelques instants sur les éléments qui sont susceptibles de la caractériser.

Il convient de distinguer plusieurs critères, afin de mieux définir la faute de gestion. Il y a dans un premier temps la fraude qui est considérée par les tribunaux comme une faute de gestion. Il y a également en ce qui concerne la faute proprement dite plusieurs situations que l'on peut classer ainsi :

- l'erreur de gestion, commise de bonne foi par un dirigeant suffisamment avisé mais éventuellement victime d'éléments extérieurs difficiles à maîtriser ;
- la faute de gestion que l'on peut qualifier d'excusable ;
- la faute de gestion que l'on peut qualifier d'inexcusable.

D'une manière générale, ces différentes notions de « faute » seront à apprécier au regard du risque normal des affaires, ou au contraire d'une attitude que l'on peut qualifier d'hasardeuse ou spéculative.

Les conséquences sur la situation financière d'une entreprise, d'une erreur ou d'une faute de gestion s'avèrent être en général relativement voisines. C'est pourquoi, les tribunaux remontent aux sources pour déterminer s'il s'agit réellement d'une faute de gestion ou d'une simple erreur de gestion et mesureront dans tous les cas la gravité des manquements constatés, leur caractère cumulatif et répétitif, et l'impact sur l'insuffisance d'actif. Il apparaît évident que pour mettre en lumière tous les éléments nécessaires à la bonne appréciation des faits, les tribunaux auront souvent recours à l'expertise.

Pour mieux illustrer mon propos et essayer de définir la faute de gestion, il est présenté ci-après plusieurs cas de jurisprudence qui matérialisent la consistance de la faute de gestion non excusable qui entraînera l'action en comblement de passif social.

#### Cas n° 1

Le Tribunal de commerce d'Arras, dans un jugement rendu le 27 juillet 1990, a caractérisé la faute de gestion à partir des éléments ci-après indiqués :

non-déclaration de l'état de cession des paiements dans les délais impartis par la loi, sans excuse valable ;

poursuite abusive de l'exploitation déficitaire et ce dans un intérêt personnel qui ne pouvait mener qu'à la cessation des paiements.

Dans ses attendus, le tribunal a estimé que :

- la SA n'a connu que des résultats déficitaires importants de 1985 à 1988, et que dans le même temps aucune action n'a été conduite afin d'amener les charges de structure vers une baisse sensible et que plus généralement aucune mesure de restructuration n'a été prise ;
- la TVA bien que régulièrement enregistrée en comptabilité n'a pas été déclarée ni payée, de sorte que le commissaire aux comptes a refusé de certifier les comptes ;
- il semble que l'on ait tenté de dissimuler la situation financière réelle de l'entreprise ;
- enfin, l'ensemble de ces agissements a été motivé par l'intérêt personnel des dirigeants.

La faute de gestion au cas particulier a aisément été démontrée et établie. Cependant, tenant compte des arguments de la défense atténuant sensiblement la responsabilité des dirigeants, le tribunal de commerce condamnera ces derniers à supporter à hauteur de 20 % l'insuffisance d'actif provenant de la liquidation judiciaire de la société.

#### Cas n° 2

L'absence de mise en place d'un plan de redressement sérieux, le fait que le président du conseil d'administration ne pouvait ignorer la faiblesse du chiffre d'affaires et l'impossibilité de relancer la production sur la base des engagements pris, et qu'il n'avait pas rendu compte avec clarté et précision de cette situation au conseil d'administration (*TC Valenciennes 19 sept. 1989*).

#### Cas n° 3

L'absence de moyens permettant pour un groupe de financer sa filiale : l'absence de fonds de roulement et l'absence de comptes prévisionnels (*TC Lille 12 janv. 1990, Wilhelem*).

#### Cas n° 4

Le fait, pour celui qui contrôle l'ensemble d'un groupe de sociétés, de favoriser certaines d'entre elles au détriment de celle qui a, depuis lors, cessé ses paiements (*Cass. com. 27 févr. 1990, n° 298*).

#### Cas n° 5

La poursuite d'une exploitation lourdement déficitaire pendant cinq exercices consécutifs, l'absence de toute suite donnée à une très nette mise en garde de l'expert-comptable de la société, l'absence de respect de diverses règles comptables (*CA Paris 3<sup>e</sup> ch. A, 27 mars 1990, Souchon c. consorts Mongin*).

#### Cas n° 6

Le fait que les dirigeants aient été malencontreusement encouragés par un franchiseur à poursuivre l'activité, alors qu'ils n'ont pas réussi à réduire les charges et à faire rentrer les règlements, sans s'être interrogés concrètement sur les restructurations et mesures financières qu'ils avaient prises (*Cass. com. 9 mai 1990, n° 640*).

#### Cas n° 7

Le fait pour le dirigeant poursuivi, de percevoir une rémunération trop importante au regard de la taille et de la situation de l'entreprise, des remboursements de frais non justifiés, d'avoir fait exécuter à son domicile personnel des travaux financés par la société, d'avoir fait payer par celle-ci des primes d'assurance-vie à titre personnel, ainsi que l'assurance de son propre véhicule, et la participation à une activité identique à celle de la société dirigée par lui (*CA Paris, 3<sup>e</sup> ch. A, 28 mars 1990, Ferreira c. Souchon*).

#### Cas n° 8

Le fait d'avoir entretenu un déficit constant, d'avoir présenté des documents comptables erronés, d'avoir détourné des fonds sociaux et d'avoir créé une caisse noire destinée aux dépenses personnelles (*CA Rouen 20 avril 1989, Boulay c. Meunier*).

#### Cas n° 9

Le financement, par la trésorerie de l'entreprise, de travaux dans un local dont celle-ci n'était pas propriétaire et pour un montant sans proportion avec la situation financière de la société, dans l'espoir d'un prêt bancaire qui, finalement, ne lui a pas été accordé, ce qui constituait une grave imprudence ayant directement contribué à la déconfiture de la société, d'autant plus que le dirigeant poursuivi avait mené dans son intérêt personnel une exploitation qui s'était révélée déficitaire (*Cass. com. 13 nov. 1990, n° 1302*).

#### Cas n° 10

Le fait pour un dirigeant de n'avoir pas organisé un contrôle rigoureux sur la gestion et la tenue de la comptabilité de la société, ce qui aurait contribué à une meilleure connaissance de la situation réelle et aurait ainsi évité une véritable catastrophe pour les créanciers (*CA Rouen 29 nov. 1990 : Gaz. Pal. 23-26 juin 1991, p. 17*).

#### Cas n° 11

Le fait pour des dirigeants d'avoir créé, au cours de trois années d'activité de la société, une insuffisance d'actif, d'avoir fait preuve d'une totale incompétence et, malgré la situation acquise de cessation des paiements, d'avoir poursuivi abusivement l'exploitation déficitaire, ne procédant au dépôt de bilan qu'après l'assignation de la société en redressement judiciaire (*Cass. com. 14 mai 1991 : Quot. jur. 25 juill. 1991*).

#### Cas n° 12

Le fait pour le président du conseil d'administration, de n'avoir pas accordé toute son attention à la gestion de l'entreprise qui venait de naître en comptant sur des subventions aléatoires et le soutien de banques en vue de se constituer une trésorerie, ainsi que d'avoir été très peu présent au siège social en déléguant ses pouvoirs à des collaborateurs dont il connaissait l'incompétence (*Cass. com. 11 juin 1991, n° 915*).

Enfin, il convient de préciser que le plus large pouvoir d'appréciation est laissé aux magistrats en ce qui concerne le montant de la condamnation à prononcer contre le dirigeant poursuivi. L'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 prévoit que le tribunal peut prononcer une condamnation à supporter en tout ou en partie l'insuffisance d'actif. Le tribunal n'est pas tenu de prononcer une condamnation et il est libre d'en moduler le montant en fonction des divers éléments en sa possession.

#### 1-3. — Le lien de causalité.

Le droit de la responsabilité civile pose comme condition à toute action en réparation d'un préjudice subi, la preuve du lien de causalité reliant la faute imputée à la personne poursuivie et au dommage subi par la victime.

L'action en comblement du passif présente la même particularité : un dirigeant de la personne morale en cessation des paiements ne peut être condamné à supporter personnellement l'insuffisance d'actif de celle-ci que si la faute de gestion qui lui est reprochée est en rapport de causalité avec le préjudice, c'est-à-dire avec l'insuffisance d'actif. Il apparaît donc que dans cette action, la preuve du lien de causalité constitue le point le plus délicat ; il est souvent très difficile d'établir le lien existant entre un événement donné de la gestion d'une entreprise et les conséquences économiques qui en sont résultées pour celle-ci : surtout si l'entreprise a dû, par la suite, cesser ses paiements : le plus souvent les origines de la cessation des paiements sont diverses et ne découlent pas d'une seule cause, mais sont la conséquence de la conjonction d'une série de facteurs.

L'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 ne posait pas qu'une présomption d'existence de la faute de gestion : il instituait aussi une présomption de lien de causalité. En effet, il ne fait pas référence à l'existence d'un lien de causalité : la preuve de l'insuffisance d'actif, c'est-à-dire le préjudice, suffisait, et il s'en déduisait l'imputabilité aux dirigeants poursuivis. Ceci signifiait que ce seul élément établissait à la fois l'existence de leur faute de gestion et du lien de causalité qui liait cette faute à l'insuffisance d'actif. L'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 exige désormais qu'il soit prouvé que la faute de gestion, dont l'existence a été au préalable établie, a contribué à cette insuffisance d'actif. Si la preuve du lien de causalité est ainsi exigée, il n'est nullement demandé de prouver que la faute de gestion a été la cause unique de l'insuffisance d'actif : il suffit d'établir que cette faute constitue au moins un élément sensible de l'insuffisance d'actif.



## 2. — L'extension du redressement judiciaire au dirigeant.

L'article 182 de la loi édicte que :

« En cas de redressement judiciaire d'une personne morale, le tribunal peut ouvrir une procédure de redressement judiciaire à l'égard de tout dirigeant de droit ou de fait, rémunéré ou non, contre lequel peut être relevé un des faits ci-après :

1. Avoir disposé des biens de la personne morale comme des siens propres ;
2. Sous le couvert de la personne morale masquant ses agissements, avoir fait des actes de commerce dans un intérêt personnel ;
3. Avoir fait des biens ou du crédit de la personne morale un usage contraire à l'intérêt de celle-ci à des fins personnelles ou pour favoriser une autre personne morale ou entreprise dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement ;
4. Avoir poursuivi abusivement, dans un intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale ;
5. Avoir tenu une comptabilité fictive ou fait disparaître des documents comptables de la personne morale ou s'être abstenu de tenir toute comptabilité conforme aux règles légales ;
6. Avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif ou frauduleusement augmenté le passif de la personne morale ».

L'extension du redressement judiciaire au dirigeant relève ainsi de six cas limitativement énumérés par l'article 182 de la loi. L'« extension » est d'ailleurs une expression quelque peu abusive puisqu'il ne s'agira pas d'une continuation d'une procédure déjà ouverte, mais de l'ouverture d'une nouvelle procédure à l'encontre du dirigeant, personne physique ou morale. Il convient de noter au passage que les situations visées par le texte représentent des comportements hautement répréhensibles, ce qui se conçoit logiquement lorsque l'on mesure les effets considérables que l'ouverture d'une procédure entraîne sur le patrimoine du dirigeant. Par exemple, la seule omission de déclaration de cessation des paiements ne saurait suffire à en déclencher l'application.

### 2-1. — Cas prévus à l'article 182 alinéas 1 à 3.

On pourra s'étonner de voir ainsi regroupés trois cas d'extension que le législateur a préféré distinguer. C'est pourtant un avis largement partagé par la doctrine qui constate que « le cas d'extension de l'article 182-3° est très voisin de ceux sanctionnés par les 1° et 2° du même article » (DPDE, *feuille* 28, 9 nov. 1991, p. 489, et F. Derrida, P. Godé, J.-P. Sortais, avec la collaboration d'A. Honorat : *Redressement et*

*liquidation judiciaires des entreprises*, éd. Dalloz, 1986, 2<sup>e</sup> édition, n° 460. *Lamy Droit commercial*, n° 33223, p. 1476).

En effet, qu'il s'agisse de disposer des biens de la personne morale comme des siens propres, d'avoir fait des actes de commerce dans un intérêt personnel sous le couvert de la personne morale, ou d'avoir fait des biens ou du crédit de la personne morale, un usage contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles de manière directe ou indirecte, c'est essentiellement la notion de confusion de patrimoines qui est mise en cause, avec une connotation très proche du délit d'abus de biens sociaux.

Pour caractériser cette confusion des patrimoines, il paraît possible de se baser sur la jurisprudence qui consacre d'une part l'impossibilité de dissocier les patrimoines propres de chaque société lorsqu'ils sont trop imbriqués, ce qui reste un cas extrême, mais d'autre part, de façon plus large, l'existence de mouvements de fonds anormaux, en l'absence de toute contrepartie. Cette dernière hypothèse conduit naturellement, puisque le dirigeant a pu agir indirectement, à considérer l'application de tels textes au sein de groupes de sociétés.

Il s'agit, en effet, de terrains propices à des mouvements financiers susceptibles d'être invoqués au-delà de la communauté d'intérêts inhérente au groupe. Il convient alors de globaliser l'appréciation pour estimer légitime l'acte qui n'est pas contraire à l'intérêt du groupe, en considérant « la réalité d'un groupement fortement structuré, reposant sur des bases non artificielles et si les sacrifices demandés à certaines sociétés ne doivent pas mettre en péril leur propre avenir » (*Tribunal correctionnel de Lyon*, 5<sup>e</sup> ch., 20 juin 1985 ; *GP du 19-20 déc. 1986*, p. 10, note J.-P. Marchi ; *Bull. CNEC* n° 31, janv. 1987, p. 46 [à propos de l'abus de biens sociaux dans un groupe]).

Une société reconnue fictive est, par essence même, un terrain de prédilection pour constater la confusion de patrimoines tant et si bien que les deux concepts ont parfois été eux-mêmes confondus, mais, en définitive, la fictivité ne doit pas apparaître comme une condition nécessaire et suffisante.

Enfin, l'intérêt personnel n'étant pas requis au 1<sup>er</sup> alinéa de l'article 182, il est égal, si l'acte est irrégulier, qu'un prélevement ait servi à l'apurement d'une créance effective du dirigeant à l'encontre de la société, tel l'encaissement intégral d'un compte courant mettant en péril la trésorerie de la société.

Il est édicté de façon délibérée dans les deux alinéas suivants que le dirigeant doit avoir agi dans son intérêt personnel. Il faudra donc s'interroger sur les motivations des actes incriminés et les profits tirés de leur accomplissement.

### 2-2. — Poursuite abusive de l'exploitation déficitaire dans un but personnel.

Le texte légal vise ici précisément le dirigeant qui « a poursuivi abusivement dans un intérêt personnel une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale ».

Le résultat de l'exploitation doit donc être déficitaire ; qu'il soit affiché ou occulte, c'est le résultat réel qui doit être considéré. Il ne peut s'agir de difficultés ponctuelles ou conjoncturelles, car la situation doit être irréversible et irrémédiablement compromise, ne pouvant conduire qu'à un état de cessation des paiements. En effet, le dépôt de bilan n'est pas inéluctable dès le constat d'un déficit, et il faudra prendre en compte les chances réelles et sérieuses de réussite des mesures de redressement. La poursuite abusive est donc une qualification complexe et la seule omission de déclaration de cessation des paiements ne saurait suffire (Y. Chaput : *Les responsabilités* ; *Rev. proc. coll.* n° 1992-2, p. 222-3).

La poursuite abusive de l'exploitation déficitaire est souvent reprise parmi les fautes de gestion de l'action en comblement de passif, mais l'article 182 introduit ici une nuance importante en exigeant un intérêt personnel.

Mais la poursuite de l'exploitation n'est pas forcément abusive lorsqu'une possibilité de redressement existe. Il convient alors d'examiner les données prospectives de l'époque, s'attachant à recenser les mesures prises, leurs chances d'aboutir, les objectifs et budgets fixés, leur suivi pour s'assurer que les causes des mauvais résultats ont été identifiées, qu'un remède pouvait y être apporté, et que l'entreprise avait la capacité, en tenant compte des différentes contraintes tant internes (moyens humains et techniques, sources de financement...) qu'externes (secteur d'activité, marché, prix...) de dégager des produits supérieurs aux charges et de retrouver ainsi sa vocation aux bénéfiques.

L'intérêt personnel du dirigeant doit enfin être caractérisé. Il semble donc raisonnable ici de s'interroger sur toutes les conséquences qu'entraîne l'arrêt de l'exploitation pour les dirigeants et qui les conduisent à poursuivre l'activité. Vient naturellement à l'esprit l'évocation des salaires ou commissions versés directement ou indirectement, même si la loi vise tout dirigeant, « rémunéré ou non ». Mais il faut également considérer les cautions engageant le dirigeant vis-à-vis des tiers, ou toute autre créance qu'il détient sur la société. L'étude de la période précédant immédiatement l'ouverture de la procédure est à cet égard souvent révélatrice de l'intention du dirigeant de préserver ses intérêts, par le remboursement inopiné de dettes cautionnées notamment. L'expert devra porter toute son attention sur la période précédant le dépôt.

### **2-3. — Comptabilité fictive. Disparition de documents comptables. Absence de tenue de comptabilité conforme aux règles légales.**

Les termes retenus par le législateur pour ce cinquième cas d'extension recouvrent, presque à l'identique, un des quatre cas de la banqueroute. Son étude sera effectuée lors de l'examen de la sanction pénale.

### **2-4. — Détournement d'actif. Augmentation frauduleuse du passif.**

Il s'agit là encore d'une formulation regroupée de deux cas de banqueroute. Leur étude sera effectuée également lors de l'examen de la sanction pénale.

## **B. — Les fautes entraînant des sanctions professionnelles.**

### **La faillite personnelle.**

Il est bon de préciser, avant d'examiner la nature des différentes fautes conduisant à la faillite personnelle, si ces mêmes faits peuvent entraîner le simple prononcé d'une interdiction de diriger, gérer ou administrer une entreprise (art. 192).

Selon l'article 185 de la loi, lorsqu'une procédure de redressement judiciaire est ouverte, la faillite personnelle peut être prononcée à l'égard de toute personne physique commerçante, tout artisan, tout agriculteur, toute personne physique, dirigeant de droit ou de fait de personnes morales ayant une activité économique, ou toute personne physique, représentant permanent de personnes morales dirigeantes.

Les différents cas où la faillite personnelle peut être prononcée sont désormais tous facultatifs. Il existe d'abord des causes de portée générale. L'article 189 précise :

« 1. Avoir exercé une activité artisanale ou commerciale ou une fonction de direction ou d'administration d'une personne morale contrairement à une interdiction prévue par la loi ;

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

3. Avoir souscrit, pour le compte d'autrui, sans contrepartie, des engagements jugés trop importants au moment de leur conclusion, eu égard à la situation de l'entreprise ou de la personne morale ;

4. Avoir payé ou fait payer, après cessation des paiements et en connaissance de cause de celle-ci, un créancier au préjudice des autres créanciers ;

5. Avoir omis de faire, dans le délai de 15 jours, la déclaration de l'état de cessation des paiements » (ce cas est très fréquent).

Le texte prévoit d'autre part des cas propres aux commerçants, artisans ou agriculteurs (article 187) :

« 1. Avoir poursuivi abusivement une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements ;

2. Avoir omis de tenir une comptabilité conformément aux dispositions légales ou fait disparaître tout ou partie des documents comptables ;

3. Avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif, ou frauduleusement augmenté son passif ».

Enfin certains cas sont spécifiques aux dirigeants de personnes morales (art. 188). Il s'agit tout d'abord des six cas



d'extension du redressement judiciaire, que nous venons de passer en revue, puis celui du dirigeant d'une personne morale qui n'a pas acquitté les dettes de celle-ci mises à sa charge (art. 190).

## **1. — Exercice d'une activité commerciale contrairement à une interdiction.**

Plus exactement et plus littéralement, le texte vise tout dirigeant ayant « exercé une activité artisanale ou commerciale ou une fonction de direction ou d'administration d'une personne morale contrairement à une interdiction prévue par la loi ». Il est possible de noter au passage qu'un dirigeant ayant exercé une fonction de direction contrairement à l'interdiction prévue à l'article 192 de la loi de 1985, encourt, conformément au même article..., une interdiction d'exercer une fonction de direction... Il apparaît alors, sans préjuger de leur décision souveraine, que les magistrats seront sans doute moins cléments et useront de leur pouvoir pour caractériser cette situation qui relève véritablement de la faillite personnelle, plus que toute autre sanction de substitution.

Il est toutefois possible de relever le cas « d'un mari, condamné à la faillite personnelle, perdant en conséquence, la qualité d'administrateur... qui, par un chassé-croisé, fait de sa femme le président du conseil d'administration... mais exerce, en fait, la direction de la société. L'un et l'autre seront soumis à la faillite personnelle ». C'est aussi le cas d'« un homme de paille » couvrant un gérant de fait soumis à une interdiction de la loi du 30 août 1947, le prête-nom étant lui-même condamné à une interdiction de gérer toute société commerciale ou artisanale pendant trente ans (*CA Paris, 3<sup>e</sup> ch. A, 16 oct. 1990*).

## **2. — Achats en vue d'une revente au-dessous du cours. Emploi de moyens ruineux.**

Les termes retenus par le législateur pour ce deuxième cas de portée générale de la faillite personnelle recouvrent, à l'identique, ceux du premier cas de banqueroute et feront l'objet d'un examen dans la troisième partie de mon exposé.

## **3. — Engagements souscrits trop importants.**

Le troisième alinéa de l'article 189 de la loi de 1985 édicte que tout dirigeant de personnes morales ayant une activité économique encourt la faillite personnelle ; la description des faits est rédigée en termes plus précis et explicites, offrant moins de matière à interprétations et commentaires.

Chacun connaît la notion d'engagement, et sait notamment qu'il doit recenser les engagements dits hors bilan à chaque arrêté de comptes pour faire figurer dans l'annexe

ceux qui ne trouvent pas de traduction comptable immédiate, afin de donner l'image fidèle des comptes annuels. Toutefois, il ne peut s'agir uniquement ici du sens strict donné par la définition comptable du terme, mais plutôt de tout acte, promesse ou contrat conclu, obligeant la société soit à l'exécution de prestations, soit au versement de sommes d'argent.

L'absence de contrepartie, requise par le texte, doit s'analyser comme un manque de réciprocité de l'engagement, notamment pour sa partie considérée excédentaire, mais les faits pourront toutefois être retenus si une contrepartie partielle existe, lorsqu'elle se révèle notoirement insuffisante ou disproportionnée. La loi mentionne encore un engagement souscrit pour le compte d'autrui. Il semble qu'autrui puisse s'apprécier par rapport à la personne morale et non vis-à-vis du dirigeant, ce qui sous-entend qu'un engagement souscrit dans l'intérêt personnel du dirigeant est légitimement répréhensible sans qu'il s'agisse, bien entendu, d'une condition exclusive ; il est ainsi permis d'envisager l'application du texte, quel que soit le bénéficiaire de l'engagement. Il faut enfin étudier le contexte de l'acte, puisqu'il est nécessaire de connaître la situation de l'entreprise et surtout de dater les faits pour leur accorder toute relativité, l'engagement supposant un acte portant à conséquence dans l'avenir.

## **4. — Paiement d'un créancier après cessation des paiements au préjudice des autres créanciers.**

Est passible de la faillite personnelle, celui qui a « payé ou fait payer, après cessation des paiements et en connaissance de cause de celle-ci, un créancier au préjudice des autres créanciers ». Cet ancien cas de banqueroute simple vise donc les paiements préférentiels, synonymes de rupture de l'égalité entre les créanciers. Ces règlements encourrent la nullité au cours de la période suspecte séparant la cessation des paiements du jugement d'ouverture ; mais la période d'observation et les périodes ultérieures de la procédure sont principalement concernées, *a fortiori*.

## **5. — Omission de la déclaration de l'état de cessation des paiements.**

Il s'agit de la cause la plus commune pour l'application de la faillite personnelle. Elle est si courante que les autres cas sont assez rarement évoqués et que l'on se borne souvent à caractériser cette omission « de faire, dans le délai de 15 jours, la déclaration de l'état de cessation des paiements ».

C'est, en effet, une démarche particulièrement exigeante qui est demandée au dirigeant et, pour mieux s'en rendre compte, il est souhaitable de revenir sur la définition de l'état de cessation des paiements. Cet état résulte de l'impossibilité pour le débiteur de faire face à son passif exigible avec son actif disponible.

Toutefois, il convient de préciser que le texte ne donne pas de définition précise des termes comptables utilisés : « actif disponible » et « passif exigible », laissant place encore aux interprétations des magistrats sur ces points. Les autorités gouvernementales avaient d'ailleurs précisé lors de l'élaboration du texte que la définition était juridique et non comptable (en ce sens, *CA Aix-en-Provence*, 8<sup>e</sup> ch., 5 juin 1987). En effet, l'application du Plan comptable général telle qu'elle résulte de l'arrêté ministériel du 27 avril 1982 et des dispositions de la loi « comptable » n° 83-353 du 30 avril 1983, ne permet pas, à la simple lecture du bilan, la détermination facile et rapide des notions précitées. Auparavant, l'actif était divisé en valeurs immobilisées, valeurs d'exploitation, valeurs réalisables et valeurs disponibles. Il s'agit en fait des disponibilités, soit les liquidités existant en comptes financiers (Tribunal de commerce de Lille, 4 mars 1985). Toutefois, si les immobilisations et les stocks à rotation lente ou faisant l'objet d'une clause de réserve de propriété ne peuvent en aucun cas entrer en compte, certaines créances à court terme susceptibles d'être converties immédiatement en disponible peuvent être retenues (*Cass. com.*, 14 mars 1989).

Quant au passif exigible, il convient de noter qu'il doit également être échu et exigé. C'est ainsi que le Tribunal de commerce de Lille n'a pas retenu dans le passif exigible « des concours bancaires non dénoncés, des engagements financiers exigibles à moins d'un an et des comptes courants avec les sociétés du groupe et les associés, non exigés et non échus ». Ces quelques remarques suffisent à démontrer les limites de la comptabilité pour connaître la véritable situation de l'entreprise. L'évaluation de l'état de cessation des paiements ne pourra résulter d'une simple lecture des postes du bas du bilan ni d'un simple examen des comptes de trésorerie. L'intervention de l'expert sera donc souvent nécessaire afin de déterminer « la date de cessation des paiements ».

## C. — Les fautes entraînant des sanctions pénales.

### 1. — La banqueroute.

Quatre cas de banqueroute sont édictés par l'article 197 de la loi.

« 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.

2. Avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif du débiteur.

3. Avoir frauduleusement augmenté le passif du débiteur.

4. Avoir tenu une comptabilité fictive ou fait disparaître des documents comptables de l'entreprise ou de la personne morale ou s'être abstenu de tenir toute comptabilité, lorsque la loi lui en fait l'obligation ».

Certains traits particuliers caractérisent les divers cas. Le premier, comportant « l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure », a pour conséquence directe que les agissements prévus se soient déroulés au cours de la période précédant cette ouverture. Cette précision de date ne concerne pas les autres situations. Dans l'alinéa suivant, il a notamment été jugé qu'il importait peu que les faits aient été commis antérieurement ou postérieurement à la date de cessation des paiements. Quant au troisième cas, il aboutit souvent à une situation particulière du cas précédent. La dernière catégorie de fait a trait à la comptabilité et soulève encore plusieurs difficultés de définition, tout spécialement sur les notions de « comptabilité fictive » et « d'abstention de tenue de toute comptabilité » voire de « comptabilité ».

#### 1-1. — Préalable.

La poursuite pour banqueroute n'est possible que si une procédure de redressement judiciaire a été ouverte à l'encontre de la société qu'il a dirigée (ou liquidée). Il convient de tenir compte de cette considération car cette nécessaire condition préalable indique que les décisions du juge des procédures collectives s'imposent au juge pénal. En effet, les tribunaux répressifs n'ont plus à apprécier l'état de cessation des paiements, auquel il n'est plus fait référence, et se bornent à constater l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire. D'ailleurs, les éléments constitutifs de l'infraction sont pratiquement indépendants de la notion d'état ou de date de cessation des paiements. Seul le premier cas mentionne « l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ».

Cet élément intentionnel est d'ailleurs à apprécier dans tous les cas prévus par le texte pénal ; il y est soit mentionné expressément, soit sous-entendu dans les actes positifs requis.

#### 1-2. — Achats en vue d'une revente au-dessous du cours. Emploi de moyens ruineux.

Ce cas de banqueroute constitue également un cas de faillite personnelle, qui reste toujours facultative. L'incrimination en comprend en fait deux.

La première proposition vise les achats faits en vue d'une revente à perte. Il ne s'agit pas de toute revente à perte pouvant correspondre à des soldes, des stocks bradés ou la vente de produits dépréciés. Il n'est pas non plus question de pertes subies du fait de maladresses ou d'erreurs dans la gestion. Il faut au contraire apporter la preuve que l'acheteur avait, lors de l'acquisition, l'intention de revendre à perte. En revanche, la simple cession de marchandises effectuée au-dessous du cours peut être considérée, si les conditions sont rassemblées, comme un moyen ruineux de se procurer des fonds. C'est la deuxième partie de l'alinéa.

Les moyens ruineux sont des procédés au coût élevé qui ne sont que des artifices provisoires de nature à augmenter un passif déjà trop important. Plus généralement, peut être considéré ruineux ce qui dépasse manifestement les capacités financières du débiteur, lorsque ces agissements sont



perpétrés dans l'intention d'éviter l'ouverture de la procédure.

Cette intention est en effet un des éléments constitutifs du délit. Elle correspond à la volonté d'échapper aux conséquences du redressement judiciaire de l'entreprise et ne peut se confondre avec les mesures prises dans le cadre d'une volonté honnête de rétablissement de la personne morale.

### 1-3. — Détournement ou dissimulation d'actif.

### 1-4. — Augmentation frauduleuse du passif.

Ces deux incriminations distinctes tendent chacune à priver les créanciers de tout ou partie de leur gage en accroissant l'écart que constitue finalement l'insuffisance d'actif.

Elles peuvent être rapprochées des trois premiers cas d'extension de la procédure au dirigeant, constituant de la même façon une utilisation indelicat des moyens offerts au dirigeant par la personne morale, mais doivent en être distinguées du fait de l'intention frauduleuse qui les inspire.

Elles peuvent par ailleurs être comparées à la notion d'abus de biens ou de crédit, ou plus encore d'abus de confiance, mais là encore, elles ne peuvent y être assimilées puisqu'ils ne requièrent pas l'intérêt personnel du dirigeant, sans oublier, bien sûr, le cadre impératif des procédures collectives dans lequel elles doivent être établies. A cet égard, il est toutefois possible de relever que les faits punissables peuvent être indifféremment antérieurs ou postérieurs à la cessation des paiements. En effet, ne peut échapper à la sanction prévue, « un détournement commis antérieurement à une cessation des paiements, et qui aurait contribué à cet état ou qui aurait aggravé une situation déjà compromise, pour faire échapper en connaissance de cause ces biens détournés, aux poursuites des créanciers (A. Honorat et R. Bernardini : *Redressement et liquidation judiciaire. Banqueroute et autres infractions*).

Mais le texte recouvre en vérité trois actes distincts. Le plus commun est le détournement d'actif. Il correspond à un acte positif de disposition, d'utilisation ou de cession des biens de l'actif de la personne morale conduisant à un appauvrissement de l'entreprise, en vue de les soustraire aux poursuites de ses créanciers.

Parallèlement, la dissimulation démontre la volonté de donner une apparence de l'actif contraire à la réalité par une omission volontaire pour en faire échapper un élément à la connaissance des tiers. Quant à l'augmentation frauduleuse du passif, il a pu être démontré qu'elle n'était qu'un dérivé du détournement d'actif tendant à créer une apparence fictive par une fausse reconnaissance de dettes.

### 1-5. — Comptabilité fictive. Disparition de documents comptables. Abstention de tenue de toute comptabilité.

La loi du 25 janvier 1985 punit le dirigeant qui a « tenu

s'est abstenu de tenir toute comptabilité », ce que la loi du 30 décembre 1988 a complété en ajoutant : « lorsque la loi lui en fait l'obligation ». Il s'agit très certainement de l'incrimination qui a déclenché, lors de l'application de la loi nouvelle, le plus de commentaires, de controverses et de tergiversations au sein même de la jurisprudence, comme de la doctrine juridique et comptable.

L'apparition de notions nouvelles comme la comptabilité fictive ou l'abstention de tenue de toute comptabilité, sans accompagnement des définitions correspondantes, a laissé les praticiens (magistrats, mais aussi leurs collaborateurs privilégiés que sont les experts) dans l'expectative.

Il convient de se reporter aux travaux diligentés à l'occasion du Congrès d'Aix-en-Provence, sur le thème « la comptabilité dans la nouvelle législation sur la banqueroute » et de citer les propos tenus en conclusion dudit congrès par Monsieur Pierre Bézio, procureur général près la Cour de cassation : « J'ai retenu que la comptabilité fictive est celle dans laquelle certains faits comptables, par la dénaturation volontaire qu'on leur apporte, ne donnent pas une image exacte de l'activité de l'entreprise. Selon la définition donnée par la Chambre criminelle dans son arrêt du 28 mars 1990, c'est la manipulation qui a permis de modifier de manière significative les résultats de l'exercice ».

## 2. — Les autres infractions à caractère pénal.

Outre la banqueroute, la loi du 25 janvier 1985 prévoit deux autres incriminations pénales pour les dirigeants.

Il s'agit tout d'abord (art. 203) du fait d'avoir au cours de la période d'observation consenti une hypothèque ou un nantissement ou avoir fait un acte de disposition sans l'autorisation du juge-commissaire, ou d'avoir payé une dette antérieure à la décision d'ouverture de la procédure (ou, pendant la mise en œuvre du plan de continuation, avoir effectué un paiement en violation des modalités de règlement du passif).

En second lieu, la loi vise des comportements intéressant le patrimoine personnel du dirigeant, dans l'éventualité d'un détournement ou d'une dissipation en vue de soustraire tout ou partie de ce patrimoine aux poursuites concernant initialement la personne morale. Ces faits sont alors punissables des peines de banqueroute.

## Conclusion

En conclusion de mon propos, je souhaite quelques instants revenir sur l'application de l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 en citant successivement Messieurs les Professeurs Daigre, Derrida et Mazeaud :

suiuants et de la responsabilité de droit commun, aux dirigeants. Il apparaît nécessaire de citer pour partie une étude de Monsieur Jean-Jacques Daigre, professeur à la Faculté de Poitiers. Celle-ci a le mérite de situer clairement le problème.

« Depuis son origine, l'action en comblement du passif avait un caractère réparateur mais aussi sanctionnateur, ce qui expliquait le maintien de l'application du droit commun de la responsabilité civile et son cumul éventuel. La loi du 25 janvier 1985, en alignant les conditions de cette action spécifique sur celles du droit commun, conduit à exclure dorénavant l'application de celui-ci aux dirigeants d'une société en redressement ou en liquidation judiciaire ».

« Au temps de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967, il était admis qu'un dirigeant de société en règlement judiciaire ou en liquidation des biens pouvait être poursuivi en responsabilité, soit sur le fondement de l'action spécifique en comblement du passif, soit sur le fondement du droit commun, au choix du syndic. La loi du 25 janvier 1985, en alignant les conditions de l'action en comblement du passif sur celles du droit commun de la responsabilité civile, a modifié les données de la question. On doit dorénavant considérer que le dirigeant d'une personne morale en redressement ou en liquidation judiciaire ne peut être poursuivi en responsabilité civile à raison de la situation financière de celle-ci que sur le fondement de l'action spécifique en comblement du passif de l'article 180 de la loi de 1985, à l'exclusion de la responsabilité civile de droit commun ».

« Si le domaine d'application de l'action en comblement du passif n'a pas fondamentalement changé dans la loi de 1985 (dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, d'une personne morale de droit privé ayant une activité économique ; art. 179), les conditions de mise en œuvre en ont été bouleversées. Là où l'article 99 de la loi de 1967 reposait sur une responsabilité de plein droit, l'article 180 de la loi de 1985 réinsère l'action en comblement du passif dans le droit commun de la responsabilité civile, en exigeant pour sa mise en jeu la preuve d'une « faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif », ce qui revient à exiger la double preuve d'une faute et d'un lien de causalité ».

« Même si l'on peut discuter sur la nature exacte de la causalité retenue par la loi de 1985, il est patent que l'action en comblement du passif de la loi de 1985 est une action en responsabilité civile de droit commun. Telle fut la volonté expresse du législateur. Depuis lors, la doctrine lui en a d'ailleurs unanimement donné acte ».

Le professeur Derrida estime que la loi de 1985 ayant institué un régime spécial de mise en cause des dirigeants, il ne saurait y avoir cumul d'action, l'une au titre des articles 180 et suivants, l'autre au titre de l'article 1382. Le professeur Mazeaud à ce propos s'exprime ainsi :

« Chaque fois qu'un texte spécial soumet la réparation d'un préjudice à des conditions particulières, ce préjudice ne peut être réparé en l'absence de ces conditions, même si les principes généraux de la responsabilité civile conduisent à accorder des dommages et intérêts. Dès lors que l'article

180 édicte un régime spécial de responsabilité dérogatoire au droit commun, ce dernier n'a pas vocation à s'appliquer, serait-ce à titre subsidiaire, tout cumul doit être exclu ».

Il convient enfin de préciser que la loi de 1985 a sensiblement amélioré la situation du débiteur et des dirigeants, du fait de la suppression de la présomption de culpabilité qui était la leur dans le cadre de l'article 99 de la loi de 1967, en cas d'insuffisance de l'actif social, cela en principe, car les tribunaux recherchaient presque toujours la réalité de la faute. Les sanctions résultant des articles 180 et suivants étant censées avoir été mises en œuvre, demeurent à la diligence du tribunal, de ses mandataires, du juge commissaire au plan, du procureur de la République, la possibilité d'engager toutes actions en responsabilité civile dans le cadre des dispositions de droit commun visées par l'article 1382 du Code civil.

Ces actions viseront tout tiers intéressé, personne physique ou morale, étant intervenu à un titre quelconque, avant jugement d'ouverture du redressement judiciaire et qui, sans avoir pu être qualifié de dirigeant de fait aurait néanmoins joué un rôle déterminant dans la création de l'insuffisance d'actif social.

C'est sur ces points que mon excellent confrère Jean Fleury vous proposera de réfléchir lors de la présentation de son exposé.

*(Applaudissements)*

**M. Bézard.** — Monsieur Marvalin, merci de ce très riche exposé qui a été suivi avec beaucoup d'attention. Vous avez soulevé de nombreux problèmes et développé d'intéressantes analyses.

Pour permettre à la discussion de s'instaurer, vous avez abrégé et n'avez pas développé vos observations sur le droit pénal. Le droit pénal n'a plus l'importance qu'il avait autrefois dans ce domaine. Il doit cependant être connu. On se reportera avec intérêt dans les actes qui seront imprimés à vos développements.

Je profite du fait que j'ai la parole pour exprimer mon point de vue sur un problème qui me tient à cœur, sur lequel, je crois, il faudrait être très net, c'est celui des groupes de sociétés. Sur ce problème, il faut le dire clairement, la Cour de cassation a une position précise et continue. Elle affirme avec force le principe du respect de la personnalité morale. A partir du moment où des fondateurs de société ont choisi d'immatriculer des sociétés, le principe c'est que la personnalité morale de ces sociétés doit être respectée.

L'exception c'est qu'il peut y avoir évidemment des fraudes, des abus. Dans ces cas on dépasse alors la personnalité morale et on va trouver le dirigeant de fait, de droit ou la société mère quand nous sommes dans un groupe.

A quelle occasion peut-on dépasser cette personnalité morale ? Cela a été jugé très clairement. Dans ces cas très précis et l'un d'entre eux — vous en avez fait état, Monsieur



le Conférencier — c'est la confusion des patrimoines. Lorsque les patrimoines des deux sociétés sont tellement imbriqués que, finalement, on n'arrive plus à savoir qui a quoi. Dans ces conditions-là, en conséquence, on considère que quelqu'un qui utilise comme un prête-nom une personnalité morale qui ne cache rien du tout, est tenu. Il en est ainsi en cas de fictivité d'une société. De même en cas d'immixtion de la société mère dans certains contrats qui fait croire aux tiers que c'est elle qui a décidé.

C'est vrai dans tous les domaines et pas simplement en matière de faillite. Il n'est pas possible par référence à la jurisprudence de la Cour de cassation, encore une fois soutenue par la majorité de la doctrine, de considérer que du seul fait qu'une société appartient à un groupe, la société mère doit venir automatiquement combler son passif.

Ce que doivent consacrer les tribunaux du fond, sous le contrôle de la Cour de cassation, c'est justement ce caractère anormal, soit qu'il y ait fictivité, soit qu'il y ait confusion, soit qu'il y ait un dérapage et là, peut-être, on rejoint l'ap-proche pénale — je me réfère à l'arrêt Rosenblum de la Chambre criminelle dans le fil de l'arrêt Willot du Tribunal correctionnel de Paris — quand on voit une société filiale anormalement mise à contribution avec des flux qui vont toujours vers la société mère et jamais l'inverse, et pour des intérêts personnels et non pour l'intérêt du groupe.

Mais, je répète, ce n'est pas parce qu'il y a des dirigeants communs, ce n'est pas parce qu'à la limite il y a des sièges sociaux communs qu'il y a anormalité dans la mesure où la comptabilité est indépendante, dans la mesure où la filiale a sa propre clientèle, dans la mesure où sont respectées les règles de fonctionnement des sociétés...

J'attire votre attention à cet égard sur le fait que la Cour de cassation et pas simplement la doctrine a condamné sans ambiguïté la notion retenue par certains tribunaux qui ont voulu consacrer la notion d'entreprise commune entre la mère et la filiale. Cela n'existe pas en droit français.

A une certaine époque, dans les années 1970, on a voulu établir cela au niveau du législateur par les propositions de la loi Couste, on a voulu au niveau du droit européen préparer une directive dans ce sens sur le modèle allemand. Tout, pour l'instant, a échoué. Encore une fois ce n'est pas par le simple fait d'appartenir à un groupe qu'une société mère doit venir automatiquement et en droit à l'appui de la filiale. Cela dit, sur le plan de la déontologie, il faut bien admettre qu'il y a un effort à faire au niveau des sociétés mères pour ne pas laisser « tomber » leur filiale, il y a ce que les juristes prénommement une obligation morale.

*(Applaudissements)*

**Mme Pasturel.** — Je ne peux à mon tour que m'associer à l'hommage que Monsieur le Président Bézard vient de rendre aux auteurs de ces deux exposés extrêmement intéressants, nourris et documentés, qui nous ont été présentés. J'en ai retenu une idée force, qui a été exprimée par M. Marvalin, c'est que l'issue de l'action engagée dépendra, Mesdames et Messieurs les Experts judiciaires, en très grande

partie de la teneur de vos travaux, qui constituent la matière première des juges. C'est dans ces travaux qu'ils vont pouvoir reconstituer la vie de la société, la vie de l'entreprise et, à travers les investigations de l'expert et sa finesse d'analyse, déterminer plusieurs notions essentielles qui vont conditionner l'application du droit. On ne saurait donc trop en souligner l'importance.

Importance de ces travaux, d'abord, en ce qui concerne le cadrage du rôle joué par le dirigeant de fait. C'est un aspect fondamental de la question. Vous savez que la notion de direction de fait n'est pas contrôlée par la Cour de cassation parce que ce n'est pas une qualification, c'est un fait. Il s'agit de savoir si la personne visée a, en fait, dirigé le sort de l'entreprise. Et cela, il n'y a que vos travaux qui vont nous permettre, à nous juges, de le dire. Vous devez analyser la vie de l'entreprise, c'est un souci qui doit vous guider en permanence. Mettez-vous à la place du magistrat qui aura votre rapport dans les mains. Il compte sur votre enquête pour parvenir à déterminer si, dans la réalité, les rênes de l'entreprise n'ont pas été tenues non par son dirigeant de droit, mais par une personne qui s'est substituée à lui.

Importance de vos travaux encore en ce qui concerne la manière dont doit être diagnostiquée et caractérisée la faute de gestion du dirigeant de droit ou de fait, qu'il s'agisse de faute dans la gestion quotidienne de l'entreprise, qui sera la plus courante et la plus facile à analyser, mais aussi de la faute commise par le dirigeant dans la prévision et dans la définition de la politique de l'entreprise.

Il faut que vous apportiez également tous vos soins à l'établissement du lien de causalité qui doit exister entre le comportement du dirigeant, et non pas la cessation des paiements comme certains peuvent le croire et comme certains tribunaux l'ont dit à tort, mais entre le comportement du dirigeant et l'insuffisance d'actif, ce qui n'est pas la même chose. Ce sont là deux notions qu'il convient de distinguer.

Enfin, votre rôle sera extrêmement important lorsque se posera la question de savoir si l'on fait application au dirigeant de l'article 182, c'est-à-dire si l'on doit lui étendre, à titre personnel, la procédure de redressement judiciaire de la société, de la personne morale.

Dire que l'on « étend » la procédure collective est, d'ailleurs, un abus de langage car ce n'est pas la même procédure qui va être ouverte. C'est une procédure distincte, qui présentera simplement cette particularité que dans cette seconde procédure ouverte à l'encontre du dirigeant, le passif comprendra également le passif social tandis que le passif de la procédure ouverte contre la personne morale ne comprendra pas celui du dirigeant.

Et cela nous conduit à établir une distinction fondamentale entre les cas qui sont prévus par l'article 182 et l'extension véritable, qui est une création de la jurisprudence et qui, contrairement à l'article 182, repose, elle, sur la confusion des patrimoines car si l'on met à part les deux derniers cas prévus par ce texte, qui constituent des mesures de police à savoir, le fait d'avoir tenu une comptabilité fictive ou d'avoir commis des détournements ou augmenté frau-



duleusement le passif, l'article 182 sanctionne le détournement de la personnalité morale de la société à des fins personnelles.

Quand vous avez à analyser le comportement des dirigeants, vous devez toujours, en vous posant la question d'une application éventuelle de l'article 182, vous demander : a-t-il, à des fins personnelles, détourné la personnalité morale de la société ? Et cela nous comptons sur vous pour nous le dire.

La confusion des patrimoines c'est une autre notion. Elle se réalise lorsque plusieurs personnes morales ont mélangé leur patrimoine, des valeurs de l'une étant, de manière injustifiée, passées dans le patrimoine de l'autre. Une telle situation, caractérisée par l'imbrication de deux ou plusieurs patrimoines, va permettre aux tribunaux d'étendre, au sens propre du mot, la procédure collective d'une société à l'autre ou aux autres. Contrairement à ce qui a lieu dans les situations prévues à l'article 182, il n'y aura pas deux procédures mais une seule. C'est la seule et même procédure qui va être étendue de la société A à la société B et il y aura constitution d'un passif unique et d'un actif unique, la réalité étant ainsi reconstituée au-delà de l'apparence.

Et je m'associe pleinement à toutes les observations faites par Monsieur le Président Bézard en ce qui concerne les groupes de sociétés. Il y a là une dérive extrêmement fâcheuse contre laquelle la Cour de cassation ne cesse de lutter. Il faut respecter rigoureusement le principe de la personnalité morale, ne pas avoir recours à des notions floues telles que celle de groupe, qui n'ont aucune valeur juridique.

Il faudra encore, lorsque se posera l'éventuelle application de l'article 182, alinéa 4, que vous vous interrogiez et que vous fournissiez aux juges toutes informations sur l'intérêt personnel du dirigeant, qui conditionne la mise en œuvre de ce texte.

Et, comme ancien juge du fond, je me souviens avoir regretté très souvent que les rapports d'expertise qui nous étaient soumis soient étonnamment taisants sur ce point. Or, il importe que nous connaissions les raisons qui ont poussé le dirigeant à poursuivre une exploitation déficitaire, dans une véritable fuite en avant. Ces raisons peuvent être de plusieurs ordres : on a évoqué la perception de salaires, qui est, en effet, la plus courante. Mais il convient, en ce cas, de donner des renseignements sur le montant des salaires, et de préciser combien de temps cette perception s'est poursuivie. L'existence d'un engagement de caution personnel peut encore, à cet égard, constituer un élément intéressant, de nature à expliquer l'obstination du dirigeant.

Un mot pour terminer sur le problème du cumul des articles 180 de la loi de 1985 et 1382 du Code civil. C'est un problème très important que de savoir si l'on peut cumuler les deux textes. Nous n'avons pas encore eu à l'affronter. Il est exact de dire que, par la nouvelle rédaction apportée à l'article 180 le législateur a réintroduit l'action en comblement de passif dans le sillage de la responsabilité de droit commun. Mais l'action en comblement n'est pas une action

banale en responsabilité de droit commun, ne serait-ce que par le fait que le juge a toute latitude de fixer la somme qui va être mise à la charge du dirigeant, alors que la personne qui est victime d'un préjudice a, en vertu de l'article 1382 du Code civil, le droit d'obtenir la réparation intégrale de son préjudice. Il y a donc place pour un débat...

Je m'arrête pour donner la parole à la salle.

*(Applaudissements)*



J.-C. Cailliau (Paris). — La question que je voudrais poser me paraît importante à cette époque où la loi de 1985 est en réflexion ; je la poserai sous forme d'un exemple comme nous avons l'occasion d'en avoir en tant qu'experts.

Je suppose une société qui est en bonne situation financière, elle a un compte clients relativement important, aucunement mobilisé. Et puis la situation de cette société se dégrade parce que sort sur le marché un produit concurrent, plus performant ou d'un prix de revient moins élevé. L'entreprise qui nous intéresse ne peut pas suivre parce qu'il faudrait des modifications industrielles, etc. Cette société va survivre pendant un certain temps car elle n'est pas encore en situation de déposer son bilan, elle n'est pas en panne de trésorerie.

Mais sa situation est, en définitive, scellée. Il est clair qu'elle va désormais être déficitaire et un jour ou l'autre elle va se trouver en état de cessation de paiement.

Que va-t-il arriver ? Le lendemain de la cessation de paiement on va décider une liquidation puisque, par hypothèse, le produit que l'on fabrique n'est plus valable sur le plan économique.

Il va en résulter différentes conséquences, en particulier le licenciement de la totalité du personnel avec toutes les indemnités que l'on connaît, donc un passif extrêmement

important. Et, pendant ce temps-là, l'entreprise aura mobilisé complètement son compte clients, elle aura même donné des stocks en garantie, elle n'aura plus que des stocks en réserve de propriété ; au lendemain du dépôt de bilan nous n'aurons plus rien en face du passif, donc une évidente insuffisance d'actif.

Si bien qu'eu égard à la rédaction de la loi de 1985 on attend — si je prends cette comparaison automobile — que la voiture soit rentrée dans le mur pour déclarer la cessation de paiement alors qu'il y a très longtemps qu'il paraît clair qu'elle va se cogner contre le mur.

Nous sommes dans une situation difficile en tant qu'expert, car quelle est la responsabilité du dirigeant dans l'insuffisance d'actif ? Pouvait-il déposer son bilan plus tôt ? *A priori* non. Il pouvait évidemment engager une liquidation amiable, puisque les échéances étaient assurées, mais l'expérience montre que les dirigeants dont la vocation est d'entreprendre sont des gens mal placés pour liquider.

Il y a donc un problème dans la rédaction de la loi de 1985, le point de départ de la procédure. Il faut évidemment que la procédure démarre au plus tard lors de la cessation des paiements. Mais il conviendrait, à mon avis, que le dépôt de bilan puisse avoir lieu, ou doit avoir lieu, dès la cessation de paiement.

**M. Bézard.** — On peut se demander s'il n'y a pas déjà un problème pour le commissaire aux comptes et la procédure d'alerte. Si le commissaire aux comptes s'aperçoit qu'on va vers des événements graves, je crois qu'il y a un certain nombre de clignotants qui vont peut-être jouer.

**M. Dana.** — Je partage l'avis de M. Cailliau et je trouve que la définition qui est donnée de la cessation de paiement en matière commerciale est un peu tardive. Elle ne fait que constater quelque chose qui s'est déjà plus ou moins produit. Je préférerais nettement la définition de « situation irrémédiablement compromise » qui permettrait, à ce moment-là, de prendre des mesures, voire de procéder à un dépôt de bilan avant que l'on ne fasse que constater que l'on n'a pas pu faire face à ses échéances. La notion de passif exigible telle qu'elle est donnée, signifie presque une impossibilité d'y faire face. En effet, des découverts bancaires importants sans échéance précisée ne sont pas considérés comme un passif exigible et même si l'on sait qu'il ne sera pas possible structurellement de les rembourser, on ne peut littéralement inclure ces dettes dans le passif « exigible ». C'est là, me semble-t-il, qu'il y a une anomalie dans cette définition.

**M. Estève (Lyon).** — Je crois qu'il n'est pas nécessaire d'aller obligatoirement au dépôt de bilan pour liquider une société. Dans le cas que vous évoquez, si le dirigeant d'entreprise avait été prudent et avisé, étant donné sa situation irrémédiablement compromise, il aurait pu prendre des dispositions pour procéder à la liquidation amiable et anticipée de sa société. Je me demande si, dans ce cas-là, on ne pourrait pas lui reprocher une faute de gestion pour ne pas avoir été prévoyant et ne pas avoir tiré les conséquences de sa situation précaire et notamment de procéder à la cessation de l'activité de sa société.



**Monsieur Armand-Prévost** (vice-président du Tribunal de commerce de Paris). — Pour répondre à la provocation que vous avez introduite avec la citation du professeur Soinne, il est exact qu'on a reproché — et on reproche encore — aux tribunaux de commerce de ne pas suffisamment mettre en jeu l'article 180. Il y a sans doute plusieurs explications.

La première, et cela a été noté par les conférenciers, c'est que, par rapport à l'évolution lente de la matière des sanctions en faillite, la loi de 1985 a consacré quand même un transfert — si vous permettez l'expression, je sais qu'elle n'est pas tout à fait exacte — de l'aspect sanctionnateur du juge pénal au juge commercial, rôle auquel il n'était pas habitué.

La deuxième raison, me semble-t-il, tient au fait que parmi toutes les personnes susceptibles de mettre en jeu l'article 180 il faut bien voir que dans la pratique c'est le représentant des créanciers qui est celui qui le met le plus souvent en jeu. Le représentant des créanciers traite les opérations dans un certain ordre, l'article 180 arrive véritablement en dernier. C'est parfois à la veille de la prescription que ce mandataire réagit et se dit : les trois ans vont arriver, faisons vite une assignation. Les choses ne devraient plus se passer ainsi, mais une telle attitude a existé.

Nous avons trouvé au Tribunal de Paris que cela n'était pas tout à fait satisfaisant et nous avons, en accord avec la Compagnie des mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises du ressort de la Cour d'appel de Paris, posé le principe que dans le second semestre qui suit l'ouverture de la procédure, le représentant des créanciers doit transmettre au Parquet puis au juge-commissaire une note sur l'opportunité des sanctions, qu'elles soient patrimoniales ou personnelles.

Cela ne veut pas dire qu'il y aura plus de sanctions, cela veut simplement dire que c'est avant l'expiration de la première année de la procédure que le juge-commissaire prendra position à ce sujet.

A ce moment-là, on va se situer à un stade où le dirigeant honnête, non pas celui qui s'est déjà rendu insolvable avant



même l'ouverture de la procédure, où le dirigeant honnête donc a le droit de savoir si, oui ou non, on entend le poursuivre en action en comblement de passif. Cela devrait améliorer les choses. C'est rendre plus efficaces, peut-être, les condamnations qui sont prononcées, parce que c'est très joli d'avoir une condamnation mais cela ne sert à rien si elle ne peut pas être exécutée.

La deuxième observation est sur le rôle de l'expert et je partage tout à fait ce qui a été dit sur l'importance de ce rôle. Il ne faut pas non plus que le tribunal se trompe dans la manière de nommer l'expert. Dans l'arrêt NASA rendu par la Cour d'appel de Paris, il y avait tout un argumentaire sur le fait que la mesure d'instruction elle-même n'aurait pas été ordonnée de manière contradictoire. L'expert avait été nommé par une simple ordonnance du juge-commissaire.

Je crois qu'il est préférable que le juge-commissaire émette un avis favorable et le président du tribunal décide

de faire assigner le ou les dirigeants si l'on a suffisamment d'éléments pour lancer une assignation et avoir une désignation d'expertise qui se fera par un jugement, la procédure au fond étant entamée. Si l'on a besoin d'avoir une expertise qui viendra compléter les précisions déjà recueillies avant d'entamer une procédure au fond, il faudra saisir le juge-commissaire dans la forme des référés de manière à ce que la désignation même de l'expert soit contradictoire et que toutes les opérations soient contradictoires et qu'ensuite le tribunal ou la Cour ne soient pas confrontés au très délicat problème d'annuler un rapport d'expertise pour ces raisons-là.

Voilà le témoignage que je souhaitais apporter.

*(Applaudissements)*

*La séance est levée à 12 h 30.*



## SÉANCE DE L'APRÈS-MIDI

**M. Bézard.** — Je passe la parole à M. Jean Fleury qui va nous parler des « Tiers mis en cause dans le cadre des procédures collectives ».





# TIERS MIS EN CAUSE DANS LE CADRE DES PROCÉDURES COLLECTIVES (ARTICLE 1382 DU CODE CIVIL)

rapport présenté par

Monsieur Jean FLEURY

Expert agréé par la Cour de cassation



## Introduction

Je ne reviendrai pas sur le propos de mes excellents confrères et amis Peillon et Marvalin qui ont précédemment traité des personnes pouvant être éventuellement mises en cause, et de la nature de leurs fautes.

J'observerai, en ce qui concerne les dirigeants de droit ou de fait mis en cause par le mandataire de justice, qu'en application des articles 180 et suivants de la loi du 25 janvier 1985, il ne peut être procédé par ce mandataire à la recherche de leur responsabilité civile dans le cadre du droit commun. C'est la règle dite du non-cumul.

Cette remarque relative à la règle du non-cumul est d'importance. Le législateur a, en effet, voulu adoucir le sort des dirigeants au détriment des créanciers, et il est certain que l'application de la responsabilité délictuelle de droit commun pourrait être plus sévère que l'action en comblement de passif, car celle-ci tend à ne condamner le débiteur qu'à couvrir seulement tout ou partie du passif généré par la défaillance de l'entreprise, alors que l'action en réparation du préjudice de droit commun ne peut aboutir qu'à la réparation intégrale du préjudice direct ou indirect dans la mesure où évidemment toutes les conditions de sa mise en œuvre sont remplies.

Je me garderai bien de procéder à un exposé de droit pur sur le sujet de la responsabilité délictuelle de droit commun, me permettant seulement d'en rappeler les dispositions fondamentales :

*L'article 1382 du Code civil édicte comme chacun le sait :*

« Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

*L'article 1383 poursuit :*

« Chacun est responsable du dommage qu'il a causé, non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence ».

Le sort des dirigeants de droit ou de fait ayant été traité par mes confrères, j'examinerai quelles sont les personnes susceptibles d'être mises en cause en vertu de l'article 1382, c'est-à-dire tout tiers n'ayant pu être qualifié dirigeant de fait. Ce peut être toute personne physique ou morale en relation d'affaires avec l'entreprise défaillante et ayant concouru par ses agissements à la constitution du passif ou à son accroissement.

On pense à ce sujet particulièrement au banquier, mais se trouvent également éventuellement visés certains fournisseurs, franchiseurs, concédants de brevets et licences, et également, ne nous en déplaise, commissaires aux comptes.

On ne saurait oublier dans certains cas les pouvoirs publics.

Mais, au préalable, il faut déterminer qui peut engager l'action ?

## 1. — Qui peut engager l'action ?

Ce sont bien sûr, et avant tout, les victimes, c'est-à-dire les créanciers de l'entreprise défaillante. La loi de 1985 ayant supprimé la masse, c'est, aux termes de l'article 46 de cette loi, le représentant des créanciers qui a qualité pour engager, en leur nom, toute action.

Toutefois, un arrêt de la Cour d'appel de Grenoble du 14 mai 1992 (1) a reconnu au liquidateur judiciaire la qualité à engager l'action en responsabilité civile appartenant au représentant des créanciers.

Outre ceux-ci, ont évidemment qualité à agir en responsabilité civile le tribunal et le procureur de la République.

(1) Cour d'appel de Grenoble, Chambre des urgences (*Crédit Lyonnais/ Billioud*)



Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 24 janvier 1989 (2) a reconnu qu'en absence d'action du syndic, les créanciers étaient recevables à agir en responsabilité civile contre les tiers. J'ai d'ailleurs relevé un arrêt de la Cour de cassation du 22 septembre 1986 (3) reconnaissant que la cour n'avait pas à rechercher si les créanciers avaient l'obligation, préalablement à leur demande, de faire sommation au syndic d'engager l'action au nom de la masse. On ne voit pas pourquoi cette jurisprudence, rendue sous l'égide de la loi de 1967, ne serait pas transposable dans le cadre des dispositions actuelles et l'on peut s'interroger pour savoir, en la circonstance, si le représentant des créanciers qui aurait omis d'engager l'action ou l'aurait laissé prescrire n'engagerait pas sa responsabilité professionnelle personnelle.

En cas de carence, les créanciers pourraient, par le biais de l'action oblique (article 1166 du Code civil), actionner au titre de l'article 1382.

J'observerai qu'en application des dispositions de l'article 169, § 2, de la loi de 1985, en cas de clôture pour insuffisance d'actif, en cas de fraude à l'égard des créanciers, de faillite personnelle, d'interdiction de diriger, de contrôler une entreprise commerciale ou une personne morale, de banqueroute, ou lorsque le débiteur ou la personne morale, dont il a été le dirigeant, a été déclaré en état de cessation de paiements et que la procédure a été clôturée pour insuffisance d'actif, les créanciers recouvrent leurs droits de poursuite individuelle, et ce serait là pour certains d'entre eux la possibilité d'engager une action en réparation du préjudice subi (article 1382) se surajoutant à la demande de paiement en principal de leur créance.

Ainsi saisi d'une affaire, le représentant des créanciers aura le choix des moyens à mettre en œuvre, soit les articles 180 et suivants de la loi de 1985, soit l'article 1382 du Code civil à l'encontre des dirigeants de droit ou de fait. S'il opte pour l'article 180, il conviendra qu'il veille à engager cette action, au plus tard dans les 3 ans du jugement qui arrête le plan de redressement ou, à défaut, du jugement qui prononce la liquidation judiciaire, observant que la responsabilité peut être recherchée dans la limite de 10 ans pour des faits antérieurs (article 180, 2<sup>e</sup> alinéa) alors que dans le cadre de l'article 1382, la prescription est de 10 ans décomptés à partir de la faute. N'est-ce pas là un moyen de réparer certaines omissions ? Mais la mise en cause au titre de l'article 1382 est sans aucun doute plus difficile à établir.

Quels sont, dans ces conditions, les tiers susceptibles d'être recherchés en responsabilité délictuelle ?

## 2. — Tiers incriminés

Je rappellerai au préalable les éléments constitutifs de la responsabilité délictuelle :

— la faute,

(2) Cour d'appel de Paris, 3<sup>e</sup> chambre, section A.

(3) Cour de cassation, Chambre commerciale n° 85-13406 P.

— le préjudice,

— le lien de causalité.

La faute réside dans un élément matériel, un fait, un comportement, une attitude non conforme à ce que l'on peut attendre par référence aux usages. C'est à la victime d'en faire la démonstration, s'appuyant sur la notion de « ce que l'on pourrait attendre d'un professionnel averti ».

Le juge est souverain pour apprécier la faute et considérer que le comportement en question n'est pas conforme aux usages, à la déontologie, aux diligences minimum de la profession considérée.

La faute est généralement active, mais elle peut être passive, la victime, sous réserve de l'appréciation des tribunaux, pouvant reprocher à ce tiers de n'avoir pas agi en temps opportun, contribuant ainsi à la création d'un préjudice ; c'est l'inaction coupable.

La mise en cause de la responsabilité prévue à l'article 1382 suppose l'existence d'un lien de causalité entre la faute et le dommage. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de cassation du 24 mars 1992 (4) a cassé un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence aux motifs de ce que la Cour avait statué sans avoir caractérisé le lien de causalité entre la faute et le dommage. L'arrêt de la Cour d'appel avait seulement énoncé que le préjudice devait être apprécié « par rapport au montant de l'insuffisance d'actif ». Il fallait, en effet, démontrer que la banque avait maintenu l'entreprise en survie artificielle alors qu'elle connaissait parfaitement sa situation (Cour d'appel de Rouen, 11 avril 1985) (5).

Par un autre arrêt en date du 19 juin 1990 (6), la Cour de cassation, constatant que les prélèvements abusifs d'intérêts et frais avaient entraîné un manque de trésorerie et que les poursuites engagées par la banque pour des sommes non fondées avaient fortement entamé le crédit du client, a ainsi caractérisé le lien de causalité entre la faute de la banque et le préjudice des créanciers.

Il est certain que l'auteur d'une faute ne doit pas supporter le poids de n'importe quel dommage ; celui-ci peut résulter d'un ou plusieurs faits émanant de tiers différents, la responsabilité est alors partagée entre ces tiers et la victime même. Pour démontrer le lien de causalité, il faut en définitive répondre à la question suivante : « Sans telle faute, le dommage serait-il survenu » ?

J'examinera successivement les divers tiers susceptibles d'être incriminés au titre de l'article 1382 dans le cadre des procédures collectives, étant entendu que ces tiers n'ont pu être qualifiés dirigeants de fait.

Pour déterminer l'opportunité de mettre en cause ces tiers, on peut, avec intérêt, se saisir de la proposition de M. Michel Rouger, Président du Tribunal de commerce de Paris, qui affirme l'utopie de la règle de l'égalité entre les

(4) Cour de cassation, Chambre commerciale n° 90-13508 S.

(5) Cour d'appel de Rouen, 2<sup>e</sup> chambre.

(6) Cour de cassation, Chambre commerciale n° 89-12073.

créanciers acteurs et les créanciers spectateurs. Le Président Rouger considère, en effet, avec réalisme, que tous les créanciers ne peuvent être considérés de la même façon. D'une façon générale, le créancier subit passivement la défaillance de l'entreprise ; il est spectateur, subissant son sort à égalité avec les autres.

Mais il est d'autres créanciers qui, à un titre quelconque, ont pris plus ou moins une part au développement et éventuellement à la chute de l'entreprise : ce sont les créanciers acteurs, dont le sort doit être apprécié en conséquence de leur rôle.

Cette appréciation se fait évidemment dans le cadre des articles 180 et suivants si la qualification de gérant de fait peut leur être attribuée. Elle se fera éventuellement dans le cadre de la mise en cause de leur responsabilité civile au titre de l'article 1382, et ce sera le thème de mon propos.

Elle pourrait l'être, enfin, dans le cadre de la loi de 1984 relative à la conciliation, dont les dispositions ont été récemment mises en œuvre par divers tribunaux de commerce pour rechercher et obtenir la coopération des divers créanciers acteurs dans la perspective d'éviter le dépôt de bilan.

Créancier acteur, à tout seigneur, tout honneur, le banquier ; mais le raisonnement développé à son sujet et la jurisprudence correspondante peuvent être transposés à l'encontre d'autres tiers, partenaires de l'entreprise défaillante, fournisseurs, franchiseurs, concédants de brevets et licences, pouvoirs publics, conseils, commissaires aux comptes.

## 20. — Le banquier

Il est du rôle économique du banquier d'aider au développement de l'entreprise, en finançant ses investissements, mobilisant ses créances, lui accordant des crédits sous toutes ses formes (prêt, découvert de caisse, etc.). L'usage du « crédit parapluie », assorti de garanties suffisantes à couvrir les risques, a évolué vers le crédit personnalisé, faisant confiance à l'entreprise et à ses dirigeants. Il s'ensuit, pour la banque, une prise de responsabilité partie intégrante des « risques du métier ».

En raison du rôle qu'elles jouent pour soutenir les entreprises, les banques, et généralement tous établissements de crédit, voient fréquemment leur responsabilité mise en cause à l'occasion de la défaillance d'un de leurs clients. Le plus souvent, cette responsabilité est recherchée sur le fondement de l'article 1382 du Code civil.

Les banques se voient rarement reconnaître la qualité de dirigeant de fait. Je n'évoque cette situation que pour mémoire, le cas ayant été traité précédemment par mon confrère Peillon.

La responsabilité du banquier, recherchée suivant les règles générales de la responsabilité civile, est contractuelle

à l'égard de ses clients, délictuelle à l'égard des tiers, en l'occurrence les créanciers et le représentant des créanciers dans le cadre des procédures collectives.

La faute doit être appréciée rigoureusement à raison du caractère professionnel de la profession bancaire. La compétence du banquier, sa spécialisation, la technicité et la complexité des opérations exécutées, lui imposent une vigilance et une diligence qui ne sauraient être exigées d'un profane.

Dans son rôle de dispensateur de crédit, le banquier ne saurait être garant de la bonne fin de tous les concours consentis. Il existe un aléa inhérent à toute opération de crédit. Il lui appartient de ne pas octroyer des crédits avec légèreté, alors que les éléments dont il dispose démontrent le caractère irréaliste des engagements de l'entreprise. Certes, il doit faire confiance à l'homme, mais cette confiance ne doit pas être aveugle.

J'examinerai successivement la responsabilité du banquier en matière de :

- soutien abusif de crédit,
- retrait abusif de crédit.

## 201. — Soutien abusif de crédit

Parmi les banques et établissements de crédit, il faut distinguer les sociétés de capital risque et les sociétés de capital développement qui sont appelées à prendre des participations significatives dans les entreprises. Cette situation d'actionnaires, et parfois d'administrateurs, peut les amener à se voir qualifiés dirigeants de fait. Le problème a déjà été évoqué, je n'y reviendrai pas, observant toutefois qu'un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 25 septembre 1991 (7) a considéré qu'une banque dispensatrice de crédit, actionnaire de l'entreprise en difficulté et représentée en permanence au conseil d'administration, ne pouvait prétendre ignorer la situation financière de sa filiale, d'autant que son représentant a été condamné pour délit de publication de faux bilan et qu'elle-même a été condamnée au comblement du passif au titre du règlement judiciaire de sa filiale. Il s'agissait, en l'occurrence, d'une action article 1382 engagée par un créancier, démontrant l'existence d'un préjudice qui lui était propre.

Une jurisprudence abondante traite de la responsabilité civile des établissements de crédits spécialisés et des banques de dépôt en matière de soutien abusif.

### 2010. — Date d'appréciation du soutien abusif

Pour apprécier cette responsabilité et rechercher l'éventuelle faute de la banque, il convient de se situer à la date de l'octroi du crédit pour considérer si la situation de l'entreprise était irrémédiablement compromise (arrêt de la Cour

(7) Cour d'appel de Paris, 15<sup>e</sup> chambre, section A.



d'appel de Toulouse du 10 juin 1992 (8), de la Cour d'appel de Dijon du 29 avril 1986 (9), de la Cour d'appel d'Amiens du 9 janvier 1987 (10), jurisprudence consacrée par un arrêt de la Cour de cassation du 5 mars 1991 (11)). Cette notion de situation irrémédiablement compromise résulte de la loi bancaire du 29 janvier 1984 à opposer à la notion d'état de cessation de paiement énoncé à l'article 3 de la loi de 1985 « impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible », étant fait observer que la Cour de cassation a précisé que cette notion d'état de cessation de paiements était une notion purement juridique à apprécier en dehors de toute considération de droit comptable. Il n'en est pas de même de l'appréciation de la situation notoirement compromise.

Ceci étant, les tribunaux reconnaissent le droit pour les banquiers d'exercer leur métier, dans la mesure où ils demeurent dans la stricte observance de leurs obligations professionnelles.

C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 10 janvier 1992 (12) a estimé que « si le bilan des exercices auxquels le prêt était adossé faisait ressortir un déficit d'exploitation, ce mauvais résultat était inhérent à toute société nouvelle en période de démarrage, la banque ayant pu estimer la situation difficile, mais non compromise ».

#### 2011. — Maintien du crédit - Appréciation de la faute

Un arrêt de la Cour d'appel de Montpellier du 22 mars 1990 (13) a estimé qu'on ne peut reprocher à la banque le maintien artificiel d'une entreprise en difficulté en escomptant un effet le jour du règlement judiciaire du tireur, alors que cette somme était réellement due.

Quant au maintien du crédit, la Cour de cassation, dans un arrêt du 17 mai 1989 (14), a considéré qu'on ne saurait reprocher à une banque le maintien d'un crédit abusif consistant en des prorogations successives d'échéances pour le paiement d'effets de commerce, dès lors que ces reports sont intervenus à la demande du tireur agissant en connaissance de cause. Le banquier n'avait, en la circonstance, qu'accompli normalement son métier.

*A contrario*, la Cour d'appel de Nancy, en son arrêt du 9 février 1989 (15), a estimé la banque fautive, pour avoir pris à l'escompte des effets, sachant que le tiré n'honorait pas sa signature.

#### 2012. — Nécessité pour le banquier de s'informer

Alors que le banquier ne doit pas s'immiscer dans la gestion des affaires de son client, il ne saurait être engagé pour défaut de vérification de l'origine de la créance à lui cédée.

(8) Cour d'appel de Toulouse, 2<sup>e</sup> chambre.

(9) Cour d'appel de Dijon.

(10) Cour d'appel d'Amiens, 3<sup>e</sup> chambre civile.

(11) Cour de cassation, Chambre commerciale n° 89-21336.

(12) Cour d'appel de Paris, 25<sup>e</sup> chambre, section B.

(13) Cour d'appel de Montpellier, 2<sup>e</sup> chambre n° 3498/90.

(14) Cour de cassation, Chambre commerciale n° 87-10565.

(15) Cour d'appel de Nancy, 2<sup>e</sup> chambre.

S'il doit s'entourer de certaines informations, il n'a pas le devoir de prendre aussi connaissance des marchés et documents contractuels dans le cadre desquels se place cette cession (Cour d'appel de Bordeaux, arrêt du 31 mars 1988) (16).

Finalement, le banquier doit exercer son métier avec sagesse et prudence en prenant connaissance de toutes les circonstances de fait qui justifient la demande de crédit. S'agissant d'un crédit personnalisé, le banquier prend délibérément certains risques qui ne devraient aller au-delà des crédits accordés lorsqu'il a assuré toutes les diligences normales. C'est ainsi que la Cour d'appel d'Orléans, en son arrêt du 8 avril 1992 (17), a estimé qu'en accordant un crédit à une société, à titre exceptionnel, limité dans le temps puisque fondé sur l'attente d'un financement à recevoir d'un tiers, lequel finalement n'a pas donné suite au projet de la société, la banque n'a commis aucune faute engageant sa responsabilité, d'autant plus qu'elle avait insisté sur la nécessité d'une régularisation rapide.

#### 2013. — Responsabilité du banquier en cas de consolidation des crédits accordés

Sans allonger plus l'énumération de cette jurisprudence relative à la correcte exécution des obligations du banquier, je signalerai pour en finir l'arrêt de la Cour d'appel de Toulouse du 27 novembre 1991 (18) décidant que la responsabilité du banquier n'est pas engagée alors qu'il a octroyé un prêt d'un montant égal à celui du découvert en compte courant, représentant un coût inférieur à celui d'une facilité de caisse.

Ces opérations de consolidation de crédit sont classiques, normales ; elles ne sont contestables que dans la mesure où au cours de la période suspecte elles sont assorties de garanties prises sur des biens de l'entreprise défaillante.

#### 2014. — Des diligences nécessaires du banquier

Ceci étant, quelles dispositions le banquier doit-il prendre pour éviter de voir sa responsabilité engagée par l'octroi d'un crédit risquant d'être qualifié par la suite de soutien abusif ?

Il lui appartient, avant toute chose, de ne pas octroyer de crédit avec légèreté, alors même que les éléments dont il dispose démontrent le caractère irréaliste des engagements.

La Doctrine a délimité les dispositions générales que le banquier doit respecter pour éviter de voir sa responsabilité engagée. Il ne doit pas s'ingérer dans la gestion de l'entreprise emprunteuse. Le chef d'entreprise reste maître du choix, du niveau et de l'affectation de l'emprunt. Le banquier doit refuser le crédit sollicité s'il lui apparaît excessif, eu égard à la capacité d'endettement de l'entreprise, à sa taille, à ses perspectives d'avenir, etc., et si, au moment où

(16) Cour d'appel de Bordeaux, 2<sup>e</sup> chambre.

(17) Cour d'appel d'Orléans, Chambre civile, section 1.

(18) Cour d'appel de Toulouse, 2<sup>e</sup> chambre.



le crédit est demandé, la situation de l'entreprise est gravement compromise.

Ce dernier point est une constante des arrêts de la Chambre commerciale de la Cour de cassation. En effet, un crédit, même trop important, à une entreprise en difficulté passagère, notons bien passagère, peut permettre à celle-ci de retrouver son dynamisme. Il faut que la situation soit devenue irréversible et que le banquier en ait eu, ou ait dû en avoir, connaissance pour que sa responsabilité soit engagée.

Tout réside en fait dans les dispositions à prendre par le banquier pour être parfaitement informé. Bien qu'aucune obligation légale ou réglementaire ne l'y oblige, le banquier doit se faire communiquer les comptes de l'entreprise, les prévisions d'exploitation, d'investissement, les plans de financement de ces derniers et surtout les rapports du commissaire aux comptes. Le relevé des nantissements, inscriptions, incidents et protêts, ainsi que la cotation de la Banque de France, seront pour lui du plus grand intérêt.

Il est bien certain que l'analyse de l'ensemble de ces informations comporte une partie subjective, que la personnalité des dirigeants joue un rôle essentiel dans la prise de décision du banquier, mais il doit agir avec prudence. Son expérience doit lui permettre d'apprécier le caractère éventuellement spéculatif du projet présenté, particulièrement en ce qui concerne les perspectives d'avenir. A ce sujet, la Cour de cassation, dans son arrêt du 20 novembre 1990 (19), constatant que la banque ne pouvait prévoir l'évolution de la situation de son client, et notamment la conjoncture économique, a pu admettre qu'une Cour d'appel ait pu exclure la faute du banquier.

#### 2015. — Jurisprudence en matière de mise en cause de la responsabilité civile du banquier

Ces conditions de prudence étant rappelées, examinons la jurisprudence en la matière. Tout d'abord celle exonérant le banquier de toute responsabilité, puis celle énonçant la faute dommageable.

##### 20150. — la situation financière de l'emprunteur

Il a déjà été dit que les crédits ne peuvent être raisonnablement accordés à une entreprise dont la situation apparaît irrémédiablement compromise. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence, en son arrêt du 22 janvier 1988 (20), a ainsi sanctionné un banquier.

La banque doit apprécier l'adéquation des crédits accordés avec la surface financière de l'entreprise. C'est ainsi que la Cour d'appel de Versailles, en son arrêt du 2 octobre 1991 (21), a retenu la responsabilité du banquier, acceptant l'augmentation constante du solde débiteur de deux sociétés animées et cautionnées par une personne à laquelle elle autorise parallèlement un découvert exorbitant, sans garantie, et de laquelle elle accepte des chèques

(19) Cour de cassation, Chambre commerciale n° 89-14634.

(20) Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 8<sup>e</sup> chambre.

(21) Cour d'appel de Versailles, 14<sup>e</sup> chambre.

au profit des sociétés débitrices par le débit d'un compte personnel largement débiteur.

La Cour de cassation a été amenée à considérer que le banquier avait pris, tant pour lui-même que vis-à-vis des tiers en relation avec l'entreprise, des risques excessifs et conscients. Bien qu'il apparaisse normal qu'il prenne des risques, il n'est pas normal qu'il les fasse supporter aux tiers.

*A contrario*, la Cour de cassation, par son arrêt du 30 mai 1989 (22), a estimé que le banquier n'engage pas sa responsabilité en accordant son soutien à une entreprise en difficulté lorsque l'avance consentie paraissait ouvrir une possibilité de redressement à son client, qu'elle pouvait avoir confiance en la volonté de celui-ci d'accomplir les mesures d'assainissement nécessaires.

Dans le même esprit, la Cour de cassation, dans son arrêt du 23 octobre 1990 (23), n'a pas retenu la faute de la banque dispensatrice de crédit dans le cadre d'une politique de redressement ayant des chances raisonnables de succès, l'échec du plan étant dû à des causes extérieures non prévisibles.

##### 20151. — la faute peut, en outre, résulter du défaut de surveillance

Il a toutefois été relevé une faute de la banque lorsque celle-ci octroie un crédit à une société en formation dont l'exploitation se présente mal, et notamment lorsque le banquier savait que les fondateurs s'étaient lancés dans l'aventure sans s'être assurés d'un quelconque financement. De même, a été retenue la faute de la banque qui avait mis à la disposition d'une société en formation, dépourvue de toute trésorerie, le moyen d'émettre des chèques sans provision, lui remettant un chéquier avant toute libération du capital.

Par contre, la Cour d'appel de Limoges, en son arrêt du 18 novembre 1991 (24), a considéré que la responsabilité du banquier n'était pas engagée dès lors qu'elle a accordé un crédit important à une société à un moment où tous les partenaires de la société, y compris les pouvoirs publics, estimaient la solution de reprise économiquement viable.

##### 20152. — connaissance globale de la situation financière du débiteur

Le banquier ne doit pas négliger de prendre connaissance des rapports du commissaire aux comptes qui constituent, pour un banquier normalement diligent, un élément d'appréciation nécessaire à connaître l'évolution de la situation commerciale et financière de son client. Ces rapports — je l'ai fait précédemment observer — ne constituent qu'une partie du dossier du banquier diligent, soucieux de ne pas engager sa responsabilité.

C'est ainsi que commet une faute, la banque n'exigeant pas du débiteur des bilans certifiés par un commissaire aux

(22) Cour de cassation, Chambre commerciale n° 87-16966.

(23) Cour de cassation, Chambre commerciale n° 89-1421 P.

(24) Cour d'appel de Limoges, 1<sup>re</sup> chambre civile.

comptes (arrêt de la Cour d'appel de Toulouse du 26 juin 1989) (25).

La Cour de cassation, en son arrêt du 10 juin 1986 (26), a consacré cette quasi-nécessité de production des rapports du commissaire aux comptes,

en s'exprimant comme suit :

« La cour d'appel aurait dû rechercher, ainsi qu'elle y était invitée par les conclusions de la banque, si les satisfaits des commissaires aux comptes dont étaient revêtus tous les documents comptables transmis à ladite banque et si la surveillance quasi permanente exercée sur l'activité de la société par la Caisse nationale des marchés de l'Etat et divers cabinets spécialisés, n'étaient pas de nature à justifier la confiance que la banque a accordée à ces documents ».

Evidemment, la banque est, théoriquement, de bonne foi lorsqu'elle accorde des crédits au vu de documents comptables et financiers apparemment sincères.

C'est ainsi, comme l'a consacré la Cour d'appel de Paris en son arrêt du 22 janvier 1985 (27), que ne commet pas de faute le banquier qui, au vu de documents comptables falsifiés, fournit des crédits à un client, les bilans présentant en apparence toutes les garanties d'authenticité. En effet, s'il est du devoir de la banque de se renseigner, cette obligation ne va pas jusqu'à la vérification personnelle, sur place, de la situation, ce qui constituerait une immixtion dans la gestion du client. Celui-ci, en l'occurrence, bénéficiait d'une bonne cotation auprès de la Banque de France ; il n'y avait donc, en l'espèce, ni imprudence, ni légèreté à lui accorder des crédits.

La Cour d'appel de Nîmes, dans son arrêt du 28 novembre 1990 (28), a consacré cette jurisprudence, précisant que la responsabilité civile de la banque n'est pas engagée dès lors qu'il est démontré que les dirigeants, en falsifiant les bilans, ont abusé le banquier qui n'avait pas les moyens de connaître la situation réelle de la société.

Ainsi donc, le banquier doit être avisé, diligent, informé préalablement à l'octroi d'un crédit, mais en outre, par la suite, il doit veiller à assurer une surveillance suffisante du fonctionnement du compte de son client et de l'évolution de ses affaires. A défaut, alors même qu'il aurait, à l'origine, lors de l'octroi des crédits, pris toutes dispositions utiles, il pourrait être recherché en soutien abusif. En développant ses crédits, sa vigilance doit être constante.

C'est ainsi que la Cour d'appel de Nancy, en son arrêt du 11 septembre 1986 (29), a retenu la faute de la banque, assurant seule un concours financier à une société en liquidation, ayant eu toutes possibilités de surveillance et de contrôle des comptes de celle-ci en raison des liens anciens et étroits existant entre les parties, l'entreprise en question étant notamment actionnaire de la banque, et ne s'étant

assurée aucunement des possibilités de redressement de la débitrice, tout en laissant s'instaurer, au contraire, une situation de plus en plus désespérée.

A propos de la nécessité d'assurer la mise à jour des informations comptables et financières du client, la Cour d'appel de Rennes, en son arrêt du 20 mai 1992 (30), a estimé que le concours d'une banque doit être apprécié en fonction de l'activité de l'entreprise pour caractériser son comportement éventuellement fautif vis-à-vis des créanciers et que sa responsabilité dans le maintien du concours doit être retenue seulement à partir du moment où la banque ne justifie pas avoir exigé une situation comptable précise alors qu'elle pouvait aisément se procurer les éléments d'information qui auraient fait apparaître que la situation de la société était irrémédiablement compromise.

## 2016. — Accroissement du soutien financier

Le Tribunal de commerce de Paris, appliquant la théorie de son Président, M. Michel Rouger, de créancier acteur ou spectateur, a, par un jugement du 14 septembre 1992 (31), considéré que le banquier qui continue à accorder des découverts importants à trois sociétés d'un même groupe, pour lesquelles il ne reçoit aucune information sur leur situation, celles-ci n'établissant plus de bilan et ne tenant plus de comptabilité depuis plusieurs années, commet ainsi une grave négligence justifiant sa mise en cause en responsabilité civile.

L'analyse de l'information comptable et financière transmise à la banque est un élément de la recherche de sa responsabilité. Il convient de considérer si le banquier, au seul vu des comptes, n'aurait pas dû s'inquiéter et prendre les mesures qui s'imposent.

C'est ainsi que la Cour d'appel de Paris, en son arrêt du 28 mars 1985 (32), a jugé que commet une faute la banque qui accorde des ouvertures de crédit en progression constante à une entreprise en difficulté et ce « malgré les conditions aberrantes de fonctionnement du compte ».

*A contrario*, cette même Cour d'appel de Paris, en son arrêt du 8 janvier 1991 (33), a estimé que la banque, qui a consenti une ouverture de crédit à une société ultérieurement mise en liquidation judiciaire, ne saurait voir sa responsabilité engagée au motif qu'elle aurait soutenu artificiellement une entreprise en difficulté alors que, si le solde du compte de sa cliente s'était révélé presque constamment débiteur, ce débit était toujours resté dans la limite du plafond autorisé et qu'en dehors de ce découvert aucun élément n'aurait pu lui permettre de savoir, en faisant preuve d'une diligence normale, que la situation du débiteur était irrémédiablement compromise ou même aurait commandé une plus grande prudence de sa part dans l'octroi des crédits.

(25) Cour d'appel de Toulouse, 1<sup>re</sup> chambre.

(26) Cour de cassation, Chambre commerciale n° 84-173386 P.

(27) Cour d'appel de Paris, 3<sup>e</sup> chambre, section A.

(28) Cour d'appel de Nîmes, 1<sup>re</sup> chambre.

(29) Cour d'appel de Nancy, 2<sup>e</sup> chambre.

(30) Cour d'appel de Rennes, 2<sup>e</sup> chambre.

(31) Tribunal de commerce de Paris, 1<sup>re</sup> chambre A.

(32) Cour d'appel de Paris, 15<sup>e</sup> chambre, section B.

(33) Cour d'appel de Paris, 3<sup>e</sup> chambre, section B.



## 2017. — Conclusions

Pour en terminer avec cette question de la vigilance nécessaire du banquier, je citerai un arrêt de la Cour de cassation du 7 février 1983 (34) qui, dans un de ses attendus, s'exprime comme suit :

« Mais attendu que la cour d'appel, par une appréciation souveraine des documents produits, constate que la banque n'ignorait pas que les trois sociétés ne constituaient qu'une seule entreprise puisqu'elle ne correspondait qu'avec A... qui n'était en droit que le dirigeant de la société C... et que les concours qu'elle a accordés depuis le début étaient pour l'essentiel distribués d'une société à l'autre au gré de ce dernier, qu'elle relève que le groupe a eu dès le commencement de son activité un fonds de roulement négatif et très rapidement une marge brute négative, les produits étant vendus à perte, ce que la banque n'ignorait pas... ».

Vigilance, prudence, tels sont les mots d'ordre qui doivent régler l'attitude du banquier. Mais alors, que faire lorsqu'il prend conscience que les perspectives qui avaient été développées lors de l'octroi du crédit ne se matérialisent pas, lorsque la situation économique de l'entreprise se détériore quelles qu'en soient les raisons ?

Le souci de sa propre gestion l'incite, alors, à chercher à récupérer ses fonds, à prendre des garanties, à réduire les découverts et là apparaît la situation délicate du banquier,

— s'il poursuit ses concours, il risque d'être recherché en soutien abusif,

— s'il stoppe brusquement ses concours, il risque d'être recherché en responsabilité pour retrait abusif des crédits.

## 202. — Retrait abusif de crédit

Ceci étant, le banquier une fois informé peut être inquiet.

S'il entend retirer son concours, le banquier doit se conformer aux dispositions de l'article 60 de la loi du 29 janvier 1984 qui l'autorise à dénoncer un crédit à durée indéterminée, à la condition de respecter un délai de préavis fixé contractuellement. La loi n'a pas précisé la durée de ce préavis ; les conditions particulières à chaque banque y pourvoient, généralement 3 mois, observation faite que le banquier est dispensé du respect de tout délai de préavis au cas où la situation de son client s'avérerait irrémédiablement compromise.

Mais en fait, dans la mesure où le banquier a laissé s'instaurer depuis un certains temps des facilités importantes, tolérant même des dépassements, il doit, sous peine de se voir reprocher un retrait abusif des crédits, négocier un délai suffisant, éventuellement supérieur au délai contractuel, afin de permettre à l'entreprise, soit de trouver des crédits de substitution, soit de restructurer son exploitation

pour limiter son endettement à ses capacités de financement. Sa marge de manœuvre est étroite.

En accordant des crédits, la banque a pris un risque ; c'est son métier. Si elle a respecté les règles de prudence et d'usage, il ne lui sera pas fait reproche de son erreur d'appréciation.

Quant à la rupture brutale d'une ouverture de crédit confirmé, celle-ci constitue une faute contractuelle donnant droit à réparation, sauf en cas de faute lourde de son client. Hors la faute lourde du client, concrétisée particulièrement par la tromperie, les informations mensongères de ce dernier, l'appréciation de la situation irrémédiablement compromise portera, non sur la situation nette de l'entreprise, ses résultats antérieurs, mais sur ses perspectives de redressement. Il convient d'examiner objectivement les données prospectives de l'époque, s'attachant à recenser les mesures prises, leurs chances d'aboutir, les objectifs et budgets fixés, leur suivi pour s'assurer que les causes des mauvais résultats ont été identifiées, qu'un remède y a été apporté et que l'entreprise a ainsi la capacité, en tenant compte des diverses contraintes tant internes (moyens humains et techniques, sources de financement...) qu'externes (secteur d'activité, marché, prix, conjoncture générale...) de se redresser, de dégager des produits supérieurs aux charges, de retrouver sa vocation aux bénéfiques et de pouvoir enfin réduire son endettement.

## 2020. — Evolution de la jurisprudence en matière de retrait abusif

Voyons, dans ces conditions, l'évolution de la jurisprudence en la matière.

Quant au droit à la rupture, j'ai noté un attendu d'un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 10 septembre 1991 (35) précisant que « si l'octroi de crédit de la part d'une banque est souvent nécessaire au fonctionnement d'une entreprise, il ne saurait être considéré comme un droit définitivement acquis, surtout lorsque aucune convention écrite ne lie les parties ».

La Cour d'appel de Versailles, en son arrêt du 7 octobre 1987 (36), a considéré la banque responsable du rejet d'effets de commerce, sans avis au client, alors que celui-ci venait de remettre à l'encaissement des chèques d'un montant largement suffisant pour couvrir sa position.

Enfin, à propos du droit à la rupture brutale du crédit, un arrêt de la Cour d'appel de Nîmes du 28 novembre 1990 (37) a dégagé la banque de toute responsabilité dès lors qu'il est démontré que les dirigeants, en falsifiant le bilan, ont abusé le banquier qui n'avait pas les moyens de connaître la situation réelle de la société. On ne pouvait reprocher à la banque une rupture abusive de crédit, dès lors que celle-ci a supprimé ce crédit dès qu'elle a eu connaissance de la situation réelle de la société.

(35) Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 8<sup>e</sup> chambre civile n<sup>os</sup> 88-7673 et 88-8796.

(36) Cour d'appel de Versailles, 13<sup>e</sup> chambre.

(37) Cour d'appel de Nîmes, 1<sup>re</sup> chambre.

(34) Cour de cassation, Chambre commerciale n<sup>o</sup> 81-13993.



A propos du délai de dénonciation, la Cour d'appel de Paris, en son arrêt du 30 octobre 1992 (38), a estimé devoir retenir la faute de la banque qui a supprimé sans préavis un découvert et refusé d'honorer une échéance dès lors qu'il ressort que cette faute est la cause directe et immédiate du dépôt de bilan. La perte enregistrée par la société ne traduisait, en effet, pas une situation irrémédiablement compromise, alors que le maintien de délai suffisant aurait pu permettre à la société de trouver de nouveaux concours bancaires.

Dans le même sens, la Cour d'appel de Paris, en son arrêt du 8 janvier 1985 (39), a estimé que commet une faute la banque qui accepte plusieurs fois de maintenir un découvert au-delà du seuil fixé, puis rompt brutalement, avec seulement 5 jours de préavis, le crédit consenti, provoquant ainsi le dépôt de bilan.

La Cour d'appel de Bourges, en son arrêt du 17 octobre 1988 (40), a estimé qu'accorder un délai de 3 mois pour régler l'en-cours de la dette bancaire d'une entreprise constituait un délai raisonnable excluant qu'on puisse parler de rupture brutale de crédit.

Mais toutefois, la Cour d'appel de Toulouse, en son arrêt du 17 juillet 1991 (41), a estimé que n'est pas tenue de respecter le délai de préavis prévu par l'article 60 de la loi du 24 janvier 1984, la banque qui rompt les crédits à une entreprise dès lors que la situation de celle-ci apparaît irrémédiablement compromise.

Que dit la Cour de cassation en la matière ?

Dans son arrêt du 3 décembre 1991 (42), la Cour estime que la banque, après avoir refusé de maintenir ses crédits après l'expiration du terme pour lequel ils avaient été consentis, la situation de la société étant toujours très obérée, celle-ci n'étant pas parvenue à trouver les concours d'autres entreprises dans l'attente desquels le crédit avait été consenti, la poursuite de son soutien par la banque aurait pu être tenu pour abusif. La Cour a alors pu estimer que la banque n'avait pas commis de faute en ne renouvelant pas une nouvelle fois ses crédits.

Un récent arrêt de la Cour de cassation du 18 mai 1993 (43) a condamné une importante banque pour retrait abusif de crédit, estimant que cette banque ne pouvait revenir sur une autorisation de découvert accordé qu'à condition de lui notifier auparavant « en termes non équivoques » sa décision de ne plus lui accorder de crédit.

En définitive, la prudence s'impose au banquier aussi bien en ce qui concerne la poursuite du soutien à une entreprise en difficulté qu'en ce qui concerne la suppression des crédits ainsi accordés. Sa vigilance lui impose de suivre l'évolution du compte de son client et de demeurer informé de l'évolution de ses affaires. Il n'en décidera la rupture,

sauf faute lourde du client ou appréciation de la situation irrémédiablement compromise, qu'en respectant un délai raisonnable, gelant la situation afin de permettre à l'entreprise de trouver des financements de substitution. Ce ne sera, hélas, trop souvent qu'illusoire et sans espoir. Mais il va de soi que si la convention liant l'entreprise à la banque a prévu un délai de préavis, celui-ci doit être respecté, quelle que soit la situation de l'entreprise. C'est ainsi que la Cour d'appel de Montpellier, en son arrêt du 12 mars 1992 (44), a condamné une banque pour rupture abusive de crédit, du fait d'avoir arrêté les concours bancaires le lendemain de la mise en demeure alors que les contrats prévoyaient des délais de 30 et 60 jours.

Soutien abusif de crédits, retrait abusif de crédits, telles sont les principales circonstances susceptibles de mettre en jeu la responsabilité délictuelle du banquier.

## 2021. — Consolidation des crédits

Doit-on, en outre, envisager de rechercher la responsabilité du banquier qui, devant l'aggravation de la situation de son client, cherche à se dégager des crédits à court terme accordés, à obtenir des garanties supplémentaires, consolidant au passage les crédits consentis.

La consolidation de crédit à court terme par des prêts à moyen ou long terme, sans accroissement du quantum des crédits, ne constitue pas un soutien ou un retrait abusif de crédits dans la mesure où l'opération ne tend pas à réduire les financements mis à la disposition de l'entreprise.

J'ai noté, à ce propos, un arrêt de la Cour d'appel de Pau du 6 février 1992 (45) considérant qu'il n'y a pas de manœuvre dolosive d'une banque ayant consenti un prêt de consolidation assorti de garanties substantielles, malgré un rapport d'expertise faisant état d'un endettement irréversible, dans la mesure où les prêteurs avaient eu connaissance de ce rapport.

Par ailleurs, la Cour d'appel de Reims, dans un arrêt de même sens du 10 mars 1986 (46), a considéré qu'une banque ne commettait pas de faute envers la caution de l'entreprise en difficulté lorsque, au moment de l'acte, la situation du débiteur n'était pas obérée et que l'acte critiqué n'était pas un nouveau prêt, mais la transformation d'un découvert en compte courant en un crédit à moyen terme. Il était donc normal que la banque qui acceptait de différer le remboursement de sommes exigibles demande en contrepartie à son client de lui fournir des garanties supplémentaires.

Si les garanties sont données par des tiers à l'entreprise ou par les dirigeants à titre personnel, la banque n'est pas répréhensible. Cette prise de garantie pourrait être critiquée si elle l'était sur des biens propres à l'entreprise et intervenait dans les 18 mois de la période suspecte. Le pire

(38) Cour d'appel de Paris, 3<sup>e</sup> chambre, section B.

(39) Cour d'appel de Paris, 3<sup>e</sup> chambre, section A.

(40) Cour d'appel de Bourges, 1<sup>re</sup> chambre.

(41) Cour d'appel de Toulouse, 2<sup>e</sup> chambre.

(42) Cour de cassation, Chambre commerciale n° 90-16905 J.

(43) Cour de cassation, Chambre commerciale 18 mai 1993.

(44) Cour d'appel de Montpellier, 2<sup>e</sup> chambre.

(45) Cour d'appel de Pau, 1<sup>re</sup> chambre.

(46) Cour d'appel de Reims, Chambre civile, section 1.

serait alors pour la banque de voir ces garanties remises en cause.

Traisons maintenant :

## 21. — Fournisseurs, franchiseurs, concédants de brevets et licences

Pour certains fournisseurs, il peut être tentant d'aider leurs clients à assurer leur développement en leur accordant des crédits de paiement, éventuellement des financements particuliers, largement plus importants que ne le veut l'usage du secteur d'activité concerné. C'est le cas de certaines sociétés de brasserie dont l'attitude est susceptible d'abuser d'autres fournisseurs persuadés de l'existence d'un appui commercial et financier. Encore faut-il démontrer, pour engager sa responsabilité, que le fournisseur, dispensateur de crédit, avait une parfaite connaissance de la situation compromise de son client. L'analyse de leur situation est identique à celle des banquiers, tant en ce qui concerne le soutien abusif que le retrait abusif du crédit.

La situation des concédants de brevets et de licences est plus nuancée. En raison généralement de la faiblesse relative du chiffre d'affaires que cela implique, il faudrait que le concédant laisse s'accumuler les redevances dans des proportions telles qu'elles prennent l'allure d'un financement. Le créancier, qui alors exigerait brutalement le règlement de sa créance ainsi accumulée, pourrait être recherché en responsabilité pour retrait abusif de crédit.

Je n'évoquerai que pour mémoire la participation de ces tiers à des opérations de financement irrégulières sous forme d'effets de complaisance. Ils engagent, à l'évidence, leur responsabilité.

Mais il est des tiers qui méritent un traitement particulier : ce sont les pouvoirs publics.

## 22. — Pouvoirs publics

Les pouvoirs publics peuvent avoir, pour les dirigeants, un rôle partiellement exonératoire de responsabilité.

Poursuivis au titre des articles 180 ou 1382, les dirigeants peuvent, avec succès, démontrer qu'ils n'ont pas eux-mêmes commis de faute et que l'aggravation de leur situation résulte de l'intervention des pouvoirs publics.

On peut, à ce propos, citer le jugement du Tribunal de commerce de Paris du 23 avril 1979 (47) qui a exonéré les dirigeants de droit d'une responsabilité en comblement de passif en raison de l'intervention des pouvoirs publics qui, pour éviter un dépôt de bilan entraînant des licenciements

importants, avaient promis des aides financières qui n'ont pas été réalisées. Dans le même sens, ce même tribunal a, par jugement du 24 juillet 1986 (48), exonéré de responsabilité des dirigeants de droit en raison de l'influence des pouvoirs publics dans une conjoncture économique particulièrement difficile.

Les tribunaux sont même allés plus loin. Chacun connaît l'affaire La Chapelle-Darblay (49). L'Etat s'étant expressément engagé, par lettre du Premier ministre adressée au président du tribunal de commerce, à assurer les conditions de la poursuite d'activité, le tribunal a pris acte de cet engagement, autorisant la poursuite de l'exploitation aux frais de l'Etat.

Plus récemment, le Tribunal de commerce de Paris, le 2 décembre 1985 (50), a retenu la responsabilité civile de l'Etat, la Direction du Trésor s'étant expressément engagée à apporter son aide par le biais de subventions et de divers prêts insuffisants à combler les pertes dégagées.

On s'achemine ainsi vers une mise en cause de la responsabilité délictuelle de l'Etat (article 1382). Toutefois, à ce jour, la jurisprudence ne semble pas totalement arrêtée. Dans les deux cas d'espèces évoqués, les engagements de l'Etat étaient particulièrement établis.

A tout le moins, on peut noter, à défaut de la mise en cause des pouvoirs publics, des motifs d'exonération de la responsabilité des dirigeants. C'est ainsi que le jugement déjà cité du Tribunal de commerce de Paris du 23 avril 1979, pris sous l'égide de la loi de 1967, mais sans aucun doute transposable sous la législation actuelle, considère qu'il n'y a pas lieu de condamner au comblement de passif les dirigeants d'une société anonyme tombée en liquidation de biens malgré leur diligence, lorsqu'ils ont apporté toute l'activité nécessaire à la gestion de l'entreprise et que seule l'intervention des pouvoirs publics, désireux de maintenir coûte que coûte une fabrication unique en France et l'emploi d'un millier de personnes, a retardé le dépôt du bilan. Le tribunal, à l'époque, n'a pas mis en cause la responsabilité de l'Etat. Qu'en serait-il aujourd'hui ?

Le même Tribunal de commerce de Paris, dans des jugements plus récents, des 11 avril 1984 (51), 19 novembre 1985 (52), a confirmé sa jurisprudence.

Hors toute notion de soutien financier, il est enfin possible de voir recherchée la responsabilité délictuelle des conseils et des commissaires aux comptes intervenant pour le compte d'entreprises en dépôt de bilan.

Examinons tout d'abord la situation des conseils de l'entreprise.

(48) Tribunal de commerce de Paris, *affaire Creusot-Loire*.

(49) Tribunal de commerce de Rouen du 10 mars 1981.

(50) Tribunal de commerce de Paris, *Gaz. Pal.* 14/15 mars 1986.

(51) Tribunal de commerce de Paris, 11<sup>e</sup> chambre.

(52) Tribunal de commerce de Paris, 2<sup>e</sup> chambre.

(47) Tribunal de commerce de Paris, 1<sup>re</sup> chambre, *affaire Jeanson*.



## 23. — Conseils

Sauf à intervenir auprès de l'entreprise dans des conditions telles qu'ils puissent être considérés comme dirigeants de fait, les conseils ne peuvent être mis en cause que dans le cadre de leur responsabilité contractuelle.

En ce qui concerne le banquier, conseil de l'entreprise, spécialiste en matière financière, il ne doit pas laisser son client agir sans discernement. Il ne doit pas communiquer à des tiers des informations erronées sur la situation de l'entreprise, son client. Certes, le secret bancaire s'impose à lui, mais il ne doit pas, par son attitude, laisser s'accréditer l'idée que l'entreprise est saine. Il ne doit surtout pas masquer la situation réelle de son client dans la perspective d'alléger ses engagements.

J'ai, à ce propos, retenu la jurisprudence suivante :

La Cour d'appel d'Aix-en-Provence, en son arrêt du 8 juillet 1991 (53), a considéré que la faute du banquier, dispensateur du crédit, consiste à avoir suggéré la constitution d'un groupement agricole d'exploitation en commun et d'avoir permis la réalisation d'un projet différent de celui initialement prévu dont l'équilibre financier était, à l'avance, compromis.

*A contrario*, cette même cour, dans un arrêt du 28 juin 1989 (54), avait estimé que si un organisme bancaire est tenu en tant que dispensateur de crédit d'un devoir de conseil envers ses clients, ce devoir ne constitue qu'une obligation de moyens, il appartenait au client, qui invoque la responsabilité nécessairement contractuelle de la banque, de prouver que celle-ci a commis une faute en manquant de diligence ou de prudence.

Dans le même esprit, la Cour d'appel de Pau, en son arrêt du 22 février 1990 (55), a estimé qu'aucun manquement au devoir de conseil ne peut être retenu à l'encontre d'une banque pour avoir accordé à une entreprise des crédits entraînant une charge financière trop importante lorsque le débiteur a fait effectuer une étude économique et financière de sa propre initiative et n'a jamais répondu aux propositions de la banque de réaménager le prêt à moyen terme.

Quant à la Cour de cassation, elle a estimé, dans son arrêt du 12 juin 1990 (56), que la responsabilité de la banque ne saurait être retenue lorsqu'il n'est pas démontré qu'elle a suggéré un certain montage financier pour réduire le découvert de son client, ni que ce découvert était de nature à mettre cette société en péril. La Cour de cassation a considéré que par ses appréciations souveraines, la Cour d'appel avait légalement justifié sa décision en ce qui concerne le manquement de la banque à son devoir de conseil.

Par un autre arrêt du 11 décembre 1990 (57), la Cour de cassation a considéré qu'une banque n'a pas manqué à son

devoir de conseil en ayant incité son client à contracter des crédits assortis de sûretés réelles, lorsque le client savait que ces prêts seraient insuffisants pour rembourser le découvert et que la vente de sa maison, considérée par lui comme une spoliation, était destinée à couvrir ce débit.

Enfin, *a contrario*, la Cour de cassation, en son arrêt du 6 juin 1990 (58), a estimé que la banque a engagé sa responsabilité lorsque, ayant aidé à la création d'une SICA entre deux concessionnaires de matériel agricole, elle ne conseille pas l'arrêt de l'exploitation chroniquement déficitaire suite au retrait de la concession, mais approuve des plans qui ne peuvent aboutir au redressement.

Je me suis longuement étendu sur la situation du banquier, coresponsable éventuel du dépôt de bilan, mais il n'est pas le seul tiers susceptible d'être ainsi mis en cause.

Dans le même esprit, la Cour de cassation (59), dans un récent arrêt du 18 mai 1993, a déclaré que « quelles que soient les relations contractuelles entre un client et une banque, celle-ci a le devoir de l'informer des risques encourus dans les opérations spéculatives sur les marchés à terme ».

Dans mon introduction, j'ai, entre autres, évoqué l'éventuelle responsabilité des fournisseurs, franchiseurs, concédants de brevets et licences.

Il reste, pour terminer ce propos, à examiner la responsabilité délictuelle du commissaire aux comptes.

## 24. — Commissaires aux comptes

La responsabilité du commissaire aux comptes est fixée par l'article 234 de la loi du 24 juillet 1966 : « Les commissaires engagent leur responsabilité civile en raison des conséquences dommageables des fautes et négligences commises par eux dans l'accomplissement de leur mission ».

Cette responsabilité est la conséquence de leur insuffisance éventuelle de diligence :

— soit passivement en n'ayant pas entrepris les contrôles qui s'imposaient,

— soit activement, en ayant mal effectué ces contrôles.

La responsabilité civile du commissaire peut, également, être doublée d'une responsabilité pénale.

A l'étranger, particulièrement dans les pays anglo-saxons, la responsabilité des auditeurs est contractuelle avec ses seules conséquences financières.

(53) Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 8<sup>e</sup> chambre A.

(54) Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 1<sup>re</sup> chambre bis.

(55) Cour d'appel de Pau, 1<sup>re</sup> chambre.

(56) Cour de cassation, Chambre civile n° 88-14443.

(57) Cour de cassation, Chambre commerciale n° 88-17951.

(58) Cour de cassation, Chambre civile n° 87-19115 P.

(59) Cour de cassation, Chambre commerciale 18 mai 1993.



La Cour de cassation a affirmé d'une façon solennelle que l'obligation du commissaire était une obligation de moyens.

Je limiterai mon propos aux conditions de mise en cause de sa responsabilité dans le cadre des procédures collectives.

Cette mise en cause sera le fait du tribunal, du juge-commissaire, des mandataires de justice, du procureur de la République. Le juge-commissaire disposant d'un pouvoir d'information très étendu, le commissaire aux comptes est tenu de déférer aux demandes du juge sans pouvoir s'abriter derrière le secret professionnel.

Le commissaire aux comptes peut également être assigné en responsabilité délictuelle par tous tiers intéressés et particulièrement, parmi les créanciers, les banquiers qui se sont fiés à la certification des comptes délivrés par lui.

La responsabilité du commissaire dépendra, pour l'essentiel, de l'appréciation de la relation de causalité entre sa faute et le préjudice. Par exemple, le banquier considérera avoir été trompé et ainsi amené à consentir des crédits qu'il n'aurait pas accordés si les comptes avaient été sincères.

Ce rapport de causalité doit être certain et direct. Autrement dit, même si le commissaire aux comptes n'a pas mis en œuvre tous les moyens exigés ou rendus possibles par la science ou la technique comptable de son temps, s'il a commis une faute en omettant de recourir aux techniques qu'énumèrent, préconisent ou imposent selon les cas les autorités de sa profession, il n'est pas pour autant responsable. Il faut prouver que si le commissaire aux comptes avait mis en œuvre ces diligences, il eût permis d'éviter ou de minimiser les dommages subis, et prouvés par le demandeur.

La faute du commissaire aux comptes n'est en effet jamais la cause directe ou unique du dommage puisqu'il ne doit pas s'immiscer dans la gestion et n'établit pas lui-même les comptes. Enfin, la responsabilité du commissaire ne saurait se substituer à celle des dirigeants.

L'examen du dossier de travail du commissaire constituera un élément d'appréciation essentiel de ses diligences. La Cour d'appel de Paris, en son arrêt du 25 avril 1989 (60), « a fort opportunément rappelé que les commissaires aux comptes sont tenus d'une obligation de moyens. Il ne peut leur être demandé une vérification physique des travaux en cours ou une révision complète des comptes. Si, après de nombreuses vérifications ayant entraîné d'importantes rectifications, il a attiré spécialement l'attention du Conseil d'administration sur l'insuffisance de certains comptes, il ne peut lui être reproché d'avoir manqué à sa mission, même s'il est maintenant certain qu'une révision intégrale des comptes aurait fait apparaître d'autres inexactitudes ».

Le commissaire aux comptes, qui n'aurait pas émis les réserves nécessaires dans ses rapports sur les comptes, aurait sans réserve approuvé les informations données par le Conseil dans ses rapports à l'assemblée générale, n'aurait

pas, enfin, engagé la procédure d'alerte, engagerait sa responsabilité civile, dans la mesure où les informations erronées ainsi cautionnées par le commissaire seraient à l'origine de financements avérés excessifs.

### 3. — Conclusion

A la fin de cette communication, je voudrais revenir sur l'évolution de la mise en cause des divers agents économiques dans la procédure de redressement judiciaire.

— Les dirigeants de droit et de fait auront été mis en cause, par le représentant des créanciers, en application des dispositions des articles 180 et suivants de la loi de 1985 et éventuellement de l'article 1382 du Code civil dans la mesure où les personnes et organes habilités à intervenir auraient laissé prescrire les actions de la loi de 1985.

— Les tiers auront vu leur capacité d'intervention sérieusement réduite par la loi de 1985. Ils auront, toutefois, en vertu de l'article 1382, actionné les dirigeants de droit et de fait dans la mesure où ils auraient pu faire état d'un intérêt spécifique.

— Certains tiers, particulièrement le banquier, qui n'auront pas été qualifiés de dirigeants de fait, peuvent néanmoins être poursuivis par le tribunal, ainsi que par tout tiers intéressé, dans la mesure où pourrait leur être fait le reproche de maintien ou de refus abusif de crédit. C'est là que prend toute sa valeur la doctrine nouvelle des créanciers acteurs et des créanciers spectateurs.

— La perspective de mise en cause de ces créanciers est le « commencement de la sagesse » ; on constate ainsi, à l'occasion de la généralisation de la procédure de conciliation prévue à l'article 3-5 de la loi du 1<sup>er</sup> mars 1984, que certains créanciers importants ayant joué un rôle déterminant dans le développement des affaires du débiteur, acceptent spontanément des remises de créances, consolident leur financement, permettant d'envisager favorablement un plan de redressement de l'entreprise.

N'était-ce pas là l'esprit même de la loi de 1985 qui a voulu, avant tout, sauver l'entreprise et l'emploi, allégeant la responsabilité des dirigeants, sauf si la faute est caractérisée, non présumée, mais démontrée, comme étant à l'origine de l'insuffisance d'actif ?

Pendant toute la période du redressement judiciaire, les créanciers n'auront finalement qu'un rôle subsidiaire, quitte à mettre en jeu l'article 1382, à condition de pouvoir justifier d'un intérêt spécifique.

Il convient maintenant d'analyser les moyens à mettre en œuvre et, en fonction du préjudice, de délimiter l'étendue des sanctions ; ce sera le rôle de mon excellent confrère, M. Peillon.

(60) Cour d'appel de Paris, 3<sup>e</sup> chambre, section A.

Pour illustrer mon propos, je vous fais distribuer un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 10 juin 1981. Il vous apparaîtra que la cour a pris acte :

— des investissements du débiteur disproportionnés à ses fonds propres,

— de l'absence de garanties suffisantes remises par le débiteur,

— du financement des investissements par des crédits bancaires à court terme,

— de ce que dès le début des opérations, le fonds de roulement était négatif,

— de ce que les conditions d'équilibre de l'exploitation étaient dès le départ compromises,

— de la perte supérieure à 10 fois le capital social au bout de 15 mois d'activité,

— de la situation irrémédiablement compromise dès le début de l'exploitation,

— de ce que finalement la banque ne pouvait ignorer la situation du débiteur,

— de ce qu'en connaissance de cause la banque a accordé sans interruption des crédits ruineux,

— de ce que la banque avait trouvé un intérêt dans l'opération en acceptant une compensation de créances entre deux sociétés du groupe,

— de ce que la banque a obtenu des garanties importantes du débiteur rendant sans intérêt l'action en comblement de passif exercée par ailleurs à l'encontre de ce dernier,

— et, en définitive, de ce que le crédit apparemment ruineux consenti au détriment des créanciers était compensé pour la banque par la garantie personnelle du dirigeant et que c'est là en définitive la raison de son attitude frauduleuse.

Ainsi, tout y était pour voir condamner la banque.

Cet arrêt a fait l'objet d'un recours en cassation et, par arrêt du 7 février 1993, la Chambre commerciale a cassé ledit arrêt au seul motif que la Cour avait ordonné la compensation entre la créance de la masse sur la banque et la créance de cette dernière sur la part qui lui reviendrait sur le patrimoine de la masse, tous les autres chefs de l'arrêt de la Cour de Paris demeurant valides.

L'affaire a été renvoyée devant la Cour d'appel d'Amiens. Les parties ne s'étant pas constituées, le litige n'a pas été dénoué au fond.

Je vous remercie de votre attention.

*(Applaudissements)*

**M. Bézard.** — Merci de cet exposé brillant, dynamique, qui nous a tous tenus en haleine, qui a fait passer un message très fort sur des problèmes délicats qui sont les problèmes les plus importants à l'heure actuelle.

Je passe la parole à M. Renaud Peillon qui va nous parler des « Diligences de l'expert ».

---

NOTE : Les références de jurisprudence nous ont été obligeamment communiquées par JURIS-DATA.



# DILIGENCES DE L'EXPERT

rapport présenté par

Monsieur Renaud PEILLON

Expert près la Cour d'appel de Lyon



## Introduction

Devant la complexité croissante des relations commerciales et financières, tant du point de vue comptable que juridique, les tribunaux et les mandataires judiciaires se trouvent confrontés à des problèmes que seuls des experts peuvent résoudre avec efficacité.

Avant d'analyser la comptabilité, véritable mine d'informations, l'expert-comptable devra récupérer des documents et informations nécessaires à sa mission. Faire la synthèse de ces éléments lui permettra de définir les axes de recherche et l'organisation des travaux à effectuer. La mission a pour objet principal de mettre en évidence les fautes ou les éléments constitutifs d'infractions, supposées ou déjà caractérisées, afin de permettre au magistrat d'en dégager le lien de causalité ou l'élément intentionnel selon le principe « au juge la qualification du droit, à l'expert l'appréciation du fait ». Par sa maîtrise de l'environnement juridique et économique, voire humain de l'entreprise, l'expert est capable de relever les faits pouvant caractériser d'éventuelles irrégularités et d'en apprécier les conséquences éventuelles.

Dans la préface du « Guide pratique de l'expertise judiciaire » de MM. Feuillet et Thorin, les plus hauts membres de l'institution judiciaire, MM. Draï et Bézio, respectivement Premier président et Procureur général de la Cour de cassation, ont magistralement introduit la présentation des conditions d'intervention de l'expert judiciaire en écrivant :

« Entre deux thèses qui s'opposent, c'est au juge de trancher et de décider dans la clarté et la loyauté... Mais ce juge impartial, acteur essentiel du procès équitable, ne saurait être qu'un juge informé, à peine de n'être qu'un agent insupportable de l'arbitraire... et, pour s'informer, le juge doit, de plus en plus, avoir recours aux lumières de celui qui sait, parce qu'il est technicien et parce que sa qualification inspire la confiance et apaise les inquiétudes ».

L'expert judiciaire doit rendre un avis qui règle le problème technique posé, qui éclaire complètement et honnêtement le juge, qui permet à ce dernier de choisir sa décision et qui ne lui en impose pas une.

Dans la majorité des cas, l'expert nommé par ordonnance rendue sur requête du juge-commissaire, ou par jugement du tribunal de commerce, aura pour mission :

- d'examiner la comptabilité,
- de déterminer les causes et l'origine des difficultés de l'entreprise et de fixer la date réelle de la cessation des paiements,
- de rechercher si les dirigeants de droit ou de fait n'ont pas poursuivi abusivement, dans leur intérêt personnel, une exploitation déficitaire qui ne pouvait conduire qu'à la cessation des paiements de la personne morale,
- d'examiner les relations avec la banque, les fournisseurs et divers tiers, et plus particulièrement d'étudier l'évolution des concours bancaires et crédits accordés ainsi que les conditions dans lesquelles ils ont été donnés,
- de déterminer s'il y a eu communauté d'intérêt entre les sociétés X, Y et Z et s'il y a eu confusion de patrimoine entre les deux ou trois sociétés,
- de déterminer les éventuelles fautes de gestion commises par les dirigeants de droit ou de fait,
- de rechercher les responsabilités encourues par tout dirigeant de droit ou de fait, en application des articles 180 et suivants, et pour tous autres tiers au titre de l'article 1382 du Code civil,
- de chiffrer le préjudice subi par les créanciers,
- pour ce faire, autoriser l'expert-comptable à faire toutes investigations, à se faire remettre tous documents et pièces et entendre toutes personnes qu'il jugera utile ou nécessaire.

La mission ainsi définie est susceptible d'être plus limitée ou plus large.

Le présent exposé abordera successivement :

- la phase d'investigations,
- la phase d'analyse,
- la phase de synthèse.

## I. — LA PHASE D'INVESTIGATIONS

### 10. — La recherche de la comptabilité et des documents

La première tâche de l'expert sera d'appréhender les documents comptables, financiers et juridiques nécessaires à sa mission.

L'article 46 du décret n° 85-1388 du 27 décembre 1985 dispose que « dès le jugement d'ouverture, le débiteur ou tout tiers détenteur est tenu de remettre à l'administrateur et à la demande de celui-ci les documents et livres comptables en vue de leur examen ».

Cet article est évidemment applicable en cas de liquidation judiciaire et l'expert pourra donc, sur cette base, se faire remettre la comptabilité.

L'article 19 de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 donne au juge-commissaire le droit d'obtenir communication auprès de certains tiers d'informations sur la situation économique et financière de l'entreprise.

L'article 20 de cette même loi précise : « L'administrateur reçoit du juge-commissaire tous renseignements et documents utiles à l'accomplissement de sa mission et de celle des experts ».

En cas de difficultés, l'expert pourra donc demander au juge-commissaire de rendre une ordonnance l'autorisant à aller consulter tous documents concernant la société sur laquelle il effectue ses contrôles et ce conformément aux articles 13, 19 et 184 de la loi n° 85-98 et 46 précité du décret du 27 décembre 1985.

Dans la pratique, deux situations peuvent se présenter :

\* Soit le mandataire judiciaire a eu connaissance du dossier lors du redressement judiciaire et fait procéder très rapidement à la désignation d'un expert. Il appartiendra donc à ce dernier d'accomplir directement toutes diligences afin que le dirigeant lui remette la comptabilité.

\* Soit le mandataire judiciaire fait désigner l'expert seulement quelques mois après le prononcé du jugement. Dans ce cas, une société d'archivage aura été mandatée à l'effet de récupérer et conserver les archives.

L'expert s'adressera alors à cette société en lui demandant de lui envoyer l'inventaire des archives afin qu'il puisse connaître les documents appréhendés et prendre possession de ceux nécessaires à l'exécution de sa mission.

Même dans ce dernier cas, l'expert sera tenu d'effectuer un certain nombre de diligences, l'ensemble des documents n'ayant généralement pas été remis à la société d'archivage,

notamment du fait de la multiplicité des détenteurs de documents.

A chaque fois que l'expert récupérera des documents, il est recommandé d'en dresser la liste, en double exemplaire, qu'il signera. Il en remettra un original et conservera l'autre.

Les documents à réunir dès l'ouverture du dossier sont essentiellement les suivants :

- livres obligatoires (même s'ils sont vierges) ;
- dossiers juridiques : Kbis, statuts, baux, contrats particuliers, titres de propriété, etc. ;
- sur les trois derniers exercices :
  - \* rapports de gestion,
  - \* comptes annuels,
  - \* balances, grands livres généraux et auxiliaires, journaux correspondants,
  - \* rapports du commissaire aux comptes (rapports généraux, spéciaux et rapport article 230),
  - \* liste des immobilisations, stocks et en-cours,
  - \* relevés et pièces de banque,
  - \* dossier fiscal et social,
  - \* éventuellement, notification de redressements, observations « du contribuable » et réponse à ces observations ;
- dernière situation comptable.

En pratique, il faut veiller à disposer de toutes les pièces nécessaires, mais aussi souvent à ne pas être submergé d'une documentation fournie de manière surabondante. Il ne faut pas oublier qu'en fin de mission, il faudra restituer les pièces communiquées et dès lors il apparaît particulièrement utile de procéder à l'inventaire des documents et à veiller à leur identification après chaque réception.

### 11. — La recherche d'informations

L'expert, s'il veut remplir sa mission avec le plus d'efficacité possible, dans le délai le plus court, devra réunir des informations permettant d'interpréter les évolutions et mouvements relevés, afin d'avoir une vue et une compréhension d'ensemble de la situation de la société concernée.

Sa première source d'information est le dossier du mandataire judiciaire qu'il ira consulter à l'étude de celui-ci.



Mais l'expert pourra également avoir un entretien avec le dirigeant et des tiers, conseils du dirigeant, commissaire aux comptes, banquiers, etc.

Les réunions sont essentielles dans la mise en œuvre de l'expertise.

L'expert, nommé par jugement comportant la désignation des parties, les convoquera à une première réunion par lettre recommandée avec avis de réception. Leurs conseils seront également avisés par lettre simple. L'expert a la possibilité de procéder à l'audition de tiers en présence des parties, mais les informations recueillies ne peuvent être retenues comme des témoignages ; elles constituent de simples renseignements. Si l'importance de l'information le justifie, il faudrait que le juge fasse consigner dans un procès-verbal les déclarations recueillies.

### 111. — Le dossier du mandataire judiciaire

Le dossier du mandataire judiciaire est souvent scindé en trois parties :

- \* un dossier comprenant les éléments de procédure et d'actifs,

- \* un dossier regroupant les productions,

- \* un compte « étude ».

L'examen du dossier du mandataire judiciaire fournira à l'expert les premiers renseignements sur la société.

### 112. — L'entretien avec le dirigeant

Cet entretien, qui aura lieu dans le cadre d'une réunion d'expertise, est très important car le dirigeant est la principale source d'information et le principal acteur au cours de la vie de la société.

Outre l'historique de la société, tant sur le plan juridique que commercial, il pourra expliquer à l'expert l'activité réelle de la société, son organisation, les difficultés rencontrées. Lorsque c'est possible, une visite des locaux permet parfois de visualiser un contexte difficile à appréhender autrement.

L'expérience a permis de dresser un schéma d'entretien retraçant les principales questions à poser. Ce questionnaire est général. En fonction des réponses du dirigeant, l'expert sera amené à poser des questions plus spécifiques permettant de connaître les difficultés réelles de la société, les solutions retenues, etc.

### a) questionnaire général

Ce questionnaire est divisé en cinq grandes parties :

- \* juridique,

- \* activité,

- \* organisation,

- \* comptabilité,

- \* cessation des paiements.

Il pourra ainsi être demandé au dirigeant :

#### En matière juridique

— Certaines questions concerneront la direction de la société : état civil et situation juridique du dirigeant, la date de sa nomination, le nom de son prédécesseur et les raisons de la démission, le nom des administrateurs et leur rôle exact.

— D'autres questions permettront de connaître le nom des associés, avec le pourcentage de détention et depuis quelle date.

— Enfin les liens avec d'autres sociétés seront recherchés : noms et coordonnées, dates de création, activité, dirigeants et associés, etc.

#### Concernant l'activité

— Date de début et de fin, origine du fonds, objet et activité réellement exercée, organisation de la production, caractéristiques des produits.

#### Sur l'organisation

— Equipe de direction, signature bancaire, cautions, embauche du personnel, relations avec les clients, les fournisseurs et les banques.

#### La comptabilité

— Par qui était-elle tenue (salarié ou expert-comptable) ? Rôle exact de chaque intervenant, système utilisé, comptabilité à jour.

#### Cessation des paiements

— Premiers incidents de paiements, délais de règlements clients et fournisseurs, reports d'échéances, problèmes de règlements des caisses sociales et impôts.

### *b) les questions spécifiques*

Le schéma ci-dessus est indicatif. Il constitue un canevas d'entretien.

Au cours du rendez-vous, en fonction de la réaction du dirigeant, des réponses ou non-réponses à certaines questions, l'expert sera amené à poser des questions plus précises.

On peut citer à titre d'exemples :

\* concernant la détermination des prix : par qui étaient-ils déterminés ? Quels étaient les éléments retenus pour fixer le prix de vente ? Comment était valorisé le coût d'une heure de main-d'œuvre ?

\* concernant la politique des rémunérations des vendeurs : fixe et commissions, pourcentage, calculés sur les commandes prises ou sur les encaissements, objectifs,

\* concernant la valorisation et la quantification des stocks : comment et par qui était-elle effectuée, quelle était la méthode d'évaluation retenue, y a-t-il des changements de méthode, y avait-il des stocks anciens ?

Les informations recueillies serviront à interpréter l'évolution ressortant des états financiers. La discussion avec le dirigeant permettra de se faire une opinion sur son rôle exact dans la société et ses capacités.

Avec l'habitude, l'expert aura une idée, à l'issue de ces entretiens, des problèmes rencontrés par la société.

## **113. — Les contacts avec les tiers**

### *a) les banques*

Une demande d'information sera systématiquement adressée aux banques de la société afin :

\* d'une part de s'assurer du nombre de comptes ouverts auprès d'un même établissement,

\* d'autre part de connaître notamment le nom des personnes habilitées à faire fonctionner les comptes, le nom des personnes s'étant portées cautions, les incidents de fonctionnement du compte, les en-cours et plafonds de découvert, d'escompte et de Dailly...

### *b) les salariés*

Le personnel du service comptable est, de par sa fonction, une source d'information pour l'expert.

Un entretien avec les responsables commercial et technique peut aussi être enrichissant.

Un choix précis devra être réalisé concernant les salariés à rencontrer. Si la société n'existe plus, ils devront se déplacer au cabinet de l'expert.

### *c) l'expert-comptable de la société*

La prise de contact doit être effectuée, vis-à-vis d'un confrère, par téléphone et confirmée par écrit. L'entretien avec l'expert-comptable de la société permet de connaître :

\* sa mission exacte,

\* à quelle date elle a commencé, à quelle date et pour quelle raison elle a pris fin.

En effet, il n'est pas rare de constater que le confrère a souhaité arrêter sa mission compte tenu des problèmes importants et répétés qu'il rencontrait. La connaissance de ceux-ci fournit des informations sur le dossier.

### *d) le commissaire aux comptes de la société*

Le commissaire aux comptes de la société possède également des informations précieuses.

Il n'a pas à proprement parler de documents comptables.

En premier lieu, une copie de ses rapports, y compris le rapport établi au titre de l'article 230 de la loi du 24 juillet 1966 lui sera demandée. Il lui sera également demandé le détail des stocks et des en-cours, ainsi que des factures à établir, qui figurent rarement dans les archives remises par le dirigeant.

Son opinion sur la valeur probante et la sincérité des comptes ainsi que sur le contrôle interne sera importante.

Enfin, il conviendra de rechercher si la procédure d'alerte a été déclenchée, pour quelle raison et quelle a été la réponse du dirigeant. Copie des échanges de correspondance sera alors demandée.

### *e) les avocats de la société*

Depuis la réforme des professions d'avocats et de conseils juridiques, l'expert n'a plus qu'un seul interlocuteur.

L'avocat aura pu avoir une double mission :

\* celle du suivi juridique : un entretien permettra de connaître les principales étapes de la vie de la société. Il permettra de vérifier si ce professionnel détient encore des documents juridiques et notamment les registres légaux,



\* celle de conseil en matière de litiges avec les clients, fournisseurs, etc. : ces informations renseigneront l'expert notamment sur les premières difficultés de la société, l'importance des contentieux avec les clients donnant des indications sur les éventuelles provisions à constater.

### *f) le secret professionnel et le contradictoire*

En ce qui concerne le secret professionnel pouvant être opposé à l'expert, je vous renvoie aux actes du congrès de Bordeaux de 1988 ; étant rappelé qu'en application de l'article 19 de la loi du 25 janvier 1985, le juge peut obtenir « nonobstant toutes dispositions législatives ou réglementaires contraires » des renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière de l'entreprise.

L'expert-comptable judiciaire désigné par le tribunal ou par le juge-commissaire dans le cadre de l'article 180 peut-il arguer de ce texte pour obtenir des informations notamment du commissaire aux comptes ?

J'espère que le débat permettra de répondre à cette question.

Par ailleurs, l'expert devra être attentif au respect du principe du contradictoire dans la mesure où sa mission le conduirait à mettre en cause des dirigeants de droit ou de fait et des tiers non nommément visés dans l'ordonnance ou le jugement le désignant.

Dans la mesure où en cours d'expertise, certaines personnes non visées dans le jugement pourraient être assimilées à des dirigeants de fait, l'expert devra en référer au juge-commissaire qui serait ainsi en mesure, s'il le juge opportun, d'attirer directement les personnes en question.

A défaut, le non-respect du principe de la contradiction aurait pour effet de rendre le rapport inopposable aux intéressés.

A ce sujet, un point particulier doit ici être évoqué concernant les désignations d'un expert par ordonnance rendue par le juge-commissaire sur requête du mandataire-liquidateur.

L'expertise, dans ce cas, peut-elle être effectuée en respectant le principe de la contradiction ?

Deux arrêts récents concernant cette question ont été rendus à quelques mois d'intervalle par la Cour d'appel de Paris. Ces deux arrêts, plutôt en opposition, n'ont pas répondu vraiment à la question précédente. L'un de ces arrêts a donné lieu à la rédaction d'un article de nos confrères Bréval et Dana, dans lequel ils se sont interrogés sur la nature même de ce type de mission qui pourrait, à la limite, ne pas être considérée comme une mission d'expertise judiciaire.

L'expert devrait-il, dans ces conditions, déposer son rapport exclusivement au mandataire-liquidateur ? Ou encore au juge-commissaire et au mandataire-liquidateur ?

Ces questions sont posées. Nous essaierons d'y répondre à l'issue du débat qui va suivre.

## II. — LA PHASE D'ANALYSE

### 20. — La recherche des causes des difficultés

Il est important de se faire une opinion sur les causes et l'origine des difficultés :

— sont-elles dues au dirigeant ? Avait-il les compétences requises ? Était-il entouré de collaborateurs compétents ? Les marges de l'entreprise étaient-elles normales ?

— sont-elles dues à l'environnement, installation d'un concurrent, nouvelle réglementation, secteur d'activité touché par la récession ?

L'Agence nationale pour la création d'entreprise (ANCE) constate qu'une entreprise créée a une chance sur deux d'exister encore dans quatre ans. Les spécialistes s'accordent en général pour dire que les principales causes de défaillance des entreprises sont les suivantes :

33,2% sont dues à la réduction d'activité ;

23,0% sont dues aux problèmes liés aux méthodes de direction ;

18,7% sont dues aux problèmes de trésorerie ;

17,6% sont dues à la réduction des marges et de la rentabilité ;

7,5% sont dues à des causes accidentelles (défaillance d'un client, décès, sinistres, malversations, problèmes sociaux, etc.).

De leur côté, les tribunaux ont retenu comme fautes de gestion :

\* continuation d'une activité déficitaire,

\* comptabilité irrégulière,

\* irrégularités relatives aux règles de droit des sociétés (absence de convocation et de tenue d'assemblées générales, absence d'approbation des comptes annuels, non tenue des registres, non reconstitution des capitaux propres),

- \* conclusion de marchés à perte,
- \* mauvais calcul du coût des marchés,
- \* réalisation des actifs à vil prix,
- \* engagements de dépenses démesurées,
- \* embauche supplémentaire inutile,
- \* absence d'étude préalable de marché et d'activité commerciale,
- \* acceptation d'un important volume de commandes auxquelles la société ne pouvait faire face.

L'article 180 ne définit pas la faute de gestion « ayant contribué à l'insuffisance d'actif ».

La faute de gestion ne doit pas être confondue avec la décision de gestion irrégulière, c'est-à-dire non conforme à la législation ou à la réglementation fiscale ; de plus, les faits visés à l'article 180 ne peuvent être réduits à l'acte anormal de gestion qui reste un concept essentiellement fiscal sans lien avec les intérêts de l'entreprise.

## 21. — La recherche de la date de cessation des paiements

La recherche de la date de cessation des paiements est primordiale. Elle permet de fixer la période suspecte et de caractériser le manquement du dirigeant à l'article 189, alinéa 5, de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985, lui imposant de faire la déclaration de cessation des paiements dans le délai de 15 jours.

Lors de l'analyse de la comptabilité, un contrôle de l'enregistrement et du règlement des charges fiscales et sociales aura été réalisé.

Ces éléments nécessaires à la détermination du passif exigible permettront de caractériser la date du premier retard de paiement. Si, à partir de cette date, les règlements sont irréguliers, voire inexistant, notamment en ce qui concerne les charges sociales et la TVA, la cessation des paiements sera caractérisée.

Il pourra se révéler utile de comparer l'évolution des délais de règlements fournisseurs afin de déterminer si leur allongement n'est pas de nature à caractériser un financement anormal.

L'évolution des concours bancaires, augmentation des découverts, recours à des opérations de lease-back, utilisation à partir d'une certaine date de la procédure de mobilisation des factures (loi Dailly), peut révéler des difficultés importantes et prolongées. Le maintien du crédit trompe les tiers sur la véritable situation de la société.

Lors de l'appréciation de l'état de cessation des paiements, il faudra veiller à éviter la confusion avec d'autres situations révélant simplement des difficultés passagères de l'entreprise.

En premier lieu, la société peut connaître des problèmes de trésorerie conjoncturels ou momentanés, qui ne peuvent s'identifier à la cessation de paiements, notamment lorsque l'entreprise pourra recourir au crédit bancaire ou solliciter des délais pour le règlement de son passif exigible. Les solutions mises en œuvre pour surmonter cette gêne passagère ne doivent pas s'apparenter au recours à des moyens ruineux. La cessation de paiements ne doit pas non plus être confondue avec la procédure d'alerte déclenchée par le commissaire aux comptes ayant eu connaissance de faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, ce qui, à la différence d'une situation instantanée, intègre une notion de données prévisionnelles en fonction d'un équilibre financier.

En dernier lieu, il faudra bien distinguer l'insolvabilité qui correspond à un déséquilibre résultant de la comparaison de l'ensemble des dettes de l'entreprise par rapport à son actif total, bien que si la cessation des paiements n'entraîne pas forcément l'insolvabilité, la réciproque, en revanche, est généralement vérifiée.

Les tribunaux, pour caractériser l'état de cessation des paiements, retiennent notamment :

- l'émission de chèques sans provisions,
- le protêt d'effets de commerce,
- l'inscription de privilèges des organismes sociaux et du Trésor public,
- les procédures d'injonction de payer,
- les actes de poursuites ou de saisies.

## 22. — La recherche des opérations irrégulières

Les analyses tant sur la comptabilité que sur les états financiers auront pour but de rechercher les opérations qui constituent des infractions à la loi du 25 janvier 1985.

Trois titres de cette loi traitent de ce sujet :

- \* Titre V qui s'intitule « Dispositions particulières aux personnes morales et à leurs dirigeants ».
- \* Titre VI sur la « Faillite personnelle et autres mesures d'interdiction ».
- \* Titre VII concernant la « Banqueroute et autres infractions ».



Les principales infractions sont :

- poursuite abusive, dans un intérêt personnel, d'une activité déficitaire,
- emploi de moyens ruineux,
- détournement d'actif ou dissimulation de passif,
- non-teneur d'une comptabilité conforme aux règles légales ou absence de comptabilité ou dissimulation de pièces.

L'expert ne peut se livrer à une analyse exhaustive de la comptabilité.

Son objectif est de relever un certain nombre de faits de nature à caractériser les infractions à la loi de 1985.

Il est toutefois important d'accomplir les diligences suffisantes afin de ne pas risquer de négliger un point important.

L'analyse financière permet dans un premier temps de relever les anomalies évidentes.

La recherche indiciaire, les tableaux comparatifs pluri-annuels, l'analyse des comptes de résultats et du bilan, permettront de faire apparaître les anomalies les plus flagrantes et fourniront les axes de recherche.

L'expérience montre que certains comptes cachent souvent des irrégularités. C'est le cas des comptes suivants :

- \* comptes courants,
- \* comptes débiteurs et créditeurs divers,
- \* comptes d'attente,
- \* comptes de virements internes,
- \* comptes clients et fournisseurs présentant des soldes anormaux ou des antériorités inhabituelles,
- \* comptes de stocks,
- \* charges payées d'avance ou à répartir,
- \* et frais d'établissement.

En cas de sociétés liées, l'expert analysera les relations commerciales et les relations financières pour déterminer si une société n'a pas été avantagée au détriment d'une autre, ou si la ou les sociétés liées n'ont pas permis la poursuite de l'activité déficitaire. Il s'attachera également à s'assurer que l'absence d'autonomie d'une société ne lui confère pas un caractère de façade, « puisque étroitement liée par une participation au capital et des animateurs communs, pour servir d'écran à seule fin de permettre à l'autre société d'exercer une activité commerciale frauduleuse » (*Cass. com. 29 mai 1990*) ou que « la constitution de la société ait eu pour seul objectif la location-gérance du fonds exploité précédemment par le fondateur pour se faire verser des rede-

vances qui constitueraient l'essentiel de ses ressources » (*Cass. com. 3 oct. 1989*), voire « la dissimulation d'opérations financières critiquables sous le couvert de contrats commerciaux fictifs » (*Cass. crim. 23 avril 1991*).

En matière de poursuite abusive de l'exploitation déficitaire, l'article 182 introduit une notion importante, en exigeant un intérêt personnel que l'expert devra s'efforcer de caractériser.

Il devra, en premier lieu, vérifier la réalité du déficit de l'exploitation qui a pu être masqué en totalité ou pour partie par le gonflement injustifié des stocks, par le décalage d'un exercice à l'autre de l'enregistrement de produits et inversement de charges, par l'absence ou l'insuffisance de prévisions nécessaires, etc. Mais la poursuite de l'exploitation n'est pas forcément abusive lorsqu'une possibilité raisonnable de redressement existait. Il faut alors examiner les données prospectives de l'époque, en s'attachant à recenser les mesures prises, leurs chances d'aboutir, les objectifs et les budgets fixés et leur suivi, pour s'assurer que les causes des mauvais résultats ont été identifiées, qu'un remède pouvait y être apporté et que l'entreprise avait la capacité de dégager des résultats lui permettant de retrouver ainsi sa vocation aux bénéfices.

L'expert doit enfin veiller à caractériser l'intérêt personnel du dirigeant.

L'examen des salaires ou commissions, la prise en considération des garanties liant le dirigeant à la société ou de toute autre créance qu'il aurait détenue sur celle-ci, est souvent révélateur de l'intention du dirigeant de préserver ses intérêts personnels.

Des analyses particulières pourront être conduites pour chaque élément de l'actif soumis éventuellement à détournement ou dissimulation, ou du passif frauduleusement augmenté. Un contrôle pourra être effectué en comparant les listes de l'inventaire réalisé par un commissaire-priseur ou un courtier assermenté, à la demande de l'administrateur judiciaire lors de l'ouverture de la procédure, avec le fichier des immobilisations.

De plus, il sera bon de vérifier les cessions d'immeubles ou de matériels pour s'assurer que le prix de vente n'a pas été fixé en dessous de la véritable valeur vénale du bien. Il est souhaitable d'obtenir des informations sur la disposition effective et l'usage des biens ; et enfin il est essentiel de se procurer des relevés hypothécaires pour les immeubles et le relevé des nantissements pour le fonds de commerce et les matériels, afin de connaître les éventuels bénéficiaires illégitimes de ces sûretés qui pourraient ainsi augmenter frauduleusement le passif social.

Il convient de relever que la Cour d'appel de Paris, le 16 octobre 1990, a considéré que « l'absence de paiement des cotisations sociales et des fournisseurs ne suffit pas à caractériser une augmentation frauduleuse du passif ».

En matière d'achat en vue d'une revente au-dessous du cours, la loi vise les achats faits en vue d'une revente à perte. Il ne s'agit pas de toute revente à perte pouvant correspondre à des soldes, des stocks bradés ou la vente de

produits dépréciés, ou de pertes subies du fait de maladroitures ou d'erreurs dans la gestion. Il faut démontrer que les achats ont été effectués pour être revendus à perte. Cette preuve est souvent très difficile à établir.

En revanche, la simple cession de marchandises effectuée au-dessous du cours peut être considérée comme un moyen ruineux de se procurer des fonds.

Les moyens ruineux sont des procédés au coût élevé, qui constituent des artifices provisoires qui se traduisent par une augmentation des pertes et du passif. Certaines opérations sont reconnues ruineuses par nature, tel l'escompte de lettres de change émises sur des opérations fictives, puisque le coût de l'escompte n'est alors couvert par aucun bénéfice commercial, ou la circulation d'effets de complaisance, appelés aussi traites de cavalerie, dans la mesure où elles ne concernent aucune opération commerciale réelle. L'examen des frais financiers et frais d'escompte de ces opérations est souvent révélateur.

Il me faut à présent évoquer des notions nouvelles introduites dans la loi du 25 janvier 1985. L'article 197 de cette loi punit le dirigeant qui a « tenu une comptabilité fictive... ou s'est abstenu de tenir toute comptabilité », texte complété par la loi du 30 décembre 1988 en y ajoutant « lorsque la loi lui en fait obligation ». Aucune définition n'accompagnait ces innovations.

Notre 29<sup>e</sup> congrès en 1990 a certainement contribué à la clarification de ce texte. Nous retiendrons simplement que la comptabilité fictive ne peut s'identifier au constat « d'écritures inexactes ou fictives », sauf si le nombre et la nature des erreurs, omissions ou manipulations donnent une vision dénaturée de l'entreprise. L'élément intentionnel étant requis, cela exclut la simple erreur. De même, il faut n'avoir volontairement tenu aucune comptabilité, que ce soit par mauvaise foi ou par négligence.

L'expert aura à définir les documents manquants et la cause de cette indisponibilité et, somme toute, à réunir les éléments qui, rapportés au juge, conduiront ce dernier à qualifier le cas visé par la loi. L'expert gardera à l'esprit « qu'un tas de briques ne constitue pas un mur » (1) et examinera les documents quant à leur forme et quant à leur fond. Il devra veiller à bien différencier les conséquences d'une organisation comptable défectueuse de celles d'une mauvaise conservation des documents. Tous les travaux d'expertise devront être accompagnés d'une évaluation de l'incidence des anomalies constatées afin de mesurer si le seuil de signification est atteint et si la volonté des dirigeants de dissimuler ainsi la véritable situation de l'entreprise est manifeste.

La Cour de cassation, Chambre criminelle, le 28 mars 1990, a reconnu le caractère fictif de la comptabilité du fait de « la manipulation qui a permis de modifier de manière significative les résultats de l'exercice ». La Cour d'appel de Paris, 9<sup>e</sup> chambre, dans un arrêt du 18 mars 1991 a retenu : « En l'absence du journal général et du livre d'inventaire, il

(1) Cf. Plaquette du XXIX<sup>e</sup> Congrès (p. 70) : « La comptabilité dans la nouvelle législation sur la banqueroute ».

résulte des termes du rapport d'expertise que la comptabilité auxiliaire n'était que partielle et qu'ainsi il apparaît qu'en cet état, ces éléments comptables étaient eux-mêmes impropres à établir la véritable situation financière de l'entreprise, caractérisant le délit de banqueroute par abstention de tenue de toute comptabilité ».

### III. — LA PHASE DE SYNTHÈSE

#### 30. — La contribution au passif

Dans la recherche des faits susceptibles de mettre en cause la responsabilité des dirigeants en matière patrimoniale, l'expert devra le plus souvent s'assurer de l'insuffisance d'actif avant de rechercher la faute de gestion.

L'existence de l'insuffisance d'actif est constatée dans la quasi-totalité des procédures. Toutefois, son mode de détermination et le montant en résultant sont à analyser plus attentivement, car c'est ce montant qui servira, par définition, de maximum à la contribution au passif du dirigeant. Il faut l'apprécier au moment où statue la juridiction saisie (*Cass. com. 30 janv. 1990*), c'est-à-dire au jour du jugement d'ouverture de la procédure.

Il faut tenir compte de la non-application du principe comptable de continuité de l'exploitation pour la détermination des éléments d'actifs, qu'il convient de reprendre pour leurs valeurs dites « liquidatives » et en n'oubliant pas que, dans le même temps, le jugement rend exigibles les passifs à moyen et long terme. Mais l'expert peut proposer au juge une approche des valeurs corrigées, pour ne pas faire virtuellement supporter au dirigeant les conséquences d'actes de gestion postérieurs à son dessaisissement partiel ou total, notamment les cessions (de gré à gré ou aux enchères publiques) qui correspondent rarement à la valeur réelle des actifs.

L'expert doit être vigilant quant à l'existence de sociétés connexes, car en cas de confusion de patrimoine entre plusieurs sociétés, et lorsqu'une procédure unique est ouverte à leur rencontre, l'actif et le passif communs doivent être comparés pour déterminer l'insuffisance d'actif (*Cass. com. 29 janv. 1991*).

#### 31. — La nécessité d'une faute de gestion

A la différence des incriminations pénales, l'intention frauduleuse n'est pas requise ; l'abus ou l'imprudence suffisent à constituer la faute.



Il est important que l'expert parvienne à démêler les résultantes des contraintes externes ou des décisions internes, pour retenir en final ce qui a contribué à l'insuffisance d'actif et qui en a donc été une condition nécessaire et directe (*Cass. com. 13 nov. 1990*), sans en être forcément la cause exclusive.

Pour permettre de dégager les fautes et les véritables responsabilités, il doit identifier les personnes chargées de la gestion et semble pouvoir y assimiler les notions de direction et d'administration de l'entreprise, tout en respectant la période de référence qui se termine avec le jugement d'ouverture. L'attitude des dirigeants et leur implication dans les faits sont délicates à apprécier. L'examen des délibérations collectives consignées dans des procès-verbaux, des rapports de gestion et de tout compte rendu de réunion de direction est souvent instructif. De même, il ne faut pas négliger l'étude des courriers et correspondances reçus ou adressés par les banques, les conseils, etc. Elle est souvent révélatrice de la réalité des démarches entreprises, de la volonté d'aboutir à la mise en place de remèdes adaptés, de l'intelligence d'en référer à des conseils compétents et reconnus, ou au contraire, du laisser-aller, de l'inconscience et de l'incompétence des dirigeants.

Ces analyses sont souvent indispensables, voire déterminantes, en cas de pluralité, de collégialité ou de succession des responsables, pour la correcte imputation des différents actes.

Pour se replacer au mieux dans les conditions de l'époque, il faut prendre connaissance de l'environnement de l'entreprise afin d'estimer plus justement le poids de certaines contraintes externes. Divers organismes professionnels, syndicaux, nationaux ou régionaux fournissent des paramètres de références permettant de mesurer et de relativiser l'impact de certaines décisions internes.

L'étude de différentes décisions judiciaires montre qu'un constat quantitatif des conséquences de la faute a parfois contribué ou suffi à la caractériser :

\* avoir perdu en moins d'une année les quatre cinquièmes du capital de la société (*Cass. com. 4 mars 1975*),

\* avoir créé au cours des trois années d'activité de la société une insuffisance d'actif de treize millions de francs (*CA Versailles, 13<sup>e</sup> ch., 3 mai 1990*),

\* l'existence d'une disproportion flagrante entre le nombre de salariés et la situation de trésorerie (*CA Aix-en-Provence, 17 janv. 1991*),

\* le recrutement excessif car excédentaire de salariés (*T. com. Paris, 17 juin 1988*),

\* la rémunération importante de deux dirigeants qui ont cherché à la conserver, sans régler dans le même temps les dettes sociales (*CA Paris, 3<sup>e</sup> ch., 12 nov. 1991*),

\* des dépenses excessives (ouverture de crédit à des conditions prohibitives, honoraires d'intermédiaire non justifiés, des loyers surévalués), la cession d'éléments d'ac-

tif à un prix largement inférieur à la valeur, sont des griefs fréquents.

Par ailleurs, les agissements ou l'inaction des dirigeants sont souvent retenus par les magistrats pour qualifier le comportement fautif :

\* l'insuffisance de contrôle des activités du directeur général par les administrateurs (*Cass. com. 11 déc. 1990*),

\* le manque d'attention du dirigeant à la gestion d'une entreprise naissante et fragile, et sa présence au siège de l'entreprise un seul jour par semaine, en déléguant la plupart de ses pouvoirs à des collaborateurs incompetents (*Cass. com. 11 juin 1991*),

\* le manque de rigueur dans la gestion des stocks, accompagné d'irrégularités dans la comptabilité (*Cass. com. 7 janv. 1992*),

\* le non-suivi des chantiers et des prix de revient, l'absence de contrôle rigoureux sur la gestion (*CA Rouen, 2<sup>e</sup> ch., 29 mars 1990*),

\* l'absence de contrôle effectif sur les faits engageant la politique financière et commerciale de la part des dirigeants d'une société et de ses 94 filiales (*CA Paris, 3<sup>e</sup> ch., 18 juin 1991*),

\* l'abandon de la gestion pour se consacrer à la conduite des camions de l'entreprise (*T. com. Briey, 5 mai 1988*),

\* l'absence d'application des mesures recommandées par l'expert-comptable (*Cass. com. 4 déc. 1990*),

\* la totale incompétence des dirigeants ayant omis de recourir à un conseil pour la remise en état de la comptabilité rejetée au cours d'un contrôle fiscal (*Cass. com. 14 mai 1991*).

On a pu relever que certains dirigeants se sont valablement défendus en invoquant :

\* la grève des salariés de manière répétée (*T. com. Pontoise, 26 janv. 1979*),

\* la pression des pouvoirs publics soucieux de maintenir en vie l'entreprise (*T. com. Paris, 22 avril 1979*).

## Conclusion

En conclusion, l'expert-comptable judiciaire se doit d'informer le tribunal pour déterminer qui a dirigé, quand, s'il a été ou non diligent, s'il a commis des fautes et si ces fautes ont conduit à des conséquences dommageables pour la société.

Ce n'est qu'après de longues investigations et études mettant en évidence des faits dont le dirigeant n'a peut-être pas toujours été maître, que l'expert pourra faire ressortir l'existence de trois éléments, préjudice, faute et lien de causalité.

L'expérience démontre qu'il est parfois difficile de mettre en évidence l'existence d'un dirigeant de fait. De même, la notion d'activité et de diligence nécessaire à la gestion des affaires sociales demeure imprécise. L'expert a une mission complexe, car il lui faudra essayer de se replacer dans la situation dans laquelle se sont trouvés les dirigeants au moment des faits contestés. Il est facile d'affirmer, après coup, que le diagnostic et le traitement n'étaient pas adaptés.

Je ne saurais terminer cet exposé sans évoquer la « Vache de Churchill ». Devant les Communes, Churchill a conclu un débat à caractère économique par cette phrase : « Certains considèrent le chef d'entreprise comme un loup qu'on devrait abattre ; d'autres pensent que c'est une vache que l'on peut traire sans arrêt ; peu voient en lui le cheval qui tire le char ».

*(Applaudissements)*

Merci M. Peillon. Vous avez été vraiment à la peine aujourd'hui puisque ce matin vous avez fourni une contribution très riche. Vous êtes à la peine, vous êtes à l'honneur et vous avez démontré vos talents au niveau de la doctrine et des principes tant ce matin que cet après-midi. Votre communication a certainement beaucoup intéressé vos collègues moins spécialisés que vous dans ce domaine ; elle a intéressé sans doute les magistrats, en tous les cas moi-même. Car c'est un enrichissement de pouvoir suivre les méthodes avec lesquelles vous abordez ces questions ; nous vous en remercions infiniment.

Vu l'importance du sujet que vous avez adopté, qui se recoupe avec ce qui a été dit par ailleurs, il y aura de nombreuses questions le moment venu.

Je passe la parole à M. Adolphe Bioteau, pour un exposé de cas pratiques.



# EXPOSÉ DE CAS PRATIQUES

rapport présenté par

Monsieur Adolphe BIOTEAU

Expert près la Cour d'appel d'Angers



Monsieur le Président de la Chambre commerciale de la Cour de cassation,

Monsieur le Président et Monsieur le Procureur général de la Cour d'appel d'Angers,  
Mesdames, Messieurs les invités,  
Chères consœurs, chers confrères,

Le bureau de notre Compagnie, le rapporteur général et son équipe ont pensé utile de compléter les excellents exposés présentés par nos confrères depuis ce matin, en faisant une incursion dans le monde de la pratique sur la base de deux cas.

Dans le premier cas, nous retiendrons une affaire traitant en particulier des sociétés de groupe.

Nous étudierons successivement pour cette affaire :

— le dossier soumis au Tribunal de commerce de Paris qui a donné lieu à un jugement du 18 janvier 1991, puis le dossier soumis à la Cour d'appel de Paris clos sur un arrêt du 18 juin 1991.

La procédure a été diligentée en demande :

— par les administrateurs et commissaires à l'exécution du plan des sociétés formant un groupe de 95 sociétés ou assimilées,

— par le représentant des créanciers.

Contre 44 dirigeants sociaux.

Il convient de noter que les 95 sociétés ont été placées en redressement judiciaire, patrimoines confondus, en octobre 1986.

Deux de nos confrères ont été désignés experts avec mission :

« Apprécier la régularité en la forme et au fond des comptabilités tenues par les sociétés du groupe jusqu'à

l'ouverture de la procédure collective, dire si ces « comptabilités reflètent la réalité des opérations sociales.

« Rechercher les causes exactes de la défaillance des sociétés du groupe, de la survenance d'un état de cessation des paiements.

« Relever tous faits pouvant entraîner la mise en cause de la responsabilité de tous intervenants dans la gestion et dans l'exploitation des sociétés du groupe antérieurement à l'ouverture des procédures collectives, notamment mais non exclusivement en vertu des dispositions des articles 178 à 195 de la loi du 25 janvier 1985 ».

Les experts ont déposé leur rapport le 30 juin 1989.

Ce rapport a permis aux demandeurs d'exposer leurs griefs à l'encontre des dirigeants sociaux mais, parallèlement, il a conduit maints défendeurs à réagir tous azimuts.

Nous rappellerons donc les griefs des demandeurs et tenterons une synthèse de la fronde des assignés.

— Non-mise en place des moyens de financement pour répondre à l'expansion décidée ;

— Augmentation de capital irrégulière ayant implicitement renforcé la crédibilité du groupe sans renforcer sa masse de manœuvre ;

— Adoption d'un régime fiscal avantageux qui ne pouvait être utilisé ;

— Fausse idée donnée de la situation en plaçant à l'actif certains frais financiers sous la rubrique « charges à répartir » ;

— Actes effectués pour faire disparaître une dette importante d'une société dans laquelle un dirigeant social assigné était gérant ;

— Utilisation de moyens ruineux (procédé dit de la chenille) ;

— Financement des besoins à moyen et long terme :

- par avances précaires TB + 4,
- par reports d'échéances.

Vous avez compris que ces griefs résultaient des travaux des experts.

De leur côté, les assignés ont déposé maintes conclusions que nous résumerons ainsi :

— contestation de leur responsabilité dans le cadre de l'article 180 de la loi du 25 juillet 1985 pour diverses raisons ;

— demande de la nullité du rapport des experts, au prétexte que ceux-ci n'auraient pas observé la règle du contradictoire ;

— contestation de la compétence du juge-commissaire ;

— une procédure pénale en cours devrait conduire le tribunal de commerce à surseoir à statuer ;

— contestations sur le rapport des experts en estimant qu'ils se seraient abstenus de répondre à certains points de la mission à eux confiée ;

— contestations de la fiabilité de photocopies annexées au rapport.

Voyons maintenant la position du tribunal.

Il a d'abord examiné les exceptions soulevées. Nous nous attarderons sur celle réclamant la nullité du rapport d'expertise.

Une des parties reprochait aux experts de s'être laissés influencer par une autre partie et d'avoir manqué d'objectivité.

Voici les premiers éléments de réponse du tribunal :

« a estimé cette supposition purement gratuite puisque fondée sur aucune pièce probante et présentant, de plus, un caractère indubitablement calomnieux ;

« a considéré au contraire, à l'examen des pièces annexées au rapport, que les experts ont mené leurs opérations avec une volonté constante de tenir informés tous les intervenants dans une volonté soutenue d'impartialité ».

En appel, la régularité des opérations d'expertise a été à nouveau contestée.

La Cour a confirmé que le moyen tiré de la nullité d'expertise est inopérant. Voici :

« Considérant que l'ampleur de la tâche *excluait l'audition* de toutes les personnes sans exception impliquées directe-

ment ou indirectement dans le fonctionnement des 95 sociétés du groupe ;

« qu'en entendant les dirigeants de la holding en fonction lors des faits, les commissaires aux comptes, les cadres les plus importants et 19 responsables des banques ayant financé l'activité du groupe, les experts ont procédé à une sélection raisonnable qui leur a permis une synthèse équilibrée ; qu'au demeurant, aucune difficulté susceptible d'être rapportée au juge-commissaire n'a été élevée pendant le cours, fort long, des travaux des experts ».

Ainsi disposons-nous d'un excellent rappel de certaines règles de déontologie.

Au fond, le tribunal examina les sept séries de faits assimilés par les demandeurs à des fautes de gestion afin de pouvoir décider si, d'une façon significative, ils ont été ou non à l'origine de l'insuffisance d'actif.

## 1) Non-mise en place des moyens de financement

Le tribunal constate qu'il s'agit des erreurs de stratégie dans la gestion du groupe *mais estime que les résultats de ces erreurs ne peuvent être considérés comme des fautes.*

## 2) Augmentation de capital irrégulière

Le tribunal constate que la démonstration formulée par les demandeurs apparaît par trop elliptique, qu'il ne s'agit en fin de compte que de la matérialisation de l'aide qu'une société mère se proposait d'apporter à sa filiale ; il estime en conséquence que *cette augmentation de capital ne doit pas être considérée comme une faute de gestion.*

## 3) Adoption d'un régime fiscal avantageux qui ne pouvait être utilisé

S'il est évident que ce choix ne pouvait être à l'origine de l'insuffisance d'actif puisqu'il conduisait à différer le paiement de l'impôt, la motivation du rejet par le tribunal nous apparaît comme un encouragement à différer l'impôt ; écoutez plutôt :



« Le tribunal rejettera cette demande car :

« ce choix a été décidé à une époque à laquelle un manque de trésorerie se faisait sentir et à laquelle il pouvait paraître judicieux de repousser un paiement éventuel (même s'il devait être majoré des pénalités) à une date ultérieure espérée plus favorable ».

Je livre cette rédaction à votre méditation et à celle de tous les commissaires aux comptes.

#### 4) Frais financiers sous la rubrique charges à répartir

Le tribunal a constaté qu'en l'espèce, divers éléments pouvaient accréditer cette présentation.

En conséquence, il ne considère pas cette pratique comme constituant une faute de gestion.

#### 5) Actes pour faire disparaître une dette

Le tribunal, tout en constatant qu'il s'est agi de fautes de gestion, estime qu'elles n'ont pas contribué incontestablement et d'une façon significative à l'insuffisance d'actif.

#### 6) Utilisation de moyens ruineux de financement

Notamment procédé de la chenille qui sera décrit ultérieurement.

#### 7) Financement onéreux des besoins de trésorerie

Le tribunal ne retient que le recours à des moyens ruineux de financement, à savoir l'organisation et l'utilisation accélérée du procédé dit de la chenille, car les autres fautes de gestion examinées n'apparaissent pas suffisamment établies ou leur importance relative étant suffisamment faible pour qu'il puisse être jugé qu'elles ont été une des causes déterminantes de l'insuffisance d'actif.

Examinant ensuite le rôle de chacun des dirigeants assignés, le tribunal en a déduit :

« Qu'il apparaît équitable de ne retenir dans la cause que les seules personnes physiques ou morales en tant que participants actifs ou muets, de la pratique de la chenille ».

Le tribunal dans son jugement a, *in fine*, mis hors de cause 26 dirigeants.

Il a condamné :

a) solidairement 3 dirigeants et 3 sociétés à payer quatre cent soixante-huit millions de francs,

b) solidairement 3 autres dirigeants et 2 autres sociétés à payer trente millions de francs,

c) une société à payer deux millions de francs,

soit, globalement, 500 millions de francs.

Il nous paraît utile de rapprocher la position du tribunal des conclusions des experts.

Quelles étaient ces conclusions ?

— Poursuite déficitaire d'une exploitation en état de cessation de paiement, dans l'intérêt des dirigeants.

— Maintien en vie du groupe par l'expédient ruineux que constitue la circulation anormale de chèques.

— Arrêté irrégulier des comptes dû à la diminution artificielle de charges financières et, par voie de conséquence, des pertes d'exploitation, par l'utilisation d'un compte de charges à répartir inscrit à l'actif du bilan.

— Augmentation irrégulière du capital de la holding.

— Aggravation des engagements à l'égard des tiers et donc du passif malgré la situation précaire du groupe.

Bien entendu, ces conclusions reposent sur un travail considérable des experts.

Constatons que seules l'organisation et l'utilisation accélérée du procédé dit de la chenille ont été retenues comme cause déterminante de l'insuffisance d'actif.

Dans leur jugement du 18 janvier 1991, page 84, les magistrats de la 18<sup>e</sup> chambre B du Tribunal de commerce de Paris décrivent ainsi le procédé dit de la chenille :

« Un chèque tiré le jour J sur une banque A se trouve usuellement crédité par la banque B le jour J s'il est remis avant midi, alors qu'il ne sera débité à la banque A qu'au jour J + 2.

« Le tribunal fait intégralement siens les renseignements recueillis par les experts sur cette pratique, sa durée, ses participants, les banques qui en ont profité, etc. ».

Les experts ont chiffré les agios supplémentaires au titre de la trésorerie fictive ainsi créée, à 58 millions de francs, sans tenir compte du coût de refinancement desdits agios.

Ils ont estimé le taux de ce moyen de financement entre 30% et 80%, soit 2,5 à 5 fois le taux moyen accordé pour les découverts bancaires hors commission.

Le volume des mouvements anormaux a été chiffré à 21 milliards de francs pour une période s'étendant du 4<sup>e</sup> trimestre 1983 au 10 janvier 1986, alors que pour les trois exercices étudiés, le chiffre d'affaires global se situe aux environs de 2,4 milliards de francs.

Sur les 6 dirigeants et les 6 sociétés condamnés : 4 dirigeants et 4 sociétés ont interjeté appel.

Dans son arrêt du 18 juin 1991, la Cour d'appel de Paris, 3<sup>e</sup> chambre A, a décidé :

— de rejeter les exceptions de nullité dont celle de l'expertise et de ne pas surseoir à statuer ;

— de mettre hors de cause 1 dirigeant et 2 sociétés appelantes ;

— d'ajouter aux autres condamnés en première instance un administrateur représentant une personne morale investisseur qu'elle a considéré comme ayant failli à sa mission de contrôle ;

— de réduire de 500 millions à 400 millions l'insuffisance d'actif à supporter, en regroupant tous les condamnés en une seule masse solidaire.

Voici donc l'illustration d'une application claire et précise des dispositions de l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985.

Après avoir situé les fautes de gestion, le tribunal de commerce a précisé celles en relation avec la formation du passif.

La Cour a estimé que selon leurs attributions diverses *mais complémentaires*, tous les condamnés personnes morales ou physiques ont coopéré aux actions ou omissions faites en relation avec la formation du passif et doivent être déclarés *solidairement responsables*, ajoutant que les représentants permanents encourent, suivant l'article 91, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 24 juillet 1966, la même responsabilité que s'ils étaient administrateurs en leur nom propre sans préjudice de la responsabilité solidaire des sociétés représentées par eux.

Avant de clore l'étude de ce cas sur l'application de la loi du 25 janvier 1985, il n'est pas inutile de faire état de décisions récentes de la 7<sup>e</sup> chambre de la Cour d'appel de Lyon (17 février 1993).

Le Tribunal de grande instance de Lyon avait, dans deux jugements, relaxé du délit de banqueroute des dirigeants de droit et de fait de sociétés placées en liquidation judiciaire.

Le ministère public relevait appel de ces jugements. Il soutenait que :

« Le défaut de paiement des dettes fiscales et sociales est un moyen de conserver fictivement de la trésorerie et donc de maintenir artificiellement en activité une société en état de cessation des paiements, alors qu'en outre cette absence de règlement d'impôts et de cotisations obligatoires expose nécessairement ladite société à des pénalités de retard d'un montant important ».

Dans un cas, ces dettes représentaient 1 222 000 F sur un passif de 2 744 000 F. Dans l'autre, 760 000 F sur un passif de 2 521 000 F.

Les attendus de la Cour méritent toute notre attention :

« *Attendu* que les dispositions pénales ne peuvent être étendues et doivent être interprétées restrictivement et qu'il n'appartient pas aux juridictions de procéder par déduction, présomption ou analogie ;

« *Attendu* en particulier que le défaut de règlement de dettes fiscales ou sociales, même s'il permet au prix d'intérêts ou de pénalités de retard de conserver une trésorerie en réalité fictive, ne saurait de ce seul fait, et en l'absence de tout autre élément, tel la quête de crédits ou de deniers, être assimilé à l'emploi de moyens ruineux pour se procurer des fonds dans l'intention de retarder ou d'éviter l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ; qu'en décider autrement reviendrait à considérer comme coupable de banqueroute tout dirigeant d'une société en état de cessation de paiement ;

« *Attendu* de surcroît qu'aucun élément ne permet en l'espèce de constater que M... ait eu une telle intention frauduleuse, et ce d'autant plus que la déclaration tardive de l'état de cessation de paiement d'une société n'est plus un fait punissable depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 ; qu'il convient en conséquence de confirmer le jugement déferé en ce qu'il a renvoyé l'intéressé du délit de banqueroute visé aux poursuites ;

« *Par ces motifs*

« *La Cour*, statuant publiquement, contradictoirement, en matière correctionnelle, après en avoir délibéré conformément à la loi,

« *Confirme* en leur intégralité les dispositions pénales du jugement du 26 novembre 1992 du Tribunal correctionnel de Lyon en ce qu'elles ont relaxé M... du délit de banqueroute visé aux poursuites.

« *Le tout* par application des articles 196, 197 de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985, 402 du Code pénal, 470, 473, 485, 509, 512, 513 et 514 du Code de procédure pénale ».

Nous examinerons maintenant un second cas pratique relatif à l'application de l'article 1382 du Code civil.

Divers créanciers d'une société en redressement judiciaire depuis 1978 ont attiré en 1987 devant le tribunal de



commerce la société elle-même, son mandataire-liquidateur, ses qualités, et la banque de la société. Le mandataire-liquidateur demandait une somme de 2 879 000 F au nom de la masse, les cinq créanciers, pourtant dans la masse, demandaient de leur côté 2 378 000 F.

Les juges du tribunal ont alors retenu que le banquier, quelques années auparavant avant la mise en redressement judiciaire, avait favorisé la consolidation de l'état de découvert ; ils en tiraient la conclusion que le banquier avait une certaine connaissance de l'état de cessation des paiements et que dans la mesure où de nouveaux découverts avaient été accordés, la responsabilité principale du gérant de la banque devait être retenue. Après examen, le tribunal a conclu à une indemnisation de 150 000 F.

Mais cette indemnisation a été trouvée très insuffisante par les demandeurs qui ont fait appel.

La cour a ordonné une expertise et parallèlement, elle a disposé du rapport d'un autre expert mandaté par la banque, en cours de procédure d'appel.

En effet, après dépôt du rapport de l'expert désigné, la Caisse régionale de Crédit Agricole partie à l'instance, estimant que ce rapport était fort critiquable, demanda à l'un de nos confrères de formuler son avis.

Préalablement à toute intervention, l'expert sollicité demanda à l'expert judiciaire l'autorisation d'intervenir en cette affaire.

En outre, il précisa qu'il s'agissait essentiellement pour lui de mettre en évidence les éléments de défense de la banque à propos des faits qui pouvaient lui être reprochés et de réunir, en conséquence, les éléments de preuve que cela impliquait.

En fait, l'expert judiciaire s'était éloigné de sa mission.

Au lieu de rechercher les fautes du Crédit Agricole et de déterminer le préjudice subi par les créanciers, il s'était livré certes à un gros travail pour constater que les bilans étaient inexacts, que l'état de cessation de paiement était antérieur de plusieurs années à celle du dépôt de bilan pour conclure, sans démontrer que la responsabilité du Crédit Agricole était engagée car il estimait :

— que cette caisse avait agi par imprudence en accordant du crédit à la société qui ne pouvait en retirer aucun bénéfice en l'absence confirmée de toute capacité d'autofinancement depuis l'origine ;

— en soutenant artificiellement son activité alors que la situation financière se traduisait par un état de cessation des paiements remontant au moins à l'exercice 1975 ;

— en favorisant la confusion des patrimoines en n'enregistrant pas les opérations de la société dans un compte bancaire ouvert à son nom ;

— en procédant à une analyse insuffisante en particulier du bilan de l'exercice clos le 31 décembre 1974 qui présentait des anomalies de lecture significatives.

Rapprochons ces conclusions de celles de l'expert mandaté par la caisse de Crédit Agricole :

« Je tiens à faire observer :

« — que mon rapport résulte essentiellement de l'analyse du rapport de l'expert judiciaire désigné, des diverses pièces qui lui ont été communiquées, des dossiers de la CRCAM ; s'agissant d'une mission privée, je n'ai pu mener celle-ci d'une façon contradictoire ;

« — qu'il m'est apparu souhaitable que l'expert judiciaire désigné soit mandaté à nouveau pour éclairer la Cour sur divers aspects de cette affaire,

« et plus particulièrement :

« — sur la nature et l'étendue des divers concours financiers qui ont existé conjointement à ceux consentis par la CRCAM ;

« — que je demeure dubitatif à propos de la disparition de nombreux animaux qui seraient particulièrement à l'origine de l'insuffisance d'actif, m'interrogeant comme l'administration fiscale quant à savoir si l'exploitation était réellement déficitaire.

« L'expert a fait un excellent travail qui a porté d'une façon quasi essentielle sur la révision des comptes de la société X, mettant ainsi en évidence les fautes commises par les dirigeants et leur conseil (bien que celle-ci n'ait pas été retenue par la Cour, intervenant au pénal) et démontrant ainsi amplement combien la CRCAM, les autres banques et divers fournisseurs, ont été victimes de la tromperie de Monsieur R.

« La responsabilité de la CRCAM devrait être appréciée dans ce contexte.

« Peut-on, dans ces conditions, poursuivre la banque en responsabilité alors que :

« — d'une part, il y avait falsification des comptes qui lui ont été remis ;

« — d'autre part, que la société était, aux dires de l'administration fiscale (confirmé par la disparition des bêtes) une entreprise prospère.

« Il ne faut pas perdre de vue la vocation du Crédit Agricole. Cette banque a pour vocation d'aider et d'assister le secteur agricole. Il n'est pas nécessaire de développer longuement le fait que ce secteur de l'économie soit sinistré. Et si la prise de risque est normale en matière bancaire, ce risque est accru lorsqu'il s'applique à une profession en difficulté.

« Le point est de savoir si la CRCAM a eu connaissance des risques inconsidérés.

« Il m'apparaît de la relation objective de la chronologie d'intervention de la banque que celle-ci, à la limite raison-

née de ses risques, a normalement accompagné une entreprise dans son développement. Il convient pour en être convaincu de se reporter au rapport des concours bancaires, au chiffre d'affaires ainsi qu'à l'importance relative des frais financiers (moins de 1% en moyenne) particulièrement faible.

« L'origine de l'insuffisance d'actif est la tromperie et la banque n'est nullement l'artisan de cette tromperie. Il ne convient pas de déplacer les responsabilités.

« La banque est victime, avec les autres banques et les fournisseurs ».

Nous vous présentons maintenant les observations de la Cour.

Elle s'est d'abord intéressée à la recevabilité de l'action individuelle des créanciers en précisant :

« Que l'action individuelle en réparation du préjudice subi par chaque créancier personnellement ne peut être intentée par celui-ci que pour un préjudice distinct de celui causé à la masse ou dont l'indemnisation reste incomplète en raison de l'insuffisance des répartitions et dividendes ;

« Attendu que la société X est toujours en redressement judiciaire, que les créanciers ne sont donc pas recevables à agir individuellement pour demander la réparation du préjudice constitué du montant de leur créance ;

« Que seule est recevable la demande en dommages et intérêts *s'ils justifient d'une situation difficile occasionnée par l'absence de paiement depuis maintes années* ».

Ensuite, la Cour s'est intéressée à la responsabilité de la banque.

Examinant le rapport de l'expert désigné, rapport qu'elle n'a pas homologué, la cour, constatant le travail considérable de révision de comptes effectué, reproche à l'expert de ne pas avoir insisté suffisamment sur les conditions réelles d'intervention du banquier.

La Cour constate que le banquier, mis en cause, avait sollicité rapport de ses collaborateurs au moment de la mise en société de l'affaire personnelle, rapport concluant à une entreprise très bien gérée et de forte rentabilité.

— que l'expert a lui-même précisé que la banque a « effectivement exercé son obligation de surveillance et qu'elle pouvait considérer que les documents produits présentaient un seuil de sincérité suffisante compte tenu de la surveillance d'un expert-comptable » ;

— que si l'expert a estimé que le bilan du 31 décembre 1975, après rectification des comptes, traduisait « l'amorce d'un état de cessation des paiements », la Cour constate qu'une lettre de la Banque de France du 7 janvier 1976, si elle estime indispensable « dans un avenir proche » un apport de 600 000 F, ne décrit pas une situation alarmante ;

— que la société ne connaît aucun incident de paiement ;

— que l'expert mandaté par le Crédit Agricole a pu constater un chiffre d'affaires en progression, une marge brute stable et que deux autres banquiers maintiennent leurs concours.

Elle a observé que l'état de cessation des paiements en décembre 1976 n'est apparu qu'après un travail très lourd de correction des comptes par l'expert désigné.

— que les comptes présentés à la banque se sont aussi révélés falsifiés.

Ainsi la Cour, en son arrêt du 17 février 1992, a pu conclure :

— qu'il ne ressort pas du dossier que la banque ait eu connaissance d'une situation irrémédiablement compromise ;

— que les crédits étaient raisonnables eu égard au chiffre d'affaires ;

— que les créanciers ne justifiaient pas d'un lien de causalité entre ces crédits et le fait qu'ils avaient poursuivi leurs relations commerciales avec la société ;

— que les fournisseurs ont, eux-mêmes, joué le rôle de banquier en consentant de façon permanente du crédit à court terme ;

— que la preuve n'était pas rapportée que la banque avait connaissance de l'état de cessation des paiements ;

— qu'il y avait donc lieu :

\* d'infirmier le jugement déféré,

\* de déclarer irrecevable l'action individuelle des créanciers en paiement de leur créance,

\* de débouter les appelants de toutes leurs demandes.

Ainsi, la Cour a pris position sur l'ensemble du dossier.

Peut-être suffisait-il de déclarer l'action irrecevable, le débouté des appelants devenant superfétatoire.

Mais il semble que la Cour ait voulu motiver sa décision par une étude très complète et très argumentée, ce qui donne à son arrêt un éclairage fort intéressant, *a contrario*, de ce qui est nécessaire pour diligenter avec quelque chance de succès une procédure sur la base de l'article 1382 du Code civil.

Je vous remercie de votre attention.

**M. Bézard.** — Je pense qu'il est bien que ce soit un expert de la Cour d'appel d'Angers qui ait parlé le dernier et qui l'ait fait de façon si claire et si brillante. Je saisis cette occasion pour présenter mes remerciements et les vôtres à Mme



le Président de la Section autonome qui a organisé si brillamment et si chaleureusement cette journée, et qui continue à le faire, avec beaucoup d'efficacité, comme nous le voyons en ce moment même.

(Applaudissements)

**M. Bézard.** — Nous vous remercions vivement, vous avez choisi des cas tout à fait significatifs qui nous font réfléchir, sur lesquels nous allons discuter de même que sur les différentes interventions de ce matin ou de cet après-midi, en laissant la parole à la salle.

J'aimerais que M. Darrousez, qui a la grande originalité de posséder une double « casquette » de mandataire et d'expert judiciaire, nous donne son sentiment sur les problèmes évoqués.

**M. Darrousez.** — Je vous remercie de me donner la parole, M. le Président, mais je tiens à préciser que je ne suis pas le seul administrateur judiciaire dans cette salle, puisque plusieurs de mes confrères angevins sont également présents.

Je voudrais simplement revenir quelques instants sur différentes interventions de ce matin et de cet après-midi.

Tout d'abord, je voudrais compléter ce que vient de dire M. le Président Armand Prévost au sujet des actions en comblement de passif dont il semblait notamment regretter la très faible fréquence.

Il est certain que la loi de 1985 ne favorise guère les créanciers. De plus, il faut relever que les dirigeants des sociétés sont bien déjà souvent cautions à l'égard des banques, de sorte que leurs « facultés contributives » sont extrêmement réduites, d'où l'application bien souvent de l'adage « pas d'intérêt, pas d'action ».

Il est également important de rappeler que l'action de l'article 180 peut être engagée, non seulement à la demande des mandataires de justice, mais aussi à la demande du procureur de la République, le tribunal pouvant également se saisir d'office.

Il convient également de déterminer quels sont les bénéficiaires d'une action article 180. Sous l'empire de la loi de 1967, l'article 99, bien connu de tous, ne précisait pas la qualité des bénéficiaires de cette action. Après hésitation de la jurisprudence, la Cour de cassation avait jugé que le produit de cette action devait être affecté en priorité aux créanciers privilégiés selon leur rang. Nous assistons, si l'on peut dire, à une amélioration avec la réforme de 1985, puisque l'article 180 prévoit précisément la destination des sommes versées par les dirigeants : en cas de plan de redressement, ces fonds participeront à l'apurement du passif ; en cas de liquidation, les sommes versées sont réparties au marc le franc au profit de tous les créanciers. Ceci me semble être une avancée de la loi, et peut-être le Président Bézard souhaitera-t-il compléter ce rapide commentaire.

Autres observations : Je pense qu'on a peu parlé aujourd'hui d'un arrêt très récent de la Cour de cassation, arrêt rendu par l'Assemblée plénière. Vous le connaissez parti-

culièrement bien, M. le Président Bézard, ainsi que Mme Pasturel, puisque vous faisiez partie de la Chambre qui a eu à en débattre. Cet arrêt est fort important puisqu'il considère que les poursuites individuelles des créanciers en responsabilité à l'égard des dirigeants ne sont plus possibles, à partir du moment où l'action a déjà été engagée par le mandataire de justice, en fait l'ancien syndic puisqu'il s'agissait d'une procédure ouverte sous l'empire de la loi de 1967. On peut penser que cette jurisprudence s'appliquera dans le cadre de la nouvelle procédure.

Il me paraît essentiel de relever qu'il ne convient pas d'engager des actions pour le principe, mais encore faut-il savoir quel en est l'intérêt pour les créanciers.

Enfin, en tant qu'expert, je pense qu'il faut insister sur la principale difficulté en matière de preuve : ce n'est pas de prouver l'insuffisance d'actif ; ce n'est pas non plus de prouver la faute de gestion ; c'est avant tout d'apporter la preuve du lien de causalité entre la faute commise et l'insuffisance d'actif, car la faute incriminée peut fort bien ne pas être à l'origine de cette insuffisance.

(Applaudissements)

**M. Bézard.** — Peut-être que Mme Pasturel pourrait en quelques mots nous indiquer la conclusion retenue très importante. Nous étions trois magistrats ici présents.



**Mme Pasturel.** — Il faut faire un rapide rappel de ce qu'était la jurisprudence sous le régime de la loi de 1967. Il y avait alors une masse, dotée de la personnalité morale et dont le syndic avait le monopole de la représentation.

Dès lors, la question s'est posée, dans un premier temps, de savoir si le syndic représentant la masse pouvait agir en dommages-intérêts contre un créancier faisant partie de cette même masse, coupable d'avoir, par ses agissements fautifs, contribué à la diminution de l'actif ou à l'aggravation du passif, et ainsi, se retourner contre un membre du groupe représenté par lui.

Par l'arrêt Laroche du 7 janvier 1976, la Cour de cassation, opérant un revirement spectaculaire, a décidé que le syndic avait qualité pour exercer une telle action.

Puis, dans un deuxième temps, les créanciers, individuellement, ont cherché à agir, en présence de l'inaction, délibérée ou non, du syndic et la question s'est posée de savoir si on pouvait leur en reconnaître le droit.

La réponse à cette question passe par une distinction fondée sur l'objet de la demande, selon qu'elle tend à la réparation d'un préjudice personnel ou à celle du préjudice collectif causé à la masse par l'insuffisance des répartitions.

S'agissant du préjudice personnel (subi, par exemple, par un créancier victime de manœuvres frauduleuses constitutives d'une escroquerie), la reconnaissance aux créanciers du droit d'agir a constamment été affirmée. S'agissant, en revanche, du préjudice causé par l'insuffisance des répartitions, l'action des créanciers ne pouvait manquer de se heurter au monopole du syndic comme représentant de la masse.

C'est ce conflit que la jurisprudence de la Cour de cassation s'est employée à résoudre au fil de plusieurs arrêts.

Au terme de cette évolution jurisprudentielle, les créanciers, en présence de l'inaction du syndic, se sont vu reconnaître le droit d'agir *ut singuli* en réparation de la fraction du préjudice collectif subi par la masse, une telle action devenant, en revanche, irrecevable dès lors que le syndic agit à titre principal ou intervient à l'instance engagée par le créancier.

Enfin, notre assemblée plénière du 9 juillet 1993 s'est prononcée sur la définition et le contenu de la notion de préjudice personnel.

Une Cour d'appel, saisie sur renvoi après cassation, avait décidé que les conséquences résultant, pour le créancier demandeur, de l'immobilisation de sa créance, inhérente à la procédure collective, spécialement la perte des intérêts, constituaient un préjudice personnel.

Par cet arrêt d'assemblée plénière, la Haute Juridiction, faisant prévaloir une conception restrictive du préjudice personnel, a décidé que le préjudice résultant de l'immobilisation de la créance fait partie du préjudice collectif et que, par conséquent, les créanciers ne sont pas recevables individuellement à en demander réparation dès lors que le syndic, représentant la masse, exerce l'action.

C'est l'explication de cet arrêt de la Cour d'appel de Lyon que vous avez commenté, M. Bioteau. C'est pour cela que la Cour d'appel a opéré une ventilation dans son dispositif. J'ai noté que l'action avait été engagée à la fois par le syndic et par les créanciers. Il a donc bien fallu que la Cour d'appel s'explique sur la recevabilité de chacune des deux actions. C'est la raison pour laquelle elle a dit que l'action des créanciers *ut singuli* était irrecevable parce que le syndic avait lui-même agi et que l'action du syndic était recevable.

(Applaudissements)

**M. le Président Rouger.** — Je voudrais revenir sur cette notion d'inégalité contraire à notre culture égalitaire.

Mme le Haut Conseiller Pasturel a mis en évidence ce que le créancier subissait en perdant sa créance.

Il est vrai que toute perte est subie mais qu'elle ne confère pas, économiquement, des droits égaux à l'égard de tous les créanciers.

Au contraire, je voudrais donner trois exemples de créances subies.

- La société de courses qui travaille pour le siège d'une grande entreprise qui a des installations dans toute l'Ile-de-France et qui est payée à 30 jours fin de mois subit la domination de son débiteur.

- Le sous-traitant de Bull et d'Air France, qui est obligé d'allonger ses crédits en attendant que l'Etat se décide à savoir ce qu'il va faire de ces deux sociétés, subit le crédit. Et la société de développement régional qui se voit obligée de faire un crédit d'installation de locaux, mis gratuitement à disposition d'une entreprise à sauver par la collectivité locale qui veut garder les emplois, tous ces créanciers-là subissent leur condition. Ce sont de véritables spectateurs.

- A l'opposé, l'activité de certains créanciers « acteurs » dans l'entreprise, voire dans la difficulté rencontrée, ne les autorise pas à revendiquer le statut de spectateurs et le droit à l'égalité.

Et à l'intérieur de cette catégorie de créanciers « acteurs », l'inégalité de traitement reste de règle économique.

Trois exemples à nouveau :

- L'émergence depuis 10 ans des opérations capital-risque et de capital-développement a entraîné l'intervention dans les entreprises à risques de spécialistes, véritables opérateurs décisionnaires.

L'opérateur qui met les « mains dedans » (hands on), qui participe à la direction, qui fournit le management peut être un des principaux créanciers.

Par contre, le même opérateur qui laisse les mains « dehors » (hands off), qui participe au conseil d'administration ou de surveillance, n'est plus tout à fait acteur ni tout à fait spectateur. Disons qu'il est figurant.

- La naissance d'opérations de règlement amiable par lesquelles certains créanciers transforment tout ou partie de leurs créances en capital (obligations, actions, TSDI, OBSA, etc.) transforment la nature des créances et le statut des créanciers. L'intérêt de ces formules est en train de susciter une loi allemande.

- Quant aux pools bancaires qui regroupent des créanciers prêteurs dans des sociétés de fait avec de grandes variétés de rapports entre eux et le gérant de fait baptisé chef de file, quand il n'est pas appelé « arrangeur de crédits ». Pour s'exonérer du chef de file et de ses conséquences, peut-on considérer tous les créanciers prêteurs égaux ? Bien évidemment non.





Sans omettre la présence de certains chefs de file dans le management, aussi bien que dans le capital, et qu'en est-il lorsque les pools accordent des « enveloppes » comportant aussi bien des crédits d'investissement classiques ou des « crédits corporates » destinés à renforcer les fonds propres sans pour autant participer au capital social.

La loi de 1985 ne correspond plus à cette évolution. Elle ne connaît pas l'inégalité des créanciers sur le critère économique réel tel qu'il découle de toutes ces opérations financières.

Phénomène aggravant, cette loi laisse coexister deux voies d'actions. Le Code civil, article 1382, les articles 180 et suivants qui lui sont propres.

Tant qu'il y a eu peu de faillites en France — de 1986 à 1991 — la loi, qui n'avait pas intégré la crise économique généralisée a géré les contentieux de la responsabilité.

Depuis deux ans, les temps ont changé. La double voie d'action pose problème. Je reprends avec force les propos de M<sup>e</sup> Darrousez.

La construction dérogatoire du droit commun sur les articles 180 va créer un contentieux au deuxième degré, celui de la responsabilité des mandataires-liquidateurs auxquels il serait fait grief de timidité dans leurs actions au titre de la loi de 1985 bloquant ainsi l'action individuelle des créanciers enfermés dans la jurisprudence qui les prive de leurs actions propres.

Les procédures nées des 300 000 faillites des années de crise nous éclaireront sur ce point.

Il sera peut-être souhaitable, à ce moment-là, de s'interroger sur le retour au droit commun, c'est-à-dire application généralisée de l'article 1382. Voilà ce que je voulais dire.

*(Applaudissements)*

**M. Alexandre**, Président de Chambre au Tribunal de commerce de Nanterre.

Sur les reproches que vous nous faisiez ce matin, je voudrais dire trois choses...

Je pense que nous avons pris conscience, nous magistrats consulaires de la 14<sup>e</sup> région, du rôle répressif qui nous était dévolu, je dirai dès 1987 puisqu'à l'intérieur de la 14<sup>e</sup> région, nous avons organisé des réunions de formation pour les magistrats sur le titre V de la loi de 1981.

La deuxième chose : à Nanterre, j'ai l'impression que les statistiques sont à peu près les suivantes : un millier de dossiers d'ouverture de procédures collectives par an. Nous devons avoir 6 à 7% de convocation en Chambre du Conseil pour des sanctions, ce qui n'est pas un nombre de dossiers complètement ridicule et je dirai que la moitié de ces dossiers donne lieu à application de sanctions.

Troisièmement, en ce qui concerne le recours à expertise, je ne donnerai que des chiffres en ce qui me concerne personnellement, cela doit être de l'ordre d'un peu moins de 1% des dossiers qui donne lieu à expertise, les autres dossiers étant soit évidents et le tribunal peut statuer même en l'absence d'expertise, soit impécunieux et c'est la majeure partie des cas où le tribunal sera obligé de se contenter des éléments dont il dispose car il n'y a pas assez d'argent dans la caisse pour recourir à une expertise.

*(Applaudissements)*

**M. André Valdes**, Conseiller à la Cour de cassation.

Je voudrais insister sur l'expert de minorité qui est une innovation importante prévue par la loi du 24 juillet 1966. Les actionnaires représentant le 10<sup>e</sup> du capital social peuvent solliciter en référé la désignation d'un expert, lors-



qu'ils ont des doutes sur la validité, l'opportunité ou même l'honnêteté d'un ou plusieurs actes de gestion.

M. le Président, vous avez évoqué ce matin l'usage qu'il vous a été donné de faire de cette disposition, en votre qualité de procureur de la République. Effectivement, c'est très important. Mais je souhaiterais qu'il soit fait un peu plus souvent application de cette disposition à l'initiative des actionnaires eux-mêmes, sans oublier d'ailleurs les autres personnes qui ont le droit de provoquer cette expertise, je pense à la Commission des opérations de bourse et au comité d'entreprise.

J'enchaînerai en remarquant que la plupart d'entre vous exercez des fonctions d'expert-comptable, de conseil de sociétés ou de commissaires aux comptes, toutes choses qui vous donnent l'occasion d'être branchés directement sur la vie des affaires, la vie des affaires en bonne santé, malgré la formule de Knock qui veut que la bonne santé n'est que relative et que c'est un état précaire qui ne laisse rien présager de bon !

Je crois, MM. les experts-comptables judiciaires, que vous avez de beaux jours à vivre, vous qui êtes appelés à nous éclairer sur les responsabilités, sur l'appréciation de la faute causale, au sens que nous avons envisagé ce matin, et sur le préjudice indemnisable, dont réparation pourrait être due par les dirigeants sociaux de fait ou de droit, et par des tiers, même lorsque ces tiers ne sont pas seulement des banquiers, mais des autorités publiques qui sont intervenues de manière intempestive dans ce domaine délicat des entreprises en difficulté.

*(Applaudissements)*

M. Bézard. — Il est certain que l'article 226 a un grand intérêt. On peut être une société « in bonis » et malade demain. L'article 226 peut être assez révélateur et faire l'objet d'un nombre grandissant de procédures. La Cour de cassation a consacré des arrêts de principe importants sur ces problèmes-là, et ce, récemment.

*(Applaudissements)*

M. Thorin. — Je voudrais enchaîner sur la description qui nous a été faite tout à l'heure par M. le Président du Tribunal de commerce de Paris sur les difficultés que l'on a de sérier les interventions des uns et des autres. Ce n'est pas si clair qu'il semble le dire.

J'ai été surpris ce matin d'entendre la définition qui a été donnée des dirigeants de fait comme agissant « souverainement » et d'une « manière indépendante ». Certes, ce cas peut se retrouver dans les faits, mais c'est très rare. Généralement, dans la pratique des choses, le dirigeant de fait agit d'une manière très sournoise, mais je crois que le rapporteur s'est retrouvé, en nous donnant un certain nombre de cas qui, justement, contredisaient sa prise de position du départ.

Naturellement, un dirigeant de fait qui prendrait les rênes en écartant les dirigeants de droit est une hypothèse d'école. On pourra facilement caractériser son comporte-

ment s'il est responsable de l'embauche, s'il est responsable des comptes bancaires, s'il prend toutes les décisions à la place des dirigeants de droit. Mais c'est un cas d'école, je le répète.

Généralement, le comportement du dirigeant de fait est plus insidieux. Le dirigeant de droit cumule ses fonctions le plus souvent, apparemment, avec le dirigeant de fait ou l'inverse. Le dirigeant de fait fait semblant de confier certains pouvoirs au dirigeant de droit mais c'est lui qui agit. Il lui donne des actes à signer, des procès-verbaux à signer. Le plus souvent, il intervient d'une manière indirecte mais c'est lui qui a le mandatement.

Cela veut dire que lorsque nous avons à préciser pour le compte des tribunaux les faits pouvant être reprochés au dirigeant de droit, notre travail est encore plus compliqué que ce qu'on a semblé dire ce matin ou cet après-midi. Il nous faut indispensablement, en dehors des actes officiels, des procès-verbaux de conseils ou d'assemblées, rechercher dans les déclarations de ceux qui étaient en place, à savoir les comptables, les responsables des actes de gestion, quels sont ceux qui interviennent d'une manière plus indispensable, certes, mais certainement plus sournoise.

Il n'y a pas longtemps, dans un cas que nous avons connu, le tribunal de commerce avait à tirer des conséquences d'actes de gestion de fait, alors que le tribunal correctionnel venait de sanctionner la même personne pour les mêmes actes de direction de fait. Naturellement, les mêmes faits conduisant aux mêmes effets, il était relativement facile de transférer les renseignements que nous avions pu obtenir lors de nos travaux dans l'instruction pénale.

Lorsque nous avons des travaux diligentés pour une juridiction correctionnelle donc pour des faits qui sont passibles de la loi pénale, nous sommes plus à l'aise car nous avons la possibilité de réunir davantage de renseignements. Lorsque nous sommes mandatés par le tribunal de commerce, la difficulté est plus grande, malgré ce qui a été dit ce matin. Il n'est pas toujours facile, même avec une mission très large, d'obtenir de ceux qui les détiennent les renseignements nécessaires qui nous permettent de caractériser la gestion de fait.

Voilà. Je ne fais pas de reproches au rapporteur qui a utilisé l'expression « souverainement » ; c'est peut-être le terme consacré par la jurisprudence mais l'action souveraine ne se voit pas très souvent dans les faits.

*(Applaudissements)*

M. Dana. — Je ne vais pas prendre la défense du rapporteur qui a prononcé ce mot « souverainement », je vais répondre à mon ami Thorin qu'effectivement dans les petites entreprises, à une certaine époque, on trouvait très souvent des dirigeants de fait qui s'occupaient souverainement de toute l'activité avec soit leur fille, soit leur grand-père qui occupait les fonctions de dirigeant de droit. Cette situation, qui facilitait grandement la tâche de l'expert, n'est plus aussi généralisée. Dans les entreprises de taille importante, il est donc beaucoup plus difficile de déclarer et de démontrer l'existence d'une direction de fait.



**Mme Pasturel.** — Souverainement ne veut pas dire ouvertement ; il ne faut pas confondre les deux choses. Cela veut dire que, dans les actes qui sont incriminés, la personne que l'on veut convaincre d'une direction de fait n'agissait pas dans le cadre d'une simple délégation de pouvoir telle qu'elle peut être consentie à un salarié. Ces actes, elle les a accomplis en toute souveraineté. Elle a été décideur et non pas simple utilisateur de pouvoirs.

**M. Bézard.** — Pour ma part, une petite observation en ce qui concerne les dirigeants de droit. Comme l'ont indiqué ce matin les intervenants, le dirigeant de droit, j'en suis bien d'accord, c'est celui qui est désigné par les statuts ; c'est celui qui, en pratique, décide pour la société. Mais je voudrais insister sur une notion qui est fondamentale qui est celle de la publicité. Le dirigeant de droit, c'est celui qui apparaît dans la publicité. La loi de 1966 oblige à une publicité et à une radiation de la publicité quand on quitte son poste. C'est quelque chose de fondamental. Cette solution, qui existe dans nos textes, résulte de la directive européenne. A partir du moment où on est sur un marché ouvert sur l'Europe, il est important de savoir clairement pour des personnes qui se trouvent loin du siège social qui dirige ou pas. C'est une notion importante sur laquelle il faut insister.

Elle a des conséquences très graves, car on oublie de se faire radier — et cela arrive, nous avons une importante jurisprudence là-dessus —, on continue à être responsable.

**M. le Président Rouger.** — Ce n'est pas le président du tribunal de commerce qui parle, c'est le dirigeant d'entreprise. Dans la salle, nous ne sommes pas tellement nombreux à avoir dirigé des entreprises. Une entreprise, c'est fait soit pour gagner de l'argent, soit pour gagner des parts de marché. Toutes les décisions qui sont prises dans une entreprise s'orientent autour de ces deux objectifs. A partir de là, qu'importe le mécanisme du pouvoir et l'analyse juridique du pouvoir. Ce qui importe, c'est l'analyse de la décision à l'endroit où elle s'est formée.

C'est caractéristique dans les filiales de groupes d'Etat. On sait très bien que toutes les décisions sont prises à la direction des participations industrielles. Si vous cherchez le mécanisme de la décision, cela ne vous servira à rien de le faire selon la nature classique des pouvoirs qui ne sont là qu'à titre indicatif. Quand on a dirigé à différentes fonctions, on se rend compte qu'il n'est quand même pas très difficile d'identifier où se situe le mécanisme décisionnel, sans nécessairement s'attacher, je répète, à l'apparence juridique du système des pouvoirs. Et cela ne pose pas tellement de problèmes dans les différentes opérations si vous partez de ce mécanisme de la formation de la décision.

(Applaudissements)

**M. Bézard.** — Je suis bien de votre avis, mais je rejoins M. le Président Thorin. Vous êtes sur la même longueur d'ondes, il y a des petites affaires qui sont très complexes.

**M. Dana.** — Je souhaiterais poser une question à Mme Pasturel et revenir sur cette question des missions

confiées à des experts par un juge-commissaire sur requête du mandataire-liquidateur. Quelle est sa nature ? S'agit-il d'une expertise judiciaire ? Comment respecter le principe de la contradiction et comment éviter une annulation du rapport ?

**Mme Pasturel.** — Il est fréquent, en effet, qu'après ouverture du redressement judiciaire, une expertise soit ordonnée par le juge-commissaire ou par le tribunal de commerce. Il s'agit d'une expertise *in futurum*. On va désigner à l'expert un cadre très large, lui donner mission d'examiner la vie de l'entreprise et, à l'occasion de cet examen ou de ses investigations, de relever tout fait pouvant donner lieu, le cas échéant, à l'application des articles 180 et suivants de la loi de 1985.

Des problèmes se posent, évidemment, en présence d'une telle désignation. Il pourra arriver un moment où, dans le courant de ses travaux, l'attention de l'expert va être attirée par tel ou tel événement anormal dans la vie de l'entreprise et qui révèle, soit une malversation, soit une faute de gestion évidente, soit éventuellement la faute civile du tiers, du banquier par exemple. La question se pose alors de savoir si, eu égard à sa mission, telle qu'elle lui a été confiée, l'expert peut poursuivre ses investigations, entendre ce tiers, interroger plus particulièrement le dirigeant sur les faits qui lui paraissent suspects sans que, par la suite, lorsque son travail va être soumis à la juridiction, il n'encoure le risque de voir l'avocat des dirigeants ou l'avocat de la banque contester la validité de l'expertise pour non-respect du contradictoire, ce qui peut entraîner la mise à néant de travaux longs, coûteux et combien précieux pour le tribunal.

Il faut que nous réfléchissions tous ensemble sur ce problème sérieux. Je crois, pour ma part, qu'à partir du moment où l'expert a des soupçons, que ces soupçons se précisent et que cela le conduit à incriminer tel ou tel comportement, il lui appartient de retourner vers le magistrat ou le tribunal qui l'a commis, en leur demandant de rendre une ordonnance ou un jugement étendant la mesure d'instruction à la ou aux personnes visées.

A partir de ce moment, ces personnes deviennent des parties à la mesure d'instruction et, à mon avis, elles ne peuvent plus remettre en cause la légalité et la légitimité des travaux qui aboutiraient à leur mise en cause.

Je souhaiterais que M. Valdes me donne son avis sur cette question.

**M. Valdes.** — A cet égard, je voudrais dire ceci, pour répondre à la question posée par ma collègue, Mme Pasturel.

Le cas de figure est très fréquent où une expertise ordonnée initialement entre A et B soit étendue à C ou D.

Evidemment, c'est une situation délicate et je sais que les experts ne sont pas très chauds pour accepter ces extensions d'expertise parce qu'elles retardent la solution du litige.



Le Nouveau Code de procédure civile prévoit en pareil cas l'obligation pour le juge de provoquer l'avis de l'expert lorsqu'il s'agit d'étendre l'expertise à des personnes qui, jusque-là, ne figuraient pas aux opérations d'expertise. Le magistrat recueille donc l'avis de l'expert commis et apprécie l'intérêt d'étendre l'expertise à d'autres parties. S'il le fait, les opérations deviennent contradictoires à l'égard de tous.

Il arrive aussi que le fait d'attirer d'autres parties à l'expertise retardant la solution du litige, le magistrat décide de scinder, en quelque sorte, l'affaire afin de ne pas retarder la solution sur la demande principale. Il demande à l'expert de déposer son rapport uniquement sur la demande initiale

et la demande formée à l'encontre d'autres parties se trouve ainsi disjointe.

Il est important, dans le cas qui nous préoccupe, que toute l'affaire soit vue dans un seul et même contexte et que s'il y a lieu d'étendre l'expertise à d'autres dirigeants, voire à d'autres tiers, cela soit fait par une seule et même décision.

Au demeurant, les expertises généralement ordonnées demandent à l'expert de fournir tous renseignements utiles. Cette disposition, qui n'est pas une clause de style, réserve précisément cette hypothèse et il conviendrait qu'elle figure dans les missions, ce qui permet à l'expert d'informer les magistrats qui apprécient s'il convient d'étendre l'expertise à d'autres personnes.



**Maître Darrousez.** — M. le Président, je voudrais revenir quelques instants sur le problème de l'expertise qui précède en quelque sorte l'ouverture de l'action 180 proprement dite. Je ne pense pas qu'il soit tout à fait normal de faire désigner expert pour rechercher les fautes de gestion et déterminer l'insuffisance d'actif avant que ne soit engagée la procédure de l'article 180.

Il appartient, me semble-t-il, au mandataire de justice désigné d'apporter les commencements de preuve en matière de fautes et d'insuffisance d'actif, après quoi le tribunal pourra désigner expert pour constater et vérifier les faits allégués. Ceci me paraît plus conforme aux dispositions du Nouveau Code de procédure civile qui précise, si je ne m'abuse, qu'il n'appartient pas aux parties de se préconstituer une preuve par la voie d'une expertise.

Ne pensez-vous pas qu'en toute logique, l'expertise doit suivre l'assignation en responsabilité et non la précéder ?

**M. Armand-Prévost.** — Je crois qu'il faut distinguer la partie investigation, qui se passe à un moment où l'on n'a pas encore décidé faute d'éléments suffisants de lancer une poursuite article 180. C'est justement le problème qui est né quand ce rapport d'investigation est utilisé ultérieurement dans une procédure article 180. Ce rapport peut en effet révéler des faits qui, évidemment, seraient susceptibles d'être examinés dans le cadre d'une procédure article 180. En utilisant ce rapport, on croit faire une économie de temps. Là, je ne partage pas votre analyse — sinon on va laisser l'affaire se dérouler jusqu'au bout et, quand le tribunal va statuer sur la base de ce rapport non contradictoire, on retombera dans toutes les critiques d'utilisation



d'un rapport non contradictoirement établi, et si l'on veut répondre correctement à la critique, on est alors amené à ordonner une nouvelle mesure d'instruction.

Je me demande même si nous n'aurions pas intérêt à mettre au point, avec nos mandataires-liquidateurs, une formule pour les ordonnances d'investigation soumises par requête au juge-commissaire, indiquant à l'expert que, dès lors qu'il découvrira certains faits, il devra en rendre compte pour que le tribunal prenne alors la décision adaptée qui pourrait être effectivement de passer au stade contradictoire.

.....

**M. Rouger.** — C'est bien le problème ; c'est que le seul moyen d'accéder au contradictoire dans la période investigatoire, c'est de ne pas engager d'instance, d'ajuster le moment où on va engager l'instance pour passer au contradictoire.

**M. Alexandre.** — Avec le problème de la prescription triennale qui est très courte. Ce problème de la prescription triennale doit être pris en considération.

**M. Armand-Prévoist.** — On peut toujours engager l'action et avoir l'expertise après.

**Mme Pasturel.** — Il faut faire des actes interruptifs.

**M. Perronet.** — Dans un cas cité par les présidents Dana et Bréval dans un article qui a été publié dans la *Gazette du*

*Palais*, la question s'était posée de savoir si l'expert chargé d'une mission générale était ou n'était pas un expert judiciaire. Je me suis vu opposer sur la base de cet article, dans une expertise arrivée à la deuxième étape de réalisation telle que nous venons de l'examiner maintenant, je me suis vu opposer par une des parties que je tombais sous un cas de récusation. C'est évidemment une situation dans laquelle beaucoup d'experts peuvent se trouver ; je me permets de répercuter cette question.

**M. Dana.** — Ce point de récusation est intéressant mais on y reviendra ; cela sort un peu du débat.

**Mme Pasturel.** — Une dernière précision qui me paraît importante sur le plan pratique et qui concerne l'évaluation de l'insuffisance d'actif. Celle-ci ne s'évalue pas au jour du jugement d'ouverture. Son montant et son existence s'apprécient au jour où la juridiction saisie statue sur l'action en comblement de passif. Il peut y avoir un laps de temps très important qui s'est écoulé entre le jugement d'ouverture et la décision du tribunal sur le comblement de passif. Cela permet de prendre éventuellement en considération les créances d'un créancier relevé de la forclusion, qui viennent s'ajouter au passif ou des éléments d'actif inconnus à l'époque de l'ouverture de la procédure collective qui ont été découverts après. En revanche, la gestion postérieure au jugement d'ouverture ne peut jamais être prise en considération, ce qui exclut la prise en compte, dans la détermination de l'insuffisance d'actif, des dettes nées de la poursuite d'exploitation.

**M. Bézard.** — M. Estève, vous avez ouvert le débat ce matin ; vous allez présenter un rapport de synthèse.





# RAPPORT DE SYNTHÈSE

présenté par

Monsieur Henri ESTÈVE

Expert agréé par la Cour de cassation



## LES PERSONNES ÉVOQUÉES PAR LA LOI DU 25 JANVIER 1985 (EXPOSÉ DE RENAUD PEILLON)

Après avoir entendu chacun des remarquables rapporteurs et les riches débats qui ont suivi leurs interventions, il me revient la lourde tâche de présenter la synthèse de nos travaux.

Mais avant je tiens à remercier tout particulièrement notre confrère Darrousez pour son apport au cours de nos travaux préparatoires, ainsi que le président Dana qui nous a accueilli et a été présent à toutes nos réunions de travail, et qui a su nous faire part de sa grande expérience en la matière.

La lecture des statistiques concernant les défaillances des entreprises montre que si, jusqu'à un passé récent, des entreprises relativement jeunes disparaissaient en majorité, de plus en plus d'entreprises anciennes et bien implantées sont maintenant malheureusement condamnées à disparaître.

La responsabilité des dirigeants de personnes morales et éventuellement des tiers peut être recherchée au cours d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire.

Les tribunaux de commerce, ainsi que les tribunaux répressifs, ont un rôle important à jouer. Il faudra faire la distinction entre les dirigeants malchanceux, négligents, défaillants, malhonnêtes, pour appliquer éventuellement une sanction.

La tendance actuelle est d'écarter de la vie des affaires, pour une durée variable, certaines personnes.

Aussi, je reprendrai le plan de nos travaux :

- Les personnes évoquées par la loi du 25 janvier 1985.
- Nature des fautes pouvant être reprochées aux dirigeants de droit ou de fait.

Tiers mis en cause dans le cadre des procédures collectives.

Désignation et diligence de l'expert.

Etude de cas.

S'il paraît relativement simple de définir le dirigeant de droit, cela paraît plus complexe pour pouvoir mettre en cause le dirigeant de fait. S'il est communément admis que le dirigeant a une action positive de gestion et de direction, exercée souverainement, en toute liberté et indépendance, cette définition devra être interprétée avec certains aménagements. En effet, l'action des dirigeants va se trouver de plus en plus conditionnée par un pouvoir politique ou économique imposant des solutions dictées par l'intérêt supérieur d'un groupe ou d'une région, voire de la nation.

1) Aussi voit-on de plus en plus intervenir les pouvoirs publics, soit directement, soit indirectement, dans la vie économique. Pourra-t-on poursuivre l'Etat en responsabilité ? La jurisprudence a évolué sur ce point. En l'état actuel, il semble que lorsqu'une personne morale de droit public intervient comme administrateur d'une société, on ne puisse pas mettre en cause la responsabilité financière de l'Etat à travers les agissements de cet administrateur en application de la loi du 25 janvier 1985, par contre, il sera possible de rechercher en responsabilité l'Etat, en s'appuyant sur la faute commise.

Dans d'autres circonstances, sans avoir un intérêt direct et sans avoir participé au capital, ni faire partie des pouvoirs de direction de la société, les pouvoirs publics peuvent peser sur les décisions d'une société en difficulté pour tenter de sauver la situation. Mais bien souvent, les délais de mise en place des aides et concours financiers les révèlent inefficaces et on ne peut que constater alors un accroissement du passif.

Les pouvoirs publics se sont-ils comportés comme dirigeants de fait ou ont-ils par leurs actions et pressions causé un préjudice aux créanciers dont auront parfois à répondre les dirigeants sociaux, entre autres, pour ne pas avoir déposé le bilan dans les quinze jours de la date de cessation de paiement ?

Dans l'affaire La Chapelle Darblay, le Tribunal de commerce de Rouen avait considéré que l'Etat s'était comporté comme un véritable dirigeant de fait en ayant promis d'apporter son soutien à la poursuite d'une activité d'une entreprise déjà en état de cessation de paiement sans espoir de redressement.

En 1984, le tribunal des conflits considérait qu'une action en comblement de passif pouvait intervenir à l'encontre d'une personne morale de droit public. Le 23 janvier 1989, ce tribunal des conflits a pris une position inverse, en considérant que les tribunaux de commerce étaient incompétents. Aussi, ne reste en principe ouverte qu'une action en responsabilité, à intenter devant les tribunaux de l'Ordre administratif à l'encontre de l'Etat.

2) Si pendant de nombreuses années, on a assisté à la constitution de grosses unités, depuis une quinzaine d'années, on arrive à une tendance inverse qui consiste à filialiser certaines branches ou services de l'entreprise.

La politique de croissance externe adoptée fait que des groupes sont constitués de plusieurs sociétés dont l'autonomie de gestion est souvent relativement limitée.

Lorsqu'une filiale est contrainte de déposer son bilan, il est évident que bien souvent la société mère est mise en cause et recherchée en responsabilité, car le vrai pouvoir est détenu par elle.

La tentation est alors grande de poursuivre la société mère pour gestion de fait.

La position de la Cour de cassation est très nette sur ce sujet : c'est le principe de la personnalité morale qui doit être respecté.

En cas d'abus, on va rechercher le dirigeant de fait, et dans un groupe, il s'agira de la société mère, pour traiter certaines situations (emprunt de patrimoine, immixtion dans certains contrats...).

Si quelques décisions publiées, concernant des cas extrêmes et intéressants pour des affaires relativement importantes, nous ont permis de présenter cette étude sur ce point, il n'en reste pas moins vrai que la presque généralité des cas de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire concernent de petites entreprises.

Beaucoup de ces entrepreneurs ne répondent même pas à la convocation du tribunal. Ces personnes une fois condamnées n'ont aucune possibilité de continuer à exercer leur métier, et même de subvenir à leurs besoins. La plupart n'ont aucune protection sociale, et sont dans l'obligation de repartir professionnellement à travers une structure qui s'appuiera sur la complaisance d'un homme de paille. Malheureusement, l'échec est certain et un degré sera franchi dans ce qui devient, à partir de là, de la délinquance économique.

La charge de la preuve, en ce qui concerne la mise en cause des dirigeants de fait, appartient aux demandeurs. Ce sont bien souvent les organes de la liquidation qui auront

cette lourde tâche et le recours à l'expert s'avérera nécessaire.

Pour le tribunal, le rôle de l'expert est important et précieux. Les travaux vont concerner le « cadrage du rôle joué par le dirigeant de fait », et la manière dont sera caractérisée la faute, dans la gestion quotidienne de l'entreprise, ainsi que dans les prévisions.

## NATURE DES FAUTES POUVANT ÊTRE REPROCHÉES AUX DIRIGEANTS DE DROIT OU DE FAIT (EXPOSÉ DE J.-P. MARVALIN)

La faute entraîne trois types de sanctions pour les dirigeants :

— Sanction patrimoniale : les dettes de la personne morale peuvent être supportées en tout ou partie par les dirigeants de droit ou de fait.

Si le dirigeant ne s'acquitte pas de sa dette, le tribunal peut ouvrir une procédure de redressement judiciaire à son égard et, de même, il peut lui étendre le redressement judiciaire et la liquidation judiciaire dans certains cas.

— Sanction civile : faillite personnelle et autres mesures d'interdiction.

— Sanction pénale : banqueroute et autres infractions.

L'expert interviendra pour permettre de mettre en lumière le lien de causalité qui doit exister entre le « comportement du dirigeant et l'insuffisance d'actif » (et non pas la cessation de paiement).

Son rôle sera aussi essentiel, pour savoir s'il sera fait application de l'article 180, c'est-à-dire plus précisément, si l'on doit ouvrir une procédure distincte à l'encontre du dirigeant, le passif de ce dirigeant comportant bien évidemment le passif social (et non l'inverse). L'article 180, c'est le détournement de la personnalité morale de la société à des fins personnelles, et ce point de vue doit toujours présider aux travaux de l'expert.

L'article 169 de la loi du 25 janvier 1985 qui dit : « Le jugement de clôture de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif ne fait pas recouvrer aux créanciers l'exercice individuel de leurs actions contre le débiteur, sauf si la créance résulte soit d'une condamnation pénale pour des faits étrangers à l'activité professionnelle du débiteur, soit de droits attachés à la personne ».

« Les créanciers recouvrent leur droit de poursuite individuelle en cas de fraude à l'égard des créanciers, de faillite personnelle, d'interdiction de diriger ou contrôler une entreprise commerciale ou une personne morale, de banqueroute ou lorsque le débiteur ou la personne morale dont il a été le dirigeant a été déclaré en état de cessation de paiements et que la procédure a été clôturée pour insuffisance d'actif. Les créanciers dont les créances ont été admises et qui recouvrent l'exercice individuel de leur



action peuvent obtenir par ordonnance du président du tribunal, un titre exécutoire ».

Dans les faits, l'application de cet article 169 est une sanction redoutable et risque de peser beaucoup plus sur le dirigeant mis en cause, que certaines sanctions qui lui sont appliquées au titre des dispositions particulières des articles 178 et suivants.

Les fautes peuvent être classées en plusieurs rubriques :

- Faute de gestion.
- Abstention de tenue de toute comptabilité ou présentation d'une comptabilité fictive.
- Utilisation de biens ou de crédit de la société à des fins personnelles.
- Manœuvres prises pour retarder le dépôt de bilan.
- Manœuvres conduisant à favoriser un créancier au détriment des autres.

Les tribunaux fixeront les sanctions en se basant sur la relative gravité des faits reprochés.

Parmi ces fautes, celle qui retiendra particulièrement notre attention est la faute de gestion. Lorsqu'il y a redressement ou liquidation judiciaire, une insuffisance d'actif apparaît. Le dirigeant peut, suivant la décision du tribunal, supporter tout ou partie de cette insuffisance, mais seulement en cas de faute de gestion.

La loi du 13 juillet 1967 fixait le principe d'une présomption de faute et, fait rare en droit français, le dirigeant devait faire la preuve de l'absence de faute. Les tribunaux en réalité inversaient la charge de la preuve et revenaient à un schéma plus classique de mise en cause. Cette disposition qui a fait couler beaucoup d'encre a été supprimée dans la loi du 25 janvier 1985, et c'est désormais au demandeur de prouver la faute.

A ce niveau, l'intervention de l'expert-comptable judiciaire sera parfois nécessaire, mais toujours utile. Il faudra chiffrer l'insuffisance d'actif, et pour cela, il faudra se placer au jour de la mise en redressement judiciaire. C'est une opération délicate car après cette date, très souvent, le passif continue de croître.

Il n'y a pas de définition légale de la faute de gestion.

Si, dans certains cas, la faute de gestion est l'évidence même, dans d'autres cas, la qualification de cette faute va être délicate à établir, et plus nuancée.

Au fil du temps, la prérogative du chef d'entreprise à mener son affaire a été établie sous des vocables divers. Il y a 30 ans, on faisait de « l'administration », puis ensuite on faisait de la « gestion » et maintenant on fait du « management ».

On peut douter de l'efficacité du vocabulaire sur les affaires lorsque l'on reprend les statistiques des défaillances des entreprises.

Au siècle passé, Fayol, qui s'est intéressé à la direction et à l'administration des entreprises, en a défini les principales fonctions, et particulièrement « l'administration » dont il

fixe le rôle ainsi : « Administrer : c'est prévoir, organiser, commander, coordonner, contrôler ».

Il suffit à notre sens de changer le terme « administrer » par « gérer », pour retrouver le sens de l'action de gérer.

On va s'intéresser à la faute de gestion, et rechercher si la décision ou le comportement du dirigeant a conduit l'entreprise à sa perte.

Nous pensons rechercher la faute de gestion à travers trois critères :

- La capacité du dirigeant à gérer.
- La gestion à travers les moyens mis en place.
- L'appréciation de la ou des décisions.

**La capacité du dirigeant à gérer.** Le fait de se lancer dans les affaires sans avoir un minimum de connaissances des techniques de gestion constitue en soi une faute, s'offrir les services des meilleurs spécialistes ne parviendra jamais à masquer ses insuffisances.

Le législateur l'a compris en ce qui concerne les artisans, en effet, la loi du 23 décembre 1982 régit leur formation professionnelle.

Avant son immatriculation au Répertoire des Métiers, sauf cas de dispense, le futur chef d'entreprise doit suivre un stage d'initiation à la gestion, à la comptabilité générale, et analytique, et une information sur l'environnement économique, juridique et social de l'entreprise artisanale. Ce n'est peut-être pas grand-chose, mais cela a le mérite d'exister.

A notre sens, il est regrettable que pareille décision n'ait pas été adoptée, en ce qui concerne l'inscription au Registre du Commerce, cela permettrait peut-être au futur entrepreneur de prendre conscience de sa responsabilité.

**La gestion à travers les moyens mis en place.** Il est évident que ces moyens seront proportionnels à l'importance de l'activité et à la taille de l'entreprise.

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1984, les entreprises doivent tenir leurs comptes tels que définis par ce qu'il est convenu d'appeler la « loi comptable ». Ce texte impose le cadre comptable aux entreprises qui doit être adaptée à l'importance de l'affaire. Les obligations fiscales sont venues en matière de présentation de déclaration se calquer sur ces documents comptables. Pour la petite et moyenne entreprise, le coût induit par le respect de ces obligations atteint la limite du supportable, et il est quasiment impossible de dégager un budget sérieux pour pouvoir obtenir des documents prévisionnels et de contrôle, donc de gestion.

La loi comptable dit que les comptes annuels doivent donner une image fidèle de la situation patrimoniale, financière et du résultat de l'entreprise.

Lorsque l'on se penche sur la présentation du compte de résultat avec un œil de conseil en gestion, on ne peut qu'être

déçu, en constatant qu'on a voulu faire de la micro-économie en découpant en rondelles la macro-économie. En effet on retrouve dans la structure de ce compte de résultat la structure des comptes de la nation que nous avons tous dû digérer quand nous étions étudiants.

Ce compte de résultat n'est d'aucune utilité pour la gestion au quotidien, et l'on peut simplement regretter que déjà l'élaboration du plan comptable en 1947, révisé en 1957, n'était pas plus résolument tournée vers la gestion en ce qui concerne la comptabilité générale, bien que ce plan prévoyait une comptabilité analytique d'exploitation.

Actuellement une tentative est entreprise par le Conseil national de la comptabilité pour faire appliquer une méthode comptable baptisée « système croisé », qui alliera la comptabilité générale, telle que définie par la loi du 30 avril 1983, donc comptabilité d'assiette et patrimoniale, et une comptabilité financière et de gestion.

Ceci permettrait aux entreprises de répondre aux obligations légales, et d'avoir un outil de gestion valable. Les échéances fiscales et sociales fixées actuellement ne nous permettent pas d'obtenir, dans un délai raisonnable, les informations économiques permettant au chef d'entreprise de prendre une décision rapide et parfois urgente.

Fayol disait qu'administrer, c'est prévoir. Si dans les entreprises importantes, ce rôle est pris au sérieux, il n'en est pas de même dans beaucoup de petites et moyennes entreprises. La loi du 1<sup>er</sup> mars 1984 sur la prévention des entreprises en difficulté est pratiquement le seul texte qui traite des comptes prévisionnels, et qui les rend obligatoire dans des entreprises d'un certain niveau.

L'article 35 de cette loi est ainsi rédigé : « Pour la mise en œuvre de mesures de redressement, les dirigeants des entreprises commerciales et artisanales, dont les comptes prévisionnels font apparaître des besoins qui ne peuvent être couverts que par un financement adapté aux possibilités de l'entreprise, peuvent demander au président du tribunal de commerce de nommer un conciliateur ».

Je n'irai pas jusqu'à considérer que cet article induirait une faute de gestion dans l'entreprise commerciale ou artisanale qui n'a pas de comptes prévisionnels, et qui ne peut donc bénéficier de cette disposition de la loi de 1984.

**L'appréciation de la ou des décisions de gestion.** Si une ou plusieurs décisions se révèlent catastrophiques, dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire, il faut pouvoir les sanctionner.

En effet, plusieurs mauvaises décisions ne conduisent pas toutes à la déconfiture de l'entreprise. Pour pouvoir juger, il faudra se replacer au moment où elles ont été prises, voire quelles ont été les diligences accomplies ayant conduit à une décision irréversible, et amené des effets soit immédiats, soit à terme.

Les effets peuvent se révéler dans le temps, et il sera possible d'en corriger les conséquences, encore faut-il avoir mis en place les moyens de détecter l'ampleur et l'évolution du désastre.

La prise de décision est quelque chose de difficile, et malheureusement, on parle généralement des mauvaises, mais moins des bonnes, qui, elles, sont réputées naturelles ou normales. Ce n'est pas un problème actuel et j'ai échappé lors d'un oral qui portait sur la gestion de l'entreprise à la question suivante, qu'avait tirée au sort le candidat qui me suivait, à savoir : « Lorsque Agamemnon a sacrifié Iphigénie aux caprices des dieux, a-t-il fait un choix logique, illogique ou non logique ? Comment applique-t-on cela à la gestion ? ».

Actuellement, la question se pose moins en termes historiques ou littéraires, et l'on recherche de savoir si l'on se trouve en milieu certain, incertain ou aléatoire, d'où la difficulté de prendre la décision et surtout par la suite de la critiquer.

**Les tiers mis en cause dans le cadre des procédures collectives.** L'action en responsabilité prévue par l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 permet de mettre en cause des personnes suivant le même principe que celui du droit commun : un préjudice, une faute et un lien de causalité.

Mais cet article ne traite que des dirigeants. Pour pouvoir mettre en cause d'autres personnes dans le cadre d'une procédure collective, il faudra revenir au principe de base de la responsabilité civile, à savoir l'article 1382 du Code civil.

Nous recherchons :

Qui peut être mis en cause ?

Qui peut intenter l'action ?

Quel préjudice indemniser ?

*Qui peut être mis en cause ?*

Comme pour les personnes recherchées en responsabilité, on applique le principe du droit commun : toute personne qui a causé un préjudice à l'entreprise, et dont la conséquence est l'insuffisance d'actif, peut être mise en cause.

Après l'excellent exposé de mon confrère Fleury, je ne vois pas grand-chose à rajouter, on peut simplement se dire que ces personnes peuvent être classées en trois catégories :

- les banquiers,
- les conseils,
- les fournisseurs.

Concernant les banquiers, cette catégorie a retenu le plus notre attention, et a fait l'objet de nombreuses décisions de justice. Le rôle des banquiers dans la vie économique est de plus en plus important tant les besoins financiers sont grands. Pour pouvoir analyser l'action du banquier, il serait nécessaire de voir son rôle à travers les deux positions qu'il peut avoir :



1) Il intervient pour financer les structures et, à ce titre, il devra avoir une démarche particulière qui se rapproche de celle d'un investisseur. Concrètement, il sera responsable de ses erreurs d'appréciation, et sa responsabilité devra s'apprécier à travers certaines diligences. Quelquefois, il est amené pour garantir son engagement à s'investir beaucoup plus dans les prises de décision, et alors là, il peut être poursuivi comme dirigeant de fait, mais cela est très rare.

2) Le deuxième rôle du banquier est de financer le court terme. C'est là le rôle le plus périlleux, en effet, il détient bien souvent entre ses mains le sort de l'entreprise. En refusant d'aider l'entreprise, il la condamne, en l'aidant, il peut permettre de maintenir une activité qui risque de se révéler catastrophique, et va simplement avoir pour conséquence un accroissement du passif.

Ce rôle dispensateur de crédit est délicat, car le banquier, par suite de l'évolution des pratiques économiques, devra faire de la « corde raide » et dans certains dossiers, on peut se poser la question de savoir s'il n'est pas le véritable investisseur de l'affaire. Ce rôle que la conjoncture lui impose est amplifié par les délais de paiement qui sont de plus en plus allongés, et l'entreprise attend du banquier qu'il finance son besoin en fonds de roulement.

En ce qui concerne les conseils, il n'y a pas grand-chose à indiquer.

Pour les fournisseurs de biens et de services, la faute consistera à avoir, d'une façon inconsidérée, instauré avec l'entreprise des pratiques qui se révèlent désastreuses, et poursuivit des relations qui ne pouvaient que causer la perte de l'affaire.

La question se posera de savoir si par leurs poids et leur pression économique, ces personnes ne se sont pas comportées en dirigeants de fait. Il faudra, lors de l'introduction de l'instance, déterminer suivant quelle action les mettre en cause : gérant de fait ou tiers fautif.

On peut reprocher à ces tiers mis en cause deux fautes :

— la première étant d'avoir soutenu abusivement une entreprise en difficulté et avoir ainsi conduit à augmenter l'insuffisance d'actif ;

— soit au contraire par leur action, d'avoir précipité la perte de l'entreprise en ayant retiré leur crédit ou cessé toute relation commerciale.

Qui peut intenter l'action ?

Trois types d'actions étaient possibles :

— L'action en réparation du préjudice collectif subi par les créanciers, exercée par le syndic, dite action *ut universi*.

— La même action, exercée par les créanciers eux-mêmes, lorsque le syndic n'agissait pas, action subsidiaire dite *ut singuli*.

— L'action exercée personnellement par chaque créancier dans la masse, en vue d'obtenir réparation d'un préju-

dice spécial fondé sur un intérêt distinct de celui des autres créanciers.

L'assemblée plénière de la Cour de cassation, le 9 juillet 1993, a rendu un arrêt dans l'affaire *Astre*, où il est précisé : « Dès lors que le syndic a lui-même agi au nom et pour le compte de la masse, en réparation du préjudice résultant de la diminution de l'actif, ou de l'aggravation du passif du débiteur causé par la faute d'un tiers..., aucun créancier n'est recevable à agir lui-même contre ce tiers, en réparation du préjudice causé par l'immobilisation de sa créance, inhérente à la procédure collective à laquelle il est soumis, et, notamment, par la perte des intérêts », limitant l'étendue de cette réparation.

Quel préjudice indemniser ?

Il faudra revenir aux deux types de reproches faits au tiers fautif :

— Il a soutenu abusivement l'entreprise, la conséquence est un accroissement du passif ou de l'insuffisance d'actif. Il faudra déterminer cette insuffisance qui sera égale à la différence du passif, le jour du prononcé du redressement judiciaire, comparé au passif qui existait le jour de la date de cessation de paiement. Là aussi, l'intervention de l'expert-comptable judiciaire se révélera bien souvent indispensable.

— Ce tiers a retiré son concours et précipité la perte de l'entreprise. Le préjudice est représenté par la perte de ce patrimoine.

**Désignation et diligence de l'expert (exposé de M. R. Peillon).** L'expert-comptable judiciaire, de par sa formation, n'est pas seulement compétent pour faire ou apprécier les comptes. Ses connaissances, dans le domaine juridique et de gestion, lui permettent d'apporter son concours au magistrat et lui fournir les éléments techniques dont il a besoin pour asseoir sa décision.

Les diligences de l'expert exposées cet après-midi, en matière de mise en cause dans les procédures collectives, diffèrent peu de la conduite d'autres expertises. La seule remarque que nous puissions émettre est que, plus notre intervention est rapprochée du prononcé du jugement de redressement judiciaire, plus notre tâche sera facilitée, et notre travail efficace. La pratique nous permet de constater que, quelle que soit la rigueur apportée par le mandataire de justice, des pièces disparaissent, rendant difficile, parfois impossible, l'établissement du rapport.

L'expert-comptable judiciaire est appelé à intervenir, soit à la demande de l'administrateur judiciaire ou du mandataire liquidateur, exprimé par requête qu'ils présentent au juge-commissaire, ou par jugement du tribunal de commerce.

Dans le premier cas, l'expert va émettre son avis dans un rapport. Quelle va être la valeur et le poids de ce rapport, si une mise en cause est décidée suite au dépôt du rapport ?

Ce rapport est-il opposable aux parties ou doit-il être écarté, car établi dans un cadre non contradictoire ? Il sera

retenu alors comme une simple pièce du dossier. L'expert doit faire équipe avec le juge. Ce dernier doit rendre une ordonnance ou un jugement pour attirer telle ou telle personne, et leur étendre la mission d'instruction.

En conclusion, nous pouvons dire que la loi du 25 janvier 1985, en écartant la présomption de faute pour le dirigeant d'une personne morale, a apaisé certaines inquiétudes. Il n'en demeure pas moins que les sanctions sont réelles.

Il est mis à disposition des tribunaux, tant commerciaux que répressifs, des moyens qui permettent de moduler les sanctions, ce qui a pour effet de les rendre plus efficaces.

Nos travaux de ce jour nous ont montré que, bien que cette loi soit applicable depuis huit ans, et ayant repris énormément des dispositions de la loi du 13 juillet 1967, beaucoup de difficultés d'application subsistent.

Les jugements rendus par les tribunaux seront de plus en plus fins et devront dans beaucoup de cas se baser sur un travail préparatoire de l'expert. Celui-ci devra faire ressortir des documents mis à sa disposition, la véritable situation et les comportements des personnes dirigeants et tiers, recherchées en responsabilité dans le cadre des procédures collectives, ainsi que les éléments financiers devant permettre aux magistrats de fixer des sanctions pécuniaires.

**M. Bézard.** — Merci M. Estève. C'est un art difficile que celui de présenter un rapport de synthèse. Vos observations ont été nombreuses et riches. Nous les avons écoutées avec beaucoup d'intérêt. Vous avez été, en raison de l'heure, obligé d'abréger votre propos. Nous le regrettons mais nous nous reporterons aux actes de ce congrès pour apprécier la totalité de vos analyses.



# CLÔTURE DES TRAVAUX

par

**Monsieur Pierre Bézard**

**Président de la chambre commerciale de la Cour de cassation**

Monsieur le Président Dana, Mesdames, Messieurs, encore quelques minutes d'attention, car je vais être très court, puisqu'on me demande de clore ce XXXII<sup>e</sup> Congrès.

Je dirai simplement que lorsque vous avez choisi, Monsieur le Président Dana, ce sujet, vous étiez convaincu de trouver un bon sujet. Je crois qu'au fur et à mesure que les heures passaient, cela est apparu encore plus vrai. Nous nous sommes tous rendus compte de l'intérêt, de l'importance du sujet qui est au cœur de l'actualité, celui de la faillite, celui de la responsabilité des dirigeants et des tiers, c'est un problème fondamental qui nous interpelle tous ici, dans nos métiers et qui interpelle tous les Français.

Je crois pour ma part que malheureusement — je dis malheureusement parce que je pense qu'il faut se montrer plutôt pessimiste — le grand problème de demain c'est le problème des responsabilités. Je suis convaincu qu'il y aura dans ce domaine, comme dans d'autres, des recherches de plus en plus nombreuses de responsabilité, dans tous les domaines, c'est un phénomène d'origine anglo-saxonne, il arrive en France. Regardez les statistiques en matière médicale et dans d'autres domaines... Dans le domaine des procédures collectives il y aura des mises en cause des dirigeants, des mises en cause — à défaut d'atteindre les dirigeants parce que cela ne sera pas toujours possible — des banquiers, des conseils, des commissaires aux comptes, des mandataires de justice. C'est un problème très important et délicat.

Au niveau des textes, en ce qui concerne la responsabilité des dirigeants, je crois que nous avons une loi qui me paraît maintenant stabilisée, au moins pour un certain temps, il n'y a d'ailleurs pas de propositions de modifications dans les projets qui vont être soumis au Parlement.

Je crois, pour ma part, que le législateur a consacré des textes équilibrés dans l'ensemble et raisonnables. Il a fixé au droit pénal un domaine limité pour les cas les plus graves mais qu'il faut alors appliquer sévèrement, et dans les autres cas des contributions financières à l'égard des responsables et des interdictions de gestion.

Les exposés que nous avons entendus, comme l'a bien dit M. Estève, ont bien montré, ont bien décrit sur toutes ses facettes, la question, bien qu'on n'arrive jamais très facilement dans le détail à définir parfaitement ce qu'est une faute de gestion : l'attitude humaine, le comportement humain ne rentrent pas dans une définition, c'est au vu de l'éclairage des faits et à partir de cas, que vous avez rapportés très utilement, qu'on peut arriver à une certaine précision et à fixer une certaine doctrine.

Grâce à vos travaux, Messieurs les Experts, on a bien compris qu'il faut faire confiance aux juges et aux experts dans ces domaines. On y voit plus clair à partir de textes plus précis, mais c'est par la pratique et la jurisprudence que l'on fixe la portée de ces textes.

Le point sur lequel je voudrais insister c'est que ces responsabilités reposent sur la faute, sur l'anormal. Il ne me paraît pas possible, en l'état du droit — je le dis vis-à-vis de certains tribunaux dont on a cité les références — il ne me paraît pas, en l'état du droit, possible de déclarer que la réalité économique constitue une faute. La faute se caractérise et la Cour de cassation est extrêmement sévère sur ce point et elle casse chaque fois que n'existe pas une motivation suffisamment précise pour l'établir.

Dans quelques arrêts qui nous sont soumis, on est obligé de constater que certains — heureusement rares — juges du fond ont introduit une espèce de présomption du droit de responsabilité. On a vu il n'y a pas tellement longtemps dans un arrêt d'une Cour d'appel qui déclarait qu'à partir du moment où le passif était important, le dirigeant était fautif. On a réintroduit l'automatisme que la loi de 1985 a voulu supprimer.

Je dis que la loi, telle qu'elle existe, ne permet d'atteindre les personnes que lorsqu'elles ont commis des fautes. Nous en sommes bien d'accord et vous avez décrit toutes les facettes de ces différentes fautes par l'analyse des articles 180 et suivants et de leurs applications jurisprudentielles.

Pour le reste attention aux dérapages, attention aux réactions de sociétés mères étrangères quand elles verront trop

facilement mises en cause — on a cité certaines décisions là-dessus — leurs filiales en France. Elles iront s'installer ailleurs. Attention aux réactions des banquiers si, parce qu'ils ont plus d'argent que les autres, automatiquement on les met en cause. Il faut qu'on ne puisse mettre en cause les gens que lorsqu'ils ont fait des fautes précises, établies, contrôlables. Elles sont difficiles à peser, j'en conviens, c'est notre rôle de juges éclairés par les experts de les établir.

Je pense, c'était d'ailleurs le sens de vos conclusions, que finalement les tribunaux de commerce qui sont en première ligne sont très sensibles à ces problèmes et les tribunaux judiciaires travaillant en osmose complète — nous le voyons tous les jours, avec les tribunaux de commerce, éclairés aussi par le rôle important joué par le Parquet — ait construit une jurisprudence raisonnable.

Vous ne l'avez pas mise en cause, la doctrine l'accepte. Bien sûr, certains organismes financiers la trouvent quelquefois sévère. Je dis cependant que quand on prend des risques on supporte la responsabilité de ces risques, surtout lorsque ces risques ne sont pas gratuits.

Cela dit j'exprime ma conviction qu'à tous les niveaux des juges il n'y a aucun *a priori*. Nous avons vu ainsi dernièrement la Cour de cassation juger qu'une banque à laquelle les pouvoirs publics avaient imposé une participation pour tenter de sauver une entreprise n'était pas responsable. C'est quand même peser les responsabilités des uns et des autres.

Je dirai enfin que c'est une démarche très difficile que celles des juges, parce qu'apprécier la responsabilité de quelqu'un c'est le métier le plus pointu qui existe et ce métier est encore plus difficile quand il s'agit d'apprécier la responsabilité économique de quelqu'un, car il faut faire attention à ne pas apprécier ce qui s'est passé avant le sinistre par le fait qu'un sinistre soit intervenu. Il faut être prudent.

Les juges professionnels, les juges du commerce, les mandataires de justice, les experts et les commissaires aux comptes, nous participons tous à cette œuvre. J'ai confiance que nous arrivions si nous associons nos démarches à des résultats équilibrés même si les problèmes à résoudre sont difficiles.

En tous les cas, Monsieur le Président, je considère que ce congrès a été un succès par l'apport éminent fait par de remarquables exposés, par la qualité des interventions, par les discussions chaleureuses et riches que nous avons eues lors des repas pris en commun, par l'accueil réservé par cette section d'Angers à laquelle nous rendons hommage... Nous allons poursuivre ces discussions au cours d'une longue soirée de réception. C'est une manière de mieux nous connaître, de mieux nous estimer, donc de faire un travail encore plus approfondi dans l'intérêt de tous et singulièrement de notre économie et donc de notre pays.

*Merci à tous.*

*Je déclare clos le XXXII<sup>e</sup> Congrès.*



---

6766 - Imprimerie LUSSAUD  
85200 Fontenay-le-Comte  
Dépôt légal avril 1994  
n° 2518

---





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.**

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.  
Rapporteur 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 Draï, 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.