

COMPAGNIE NATIONALE DES EXPERTS-COMPTABLES JUDICIAIRES

(Cour de cassation et Cours d'appel)

XXXV^e CONGRÈS NATIONAL

JOURNÉE D'ÉTUDE

sur le thème

**L'EXPERT-COMPTABLE JUDICIAIRE
ET LA TRANSMISSION DES ENTREPRISES**

Cour d'appel de Montpellier

25 octobre 1996

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

X^e 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^e Congrès national : Toulouse, 24 novembre 1972.
Sous la présidence de M. Fonade, conseiller à la Cour de cassation.

La notion de bilan inexact.

XII^e Congrès national : Angers, 16 novembre 1973.
Sous la présidence de M. Bellet, Président de la 1^{re} 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^e 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^e 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^e 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^e 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^e 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^e 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^e Congrès national : Toulouse, 3 octobre 1980.
Sous la présidence de M. Chabrand, conseiller à la Cour de cassation.
Rapporteur général, M. Hème, expert agréé par la Cour de cassation.

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

XX^e 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^e 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.

COMPAGNIE NATIONALE DES EXPERTS-COMPTABLES JUDICIAIRES

(Cour de cassation et Cours d'appel)

XXXV^e CONGRÈS NATIONAL

JOURNÉE D'ÉTUDE

sur le thème

**L'EXPERT-COMPTABLE JUDICIAIRE
ET LA TRANSMISSION DES ENTREPRISES**

Cour d'appel de Montpellier

25 octobre 1996

Sous la présidence de
Monsieur Pierre BEZARD
Président de la Chambre commerciale de la Cour de cassation

La journée d'étude sur le thème
**L'expert-comptable judiciaire et la responsabilité des intervenants
dans la transmission des entreprises**

a été organisée par

André GAILLARD

Président de la Compagnie nationale des experts-comptables judiciaires

et par le **CONSEIL NATIONAL DE LA COMPAGNIE, ainsi composé pour 1996**

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

Membres :

– les présidents des sections autonomes :

P. NICOLAI (Aix-en-Provence) ; J. SOBESKY (Amiens, Douai, Reims) ; O. DERVAUX (Angers) ; G. RASCLE (Bordeaux) ; B. BENHESSA (Colmar) ; A. DIAZ (Dijon, Besançon) ; R. PEILLON (Lyon, Chambéry, Grenoble) ; A. ASTORG (Montpellier, Nîmes) ; M. PEIFFER (Nancy, Metz) ; P. REGNIE (Orléans, Poitiers) ; M. DEVILLEBICHOT (Paris, Versailles) ; F. DY (Rennes) ; P. WOLFF (Riom, Bourges, Limoges) ; J.-C. TRANCHARD (Rouen, Caen) ; H. LAGARDE (Toulouse, Agen, Pau).

– Membres cooptés :

M. ALTEIRAC (Nîmes) ; M. AVERSENQ (Toulouse) ; A. BIOTEAU (Angers) ; J. FOURCADE (Paris) ; J.-P. GARDE (Bordeaux) ; A. HENROT (Metz) ; J. LE GOFF (Saint-Doulchard) ; M. PITIOT (Lyon).

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

R. CAZALET et J. KALPAC (Aix-en-Provence) ; A. BOSCHER et J.-P. MARVALIN (Amiens, Douai, Reims) ; G. CHAPUIS (Dijon, Besançon) ; A. FLUCHAIRE et Y. TURQUIN (Lyon, Chambéry, Grenoble) ; C. TRABE (Montpellier, Nîmes) ; C. AUBRY (Nancy, Metz) ; S. CHAUMET (Orléans, Poitiers) ; M. PERONNET, C. GUTIERRES-REQUENNE et O. RATEAU (Paris, Versailles) ; B. PIERRE (Rennes) ; J. SALVAN (Riom, Bourges, Limoges) ; M. LANSSELLE-LEFEBVRE et F. WINDSOR (Rouen, Caen) ; D. GRADT (Toulouse, Agen, Pau).

et par la **SECTION AUTONOME DE MONTPELLIER-NÎMES dont le bureau est ainsi composé :**

Président	:	M. ASTORG André
Vice-président	:	M. SAUREL Marc M. AGRET Jean-Claude
Secrétaire-Trésorier	:	M. MALMEJEAN Yves
Présidents d'honneur	:	MM. DUCOROY Pierre M. ALTEIRAC Max M. MILLET-CORNETTO Guy

TABLE DES MATIÈRES

Allocution de M. CHAZAL DE MAURIAC

Premier président de la Cour d'appel de Montpellier

Allocution de M. André GAILLARD

Président de la Compagnie Nationale des Experts-Comptables Judiciaires

Ouverture de la journée d'étude

Allocution de M. Pierre BEZARD

Président de la Chambre commerciale de la Cour de cassation

Rapport introductif

Rapport présenté par M. André DANA

Expert agréé par la Cour de cassation

Définitions et étude de la responsabilité civile

Rapport présenté par M. Marc ENGELARD

Expert agréé par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence

Etude de la responsabilité pénale

Rapport présenté par M. Michel BRUYAS

Expert agréé par la Cour de cassation

Les particularités de la responsabilité des Commissaires aux comptes

Rapport présenté par M. Jean FLEURY

Expert près la Cour de cassation - Honoraire

Rapport de synthèse

Rapport présenté par M. André DANA

Expert agréé par la Cour de cassation

Clôture des travaux

par M. Pierre BEZARD

Président de la Chambre commerciale de la Cour de cassation

ALLOCUTION DE

Monsieur CHAZAL DE MAURIAC



La séance est ouverte à 9 h 30 sous la présidence de M. André Gaillard.

M. Gaillard. – Je vous remercie d’avoir répondu par votre présence à notre invitation.

La parole est à M. Chazal de Mauriac, Premier président de la Cour d’appel de Montpellier qui nous accueille en son Palais.

M. Chazal de Mauriac. – Monsieur le Président, Mesdames, Messieurs, je suis heureux de vous accueillir dans ce Palais de Justice de Montpellier. Vous aviez choisi Dijon pour le congrès annuel de votre Compagnie alors que je dirigeais la Cour d’appel de Bourgogne. Vous avez, cette année, retenu Montpellier et je viens de prendre mes fonctions dans cette ville.

Je constate que nous avons incontestablement un certain nombre de goûts communs !

C’est aussi un honneur et un plaisir de recevoir aujourd’hui Monsieur le Président Bézard qui, à la tête de la Chambre commerciale de la Cour de cassation, nous donne chaque année les grandes orientations jurisprudentielles dans des domaines où la parfaite maîtrise d’un droit en permanente évolution doit se marier avec une grande connaissance des pratiques de l’entreprise et de celles des milieux financiers.

J’avais beaucoup apprécié votre précédente journée d’études. Non seulement les interventions que nous avons pu entendre étaient de qualité mais les échanges, pendant et après les séances plénières, avec les membres de votre Compagnie ayant eu à connaître des affaires

financières parmi les plus difficiles ont été particulièrement enrichissants pour les Magistrats.

Nous sommes, en effet, aujourd’hui, très préoccupés par les nouvelles techniques de blanchiment de l’argent douteux, par l’opacité de certains circuits financiers internationaux, par l’utilisation à des fins délictuelles du réseau Internet et par d’autres pratiques sophistiquées.

Magistrats, policiers, experts judiciaires sont confrontés à de nouveaux défis qu’il ne sera pas facile de relever. La qualité des relations qui peuvent s’établir entre nous est donc un élément essentiel. C’est la constance, la spontanéité et la richesse de ces relations qui nous permettront d’être mieux armés pour lutter contre ces nouveaux fléaux.

Le thème de cette journée est tout à fait différent. Il a d’ailleurs de multiples facettes. Je suis certain qu’elles seront présentées de manière concrète et précise par tous les intervenants. La responsabilité civile ou pénale de ceux qui jouent un rôle dans la transmission d’entreprises mérite une approche à la fois prudente, vigilante et rigoureuse au regard des enjeux et de la nécessité de bien « baliser » un terrain aux contours parfois délicats à définir ou que l’on ne souhaite pas toujours définir clairement.

Je ne veux pas empiéter davantage sur vos travaux. Soyez tous les bienvenus en Languedoc-Roussillon.

Monsieur le Président, je vous redonne la parole afin que vous puissiez présenter, de manière complète, ce XXXV^e Congrès.

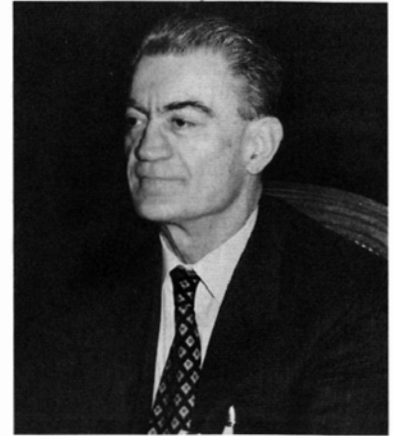
(Applaudissements)

**XXXV^e CONGRÈS NATIONAL
DE LA C^{ie} NATIONALE
DES EXPERTS-COMPTABLES JUDICIAIRES**



ALLOCUTION DE

Monsieur André GAILLARD



Monsieur le Premier président,
Monsieur le Procureur général,

Je vous remercie très vivement de l'accueil de votre Palais de justice, que vous avez bien voulu ouvrir à la journée d'étude de notre XXXV^e Congrès national.

Je remercie tout spécialement de leur présence :

M. Lafortune, Avocat général à la Cour de cassation, représentant M. Burgelin, Procureur général près la Cour de cassation ;

M. Launay, Premier Président de la Cour d'appel de Nîmes ;

M. Boutan, Procureur général près cette même Cour ;

M. Panazza, Vice-président du Tribunal administratif de Montpellier ;

Mme Schmidt-Pariset et M. Carrère, Représentants de la Chancellerie ;

Mmes et MM. les Présidents des Tribunaux de grande instance ;

Mmes et MM. les Présidents de Chambre des deux Cours ;

Mmes et MM. les Avocats généraux des deux Cours ;

MM. les Présidents des Tribunaux de Commerce ;

Mmes et MM. les Magistrats ;

Mmes et MM. les Bâtonniers et Présidents de Compagnies ;

Mmes et MM. nos invités.

*
**

Ce XXXV^e Congrès est le premier de ma présidence, mais la continuité est plus que jamais assurée, puisque le Président de cette journée est M. Pierre Bézard, qu'il n'est pas nécessaire de présenter, tant il a déjà fait pour notre Compagnie.

Je rappellerai donc simplement, Monsieur le Président, qu'après un certain temps passé à la Chancellerie, vous devenez un spécialiste du droit commercial. A l'issue de votre temps de Chancellerie, vous êtes détaché à la Commission des opérations de Bourse en qualité de Chef du service juridique. Vous voici ensuite Procureur de la République adjoint au Tribunal de grande instance de Paris, puis conseiller à la Cour de cassation et membre de la Commission d'instruction créée par la Haute cour de justice.

Vous avez été ensuite Procureur de la République près le Tribunal de grande instance de Paris, poste dont chacun mesure l'importance et la difficulté.

Mais le droit commercial vous reprend tout entier, puisque, de retour à la Cour suprême, vous y occupez rapidement la prestigieuse présidence de la Chambre commerciale.

Et si j'évoque la continuité, c'est aussi pour rappeler qu'après avoir présidé nos travaux en 1992 à Chambéry, en 1993 à Angers et en 1994 à Orléans, vous avez accepté de nous guider cette année encore, sur le sujet difficile que nous avons choisi.

De continuité, il doit être encore question car, fait rarissime, nous sommes accueillis deux années de suite par le même Premier président, M. Chazal de Mauriac, dans un palais différent.

Continuité toujours, car le rapporteur général n'est autre que mon prédécesseur, le Président d'honneur André Dana, que je remercie en votre nom d'avoir accepté cette lourde tâche, mais il avait pris ses risques : c'est lui l'inspirateur du sujet.

J'exprime mes remerciements à tous ceux qui ont pris sur leur temps pour répondre positivement à notre invitation, qui est avant tout, pour cette journée de travail, une invitation à la réflexion et à l'étude.

Le thème d'aujourd'hui vous est déjà connu, je ne fais que le rappeler :

L'expert comptable judiciaire et la responsabilité des intervenants dans les transmissions d'entreprises.

A l'issue de l'allocution d'ouverture du Congrès, qui sera prononcée par Monsieur le Président Bézard, le sujet sera présenté par le Président Dana. A sa suite, nos trois rapporteurs, MM. Marc Engelhard, Michel Bruyas et Jean Fleury nous inviteront à réfléchir sur un des aspects du thème. Des plages de débats permettront à chacun de s'exprimer.

En fin d'après-midi, M. Dana présentera son rapport de clôture, puis, Monsieur le Président Bézard fera la synthèse et tirera les conclusions de nos travaux.

**

Monsieur le Président Bézard, je vous laisse le soin d'ouvrir officiellement nos travaux en votre qualité de Président de ce congrès.

(Applaudissements)



OUVERTURE DE LA JOURNÉE D'ÉTUDE

Monsieur Pierre BÉZARD



Monsieur le Président Bézard. – Monsieur le Président, je vous remercie des paroles aimables que vous avez présentées en rappelant ce que j'avais pu faire au cours de ma carrière.

Je remercie Monsieur le Premier président de son accueil et de son discours qui situe tout de suite à un haut niveau les débats que nous allons avoir ici.

Les quelques mots d'introduction que je vais présenter visent avant tout, à poser le principe de l'ouverture, comme vous l'avez souhaité, de ce XXXV^e Congrès. Je ne ferai que peu d'observations me réservant, comme vous m'y avez invité, à présenter en conclusion quelques idées personnelles et à reprendre les points forts de cette journée après la synthèse, qui sera certainement très riche, de Monsieur le Président Dana.

Je voudrais surtout, en introduction, vous remercier de m'avoir demandé d'animer cette journée. C'est un honneur que vous me faites et auquel je suis sensible. Ce n'est pas, vous l'avez rappelé, la première fois que j'ai présidé vos travaux, je l'ai fait à la demande du Président Feuillet et du Président Dana à plusieurs reprises et avec le plus grand plaisir et intérêt.

Je suis très heureux de me trouver parmi vous, de retrouver beaucoup de visages connus avec lesquels j'ai eu l'occasion de dialoguer soit officiellement à la tribune de ces Congrès, soit en coulisses de façon tout aussi animée car les coulisses des Congrès sont aussi riches que les séances publiques et ces échanges sont très profitables, en tous les cas à moi-même, pour l'exercice de mes fonctions.

Je salue MM. les Experts-comptables judiciaires présents, de même que les représentants des grandes Compagnies qui sont là comme les Présidents Kling, Clara et beaucoup d'autres personnalités en particulier du barreau, les Magistrats qui nous accueillent, Monsieur le Premier président, Monsieur le Procureur général et les Magistrats nombreux qui sont ici, Monsieur le Président du tribunal, Monsieur le Procureur, M. Lafortune, Avocat général à la Chambre commerciale, – il pourra me soutenir si je suis amené à intervenir tout à l'heure – M. Lacan qui a été

Conseiller référendaire dont le départ à la Chambre commerciale est regretté, de même que nos collègues de la Chancellerie, de la COB qui est présente, et qui a un rôle très important à jouer dans les problèmes de transmission d'entreprises.

J'ai oublié sans doute beaucoup de monde. Je tiens à dire à tous ma considération, mon amitié et l'intérêt que nous puissions réfléchir en commun sur le sujet important mis à l'ordre du jour.

C'est un sujet de grande actualité, ai-je besoin de le dire, vous le savez mieux que personne vous qui, au sein des entreprises ou dans le cadre des missions qui vous sont confiées dans les Tribunaux, êtes confrontés à ce mouvement de transmission relativement banal quand il s'agit d'une cession de fonds de commerce ou d'une cession d'une majorité d'actions, mais qui devient beaucoup plus délicat lorsqu'il s'agit de ces grands regroupements qui utilisent des techniques soit du droit des sociétés, soit boursières, soit même dans certains cas, dans le cas de dépôts de bilan, des techniques du droit des procédures collectives lorsqu'il y a cession d'entreprises à des repreneurs.

Ces multiples problèmes sont des problèmes que vous connaissez bien, des problèmes qui mettent en cause votre responsabilité car, nous le savons, il y a, à l'heure actuelle, et les rapporteurs l'exprimeront, une augmentation des difficultés, une augmentation des contentieux qui ne manquent pas de poser des problèmes graves aux professionnels. Nous verrons pourquoi, nous verrons sur quels points et nous verrons comment, raisonnablement, y faire face.

Je m'arrête là car, sans cela, j'aborderais le fond du débat. Je vais, maintenant, après avoir déclaré ouvert ce XXXV^e Congrès, passer la parole à Monsieur le Président Dana pour quelques observations.

Ensuite, nous seront présentés deux exposés successivement de M. Engelhard et de M. Bruyas.

Monsieur le Président Dana, je vous passe la parole.

(Applaudissements)



RAPPORT INTRODUCTIF

Monsieur André DANA



Le sujet que nous avons choisi constitue depuis près de deux ans un thème très porteur et souvent retenu pour des colloques, des séminaires, ou des congrès, ce qui est également le cas pour notre congrès qui s'ouvre à l'instant.

A ma connaissance le premier colloque traitant de ce thème a été organisé en novembre 1994 sous l'autorité de Monsieur le Professeur Merle, par les étudiants de DESS « Droit des affaires et fiscalité » Paris II. Ce colloque était placé sous la présidence de Monsieur Pierre Bézard et de plus j'étais un des nombreux rapporteurs à intervenir. Alors me suis-je demandé, faisons nous du plagiat ou sommes nous en train d'utiliser des informations privilégiées ? Je ne le pense pas car le même thème et presque le même titre peuvent se traduire par des approches très différentes.

On peut néanmoins, s'interroger sur les raisons du succès d'un tel thème.

Il est évident, et j'espère que vous le ressentirez encore mieux en fin d'après-midi, à l'issue de notre journée d'étude, que la cession d'un bloc de contrôle d'une société est une opération qui peut être extrêmement complexe et surtout qui peut entraîner pour l'acquéreur des conséquences imprévues tout en étant quelquefois à l'origine de découvertes également imprévisibles. Il convient d'ajouter que ce transfert du contrôle, pouvant aussi être réalisé par une fusion-absorption ou par une augmentation de capital peut léser les intérêts d'actionnaires minoritaires. Il arrive que ceux-ci souvent peu concernés par l'opération, la subissent sans recours, notamment dans les sociétés non cotées, du fait d'une décision adoptée parfois contre leur gré par la majorité des actionnaires.

De plus ce transfert du contrôle constitue un moment de vérité qui précède la connaissance qu'aura l'acquéreur de la vie interne de la société, d'une manière beaucoup plus complète que celle résultant d'audits comptables, fiscaux ou de gestion.

Cette prise de contrôle, qui joue parfois le rôle de déclencheur, pourra, avec un certain recul, entraîner :

- le contrôle des informations données ;
- l'appréciation des méthodes comptables utilisées ;

- l'examen de certaines situations juridiques particulières (contrats commerciaux, contrats de travail, etc.).

Ainsi comme nous le verrons au cours de cette journée, ces transmissions d'actions ou de parts sociales, entraînant le transfert du contrôle des sociétés concernées, peuvent être à l'origine d'irrégularités liées à la transmission elle-même : prime d'émission insuffisante dans le cas d'un renoncement au droit préférentiel de souscription ou prix basé sur un bilan inexact entraînant une altération du rapport d'échange.

Ces opérations peuvent également révéler des comportements anormaux antérieurs à cette cession.

Certains d'entre nous ont été confrontés à de tels problèmes dans le cadre de missions confiées par un juge d'instruction, à la suite d'enquête de la COB. Nous avons ainsi pu relever certaines opérations extrêmement complexes, tendant notamment à présenter d'une manière extrêmement flatteuse, le bilan consolidé d'une société absorbante afin d'améliorer en faveur de cette société le rapport d'échange des actions.

D'autres missions confiées à l'expert judiciaire peuvent révéler l'existence de bilans inexacts et de distribution de dividendes fictifs pratiquée par une société cotée, afin de permettre de justifier, dans le cadre d'une augmentation de capital, l'émission d'actions comportant une importante prime d'émission.

Nous avons également eu connaissance d'une opération dite de « fusion rapide » avec un effet de levier « gigantesque » qui a permis deux ou trois années après la réalisation de la fusion de multiplier par plus de 100 la mise de fonds initiale (représentant une augmentation de près de 10 000 %). Cette opération constituant un élément matériel du délit d'abus de biens sociaux avait été constatée mais n'a pu être renvoyée et n'a donc pas été jugée car les faits en cause étaient prescrits. A noter en passant que ce cas précis illustre, s'il en était besoin, que le délit d'ABS n'est pas « imprescriptible » comme tendent à l'établir les nombreux commentaires concernant ce délit.

Enfin, nous évoquerons fort peu tous les problèmes liés aux différentes clauses de garantie données par le cédant ou cessionnaire et appelées improprement « la garantie de passif ».

Cette évocation restreinte a deux causes. La première réside dans l'importance de ce sujet, qui a donné lieu à une abondante jurisprudence et à des commentaires non moins importants en sorte qu'un tel thème nécessiterait une journée entière. Et la deuxième raison est que ce thème a déjà fait l'objet d'une journée d'étude à l'occasion de notre XXVIII^e Congrès national.

Je termine là mes beaucoup trop importants prologues sans oublier leur buts essentiels qui consistent en la présentation des rapporteurs et du déroulement de la journée d'étude.

Ce matin, vous entendrez en premier lieu un rapport présenté par M. Marc Engelhard, Expert près la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, sur la responsabilité civile des divers intervenants à l'occasion d'un transfert d'actions représentant un bloc de contrôle. Puis après une courte pause notre confrère Bruyas, Expert agréé par la Cour de cassation, traitera de la responsabilité pénale de ces mêmes intervenants.

Ce deuxième rapport sera suivi d'un débat entre la salle et les divers participants selon les modalités que vous connaissez.

Cet après-midi nous entendrons notre confrère Jean Fleury, Expert agréé par la Cour de cassation, qui nous

exposera la position particulière du commissaire aux comptes qui n'a théoriquement pas à intervenir dans ce type d'opération, surtout s'il s'agit d'une cession. Cependant sa responsabilité est souvent recherchée du fait de ses éventuels agissements ou de ses absences de diligences.

A l'issue de ce rapport, le dialogue avec la salle pourra reprendre jusqu'à une nouvelle pause assez brève à la suite de laquelle je vous présenterai mon rapport de synthèse, puis Monsieur de Président Bézard nous fera l'honneur de clôturer nos travaux.

(Applaudissements)

M. Bézard. – Merci Monsieur le Président Dana. Je ne sers que de rapide relais pour vous dire le plaisir que nous avons déjà eu à vous entendre pour un « entremets » que sera suivi cet après-midi d'une très riche synthèse, je le sais. Mais déjà vous avez bien situé le problème au niveau de certaines difficultés que vous avez rencontrées au cours de vos missions et qui prouvent que ces problèmes de transmission soulèvent d'importantes difficultés, problèmes de transmission qu'il faudra aborder sous l'angle de la responsabilité civile et de la responsabilité pénale.

Responsabilité civile : je passe la parole à M. Engelhard pour son exposé.

(Applaudissements)



DÉFINITIONS ET ÉTUDE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

Monsieur Marc ENGELHARD



AVANT PROPOS

Le thème retenu pour ce XXXV^e Congrès national est « *L'expert comptable judiciaire et la responsabilité des intervenants dans les transmissions d'entreprises* ». Chacun des termes de cet intitulé suscite des interrogations et constitue donc une voie de réflexion pour les exposés et les débats qui vont animer cette journée d'étude.

Tout d'abord, **l'entreprise**.

La notion d'entreprise apparaît très générale si l'on s'en réfère à la définition que la Cour de cassation a été amenée à en donner. Selon la Cour, l'entreprise désigne toute activité humaine. Il est clair que le terme d'entreprise est utilisé dans un sens plus restrictif lorsque l'on évoque l'opération de transmission de cette entité.

La transmission

Cette notion mérite également d'être précisée.

Les transmissions dont il sera traité aujourd'hui n'impliquent pas seulement le changement de propriété d'un patrimoine mais aussi le transfert d'un pouvoir de décision.

Les intervenants

Les intervenants sont tous les acteurs des opérations étudiées.

Ils peuvent en être les acteurs principaux : cédant et cessionnaire.

Ils peuvent être des acteurs secondaires, ou plutôt auxiliaires, même si leur rôle peut se révéler déterminant dans le déroulement et pour l'issue de l'opération. Il s'agit de tous ceux qui conseillent ou qui assistent le cédant ou le cessionnaire lors de la transmission d'une entreprise.

Il est par ailleurs des personnes qui n'interviennent pas à proprement parler en tant qu'acteurs dans les opérations de transmission d'entreprise mais dont le rôle a une incidence sur ces opérations et dont la responsabilité peut se trouver engagée à ce titre.

La responsabilité

Nous aurons à étudier les cas et les domaines de mise en œuvre de la responsabilité civile, d'une part, de la responsabilité pénale, d'autre part. Mais il nous faudra, également, rechercher dans quelle mesure il existe des zones d'interférence entre responsabilité civile et responsabilité pénale.

L'examen de ces divers points va constituer la première partie de cet exposé, dans laquelle je me propose de cerner le cadre général dans lequel s'inscrivent les problèmes relatifs à la responsabilité des intervenants dans les transmissions d'entreprises.

Dans un deuxième temps j'aborderai les points intéressant la responsabilité *civile* des intervenants aux dites transmissions, tandis que mes confrères traiteront, M. Bruyas, de la responsabilité pénale des intervenants, M. Fleury, de la responsabilité spécifique des commissaires aux comptes, commissaires aux apports et commissaires à la fusion dans les transmissions d'entreprise.

I. – Approche des problèmes de responsabilité des intervenants dans les transmissions d'entreprises

I-1. – Les entreprises concernées

*I-11. – Il est apparu opportun de circonscrire nos travaux
aux sociétés*

En tant qu'unités économiques, impliquant la mise en œuvre de moyens humains et matériels, la grande majorité des entreprises, - individuelles ou sociétés -, sont susceptibles d'être cédées. Cependant pour l'étude qui nous occupe, ce sont surtout les transmissions intéressant les sociétés qui retiendront notre attention, au motif qu'elles cumulent l'ensemble des difficultés susceptibles d'apparaître à l'occasion de transmission d'entités individuelles ou sociales.

Dans les développements qui vont suivre, lorsque l'on traitera des difficultés communes aux deux types d'entreprises, on désignera celles-ci par le terme général « d'entités ». Par ailleurs, sous le vocable de sociétés il faut placer, également, les *groupes* de sociétés, tant il est vrai que les opérations dont il s'agit concernent bien souvent non pas une entité isolée mais plusieurs sociétés liées les unes aux autres et que l'on est appelé à raisonner en termes de bilans consolidés.

1-12. – *Les problèmes posés diffèrent selon les types de sociétés*

Les sociétés présentent des caractéristiques variées; aussi, selon le critère retenu, font-elles l'objet de classifications différentes.

En matière de transmission, une distinction peut être établie entre :

- les sociétés de capitaux de tailles diverses, non cotées en bourse et ne présentant pas de particularités en matière de transmission des droits sociaux ;

- les sociétés dont la transmission des droits représentatifs du capital obéit à des règles particulières : sociétés de personnes, sociétés à responsabilité limitée, sociétés anonymes dont la transmission des actions est subordonnée à un agrément du conseil d'administration ou, plus rarement, de l'assemblée ;

- les sociétés dont les titres sont cotés en bourse .

Les cessions de ces titres, qui, sauf dérogations prévues par la loi, ne peuvent être réalisées que par des intermédiaires habilités, sont placées sous le contrôle de la Commission des Opérations de Bourse.

Sont ainsi visées des opérations telles que les offres publiques d'achat ou d'échange, les offres publiques de retrait, les offres publiques de vente.

Le contrôle de la C.O.B. s'exerce plus particulièrement sur les opérations réalisées par les dirigeants de sociétés et portant sur les actions de sociétés françaises, admises à la cote officielle des bourses de valeur ou figurant au relevé quotidien des valeurs non soumises à la cote.

Des sanctions administratives et pénales sont susceptibles de frapper les personnes qui, contrevenant aux règles édictées par la loi en la matière, se rendraient coupables d'agissements répréhensibles comme, par exemple, l'utilisation d'informations privilégiées.

I-2. – **Les formes que peuvent revêtir les transmissions d'entreprises**

I-21. – *Cessions simples de droits mobiliers*

Une entreprise peut être cédée par la seule transmission des titres composant son capital.

Les cessions ne concernant qu'une partie non significative de ces titres sont, certes, susceptibles d'engager la responsabilité des intervenants à la cession et d'être à l'ori-

gine d'un contentieux, notamment en matière de responsabilité professionnelle, lorsque, par exemple des formalités n'ont pas été observées.

Mais au cas présent, il faut surtout s'intéresser aux cessions de titres emportant transfert du pouvoir de décision et l'on peut, dans cet esprit, faire référence à la notion de bloc de contrôle. Il ne fait pas de doute, en effet, que l'incidence d'un changement de direction revêt une grande importance et que la responsabilité des intervenants pourrait se trouver engagée à raison des manquements dont ils se seraient rendus coupables en vue de détenir ou de céder ce pouvoir de décision dans des conditions anormales.

I-22. – *Formes de transmission « élaborées »*

Il est des formes de transmission d'entreprises que l'on pourrait qualifier d'« élaborées ».

Ce sont celles qui mettent en jeu plusieurs entités et/ou qui résultent de montages, plus ou moins complexes.

Bien sûr il serait sinon inutile du moins fastidieux d'énumérer ici toutes les solutions retenues par les auteurs de ces montages ; aussi nous bornerons-nous à évoquer certaines de ces solutions, parmi celles les plus fréquemment rencontrées :

- création de holding de contrôle ;

- fractionnement d'activités, scissions et apports partiels d'actif ;

- fusion de diverses formes ;

- combinaison de ces schémas ou de l'un d'eux avec des modifications statutaires telles qu'augmentation ou réduction de capital ;

- LMBO, RES .

Certains montages, discutables au plan juridique, sont parfois recherchés au nom de l'intérêt économique des protagonistes ou en considération de contraintes d'ordre fiscal ou financier.

A titre d'exemple, on peut évoquer le problème créé par ce qu'il est convenu d'appeler la « *fusion rapide* ». Cette expression vise l'opération consistant, peu de temps après la prise de contrôle d'une société grâce à la création d'une holding et l'utilisation de l'effet de levier, à fusionner ladite holding et la filiale, le but principal recherché étant de transférer sur la société cible la dette contractée par la holding en vue de l'acquisition des actions de la société cible.

Ce montage, dont l'intérêt pratique est évident, n'en est pas moins discutable au plan de ce que l'on pourrait appeler la « morale juridique » et l'on ne peut manquer d'évoquer sur ce point les dispositions de l'article 217-9 de la Loi du 24 juillet 1966, aux termes desquelles « ... une société ne peut avancer des fonds, accorder des prêts ou consentir une sûreté en vue de la souscription ou de l'achat de ses propres actions par un tiers... ».

La question est de savoir si la fusion rapide ne contrevient pas à l'esprit de ces dispositions.

C'est, semble-t-il, la solution qu'a retenue la Cour de cassation dans un arrêt du 10 juillet 1995, que mon excellent confrère Michel Bruyas évoquera dans son exposé.

I-3. – Les intervenants concernés

Ces intervenants sont au premier chef le cédant et le cessionnaire, acteurs principaux de l'opération de transmission d'entreprise.

Il peut s'agir aussi de ceux que l'on pourrait appeler les « intervenants secondaires », c'est-à-dire toutes les personnes intervenant à l'opération en qualité de conseil du cédant et du cessionnaire ou en qualité d'intermédiaire, ces fonctions pouvant se cumuler.

On ne saurait dresser une liste exhaustive des intéressés pouvant être amenés à prodiguer des conseils en la matière, outrepassant d'ailleurs parfois leurs fonctions (comme le ferait, en agissant de la sorte, le commissaire aux comptes de l'entreprise concernée).

Citons parmi les conseils les plus habituels :

- les cabinets d'affaires spécialisés ;
- les avocats et les conseils financiers ;
- les experts comptables des entreprises concernées par la cession ;
- plus rarement, les notaires ;
- les établissements financiers (sur ce point, il y a lieu de noter que plusieurs banques possèdent des filiales spécialisées en la matière, qui interviennent notamment dans le cadre de prises de participation par l'intermédiaire de fonds communs de placement).

Les commissaires aux comptes, commissaires aux apports ou à la fusion demeurant dans la limite de leur mandat ne peuvent être qualifiés d'intervenants. Leur rôle n'en n'est pas moins capital dans les opérations de transmission d'entreprise, en raison de l'opinion qu'ils sont appelés à émettre sur les comptes des sociétés cédées (ou simplement concernées par l'opération) ou sur la valeur des biens apportés.

A ce titre leur responsabilité peut se trouver engagée et la spécificité des mises en cause pouvant les concerner justifie un exposé particulier.

I-4. – La responsabilité des intervenants

A ce stade de notre exposé, il importe de rappeler ce qui distingue responsabilité civile et responsabilité pénale et, aussi, dans quelles conditions l'une ou l'autre, voire l'une et l'autre, peuvent se trouver engagées.

I-41. – Distinction entre responsabilité civile et responsabilité pénale

La responsabilité civile, délictuelle, quasi-délictuelle ou contractuelle, - je reviendrai sur ces distinctions dans la

seconde partie de mon exposé -, trouve principalement son fondement dans plusieurs articles du Code civil.

La responsabilité pénale ne peut être mise en jeu que s'il existe un texte répressif sanctionnant les faits incriminés.

Sa mise en œuvre appartient au Ministère public.

I-42. – Mise en jeu de la responsabilité civile ou de la responsabilité pénale

Les observations qui précèdent montrent que l'on ne peut engager indifféremment une action civile ou une action pénale.

Tout d'abord il existe des domaines ou des faits qui ne permettent pas la mise en jeu de la responsabilité pénale, faute de l'existence d'un texte visant les faits incriminés.

En ce qui concerne l'ouverture d'une information pénale, le justiciable a la possibilité :

- de déposer plainte auprès du Parquet, ce qui peut lui permettre d'obtenir que des investigations soient réalisées ;
- de se constituer partie civile aux fins d'obtenir réparation du préjudice qu'il estime avoir subi.

Il est incontestable que, à l'instar de ce que l'on constate dans d'autres pays et plus particulièrement aux Etats Unis, une tendance se manifeste qui consiste à tenter d'obtenir réparation par la voie judiciaire du préjudice que l'on estime avoir subi à l'occasion de la transmission d'entreprises

Par ailleurs, dans certains cas, compte tenu de l'effet dissuasif et coercitif de l'action pénale, les personnes qui estiment y avoir intérêt choisiront la voie pénale plutôt que la voie civile à l'encontre des intervenants.

Ainsi, les mises en cause de la responsabilité civile et de la responsabilité pénale des intervenants dans les transmissions d'entreprises peuvent-elles parfois se cumuler.

**

La seconde partie de cet exposé sera consacrée à l'étude de la responsabilité civile des intervenants dans les transmissions d'entreprises.

II - La responsabilité civile des intervenants dans les transmissions d'entreprises

II - 1 - Les fondements de la responsabilité civile

En matière civile, les actions en responsabilité se fondent le plus souvent sur les articles du Code civil qui traitent de ce sujet. Mais elles peuvent également s'appuyer sur des textes tels que la loi sur les sociétés commerciales

ou sur des textes à caractère réglementaire, mettant en jeu la responsabilité professionnelle de tel ou tel intervenant.

Mais, en tout état de cause, une distinction importante est à établir entre responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle et responsabilité contractuelle.

La responsabilité délictuelle se fonde sur les dispositions des articles 1382 à 1386 du Code civil.

Article 1382

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

Article 1383

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

Les articles 1384 à 1386 ne sont, par contre, guère susceptibles de s'appliquer aux problèmes pouvant surgir à l'occasion de transmission d'entreprise.

Parmi les articles relatifs à la responsabilité contractuelle, il y a surtout lieu de citer :

- ceux qui se rapportent au consentement, en particulier les articles 1109 et 1110, relatifs à l'erreur, l'article 1116, relatif au dol, et l'article 1117, relatif à la nullité des conventions contractées par erreur, violence ou dol ;
- l'article 1304, relatif à l'action en nullité des conventions contractées par erreur, violence ou dol ;
- les articles 1134 et 1135, relatifs à l'effet des conventions.

On peut observer que les conventions non régies par l'article 1134 relèvent de l'article 1382, lequel permet de sanctionner tout comportement fautif.

Ainsi le cessionnaire d'une entreprise à qui a été remis un bilan inexact pourrait attaquer l'expert comptable du cédant sur le fondement de l'article 1382, n'étant lié par aucune convention avec celui-ci.

Les opérations de transmission d'entreprise étant en principe régies par des dispositions conventionnelles, c'est en général la responsabilité contractuelle qui va trouver à s'appliquer, au moins en ce qui concerne les acteurs principaux, c'est-à-dire le cédant et le cessionnaire.

Ceci étant, lorsque sont concernés des minoritaires, qui n'ont pas été parties aux négociations et aux accords intervenus, c'est sur la violation des dispositions de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales ou sur le non-respect de clauses statutaires que vont se fonder beaucoup d'actions en responsabilité civile à l'encontre des intervenants dans les transmissions d'entreprises.

Il y a lieu de rappeler ici que les articles 242 et suivants de cette loi traitent de la responsabilité civile des administrateurs des sociétés anonymes et l'on peut citer, notamment, l'article 244 qui permet de sanctionner les manquements aux dispositions légales et statutaires ainsi que les fautes « commises dans la gestion ».

L'inobservation des règles statutaires relatives, par exemple, au contrôle des cessions d'actions, est de nature à engager la responsabilité des administrateurs fautifs.

La loi sur les sociétés commerciales n'est, toutefois, pas le seul texte susceptible de fonder la responsabilité civile des intervenants à la transmission d'entreprise.

Ainsi l'exercice en société de nombreuses professions est régi par des dispositions spécifiques, relatives, notamment, à la capacité de ceux qui les exercent ou à la répartition du capital. A cet égard on peut citer les lois et les décrets régissant les sociétés civiles professionnelles, les lois sur les sociétés d'expertise comptable ou de commissariat aux comptes ou encore la loi du 2 janvier 1970, dite loi Hoguet, qui réglemente les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce.

Les cessions d'entreprise réalisées en contravention avec les dispositions contenues dans ces textes ou pour contourner ces dispositions, notamment celles concernant la capacité du professionnel, exposeraient leurs instigateurs, dans certains cas, à des sanctions pénales mais engageraient aussi leur responsabilité civile.

Enfin on ne saurait passer sous silence les conséquences, notamment pécuniaires, de l'inobservation de dispositions légales ou réglementaires par les intervenants dans les transmissions d'entreprise. Le défaut d'accomplissement de formalités substantielles, comme les significations de cession de parts ou le fait de les avoir accomplies hors des délais prévus constituent des fautes professionnelles susceptibles de mettre en jeu la responsabilité civile de la partie fautive.

Cette source de responsabilité devait être mentionnée mais, eu égard au thème de notre journée d'étude, il est inutile de s'étendre plus longuement sur ce sujet, qui pourrait faire l'objet de travaux particuliers.

II-2. – Mise en jeu de la responsabilité civile des intervenants

Dans les développements qui suivent, nous évoquerons tout d'abord les motivations qui animent le plus souvent les intervenants dans les cas de transmissions litigieuses.

Seront ensuite étudiés les manquements des intervenants en différentes circonstances, c'est-à-dire les moyens utilisés pour parvenir à leurs fins.

II-21. – Mise en jeu de la responsabilité civile en général

Il apparaît que la responsabilité civile des intervenants peut être recherchée :

- soit en raison des modalités de la détermination du prix de cession,
- soit en raison de l'irrégularité de la cession.

I-211. – Responsabilité recherchée liée au prix de cession

Il faut d'abord s'interroger sur le point de savoir quand un prix de cession peut être jugé normal ou anormal.

On peut faire référence, en la matière, à la notion de « juste prix » mais celle-ci ne résulte pas d'une définition juridique précise.

Aussi semble-t-il préférable de considérer qu'un prix est normal lorsqu'il est fixé en connaissance de cause par les parties, c'est-à-dire par l'acquéreur et par le vendeur.

Si le prix fixé ne remplit pas ces conditions, le but poursuivi peut avoir été :

- d'acquérir l'entreprise en dessous du prix normal ;
- de céder l'entreprise au-dessus du prix normal.

Dès lors, s'agissant de l'achat d'une société ou d'une partie de son capital, l'acquéreur et ses conseils vont rechercher les moyens de voir attribuer une valeur minorée aux titres de l'entreprise convoitée.

Ainsi l'actionnaire majoritaire, souhaitant acquérir à moindre prix les actions détenues par un minoritaire, sera-t-il enclin à lui présenter une situation pessimiste de la société, ne prenant pas en compte des contrats prometteurs, en faisant cas de dépréciations hypothétiques.

Nous avons également connu le cas d'un dirigeant de société, actionnaire minoritaire, ayant par diverses manœuvres conduit les héritiers d'une importante entreprise familiale à céder leur participation à vil prix à divers investisseurs, derrière lesquels se dissimulaient en réalité le dirigeant lui-même et certaines de ses relations d'affaires.

A l'inverse, en cas de vente d'une affaire, le cédant et ses conseils vont rechercher les moyens de voir attribuer aux titres de l'entreprise cédée une valeur supérieure au prix normal.

Dans les deux cas les manœuvres dolosives vont consister en la rétention d'informations, qui, si elles étaient connues du cocontractant, auraient conduit celui-ci à faire réviser le prix convenu.

A cet égard, on peut citer un arrêt de la Cour de cassation du 12 Octobre 1993 (1), approuvant la décision d'une Cour d'Appel, qui, pour annuler une cession de parts sociales, avait retenu la réticence dolosive des cédants. Celle-ci avait consisté à présenter aux cessionnaires des bilans inexacts sans les aviser des risques fiscaux dus à leur gestion et à occulter la situation réelle de la société.

Dans des conditions très semblables, retenant également le comportement dolosif des cédants, la Cour d'Appel de Paris (2), par décision du 19 Octobre 1993, a annulé les ces-

(1) Cour de cassation Chambre commerciale, n° 1487 du 12 oct. 1993 : *Bull. Joly* déc. 1993, § 372, p. 1243.

(2) Cour d'appel de Paris 3^e Chambre, n° 93-005343 du 19 oct. 1993 : *Bull. Joly* déc. 1993, § 373, p. 1244.

sions de parts et toutes les conventions accessoires emportant transmission d'une société dont les comptes n'étaient ni réguliers ni sincères et qui, en raison d'un passif important dissimulé aux cessionnaires, avait fait l'objet d'une liquidation judiciaire six mois après la cession.

Dans les deux cas les juridictions ont retenu la notion de dol, donc la volonté des cédants de tromper les cessionnaires.

Rappelons que le dol se définit en droit civil comme « ...une manœuvre frauduleuse ayant pour objet de tromper l'une des parties à un acte juridique en vue d'obtenir son consentement... » (3)

Si la transmission d'entreprise s'inscrit dans une opération de fusion ou d'apport partiel d'actif, la partie fautive aura pour objectif que les parités d'échange des titres soient faussées à son avantage, c'est-à-dire qu'une valeur supérieure à la valeur réelle soit attribuée aux titres qu'elle détient et qu'une valeur inférieure à la valeur réelle soit attribuée aux titres délivrés en rémunération de son apport; cela lui permettra d'en recevoir un nombre plus important que celui devant rémunérer loyalement son apport.

II-212. – Responsabilité recherchée en raison de l'irrégularité de la cession

Dans certaines opérations, l'objectif poursuivi par le cédant, en contournant les dispositions légales ou statutaires, en s'affranchissant par exemple des contraintes résultant d'une clause d'agrément ou d'une clause de préemption, peut être d'affaiblir le poids d'un associé minoritaire, ou bien d'éviter les obligations et les charges de toutes sortes liées à l'opération envisagée, voire même de régulariser une situation anormale née de manquements passés.

Il faut observer, d'ailleurs, qu'une même opération de transmission d'entreprise peut être critiquable en raison à la fois de son irrégularité et d'un prix de cession anormal.

Ainsi peut-on prendre l'exemple d'un dirigeant majoritaire qui, souhaitant affaiblir un associé minoritaire, fait procéder à l'augmentation de capital préalable à une opération de transmission sans respecter les dispositions statutaires et légales. Sa responsabilité peut également se trouver engagée à raison d'un prix de cession anormal, dont il aura tiré un avantage d'autant plus important que la participation du minoritaire a diminué.

La sanction de tels agissements, qui peuvent justifier des poursuites est, au plan civil, la nullité de l'augmentation de capital. Quant au préjudice subi, il peut en être demandé réparation sur le fondement l'article 1382 du Code civil .

Dans tous les cas, pour parvenir à leurs fins, les intervenants vont se rendre coupables de manquements (pas nécessairement sanctionnés par une disposition pénale), qu'il convient maintenant d'analyser.

(3) Lexique de termes juridiques : *Dalloz* 8^e édition, p. 190.

II-22. – Les manquements des intervenants et de leurs conseils

Seront successivement étudiés les manquements :

- du cédant ;
- du cessionnaire ;
- des intervenants secondaires que sont les conseils et intermédiaires.

II-221. – Les manquements du cédant

En se référant à la distinction proposée au paragraphe précédent, seront étudiés les manquements relatifs au prix de cession, puis ceux correspondant à des irrégularités.

a) Manquements relatifs au prix de cession

Ici, l'objectif du cédant est bien évidemment de réaliser la cession de l'entreprise à un prix supérieur à sa valeur réelle. Il va donc s'efforcer d'utiliser les procédés propres à induire le cessionnaire en erreur dans l'appréciation qu'il va porter sur la valeur de l'entreprise. Ces procédés vont essentiellement consister en la falsification ou la rétention des informations qu'il est tenu de communiquer au cédant, ce qui conduit donc à s'intéresser aux dites informations.

Celles-ci peuvent, tout d'abord, consister en de simples faits ou déclarations, dont le cédant a connaissance et qu'il va tenter de cacher au cessionnaire.

Il peut s'agir, par exemple, d'un problème d'ordre technique susceptible de compromettre à court terme la capacité bénéficiaire de l'entreprise, d'un événement d'ordre commercial tel que l'implantation prochaine d'un concurrent plus performant dans un secteur ou dans une zone d'activité prospectée par l'entreprise, d'une décision administrative susceptible de grever la plus-value latente attribuée à un élément d'actif comme le classement d'un terrain en zone « non-aedificandi » ou une menace d'expropriation.

Mais les supports ou les vecteurs des informations concernant une entreprise sont des documents. De ce point de vue, il y a lieu d'établir une distinction entre :

- les documents et informations à *caractère institutionnel* ;
- les documents et informations à *caractère non réglementaire*.

Les documents et informations à *caractère institutionnel* sont :

- les comptes annuels et toutes informations comptables et publications émanant de la société ;
- le rapport de gestion ;
- les rapports du commissaire aux comptes ;
- les procès-verbaux du conseil d'administration ;
- pour les entreprises d'une certaine importance, les comptes prévisionnels ;

- les déclarations diverses qu'une société est amenée à souscrire ;
- les informations pouvant relever de l'ordonnance du 28 septembre 1967.

Les documents et informations à *caractère non réglementaire* sont :

- les situations et comptes provisoires destinés au suivi de l'exploitation ou établis pour être communiqués aux tiers intéressés, banquiers ou établissements de crédit ;
- les documents de gestion prévisionnelle pour les sociétés qui ne sont pas, en raison de leur importance, astreintes à les établir (comptes de résultats ou situations de trésorerie prévisionnels) ;
- les articles publiés dans les journaux financiers.

Ces documents doivent normalement permettre à l'acquéreur de se faire une opinion valable sur l'entreprise qu'il se propose d'acquérir. Ainsi les comptes annuels doivent, aux termes de l'article 9 du Code de Commerce, être réguliers et sincères et donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise.

Les manquements vont donc consister de la part du cédant à ne pas communiquer certains documents ou à communiquer des documents inexacts ou incomplets. Ce comportement, considéré comme dolosif par les tribunaux, va mettre en jeu la responsabilité civile des intervenants ainsi qu'en témoignent les arrêts précités relatifs à l'annulation de cessions de parts (Cour de cassation - 12 octobre 1993, Cour d'appel de Paris du 19 octobre 1993).

Dans le même esprit on peut encore citer un arrêt du 7 Février 1995 de la Cour de cassation (4).

La Haute assemblée a ainsi confirmé un arrêt de la Cour d'Appel de Paris, en date du 26 février 1993, qui avait fait droit à une demande en nullité de cession émanant des acquéreurs d'une société mise en redressement judiciaire quelques mois après ladite cession. Aux termes de la convention de cession, les acquéreurs devaient relever les cédants des engagements pris envers les banques.

La cour d'appel avait constaté qu'aucune « *pièce comptable effective et probante autre que des documents de pure circonstance* » n'avait été produite aux cessionnaires avant la conclusion de la convention litigieuse.

Se référant à l'article 1110 du Code civil, relatif à l'erreur, elle avait considéré que la cession n'avait eu pour objet que le transfert d'une société qui, à l'insu des cessionnaires, étant déjà privée de l'essentiel de son actif, se trouvait dans l'impossibilité de réaliser son objet social et d'avoir une rentabilité. L'erreur aux cessionnaires portait dans ces conditions sur les qualités substantielles des parts sociales (et non sur leur valeur).

La présentation de comptes annuels ne donnant pas une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice, de la

(4) Cour de cassation - Chambre commerciale - 7 fév. 1995, n° 315 D. : *Bull. Joly* mai 1995, § 138, p.407.

situation financière et du patrimoine étant réprimée par les articles 425 et 437 de la loi sur les sociétés commerciales, celui qui utiliserait ces comptes en connaissance de cause s'exposerait à des sanctions pénales et, a fortiori, à la recherche de sa responsabilité civile.

Par contre, si un certain nombre de mentions doivent figurer dans le rapport de gestion, les informations qu'il contient sont le plus souvent très succinctes. Ce document, à caractère institutionnel, devant être déposé au greffe du tribunal de commerce, les dirigeants estiment généralement ne pas avoir à diffuser des informations techniques ou commerciales considérées comme confidentielles. Mais l'omission dans le rapport de gestion d'une information pouvant revêtir une certaine importance pour l'acquéreur serait susceptible de servir de fondement à une action civile pour rétention dolosive d'information.

b) *Manquements correspondant à des irrégularités*

Ces manquements peuvent résulter de la violation de dispositions législatives et réglementaires ou de la violation des statuts.

L'article 244 de la loi sur les sociétés commerciales dispose que :

« les administrateurs sont responsables, individuellement ou solidairement, selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion ».

Les violations de la loi ou des statuts dont un cédant peut être l'auteur sont multiples.

Tel est le cas, par exemple, de la tenue d'une assemblée générale dans des conditions irrégulières, ceci au préjudice du ou des actionnaires minoritaires. Cette pratique, sanctionnée par la loi, est susceptible d'entraîner la nullité de ladite assemblée et d'engager la responsabilité civile du cédant à l'égard des minoritaires ou des tiers.

Il peut s'agir aussi de manœuvres tendant à s'affranchir d'une clause d'agrément ou de préemption.

Par une décision du 27 juin 1989, la Cour de cassation (5) a approuvé un arrêt pris par la Cour d'appel de Grenoble le 30 juin 1988, aux termes duquel cette juridiction a déclaré nulle, comme portant atteinte frauduleusement à une clause statutaire d'agrément, la cession d'une minorité de blocage d'une société holding, dès lors que cette cession, en apparence licite puisque réalisée au profit d'une société associée, était en fait liée à une cession au profit d'un tiers.

La société holding était, comme les membres de deux familles que nous appellerons respectivement A et B, actionnaire d'une société X. Les membres de la famille B étaient désireux de céder à un tiers leur participation dans X, cession qui requerrait l'agrément des membres de la famille A mais à laquelle ceux-ci étaient hostiles.

(5) Cour de cassation - Chambre commerciale, 27 juin 1989 : Bull. Joly oct. 1989, § 293, p. 815.

Pour surmonter cette difficulté, les membres de la famille B avaient cédé leur participation à la holding, dont ils étaient les seuls actionnaires, puis avaient cédé celle-ci au tiers intéressé.

La Cour d'appel de Grenoble, approuvée par la Cour de cassation, a annulé le transfert des actions de la holding au profit du tiers, considérant que celui-ci n'avait pas réellement l'intention d'en devenir actionnaire et que la démarche utilisée avait pour seul but d'éluder la clause d'agrément visant les cessions des actions de la filiale.

Il apparaît ainsi que l'écran d'une personne morale déjà actionnaire ne permet pas de contourner sans danger l'obligation d'agrément et que les cédants, en agissant de la sorte, peuvent engager leur responsabilité.

II-222. - Les manquements du cessionnaire

On peut ici évoquer le cas de l'actionnaire majoritaire, qui, désireux d'acquérir à moindre prix la participation d'un minoritaire, s'emploie à faire attribuer aux actions de la société concernée un prix inférieur à leur valeur réelle, ceci en passant sous silence, par exemple, l'existence d'un contrat important ou en faisant constituer des provisions pour des risques inexistantes.

A cet égard on peut citer un arrêt de la Cour d'appel de Paris, du 19 janvier 1994 (6), concluant à la réticence dolosive des cessionnaires qui, en vue d'acquérir à vil prix des actions, privent le cédant des renseignements qui lui sont indispensables pour apprécier en pleine connaissance de cause la valeur des titres cédés.

Par ailleurs, s'il incombe au cédant de fournir au cessionnaire toutes informations lui permettant d'acquérir une entreprise en connaissance de cause, il appartient à celui-ci d'utiliser tous les moyens dont il peut disposer pour s'informer et se prémunir des éventuels comportements déloyaux du cocontractant : le fait qu'un cessionnaire n'exerce pas les diligences qui lui incombent est susceptible d'atténuer la responsabilité du cédant.

C'est ainsi que, par un Arrêt du 17 juin 1987, la Cour d'appel de Versailles (7) a annulé une cession de parts et a retenu la réticence dolosive d'un cédant qui n'a pas présenté au cessionnaire une situation exacte de la société cédée. Mais la Cour n'a pas alloué de dommages-intérêts à ce dernier, estimant qu'il a été imprudent en ne recueillant pas l'avis du commissaire aux comptes, s'agissant d'une société n'ayant qu'un an d'existence et qui ne produisait aucun compte d'exploitation.

Pour ces raisons, nous évoquerons brièvement quelles sont les diligences à exercer en la matière et les manquements correspondants.

(6) Cour d'appel de Paris 15^e Chambre : Bull. Joly avril 1994, § 109, p. 369.

(7) Cour d'appel de Versailles 13^e Chambre 17 juin 1987 : Bull. Joly oct. 1987, § 318.

a) *Manquements relatifs à l'obligation de s'informer*

Le cessionnaire dispose de divers moyens de s'informer sur l'état et le devenir de la société qu'il se propose d'acquérir.

Il doit, en premier lieu, se procurer les éléments que nous avons déjà évoqués, à savoir les informations qualitatives de toute nature, documents de caractère institutionnel ou non.

Mais sa quête documentaire doit le conduire à recueillir aussi :

- les extraits des inscriptions au Registre du Commerce et toutes les informations que l'on peut se procurer auprès des greffes des tribunaux de commerce ;
- les états de transcription et inscriptions de sûretés réelles (inscriptions hypothécaires).

Toujours dans le souci de s'informer, le cessionnaire doit en outre faire procéder aux audits appropriés (en matière comptable, fiscale, financière, sociale, en matière d'assurance, d'organisation et, bien sûr, dans les domaines techniques concernés), audits qui, à l'évidence, engagent la responsabilité de ceux qui les exécutent.

b) *Manquements relatifs à l'obligation de se protéger*

Informé, le cessionnaire doit encore veiller à se protéger.

Dans ce but peuvent être établis divers documents : lettre de garantie, lettre de convenance, lettre d'intention, documents qui viennent normalement compléter les comptes annuels ou situations servant de base aux négociations.

La lettre de garantie, souvent désignée par « garantie de passif », ne doit pas seulement prémunir le cessionnaire contre l'existence d'un passif ignoré à la date de cession bien que trouvant son origine dans la période antérieure à cette date; elle doit le prémunir aussi contre les risques de non réalisation ou de non-valeur des actifs figurant aux situations et bilans de référence.

En outre faut-il signaler que, a contrario, le cessionnaire accepte parfois de signer au profit du cédant une lettre de non garantie de passif, document en vertu duquel celui-ci ne sera pas tenu d'honorer certaines dettes sociales éventuelles. Les risques liés à l'acquisition se trouvent bien entendu aggravés par une telle clause, qui, si elle vient à s'appliquer, ne laisse guère la possibilité au cessionnaire de ne pas s'exécuter.

A cet égard, on peut citer un arrêt de la Cour d'appel d'Agen, en date du 21 décembre 1988 (8), qui a débouté de leur demande les cessionnaires des parts d'une société en nom collectif. Ceux-ci se prévalaient du caractère personnel aux cédants des impôts réclamés à l'issue d'une vérification fiscale, ce que la Cour n'a pas admis, estimant qu'il s'agissait d'un passif social.

(8) Cour d'appel d'Agen 21 déc. 1988 : *Bull. Joly* juin 1989, § 188, p. 525.

II-223. – Les manquements des conseils et des intermédiaires

Lors de la transmission d'une entreprise, les deux parties n'ont pas obligatoirement une expérience égale en la matière. Ainsi, dans bien des opérations concernant des petites sociétés de caractère familial, le chef d'entreprise qui transmet son affaire ne s'est pas trouvé auparavant confronté à de telles situations ; il s'agit pour lui d'une première expérience.

De même le cessionnaire, malgré son savoir-faire professionnel, peut ne posséder que des compétences limitées en matière juridique et fiscale. Le rôle des avocats, des experts-comptables, des notaires, voire des agents d'affaires ou des banquiers, revêt alors une importance capitale pour la bonne fin de l'opération.

Il est des cas où les intéressés sont amenés à collaborer de façon active avec le cédant ou avec le cessionnaire ; parfois leur rôle peut se limiter à de simples conseils.

Pour cerner les manquements éventuels de ces personnes que, dans la première partie de cet exposé, nous avons qualifié d'intervenants secondaires, et apprécier la responsabilité qui en résulte, il faut étudier à quel titre ils interviennent dans les transmissions d'entreprise à l'occasion desquelles ils peuvent se trouver mis en cause.

De ce point de vue, on peut distinguer deux types d'intervenants secondaires :

- ceux à qui est confiée une mission spécifique ;
- ceux qui n'ont pas de mission spécifique.

a) *Intervenants investis d'une mission spécifique*

Ces intervenants secondaires sont les intermédiaires et les rédacteurs d'acte.

1) Les **intermédiaires**

La mission spécifique des intermédiaires est de rapprocher le cédant et le cessionnaire potentiels.

Il peut arriver qu'une personne remplisse ce rôle à titre fortuit, sans être réellement mandatée pour le faire, qu'elle mette en contact un vendeur et un acquéreur en puissance, simplement parce qu'elle connaît leurs souhaits respectifs de céder ou d'acquérir une entreprise.

Sauf dans des cas limites, la responsabilité d'un tel intervenant ne paraît pas susceptible d'être engagée.

Il peut s'agir, par contre, d'un agent d'affaires et il convient alors d'analyser les engagements qu'il prend en prospectant sa clientèle de cédants ou de cessionnaires éventuels. S'il a reçu mandat de l'une des parties, il faut analyser les clauses de son mandat, rechercher s'il comporte une obligation de conseil et quelle est l'étendue de cette obligation. Mais même si cette obligation n'y figure pas expressément, on imagine mal que l'agent d'affaires puisse s'en dispenser.

Ainsi, dans un arrêt du 10 février 1970 (9), la Cour de cassation a considéré « ...qu'en sa qualité de professionnel, mandataire salarié, l'agent d'affaires a le devoir de conseiller son client et de le mettre en garde contre une manière de procéder qui pourrait être pour lui la cause d'un grave préjudice... ».

En toutes hypothèses, il est généralement admis que l'intermédiaire a, au minimum, le devoir de fournir à ses clients une information objective et complète sur l'entreprise à acquérir ou à céder, que son obligation de conseil ne se limite pas à répondre aux demandes qui lui sont faites mais à attirer l'attention des contractants sur les points qui lui semblent importants.

2) Les rédacteurs d'actes

Les rédacteurs d'actes reçoivent pour mission spécifique de transcrire les accords intervenus entre le cédant et le cessionnaire.

La question s'est posée de savoir s'ils ont également une obligation de conseil.

Si des rédacteurs d'actes ont parfois essayé de faire admettre que leur rôle se limitait à la stricte formalisation des conventions des parties, l'opinion générale manifestée tant par les auteurs que par la jurisprudence est, au contraire, qu'ils ont une obligation de conseil.

Dans une étude sur la responsabilité des rédacteurs d'actes et des conseils, Maître Boccara, Avocat à la Cour, note que cette mission de conseil est devenue l'accessoire obligé de nombreux contrats. Il cite le Doyen Savatier, qui a pu écrire que « donné par un profane à un initié, tout mandat est générateur d'un devoir de conseil... ».

Ce devoir de conseil des rédacteurs d'actes, qui implique naturellement celui d'informer, a été consacré par la 1^{re} Chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 20 juillet 1994 (10). Il y est indiqué que le notaire a un « devoir de loyauté et de conseil envers ses clients ».

La même Chambre, dans un arrêt du 12 juillet 1994 (11), a estimé qu'une Cour d'appel avait retenu à juste titre que le rédacteur d'un acte de cession de parts sociales était tenu d'informer le cessionnaire sur la situation financière de la société concernée, situation qu'il savait précaire en sa qualité d'expert-comptable. Le préjudice invoqué par ce cessionnaire est apparu comme résultant également de sa propre légèreté et donc de la conjugaison de deux fautes, ce qui a justifié un partage de responsabilité.

Il apparaît ainsi que, comme les intermédiaires, les rédacteurs d'actes ont une obligation de conseil, laquelle ne se limite pas à répondre aux questions qui leur sont

posées mais à attirer l'attention du cédant et du cessionnaire sur les points qu'ils jugent importants, ceci afin d'éviter les difficultés futures.

b) Intervenants n'ayant pas reçu de mission spécifique

Ces intervenants (avocats, experts-comptables, conseillers financiers, certaines entités spécialisées des établissements bancaires) exercent, en matière de transmission d'entreprise, une mission plus générale de conseil du cédant ou du cessionnaire, destinée à assurer la transparence des engagements pris par ces acteurs principaux.

Ils peuvent s'impliquer à des degrés divers dans cette mission.

Leur rôle peut se limiter à fournir les informations et recommandations que leur mandant est en droit d'attendre de leur part, étant observé, - il faut le répéter -, que l'obligation de conseil doit les conduire à lui fournir non seulement celles qu'il sollicite mais aussi les indications de nature à éviter les difficultés et mises en cause susceptibles de naître de conventions critiquables.

Mais il est possible que ces mêmes conseils soient amenés à prendre une part plus déterminante à la conception et à la réalisation de l'opération.

Ils vont en définir le schéma aux plans juridique, fiscal et financier, déterminer les modalités qui vont en régler la réalisation : fixation d'échéanciers de paiement, négociations avec les banques en vue de la souscription d'emprunts, prise de garantie et, notamment, rédaction des lettres de garantie ou d'intention, propres à préserver les droits de leur client.

Parfois aussi, sans être les concepteurs de l'opération, les conseils peuvent avoir à porter une appréciation sur le montage proposé à leur client et, le cas échéant, préconiser une solution s'écartant plus ou moins de montage.

Il leur incombe de conseiller l'établissement de documents tels que lettres d'intention ou de garantie, ou d'examiner de façon critique ceux soumis à la signature de leur client.

En ce qui concerne notamment les lettres de garantie, il importe de s'assurer que les sûretés offertes préservent réellement le cessionnaire contre les risques encourus et il est du devoir de son conseil de le mettre en garde contre des garanties illusoires.

En particulier, ne pas s'assurer que le cédant est à même de fournir les garanties annoncées constituerait aussi un manquement de sa part.

Il faut noter à ce propos que certains conseils, de manière abusive, poussent quelquefois leur client acquéreur à négocier à un prix dont ils se font fort d'obtenir la révision ultérieure, en se prévalant de clauses volontairement imprécises figurant dans la lettre de garantie signée. Ainsi sont parfois rédigées des clauses de garantie très générales, ouvrant la voie aux recours les plus extravagants.

(9) Cour de cassation - Chambre Commerciale 10 février 1970 : Bull. civil IV, n° 47. - Cf Etude de Maître Boccara « Pistes sur la responsabilité des rédacteurs d'actes et conseils » Semaine Juridique n° 3651, p.78.

(10) Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 20 juill. 1994 : *Gaz. Pal.*, 5-7 nov. 1995, p. 13.

(11) Cour de cassation, 1^{re} Chambre civile, 12 juill. 1994 : *Gaz. Pal.*, 5-7 nov. 1995, p. 14.

Notons encore que, pour le cessionnaire, il importe d'obtenir du cédant une garantie spécifique pour couvrir les conséquences éventuelles de la mise en jeu de la garantie d'actif net et qu'il incombe à son conseil d'attirer son attention sur ce point.

Le rôle particulier de l'expert-comptable en tant que conseil

Il faut souligner le rôle spécifique qu'est conduit à jouer l'expert-comptable comme conseil aussi bien du cédant que du cessionnaire.

Nonobstant les recommandations que ses compétences dans différents domaines le conduisent à prodiguer à l'un ou à l'autre, l'expert comptable est celui qui est appelé :

- en tant que conseil du cessionnaire, à examiner et auditer les comptes de l'entreprise convoitée ;
- en tant que conseil du cédant, à arrêter les comptes de l'entreprise cédée, ou bien d'une ou plusieurs des sociétés participant à l'opération de transmission dans le cadre d'une fusion ou d'un apport d'actif.

Par voie de conséquence, l'expert comptable qui a arrêté un bilan donnant de la société cédée une image améliorée, risque de voir sa responsabilité recherchée par le cessionnaire ou par tout tiers intéressé, ceci indépendamment des poursuites pénales dont il peut faire l'objet.

Ainsi, les possibilités de mise en jeu de sa responsabilité sont multiples, tant il est vrai que les litiges survenant en matière de transmission d'entreprise portent le plus souvent sur le prix et donc sur la valorisation du passif ou des éléments d'actif.

Notons que la responsabilité du commissaire aux comptes qui a certifié un bilan litigieux se trouverait également engagée bien qu'il n'ait pas participé activement à l'opération de transmission.

*
**

En résumé qu'ils collaborent ou non à la conception et à la réalisation de l'opération de transmission d'entreprise, qu'ils soient ou non rédacteurs des actes donnant consistance à l'opération, les divers professionnels qui interviennent aux côtés du cédant ou du cessionnaire ont une obligation de conseil.

Ne pas s'en acquitter convenablement constitue un manquement, susceptible d'engager la responsabilité civile et parfois pénale des intéressés.

Il faut ajouter que l'intervention des conseils peut encore se poursuivre lors de la mise en œuvre des accords et aussi longtemps que l'opération ne s'est pas dénouée.

On conçoit dans ces conditions que leur responsabilité et celle des intermédiaires soient souvent recherchées si des manquements leur sont imputables. Elle peut l'être :

* **par leur mandant**, s'il estime que ses conseils l'ont entraîné dans une opération hasardeuse, qu'ils ont mal

apprécié les conséquences pour lui du montage qu'ils ont conçu ou bien qu'ils se sont trompés ;

* **par la partie opposée à leur client** ;

* **par toutes personnes s'estimant lésées** par l'opération, ceci solidairement ou non avec d'autres intervenants, lesquels peuvent être le cédant ou le cessionnaire ou d'autres conseils.

Il faut observer, à ce propos, que la réaction fréquente et bien naturelle du cédant ou du cessionnaire dont la responsabilité est recherchée est d'invoquer celle de son conseil et de se retrancher derrière la compétence des professionnels dont les services ont été requis.

Mais il y a lieu de remarquer aussi que la responsabilité peut être partagée.

Dans cet esprit, un arrêt, en date du 1^{er} février 1984, de la Cour d'appel de Paris a retenu le principe de responsabilités concomitantes et du partage de responsabilité (12).

Elle avait estimé que le préjudice subi par le repreneur d'une entreprise, qui s'était engagé au vu d'un bilan inexact, devait être réparé in solidum par « le président, « l'expert comptable et le commissaire aux comptes ».

La Cour avait d'ailleurs considéré que le repreneur avait concouru à son propre dommage en ne procédant pas à un contrôle des valeurs du bilan ni à une révision comptable approfondie.

Ces exemples montrent qu'à des titres divers, les personnes qui sont intervenues aux côtés des acteurs principaux de la cession peuvent voir leur responsabilité recherchée.

Ces mises en cause de professionnels sont d'autant plus tentantes et fréquentes que les intéressés sont en règle générale titulaires de contrats d'assurance « Responsabilité civile », les garantissant contre les risques inhérents à l'exercice de leur activité.

II-3. – La mission de l'expert judiciaire

Les litiges à l'occasion desquels la responsabilité des intervenants dans la transmission d'entreprises est recherchée peuvent conduire le juge à inviter l'expert-comptable judiciaire qu'il désigne à examiner plusieurs points.

Il peut lui demander simplement d'effectuer des investigations en vue de réunir les éléments nécessaires à l'évaluation du préjudice subi par l'une des parties.

Si une lettre de garantie d'actif net a été signée par le cédant, l'expert-comptable judiciaire pourra être chargé de déterminer les sommes dont le cédant sera redevable envers le cessionnaire du fait de la mise en application de cette lettre de garantie.

(12) Cour d'appel de Paris, 7^e Chambre, 1^{er} fév. 1984 : *Rev. soc.* 1984, p. 779.

Il devra chiffrer les dettes latentes au jour de la négociation et qui sont apparues ultérieurement ou celles dont l'existence était connue du cédant ou de ses conseils mais qui ont été dissimulées au cessionnaire.

De même il aura à estimer le montant des actifs figurant au bilan ou à la situation de référence mais qui se sont révélés irrécouvrables.

Mais la mission peut aussi comporter la recherche des faits et éléments permettant de déterminer si la responsabilité de l'un ou de plusieurs des intervenants se trouve engagée, pour quelle raison et sur quel fondement elle l'est. Remarquons à ce propos que l'expert judiciaire n'a pas à dire le droit mais qu'il doit être imprégné des règles du droit pour que son rapport réponde à l'attente du magistrat.

Il sera conduit à rechercher :

- les fautes éventuellement commises ;
- la réalité du préjudice invoqué ;
- l'existence d'un lien de causalité entre les fautes et le préjudice.

En toutes hypothèses, pour apprécier si la responsabilité de tel intervenant se trouve engagée dans l'opération de transmission d'entreprise étudiée, l'expert devra s'attacher à observer des règles essentielles.

1) En premier lieu, il doit se placer à l'époque des faits.

L'expert intervient en général plusieurs mois, quelquefois même plusieurs années, après la survenance des faits qui ont motivé sa désignation.

Il est possible que le contexte dans lequel s'est déroulée l'opération de transmission d'entreprise diffère sur un point non négligeable de celui dans lequel sont diligentés les travaux d'expertise, ce qui est de nature à fausser la vision des faits et l'appréciation que l'on va porter sur les responsabilités encourues.

Ainsi il arrive qu'un procédé de fabrication dont l'intérêt pouvait justifier l'évaluation faite à l'époque de l'opération devienne très vite obsolète et que les profits attendus ne se réalisent pas.

Des phénomènes analogues sont fréquemment constatés dans le domaine commercial, où des marchés prometteurs se trouvent brutalement saturés pour des raisons diverses.

On peut aussi évoquer, dans le même ordre d'idées, la mise en vigueur, quelquefois inattendue, de normes nouvelles contraignant la société cédée à engager des dépenses imprévues pour s'y conformer.

Quelquefois aussi, une décision de jurisprudence postérieure à l'opération de transmission peut conduire à porter une appréciation différente sur les faits que doit examiner l'expert.

2) En second lieu, l'expert judiciaire doit s'attacher à **déterminer si les intervenants dont la responsabilité est recherchée avaient connaissance de faits ou d'informations de nature à modifier les bases de la négociation.**

Ainsi lorsqu'une entreprise est amenée à déposer son bilan quelques mois après la cession de ses actions, l'expert doit rechercher si cette issue était inéluctable à la date de signature des actes de cession.

De même s'agissant, par exemple, d'une entreprise amenée, postérieurement à sa cession, à déprécier une créance importante figurant au bilan de référence, l'expert doit rechercher si, au jour de la négociation, le cédant ou son expert comptable détenait des informations devant le conduire logiquement à déprécier ladite créance.

Dans un arrêt du 28 janvier 1992, la Cour de cassation n'a pas retenu la responsabilité d'un conseil juridique, rédacteur d'actes de cession de parts sociales, que ses clients, cédants, n'avaient pas informé de l'existence d'un engagement sous seing privé envers la société (13).

En ce qui concerne plus généralement la dépréciation de postes d'actif, l'expert doit donc déterminer si les provisions constituées répondent à une nécessité, c'est-à-dire si, en l'état des informations dont le cédant avait connaissance leur constitution répondait à une exigence de sincérité des comptes, ou si elles ont été pratiquées dans le seul but de voir attribuer, postérieurement à la cession, une valeur inférieure à celle qui a été négociée.

3) Parmi les problèmes auxquels se trouve confronté l'expert judiciaire en matière de transmission d'entreprise, l'un doit plus particulièrement retenir l'attention; il s'agit du problème relatif aux **changements apportés par le cessionnaire aux méthodes d'évaluation** de certains des postes des bilans ou situations ayant servi de base à la négociation, changements pouvant constituer une source de litige dans la mesure où ils se traduisent par une diminution de l'actif net de la société cédée.

Certains se justifient par la volonté du cessionnaire de se conformer aux règles édictées par le Plan Comptable et d'arrêter des comptes sincères.

Par contre d'autres changements de méthode peuvent présenter un caractère plus arbitraire et s'expliquer par le seul désir de l'acquéreur d'obtenir une diminution du prix convenu.

Dans un arrêt du 26 avril 1988 (14), la Cour de cassation a confirmé une décision de la Cour d'appel de Rennes. Celle-ci avait réduit le montant des indemnités accordées à un cessionnaire d'actions dans le cadre d'une garantie de passif, en se fondant sur l'incidence qu'avait sur la garantie accordée le changement constaté au sein de la société dans la méthode d'évaluation des stocks.

En pareil cas, il importe, pensons-nous, pour l'expert judiciaire commis, de rechercher si le changement apporté à la méthode d'évaluation présente un caractère d'opportunité ou s'il résulte de la stricte application des règles à observer pour arrêter des comptes sincères.

(13) Cour de cassation 28 janv. 1992, 1^{re} Chambre civile : *Bull. Joly* avril 1992, p. 440.

(14) Cour de cassation, Ch. commerciale, 26 avril 1988 : *Bull. Joly* mai 1988, § 152.

Il faut aussi remarquer que l'expert judiciaire intervient bien après les faits qui ont suscité la recherche de responsabilité des intervenants. Il bénéficie donc d'un certain recul, il connaît les conséquences de ces faits et les développements de l'affaire. De plus il dispose d'informations généralement plus étendues que certaines des personnes mises en cause, - intervenants ou commissaire aux comptes ou commissaires aux apports -, et est en mesure de porter une attention plus grande à des points qui, à l'époque des faits, pouvaient passer inaperçus ou paraître d'importance secondaire.

Ces raisons doivent donc l'inciter à faire preuve pas seulement de technicité mais de prudence et d'objectivité, toutes qualités requises d'un expert judiciaire, et ceci d'autant plus que ses investigations pourront parfois conduire le Parquet à diligenter une information contre tel ou tel intervenant à la cession et à ordonner une expertise en matière pénale, donnant lieu à de nouvelles investigations.

CONCLUSION

Les développements qui précèdent ont mis en évidence la complexité des investigations auxquelles va devoir se livrer l'expert judiciaire chargé de rechercher les éléments susceptibles d'engager la responsabilité d'intervenants dans une opération de transmission d'entreprise.

Cette complexité résulte :

- de l'abondance des documents qu'il va devoir consulter ;
- de la multiplicité des acteurs intervenant dans les opérations de transmission d'entreprise ;
- et de l'imbrication de leurs rôles respectifs.

Les difficultés rencontrées par l'expert vont se trouver accrues du fait de la nécessité pour lui de se replacer à l'époque des faits et non de se situer dans l'instant présent.

Je me suis efforcé dans mon exposé de souligner ces difficultés en matière de responsabilité civile. La complexité et la difficulté des travaux auxquels va devoir se livrer l'expert en matière pénale n'est pas moins grande.

C'est le sujet que va maintenant traiter mon excellent confrère, Michel Bruyas.

(Applaudissements)

M. Bézard. – Merci de cette excellente intervention qui nous a beaucoup retenus. Vous avez vu avec quelle attention nous vous avons écouté. Pour ma part, je trouve que cet exposé est précis, clair, documenté aux bonnes sources des textes et de la jurisprudence et nous a beaucoup apporté.

Vous avez indiqué, en particulier, les arrêts essentiels dans ce domaine. Votre introduction a bien délimité le problème au regard du droit des sociétés mais après avoir défini les notions que vous trouvez sur votre chemin c'est-à-dire d'entreprises, d'interventions, etc.

J'ai retenu aussi les considérations très fortes que vous avez présentées à vos collègues experts de faire preuve d'objectivité, de prudence et ceci est effectivement essentiel. J'ajouterai, peut-être aussi, fermeté, cela va de soi puisque c'est votre mission d'éclairer le juge de manière non ambiguë.

La séance est suspendue.

ÉTUDE DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE

Monsieur Michel BRUYAS



La séance est reprise.

M. Bézard. – Mesdames, Messieurs, sans plus attendre car on va vous présenter maintenant un exposé important sur la responsabilité pénale, sujet qui, par les temps qui courent, ne peut laisser personne indifférent, je vais passer la parole à M. Bruyas.

Introduction

Ainsi que l'a développé mon confrère Engelhard, la transmission de la propriété d'entreprise peut prendre des formes variées selon qu'il s'agit :

- de la cession d'une entreprise individuelle ;
- de la cession de l'ensemble des titres d'une société ;
- du rapprochement de deux ou plusieurs entreprises résultant d'une opération de fusion.

Cette transmission de propriété peut également n'être que partielle à l'occasion :

- de la cession d'un bloc d'actions ;
- de l'entrée sur le marché boursier.

Dans tous les cas, ces opérations (cessions ou rapprochements) mettent en jeu des techniques comptables, juridiques et financières complexes qui font qu'elles constituent un terrain propice à la commission d'actes pouvant entraîner la recherche judiciaire de la responsabilité des divers concepteurs et des auteurs de ces opérations.

Dans les faits, cette recherche de la responsabilité va s'appuyer sur l'examen de deux catégories d'actes :

- les actes anormaux effectués en vue de la réalisation, et lors de la réalisation de l'opération de cession ;
- les actes anormaux de gestion réalisés bien antérieurement à la cession et non nécessairement en vue de cette cession.

Les rapprochements d'entreprises s'accompagnent presque toujours du changement des organes dirigeants et marquent une rupture dans la continuité de la gestion.

C'est donc un moment privilégié où les nouveaux responsables de l'entreprise vont pouvoir examiner la conduite des affaires passées.

On parle alors de dresser l'état des lieux. Cette pratique a un double objet :

- vérifier la qualité, l'exactitude et la sincérité des paramètres utilisés dans la procédure de rapprochement ;
- relever et dater l'imputabilité d'éventuels manquements aux principes d'une saine gestion.

Et, qu'il s'agisse de la critique des actes des anciens responsables de la gestion de l'entreprise ou de la mise en cause des techniques utilisées aux fins de parvenir au rapprochement, c'est souvent sur le terrain du droit pénal que se développeront les contentieux.

A la suite d'une opération de rapprochement, il n'est pas inhabituel de voir procéder à un examen de l'ancienne gestion pour relever toutes les anomalies y compris celles susceptibles d'une qualification pénale. Quelles que soient la taille de l'entreprise, objet de la transaction, la nature et la complexité des techniques mises en œuvre pour réaliser le rapprochement, les nouveaux dirigeants trouveront opportun d'analyser la gestion des affaires pratiquées par l'ancienne équipe dirigeante.

Ce n'est qu'après avoir pris le contrôle de la société que ces nouveaux responsables sociaux pourront avoir accès à l'ensemble des dossiers et, lors de cet examen, plusieurs types de faits susceptibles de qualification pénale pourront apparaître :

1. – Des faits délictuels relatifs à l'utilisation du patrimoine social.

A ce titre, les infractions d'abus de biens sociaux ou du crédit de la société sont le plus souvent relevées. Les faits constitutifs de ces infractions sont multiples, allant :

- du plus simple tel que le prélèvement opéré dans la trésorerie de l'entreprise sous les formes les plus diverses,
- à des montages beaucoup plus sophistiqués couvrant des mouvements de trésorerie critiquables tels que des

avances de fonds des filiales à la société-mère, avances parfois cachées sous le couvert de facturations de prestations discutables ;

– ou encore résultant d'avances faites ou de garanties données sans contrepartie à des sociétés n'ayant pas de lien juridique ni économique avec l'entreprise si ce n'est l'existence d'intérêts personnels directs ou indirects de dirigeants communs.

2. – Des faits délictuels relatifs à l'information fournie par l'entreprise.

L'information délivrée par l'entreprise peut prendre des formes très diverses. D'une façon générale, il y a le bilan, le compte de résultat annuel et l'annexe, ainsi que le rapport de gestion et les documents prévisionnels. Tous ces documents étant soumis à l'appréciation du commissaire aux comptes, mon confrère Fleury développera les conséquences pour ce dernier du défaut de sincérité de tels documents quant à la mise en cause éventuelle de ces professionnels.

Dans les sociétés importantes, on peut citer les états semestriels établis par les sociétés cotées en bourse, les bilans consolidés, et d'une façon générale les documents de présentation de l'entreprise, documents destinés au cessionnaire et élaborés en vue ou à l'occasion de la cession.

Ces informations peuvent avoir été altérées par des manipulations qui visent :

- soit à cacher des actes délictuels tels que les abus de biens sociaux et du crédit de la société ;
- soit à travestir la réalité économique de l'entreprise afin de présenter une image beaucoup plus flatteuse que réelle ;
- soit à dissimuler certains engagements qui devraient figurer hors bilan dans l'annexe.

3. – Des faits qualifiables d'escroquerie

Ces faits opèrent la synthèse d'autres agissements frauduleux comme par exemple le fait de présenter un bilan qui ne donne pas l'image réelle de l'entreprise et qui se révélera déterminant pour inciter une des parties à réaliser la cession ou le rapprochement envisagé.

Chapitre I

Faits commis par les personnes dont la responsabilité pénale est recherchée

Le droit pénal est par nature personnel. La sanction pénale ne peut être infligée qu'à celui qui a participé à l'infraction. Ce principe a été maintes fois rappelé par la juris-

prudence pour laquelle « nul n'est responsable qu'à raison de son fait personnel ».

Ce principe indéniable a été affirmé pratiquement dans les mêmes termes par l'article 121.1 du Nouveau Code pénal selon lequel « nul n'est responsable pénalement que de son fait ».

Quelles sont les personnes punissables ?

- Il y a l'auteur principal,

celui au bénéfice de qui l'acte anormal a été commis ou a donné lieu à un commencement d'exécution. L'article 121.5 prévoit en effet que « la tentative est constituée dès lors que, manifestée par un commencement d'exécution, elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur ».

- Il y a le complice.

Le Code de 1810 distinguait l'auteur et le complice, ce dernier agissant :

- soit – par procuration ;
- par instruction ;
- par la fourniture de moyens ;
- soit enfin – par aide et assistance.

Notre Code pénal distingue :

- l'auteur (art. 121-4) qui commet les faits incriminés ;
- du complice (art. 121-7) qui sciemment par aide ou assistance en a facilité la préparation ou la consommation ;
ou qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué une infraction ou donné des instructions pour la commettre ;

- Enfin, il y a le receleur.

Depuis une loi du 22 mai 1915 le receleur n'est plus un complice mais l'auteur principal d'un délit particulier, le recel, dont les éléments constitutifs et la sanction sont dans une certaine mesure distincts de l'infraction par laquelle ont été obtenues les choses qu'il recèle.

Les articles 321-1 et 321-3 du Nouveau Code pénal établissent ce principe, la peine encourue est de 5 ans d'emprisonnement et de 2 500 000 F d'amende, cette dernière pouvant être relevée jusqu'à la moitié de la valeur des objets recelés.

I. – Les fait répréhensibles

Nous avons déjà exposé qu'il était possible de scinder en plusieurs catégories les faits susceptibles d'engager la

responsabilité pénale de leur auteur selon qu'ils ont été accomplis :

- avant l'opération de rapprochement ou de cession ;
- d'une manière concomitante à cette opération de rapprochement ;
- après cette opération.

Si les deux premières catégories relèvent de la responsabilité du cédant et de ses conseils, la dernière catégorie relève bien entendu de la responsabilité du seul cessionnaire et de ses conseils.

1. – *Faits commis avant le rapprochement*

La recherche de l'imputabilité des faits punissables commis avant le rapprochement conduit inéluctablement à s'intéresser aux anciens dirigeants de l'entreprise, qu'il s'agisse de dirigeants de droit ou de fait.

Cette qualité de dirigeants, auteurs principaux des infractions commises, est un des éléments constitutifs des infractions relatives à la gestion des sociétés commerciales.

D'autres acteurs de la vie passée de l'entreprise pourront voir leur responsabilité recherchée dans la mesure où ils pourront apparaître comme des complices par assistance au sens de l'article 212.7 du Code Pénal. Il s'agira de divers conseils qui auront techniquement concouru à la réalisation de l'opération, soit essentiellement :

- le conseil juridique qui aura imaginé le montage ;
- l'expert comptable qui pourra être accusé d'avoir mis sa technicité au service de la fraude ;
(il s'agit du fameux « délit de comptable »)
- le commissaire aux comptes qui pourrait être poursuivi selon les dispositions de l'article 457 de la loi du 24 juillet 1966 pour avoir certifié des comptes qui n'étaient ni réguliers ni sincères ou pour avoir dérogé aux dispositions de l'article 283 de la même loi, c'est-à-dire n'avoir pas révélé au Procureur de la République les faits délictueux dont il a eu connaissance ;
- le conseil financier, ou le banquier qui aura imaginé le montage et rédigé les conventions.

D'autre part, dans le cas de reprise d'une entreprise en difficulté les partenaires financiers pourront éventuellement se voir actionner pour complicité d'emploi de moyens ruineux de se procurer des fonds par l'ancienne gestion en vue de retarder la constatation de l'état de cessation des paiements.

2. – *Faits réalisés au moment du rapprochement*

L'opération de rapprochement elle-même est de nature à permettre la réalisation d'agissements constitutifs de délits.

Nous avons déjà exposé que les opérations de regroupements d'entreprises mettent en jeu des techniques financières, comptables, fiscales complexes et peuvent conduire

à négliger un certain nombre de principes de transparence que doivent respecter les divers acteurs, parties prenantes à ces rapprochements.

Cette atteinte au principe de transparence peut découler de différents faits lors d'opérations de rapprochement.

Les comptes consolidés publiés par une entreprise cotée, et certifiés par le commissaire aux comptes, doivent donner le reflet exact et sincère de la situation économique du groupe de sociétés concerné. Toute atteinte à ce principe édicté par l'article 8 du Code de commerce, c'est-à-dire la diffusion d'informations mensongères par mensonge proprement dit ou par abstention, est réprimée par l'article 10-1 de l'ordonnance du 28 septembre 1967, 4° alinéa.

L'atteinte au principe d'égalité est une tentation courante dans les opérations de rapprochement lorsque le respect de l'égalité de traitement entre associés minoritaires et majoritaires peut entraîner des surcoûts parfois considérables.

C'est ainsi que l'on voit parfois des opérations dans lesquelles associés minoritaires et associés majoritaires subissent des traitements différents, les sacrifices imposés aux minoritaires trouvant leur justification dans la raison avouée de l'intérêt économique du groupe et inavouée de l'intérêt de ces mêmes associés majoritaires initiateurs du rapprochement.

En cas de rachat d'une entreprise il arrive que l'enveloppe globale proposée par le repreneur soit répartie de manière inégale entre les associés de la société cible. La valeur d'une action d'un associé minoritaire est alors évaluée à un montant bien inférieur à ce que donnerait la simple application d'un coefficient d'abattement de minorité à la valeur retenue pour une action d'un associé majoritaire.

La même situation peut se rencontrer en cas de fusion dans un groupe lorsque l'évaluation de la société cible est minorée et que la rémunération de l'apport revenant aux minoritaires hors groupe se trouve de ce fait diminuée.

3. – *Faits réalisés après le rapprochement*

Enfin, on peut encore rencontrer des situations qui portent atteinte à ce qu'on pourrait appeler le principe de l'équilibre financier qui se doit d'exister dans ces opérations de regroupement.

C'est ainsi que la technique de la reprise d'une entreprise par ses salariés (le RES), avec l'effet de levier financier qu'elle anticipe, a parfois conduit certaines personnes à pousser jusqu'à son terme la logique de ce mécanisme pour aboutir à l'acquisition d'une entreprise grâce à la trésorerie propre de cette dernière. Sur ce dernier point, on se doit d'évoquer les dispositions de l'article 217-9 de la loi du 24.07.1966 qui stipule :

« Une société ne peut avancer des fonds, accorder des prêts ou consentir une sûreté » en vue de la souscription ou de l'achat de ses propres actions par un tiers ;

Lorsque la finalité du rapprochement de deux entreprises n'est plus la réalisation d'une opération économique et financière, mais a pour seule fin le pillage de la trésorerie de la société "cible" pour donner à l'autre les moyens destinés à assurer ses engagements financiers, il apparaît bien que les qualifications d'abus de biens sociaux ou de crédit de la société trouvent leur application.

La responsabilité pénale de ce type d'agissements incombe là encore aux dirigeants de l'entreprise.

Mais, au contraire des actes commis dans le passé, la responsabilité de tels actes va incomber aux nouveaux dirigeants de l'entreprise car c'est bien le bénéficiaire économique final, le repreneur, qui pourra être poursuivi comme auteur principal des détournements d'actif s'il a la qualité de mandataire social.

En définitive, la responsabilité pénale des intervenants aux rapprochements des entreprises est essentiellement, et à titre principal, celle des mandataires sociaux. Les autres intervenants – conseils fiscaux – conseils financiers – avocats – experts – encourrent une responsabilité pénale principalement à raison de l'aide, de l'assistance qu'ils ont apportées à l'auteur principal dans la réalisation des délits susceptibles d'être poursuivis.

Dans tous les cas, les personnes qui auront aidé l'auteur principal de l'infraction, qui l'auront guidé dans le choix des moyens, ou qui l'auront conduit à commettre tel acte indélicat pourront voir leur responsabilité recherchée en qualité de complices.

Et bien sûr, elles n'encourront une mise en cause de leur responsabilité pénale personnelle que si à l'occasion de leur intervention en qualité de conseil, elles ont accompli sciemment des actes autonomes tels que :

- montage juridique hasardeux ;
- faux en écritures ;
- manipulation des cours ;
- agissements d'initiés ;
- établissement et diffusion de fausses informations.

Mais le droit pénal est par essence un droit restrictif et la mise en cause de la responsabilité pénale est subordonnée à l'existence d'un texte répressif, et nous nous proposons d'en examiner maintenant les principaux.

II. – Les textes

La complexité grandissante du monde des affaires a abouti à la multiplication des textes qui prévoient une répression pénale de certains agissements des acteurs économiques. Il n'entre pas dans notre propos d'établir le catalogue long et fastidieux de ces textes. Nous nous contenterons de rappeler les plus importants.

Nous avons déjà développé le fait que la recherche de responsabilité pénale des acteurs participant à une opéra-

tion de cession d'entreprise pouvait être engagée du fait d'actes indélicats effectués au titre de l'objet de cette opération au moment de sa réalisation. Elle peut être également engagée :

- pour des actes antérieurs à la cession, le cessionnaire exhumant dans la gestion passée de la société les actes anormaux des anciens gestionnaires qui lui permettront d'engager leur responsabilité, cette opération se replaçant dans le cadre plus général d'une négociation visant à obtenir une diminution du prix ;

- et enfin pour des actes postérieurs à la cession et nous visons là le cas d'un cessionnaire utilisant les fonds de la société reprise afin de couvrir ses propres engagements financiers lorsque les espoirs de bénéfice s'évaporent, et que l'effet de levier attendu dans une opération de RES ne se réalise pas.

Mon confrère Engelhard ayant largement traité des conditions de mise en jeu de la responsabilité civile et pénale, j'en viendrai immédiatement aux textes répressifs les plus importants. Ces textes ont trois sources :

- le Code pénal ;
- la loi sur les sociétés commerciales du 24 juillet 1966 ;
- des textes spécifiques visant les sociétés cotées par ailleurs soumises au contrôle de la COB.

Les textes les plus importants qui permettent la mise en jeu de la responsabilité pénale d'une personne physique sont :

L'article 313-1 du Nouveau Code pénal relatif à l'escroquerie qui précise :

L'escroquerie est le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge.

L'escroquerie est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 2 500 000 F d'amende.

L'article 437 alinéa 2 de la loi du 24 juillet 1966 qui réprime la publication ou la présentation aux actionnaires des comptes annuels ne donnant pas l'image fidèle du résultat de la situation financière et du patrimoine de la société. Plus important encore nous apparaissent les alinéas 3 et 4 de ce même article qui définissent le délit d'abus de biens et de crédit de la société et l'abus des pouvoirs ou des voix.

L'article 437-3 qui stipule :

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

L'article 437-4 qui stipule :

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

Le 1^{er} alinéa de ce même article 437 édicte les peines encourues, soit de 1 à 5 ans d'emprisonnement et de 2 000 F à 2 500 000 F d'amende – ou l'une ou l'autre de ces deux peines seulement.

Parallèlement à ces articles il existe un nombre important de textes qui répriment les manquements à des règles spécifiques qui s'imposent aux sociétés cotées, notamment à l'occasion d'opérations boursières.

Ces sociétés étant sous la surveillance de la COB des sanctions administratives viendront en plus compléter les éventuelles sanctions pénales. Dans ce type d'opérations, une information fiable du public est essentielle et la transparence du marché ne peut être assurée que si, indépendamment de la publication des comptes annuels et des avis liés aux opérations financières sincères, les investisseurs ont connaissance de tous les faits nouveaux susceptibles de provoquer une variation de la valeur boursière du titre.

C'est ainsi que l'article 5-1 du règlement de la COB 90/02 prévoit que toute personne qui prépare à des fins personnelles une opération financière susceptible d'avoir une incidence significative sur le cours des actions en bourse doit porter le plus tôt possible les caractéristiques de cette opération à la connaissance du public.

Et l'article 2 précise que l'information donnée au public doit être exacte, précise et sincère.

Dans son règlement n° 90-08 (art. 2 et s.), la COB a édicté un certain nombre d'interdictions en ce qui concerne l'utilisation d'une information privilégiée par les personnes qui ont connaissance de faits inconnus des tiers, à raison :

- de leur qualité de membre des organes de direction et d'administration de l'organisme émetteur, soit à raison des fonctions qu'elles exercent au sein de la structure émettrice.

On parle alors d'initiés primaires internes

- de la préparation ou de l'exécution d'une opération financière.

Il s'agit des initiés primaires externes :

- de l'exercice de leur profession.

Il s'agit des initiés secondaires.

Enfin, ces interdictions s'appliquent également aux personnes qui en connaissance de cause possèdent une information privilégiée provenant directement ou indirectement

des personnes énumérées ci-dessus. Les trois premiers cas visent la communication et l'exploitation de cette information, le dernier cas ne porte que sur son exploitation.

La non observation de ces obligations est sanctionnée par l'article 10-1 de l'ordonnance 67833 du 28 septembre 1967 qui prévoit la possibilité d'infliger une peine de prison de 2 ans et une amende de 10 000 000 de francs, ce dernier montant pouvant être porté au décuple des profits éventuellement réalisés.

Parallèlement à ces textes, la loi du 24 juillet 1966 fournit un arsenal répressif important lorsqu'il s'agit d'engager la responsabilité pénale des dirigeants d'une société pour des faits commis avant la cession et qui concernent la vie de la société. Ces textes sont trop nombreux pour être cités ici. Nous rappellerons seulement :

- les articles 432 à 436 traitant des infractions relatives à la constitution des sociétés anonymes ;

- les articles 437 à 439 traitant des infractions relatives à la direction et à l'administration des sociétés anonymes ;

- les articles 440 à 448 relatifs aux assemblées d'actionnaires ;

- les articles 455 à 458 relatifs au contrôle des sociétés anonymes ;

- les articles 465 à 477 traitant des infractions relatives aux actions ou parts de fondateur, aux obligations.

Dans les faits, hormis les cas d'infraction à la réglementation des sociétés cotées, la très grande majorité des mises en cause pénales des intervenants à une cession d'entreprise se fera sur la base des dispositions des articles 313-1 du Nouveau Code pénal relatif à l'escroquerie et de l'article 437-3-4 de la loi du 24 juillet 1966 relatifs à la répression des abus de biens et de crédit et de pouvoir. Tous ces textes n'impliquent pas nécessairement le rapprochement de sociétés. Ils sont de portée générale et peuvent donc trouver leur application dans le cadre d'une cession. Nous proposons d'examiner à présent quelques cas de mise en cause de responsabilité pénale.

Chapitre II

Quelques cas particuliers de responsabilité

La Chambre Criminelle de la Cour de Cassation a rendu le 10 juillet 1995 un arrêt extrêmement important pour tous ceux qui s'intéressent aux opérations de cession de société par actions et à l'ingénierie financière juridique et fiscale développée à cette occasion.

L'acquisition des actions d'une société, la société cible, est souvent réalisée par un holding constitué et contrôlé

par le repreneur et qui emprunte à un organisme financier une partie des fonds nécessaires à l'opération.

L'intérêt financier de l'opération est le suivant :

– le remboursement des emprunts peut être effectué par des fonds provenant de la cible, à condition toutefois que cette remontée de fonds reste dans la norme, par exemple des distributions de bénéfices ;

– fiscalement, dans la mesure où le holding a une activité économique propre et facture certaines prestations à ses filiales, les intérêts des emprunts sont déductibles de ses bénéfices taxables et les dividendes versés par la cible sont reçus en franchise d'impôt par le holding.

Le danger d'une telle opération est de conditionner le remboursement des emprunts à la réalisation des dividendes futurs et en cas d'insuffisance de ces derniers de puiser dans la trésorerie de la cible et de mettre dans les faits à la charge de cette cible le financement de l'achat de ses propres actions par le holding.

Si l'on se contente de remonter les dividendes normalement distribuables dans le holding pour lui permettre de payer les créanciers, l'opération est à la fois sûre juridiquement et avantageuse financièrement et fiscalement. Mais si on va plus loin en obligeant dans un premier temps la cible à faire des avances au holding qu'il n'aura pas la possibilité de rembourser, puis que l'on cherche à éteindre la dette du holding issue de ces types de transferts de fonds en opérant une opération de fusion-absorption, on risque fort de commettre des délits pénaux, notamment celui d'abus de biens et du crédit de la société ou celui d'abus de pouvoir (art. 437-3 et 4 de la loi du 24 juill. 1966).

A cet égard, l'arrêt rendu le 10 juillet 1995 par la Chambre criminelle de la Cour de cassation est particulièrement intéressant. Cet arrêt a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de la 9^e Chambre de la Cour d'appel de Paris en date du 27 avril 1994, qui elle-même avait statué en appel d'une décision de la 11^e Chambre correctionnelle de Paris du 9 avril 1993.

Quels étaient les faits ?

Le 20 novembre 1986, SIFB, holding d'un petit groupe de sociétés sans grande surface financière, et dont Monsieur P. son Président directeur général détient la presque totalité du capital, a acquis 99,99 % des actions de la société Delattre-Levivier.

Le prix était fixé à 40 MF payables comptant, augmenté d'une somme égale à 10 % du résultat des trois années suivantes avec un minimum de 10 MF.

Le montant total du prix, compte tenu des résultats dégagés, s'élèvera finalement à 78 MF.

Cette acquisition fut rendue possible grâce à l'appui de la banque SDBO qui prêta 30 MF et garantit le paiement à terme à hauteur de 30 MF. Les engagements de SDBO étaient eux-mêmes garantis par un nantissement des actions et par un cautionnement hypothécaire fourni par Monsieur P.

Les 40 MF correspondant à la fraction du prix payable comptant ont été versés grâce :

- au prêt de SDBO 30 MF
- à des prélèvements dans les filiales dont SIFB détenait le contrôle au moment de l'opération avec Delattre-Levivier 10 MF

Le solde de 38 MF a été à son tour payé grâce à des avances de Delattre-Levivier devenue filiale du holding SIFB.

Ainsi le 30 janvier 1990, compte tenu d'autres avances effectuées, la cible se trouvait avoir prêté au holding SIFB 60 MF et le montant de ces avances allait atteindre 68,7 MF le 13 février 1990 .

C'est alors qu'intervenait une décision de fusion initiée par Monsieur P. Le 30 mars 1990, le projet de fusion entre SIFB et l'ensemble de ses filiales était approuvé par les actionnaires. Il stipulait un effet rétroactif au 30 septembre 1989, date à laquelle la créance de la filiale sur la société holding n'était que de 20,4 MF

C'est ainsi que par le seul effet de la fusion la créance de Delattre-Levivier s'est trouvée compensée avec la dette correspondante de sa société-mère SIFB.

Selon l'appréciation des Juges, cette fusion a été jugée déséquilibrée car :

– la cible Delattre-Levivier était évaluée à sa valeur comptable, soit 67,9 MF sans qu'aucune plus-value latente ne soit prise en compte.

– en revanche, la société holding et les autres filiales du groupe voyaient leur valeur comptable réévaluée, la valeur de l'ensemble étant fixée à 42 MF

Six mois, plus tard Monsieur P. revendait sa participation dans la société absorbante 250 MF, et rachetait pour 41 MF les filiales de la société holding. L'économie de l'opération était la suivante :

– Monsieur P. se retrouvait possesseur de son patrimoine initial, c'est-à-dire les filiales possédées avant l'opération de reprise de Delattre-Levivier, le rachat de ces filiales au prix de 41 MF validant par contrecoup la valeur donnée à ces dernières lors de l'opération de fusion.

– Monsieur P. bénéficiait d'une plus-value considérable de 209 MF, soit la différence entre le prix de vente total de 250 MF et le prix de rachat des filiales anciennes, soit 41 MF.

L'appréciation de ces éléments a amené les juges du fond à condamner Monsieur P. à 4 ans d'emprisonnement, dont 18 mois ferme, et 2,5 MF d'amende pour abus de biens sociaux et abus de pouvoir (art. 437-3 et 4).

Les juges du fond ont justement relevé :

– qu'au 30 janvier 1990 l'avance de 60 MF de Delattre-Levivier à SIFB avait permis à cette dernière de financer l'acquisition de ses propres actions, la créance sur SIFB se trouvant purement et simplement compensée par l'effet de la fusion décidée le 30 mars 1990

– et que, ce faisant, Monsieur P., dirigeant et associé possédant la presque totalité du capital, a fait des pouvoirs qu'il possédait dans la société Delattre-Levivier un usage contraire à l'intérêt de celle-ci et à des fins personnelles.

Cet arrêt est exemplaire de la responsabilité pénale encourue par un chef d'entreprise qui a reconnu avoir lui-même organisé la fusion-absorption. On peut néanmoins se poser le problème de la responsabilité de la banque elle-même associée symbolique de SIFB, et qui a fourni à cette dernière les moyens financiers de monter et conduire à son terme une opération que de ce fait elle ne pouvait ignorer.

Les juges de fond relèvent notamment que cette opération, extrêmement déséquilibrée, lésionnaire et dépourvue de toute justification économique pour la société Delattre-Levivier a offert à la banque SDBO, second actionnaire et premier prêteur de SIFB, une meilleure garantie et a permis à Monsieur P. d'entrer directement et personnellement en possession du capital de Delattre-Levivier, acquis essentiellement avec les fonds de cette société.

Concernant cette éventuelle complicité des conseils, un autre arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 09. novembre 1992 nous paraît intéressant en ce qu'il établit qu'un expert comptable intervenant en tant que professionnel de la comptabilité dans l'établissement des comptes annuels commet le délit de complicité de présentation de comptes ne donnant pas une image fidèle en omettant de faire mention d'une provision pour dépréciation des stocks relative à des produits de collection saisonniers soumis aux aléas de la mode.

Dans l'espèce, l'élément matériel de l'infraction ne soulevait pas de difficultés. L'élément moral, c'est-à-dire l'intention coupable du professionnel, était sans doute plus difficile à établir car l'article 437 de la loi de 1966 n'institue pas une présomption de mauvaise foi (Cass. crim. 2 mars 1983). Mais il apparaît bien que la jurisprudence a tendance à assimiler l'imprudence des professionnels à la véritable mauvaise foi et se réfère volontiers à la gravité des inexactitudes relevées ainsi qu'à leur nombre, la qualité du prévenu "professionnel de la comptabilité" apportant un élément supplémentaire pour établir cette mauvaise foi.

Un arrêt de la 18^e Chambre de la Cour d'appel de Paris du 30 juin 1983 est également exemplaire de ce même thème de la mise en cause de la responsabilité pénale des conseils du chef d'entreprise, bien qu'il n'ait pas de lien direct avec une opération de cession d'entreprise.

C'est ainsi que la Cour, sur appel d'un jugement correctionnel, a déclaré :

– coupable de complicité du délit de banqueroute le banquier qui avait fourni à une entreprise des moyens de crédit ruineux en vue de retarder la cessation de paiement ;

– coupable du délit de présentation de bilan inexact le professionnel comptable qui a passé en écriture des factures fictives ;

– coupable du délit de confirmation d'informations mensongères le commissaire aux comptes qui en présence de nombreuses fraudes facilement décelables a certifié sans réserve un bilan inexact.

Ce dernier point sera largement développé dans l'intervention de mon confrère Fleury.

Conclusion

La recherche des faits punissables et de leurs auteurs s'inscrit souvent dans une stratégie judiciaire dans laquelle les principes de l'action publique apparaissent très éloignés des buts réels des personnes qui procèdent à ces recherches. Dans beaucoup trop de cas on assiste aujourd'hui à des rapprochements d'entreprises sans qu'aucune vérification préalable n'ait été effectuée tant au plan comptable qu'au plan fiscal, technique ou commercial.

Mieux, certains cabinets spécialisés dans ces rapprochements conseillent cette carence d'étude préalable et se font fort d'obtenir des réductions de prix par le biais de l'utilisation abusive des termes de la clause de garantie d'actif et de passif.

Dès lors, tout est bon pour rediscuter le prix :

- changement de méthode d'évaluation ;
- provisions largement dotées après l'acquisition ;
- créances clients dont on poursuit mollement le recouvrement,

le tout accompagné d'une étude fouillée du passé de l'entreprise destinée à exhumer des faits que l'on pourra reprocher aux anciens dirigeants, et que l'on pourra utiliser comme autant de moyens de pression pour la renégociation du prix.

Il pourra s'agir :

- de primes, de salaires, d'avantages en nature aux anciens dirigeants, non autorisés par des conseils d'administration ;
- d'avantages particuliers, avances, crédits clients, tarifs favorables accordés à des sociétés dans lesquelles les anciens dirigeants ont un intérêt personnel, cet intérêt pouvant être matériel ou de toute autre nature ;
- des libéralités consenties pour capter la confiance, l'amitié de tel ou tel personnage politique ou médiatique sont aussi blâmables au regard du droit pénal que les prélèvements anormaux dans la caisse.

Dès lors, les discussions sur le prix définitif sont très souvent accompagnées en filigrane de la menace feutrée de déclencher l'action pénale pour le cas où les demandes de réduction de prix se heurteraient à un refus obstiné des cédants.

Il est effectif que la victime, le nouveau propriétaire de l'entreprise, peut tenter de déclencher l'action publique soit en déposant une plainte auprès du Procureur de la République, soit en déposant une plainte avec constitu-

tion de partie civile auprès du Doyen des juges d'instruction.

Dans ce dernier cas, dès lors que les faits sont effectivement qualifiés pénalement par la loi, que la victime peut invoquer un préjudice direct, et qu'aucun obstacle légal ne vient interdire la mise en œuvre de l'action publique, le Ministère public ne peut que requérir l'ouverture d'une information.

Ce choix de l'action pénale peut se révéler judicieux. Depuis la loi de 1989, il permet à peu de frais d'obtenir des moyens d'investigation que ne permet pas l'action civile, notamment les expertises dont le coût moyen peut excéder largement les 100 000 F qui constituent le risque maximum qu'une partie peut encourir pour constitution abusive de partie civile.

Ce fait explique que les procédures dans ce domaine soient essentiellement le fait d'initiatives privées dont le seul objectif est l'obtention d'une arme de renégociation des termes du contrat.

Face à cette dérive de l'action publique, on peut se demander si la seule riposte efficace dont dispose le Ministère Public ne consiste pas à poursuivre les faits délictueux portés à sa connaissance même en cas de désistement de la partie civile plutôt que de poursuivre pour constitution abusive de partie civile.

Enfin, nous ne voudrions pas terminer cette intervention sans évoquer un fait nouveau qui apparaît lourd de conséquences dans le cadre des rapprochements d'entreprises. Depuis le 1^{er} mars 1994, date d'entrée en application du nouveau Code pénal, les personnes morales ont une responsabilité pénale propre qui permet de poursuivre une entreprise en tant qu'entité juridique propre, et non plus uniquement au travers de ses dirigeants.

L'article 121-2 du Nouveau Code pénal stipule que :

– les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7 et dans les cas prévus par la loi ou le règlement, des infractions commises, pour leur compte, par les organes ou représentants.

Le domaine dans lequel peut être engagée la responsabilité pénale d'une personne morale est considérable, et les cas prévus par le Code pénal ont été complétés par la loi d'adaptation du 16 décembre 1992 qui a modifié un nombre considérable de textes concernant par exemple :

- le droit minier ;
- la recherche médicale ;
- les infractions relatives à la liberté des prix et de la concurrence

La loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 a complété ce dispositif à propos de la prévention de la corruption et de la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

Compte tenu de l'importance de ces nouvelles dispositions, il est aisé de présager des conséquences extrême-

ment lourdes qu'elles induisent dans la mesure où à l'occasion d'une cession d'entreprise un véritable passif pénal peut passer du cédant au repreneur.

(Applaudissements)

M. Bézard. – Nous vous remercions beaucoup de cet excellent exposé qui est bien dans le lignage du précédent, enrichi sous l'aspect pénal. Vous avez présenté des développements avec beaucoup de clarté, en précisant ce qui se passait avant ces transmissions, pendant et après. Vous nous avez donné d'excellents exemples qui nous ont fait réfléchir, surtout le premier. Le second est intéressant aussi parce qu'il concerne des professionnels, le premier qui a eu recours à un montage a été sanctionné sévèrement ce qui est l'indication que tout n'est pas possible dans la pratique des affaires.

Pour terminer, vous nous avez donné votre point de vue sur les perspectives de l'élargissement de la responsabilité. Il y a là effectivement matière à réflexion approfondie.

Le problème que nous examinons aujourd'hui est non seulement un problème de grande actualité mais aussi un problème de grand avenir ce qui n'est pas sans soulever certaines inquiétudes.

Il me semble qu'il serait opportun maintenant que le Professeur Merle prenne la parole pour nous donner le point de vue d'un membre éminent de la doctrine, proche des réalités.

Monsieur le Professeur Merle (Université Paris II, Panthéon-Assas).

J'ai été très intéressé par les deux exposés qui viennent d'être faits. Je voudrais reprendre quelques points très rapidement.

Concernant la responsabilité civile du cédant, le rapporteur a justement dit qu'il n'y avait pas d'obligation légale d'information qui pesait sur lui. Et cela est un point extrêmement important. Je n'arrive d'ailleurs jamais à faire comprendre à mes étudiants pourquoi le vendeur d'une simple boutique, d'un petit fonds de commerce, a une obligation légale de renseignements alors que le vendeur d'un très gros paquet d'actions d'une société extrêmement importante, lui, n'a pas une telle obligation.

Cela ne veut pas dire, je pense, qu'il faille instaurer une obligation légale de renseignements pesant sur le cédant. En revanche, il y a peut-être une obligation plus souple à développer autour de la notion de devoir de loyauté.

La Chambre commerciale, dans un arrêt très récent concernant un minotier (1), a eu l'occasion de proclamer ce devoir de loyauté de la part du Président envers ses associés et certains se demandent si on ne pourrait pas

(1) Com. 27 fév. 1996, J.-Cl. 1996, II, 22665, J. Ghestin ; D. 1996, 518, Ph. Malaurie ; Bull. Joly 1996, p. 485, n° 164, A. Couret.

envisager d'aller plus loin, en étendant ce devoir de loyauté du cédant envers l'acquéreur éventuel ?

Je crois également qu'il y a un point important à retenir, ce qu'on oublie un peu quand on parle des garanties d'actif ou de passif, il concerne les déclarations. Je pense qu'à partir des déclarations il y a, pour le cessionnaire, un moyen d'engager, très souvent, la responsabilité du cédant.

Lors des négociations des conventions dites de garantie, je m'aperçois que les déclarations deviennent un élément de plus en plus important et quelquefois peut être plus que la garantie qui est offerte par le cédant.

Concernant le cessionnaire, vous avez fort bien fait, Monsieur le Rapporteur, d'insister sur un arrêt récent de la Chambre commerciale qui a fait une ouverture remarquable sur l'annulation d'une cession de contrôle pour erreur sur les qualités substantielles (Com. 17 oct. 1995).

L'occasion était donnée à la Chambre commerciale de prendre une position sur ce point et nous avons eu là un arrêt très fort. Certains de mes collègues avaient vu également une ouverture dans un arrêt portant sur la garantie des vices cachés (Com. 12 déc. 1995) ; peut-être n'en est-on pas au même point actuellement, mais, Monsieur le Président, je parle sous votre haute autorité, je pense que vous nous apporterez tout à l'heure les précisions utiles.

Toujours concernant le cessionnaire, on ne s'est pas interrogé sur la différence qui pourrait être faite, à mon avis, concernant le prix du rachat de l'entreprise. Est-ce qu'en particulier lorsque l'entreprise est rachetée pour un franc, on doit apprécier de la même façon les obligations du cédant ? Est-ce qu'il n'y a pas, avec ce prix d'un franc, l'admission d'un aléa qui empêcherait par la suite d'agir soit en nullité, soit en responsabilité contre le cédant ?

De même, il me semble qu'il y a une différence à faire entre la responsabilité de l'acquéreur professionnel et de celui qui ne l'est pas, vous y avez fait, d'ailleurs, allusion tout à l'heure.

J'ai été également très intéressé par l'intervention qui a été faite par le deuxième rapporteur concernant l'utilisation stratégique du pénal et le fait de ne pas demander une clause de garantie. Ma question est la suivante : est-ce que cette façon de procéder ne peut pas constituer une faute de la victime ? Est-ce que cette faute de la victime ne conduit pas à la priver d'une indemnisation éventuelle ou à réduire de façon très substantielle l'indemnisation qui pourrait lui être accordée ?

Enfin, un dernier point concernant deux arrêts importants. Je ne reviendrai pas sur l'arrêt Delattre-Levivier, je dirai simplement que cet arrêt du 10 juillet 1995 ne fait pas allusion à l'article 217-9 cher au Président Dana et il n'y a donc pas eu d'utilisation de la sanction pénale de l'article 454-1, al. 3. Pourquoi ?

Parce que, je crois que le 217-9 n'est pas d'un manie- ment facile. Les juges préfèrent se servir de l'abus de biens sociaux et de l'abus de pouvoirs qui sont deux textes plus faciles à mettre en œuvre d'autant, Monsieur le Prési-

dent Dana, que, dans un arrêt concernant des danseurs, la Chambre commerciale a fait une application très juste (1), assez stricte de l'article 217-9 en rappelant la rédaction du texte « en vue de » et vous savez que cette intention est difficile à prouver, d'où l'intérêt de se situer sur un autre terrain, celui de l'abus de pouvoirs et l'abus de biens sociaux. Merci.

(Applaudissements)

M. Bézard. – Merci Monsieur le Professeur. En un mot, puisque vous m'avez renvoyé la balle à propos d'un arrêt, je dirai que le devoir de loyauté est effectivement quelque chose d'extrêmement important. Monsieur l'Avocat général Lafortune qui a réfléchi beaucoup avec nous dans cette affaire est présent dans cette salle et confirmera mon propos. L'affaire était intéressante et tout se tient par rapport à votre dernière observation aussi sur les vices dans les cessions.

Le problème s'était posé au niveau de la Cour d'appel pour un minoritaire qui avait dit : je suis victime d'un vice, d'un dol et la Chambre commerciale a dépassé cette analyse mettant en lumière le devoir de loyauté du dirigeant, qui avait servi d'intermédiaire parce qu'il avait reçu, comme certains s'en souviennent, le paquet d'actions que ce minoritaire voulait céder. Il savait que ces actions valaient bien plus que ce qu'il allait acquérir, il avait manqué de loyauté. C'était la moindre des choses, nous avons mis alors en lumière le devoir de loyauté du dirigeant.

A partir de cette décision, on a beaucoup évoqué en doctrine et même dans la presse de grande information financière le nécessaire devoir de loyauté des dirigeants.

Cette décision marque bien, par-delà les textes qui, trop nombreux et souvent obscurs, masquent l'essentiel, que ce qui compte ce n'est pas leur respect formel mais la prise en considération de certains grands principes qu'il s'agit de respecter : loyauté, transparence, traitement égal à situation égale, ...

J'en reviens à votre deuxième observation. Vous dites : est-ce qu'il n'y a pas un devoir de loyauté qui s'applique quand on cède un paquet d'actions ? On pourrait trouver cela normal. Je me demande si, dans ce cas là, la réaction des juges n'est pas de dire : mais les ventes, c'est le Code civil. On ne va pas créer un devoir de loyauté alors qu'il y a l'erreur sur la substance, le dol, etc. Si on crée un devoir de loyauté peut-être dans ce domaine là, est-ce qu'on ne risque pas d'aller un peu trop loin ?

Je crois que le débat est ouvert. Ne tirez pas de conclusions définitives de ce que je dis. Il s'agit d'une réflexion : Quand le problème sera posé, expressément, ou tentera de le résoudre.

En ce qui concerne le vice du consentement, vous avez Monsieur le Professeur, évoqué les réflexions de certains auteurs qui ont écrit qu'il y avait une évolution extraordinaire de la Cour de cassation. Je confirme votre analyse : il

(1) Com. 15 nov. 1994, Rev. sociétés 1995, p. 66, M. Jeantin, Bull. CNCC, n° 97, 1995, p. 87, Ph. Merle.

y a une évolution, mais elle est prudente. Elle va dans le sens que vous indiquez.

Le principe est que la garantie légale joue un rôle réduit pour les cessions d'actions, en effet, ce sont des droits sociaux qui sont vendus et non la société ou le fonds de commerce.

Il en est différemment – c'est la seule exception – lorsque les actions qui ont été cédées sont vides de réalité et les termes employés sont : quand cette décision correspond à une transmission « qui ne permet plus la réalisation de l'objet social », qui ne permet plus à l'entreprise de « réaliser son objet économique ».

Prenons deux exemples précis qui ont été consacrés, pour éclairer cette solution : lorsque vous cédez les actions d'une société hôtelière alors qu'il n'y a plus d'immeubles, plus rien, qu'on ne peut plus réaliser l'objet qui est d'exploiter ces immeubles, là effectivement vous pouvez avoir une nullité. S'il s'agit, comme dans un cas qui a été jugé, d'un hôtel où il manquait un escalier de secours qu'on pouvait construire, la cession a été reconnue comme valable.

Ceci dit, le droit est en pleine évolution, la jurisprudence est dynamique, la jurisprudence doit s'adapter à la réalité et aux besoins de la pratique dans une recherche du juste équilibre des intérêts en cause. Si elle se trompe, elle revient sur sa solution, si elle persiste, le législateur est là pour consacrer les règles.

M. Tourin (Président d'honneur de la Compagnie des Experts agréés par la Cour de cassation). – J'ai été très intéressé par les exposés, en particulier celui de M. Bruyas. Je voudrais cependant attirer l'attention sur le fait qu'à mon avis – mais c'est tout à fait normal dans un congrès qui a choisi ce thème – on a toujours tendance à séparer le rôle des divers intervenants.

Juste un mot, par conséquent, pour attirer l'attention sur le développement de l'ingénierie financière de nos jours qui fait que certains banquiers d'affaires conseillent le montage financier, le mettent en place et contrôlent l'opération. Souvent, ils investissent également, donc ils courent le risque de l'investisseur et, par une autre société filiale, ils prêtent, c'est-à-dire qu'ils prennent le risque du prêteur. Il en résulte donc une confusion des tâches et certainement des responsabilités.

Je ne pense pas que la Jurisprudence ait eu à connaître très souvent de ces situations. J'attire cependant l'attention sur le fait que des missions d'expertise sont confiées dans des affaires de ce type et notamment à propos de LBO (abréviation de Leveraged buy out) dont on entend parler périodiquement (Cf. les articles 417-9, 454-1 et 437-3°, L. 24 juillet 1996).

Il est, en particulier, demandé à l'expert, en cas d'échec, de déterminer « si les prévisions étaient raisonnablement pessimistes ».

Or, on voit que dans une situation comme celle où le banquier d'affaires aurait à la fois conseillé le montage, l'aurait mis en place et contrôlé l'opération, en jouant le rôle du Conseil juridique – souvent il demandera des

audits extérieurs et il y participera – on voit qu'il lui sera difficile, à mon avis, de dégager sa responsabilité, en raison de ce cumul des différentes tâches et même dans un problème aussi délicat que celui d'un examen *a posteriori* des prévisions qui ont été établies dans un contexte économique particulier. Là encore, je rejoins les propos des conférenciers sur un point très important, c'est que l'expert doit se replacer dans la situation où se trouvaient les intervenants à l'époque des faits.

Voilà, Monsieur le Président, très brièvement ce sur quoi je voulais attirer l'attention puisque nous savons que l'article 5 de la loi bancaire prévoit (au 5°) « le conseil et l'assistance en matière de gestion financière, l'ingénierie financière et, d'une manière générale tous les services destinés à faciliter la création et le développement des entreprises » (Il s'agit d'opérations connexes aux activités bancaires).

On assiste donc au cumul des rôles de conseil juridique, de conseil financier, et également d'investisseur du banquier d'affaires qui prend quelquefois la précaution de séparer ses tâches en les confiant à différentes sociétés filiales dont l'une remplit le rôle de banquier prêteur et qui peut encore prévoir la souscription de clauses limitatives de responsabilité.

Le risque économique d'un banquier prêteur n'est pas celui d'un investisseur. C'est une situation originale, pardon si cette évocation apporte, au lieu de la clarté, une certaine confusion aux débats, consacrés de manière distincte à chaque catégorie d'intervenants, mais je tenais à signaler le problème.

(Applaudissements)

M. Magdeleinat (Expert près la Cour d'appel de Paris - honoraire). – J'ai relevé à l'occasion des interventions des deux rapporteurs la référence à ce qui est qualifié « d'imprudence », dont la caractéristique est d'engager la responsabilité de l'auteur d'un délit dans les principaux aspects qu'elle peut revêtir, c'est-à-dire civil ou pénal.

Il y a lieu de remarquer en effet que longtemps inchangée, la faute d'imprudence a connu depuis quelque temps de profondes mutations.

Il est vrai que le Parlement, qui a récemment modifié l'article 121-3 du Code pénal, dans ses alinéas 2 et 5, lequel précise « qu'il y a délit lorsque la loi le prévoit en cas d'imprudence, de négligence ou de manquement à des obligations de prudence, prévue par les lois ou les règlements », sauf « si l'auteur a accompli les diligences normales compte tenu de la nature de ses missions ou fonctions, de ses compétences, ainsi que des pouvoirs ou moyens dont il dispose ».

On constatera que l'exception est prévue dans la deuxième partie de l'alinéa qu'amorce la préposition « sauf ».

L'apport de la loi nouvelle ne semble-t-il pas de permettre une réflexion au niveau du sujet qui nous occupe, c'est-à-dire, la responsabilité des dirigeants dans le cadre même des transmissions, et l'apport de la loi nouvelle

semble, sur ce point, de nature à préciser la frontière entre la faute individuelle, qu'elle soit intentionnelle, ou précisément l'imprudence ?

Pour l'aspect purement technique des transmissions du patrimoine, notre droit comptable nouveau ne doit-il pas éclairer les débats avec la profonde réforme adoptée récemment par le Conseil des ministres ?

L'existence des contrôles normatifs, avec saisine d'organes supérieurs pour avis, s'il y a lieu, ne va-t-il pas apporter une sécurité dans les notions d'évaluation et transmission du Patrimoine, et partant, limiter ou réduire l'étendue des sanctions en cas de mise en cause des responsabilités encourues par les dirigeants ou professionnels ?

M. Bon (Président honoraire du Tribunal de commerce de Paris). – Il y a quelque chose qui m'a inquiété un peu dans l'exposé que j'ai entendu sur les conséquences que l'on pourrait tirer de l'arrêt de la Chambre commerciale de juin 1989 concernant une société dans laquelle, si j'ai bien compris, il y avait une clause d'agrément qui aurait été tournée par la cession des titres d'une société actionnaire.

En fait, cela revient à dire que le fait pour une société d'être elle-même actionnaire d'une société fermée rendrait, en quelque sorte, ses propres titres incessibles ou, plus exactement, soumettrait leur cession au contrôle des autres actionnaires de sa filiale.

Je suppose que, dans le cas d'espèce, il y a eu véritablement un abus qui a été légitimement sanctionné. Que se passerait-il cependant si l'on allait trop loin et si l'on en faisait un principe ? C'est un peu la même chose en cas de LBO pour le financement par la société cible de l'achat de ses propres titres. Est-ce que le problème n'est pas de savoir où s'arrêter dans les conséquences juridiques de ces décisions ?

M. Engelhard. – Dans l'arrêt dont il s'agit la Cour de cassation a relevé la connivence du cédant et du cessionnaire. Elle a considéré qu'il existait une volonté délibérée de tourner l'obligation d'agrément.

M. Bézard. – Monsieur le Président Bon, si cela peut vous rassurer, il y a eu un autre arrêt qui est intervenu après celui que vous citez. M. Engelhard a raison de mettre l'accent sur cette connivence, car il appartient aux juges du fond de qualifier, d'interpréter le droit au regard des faits dont il apprécie souverainement la portée.

Dans l'affaire que vous avez citée, le juge du fond a constaté qu'il y a eu connivence et fraude.

Dans une autre affaire plus récente, car elle date de deux ans, l'affaire dite du journal "Le Midi Libre", il y avait le même type de société, j'étais Président de la Chambre commerciale à ce moment-là, il y avait un problème de clause d'agrément que certains minoritaires affirmaient ne pas avoir été respectée puisque, disons, un haut responsable d'un très important groupe parisien – avait essayé de prendre le contrôle, tout au moins on le soutenait. Comme il y avait une clause d'agrément, il ne pouvait pas rentrer directement dans une société mais il avait, disons, pris le contrôle des sociétés qui étaient les associés de la société en

cause. Les minoritaires disaient qu'il y avait une fraude, qu'on avait tourné la clause d'agrément.

La Cour de cassation se basant sur les constatations des juges de la Cour d'appel, a dit qu'il n'y avait pas de fraude et que les différents arguments présentés n'étaient pas convaincants, qu'il aurait d'autre part, appartenu aux associés de mettre dans les statuts clairement que la clause d'agrément était possible et intéressait aussi les cessions au niveau du capital des sociétés qui étaient associées à la dite société en cause.

Vous voyez, Monsieur le Président Bon, que tout est une question d'espèces, qu'il y a quand même une interprétation de la Cour de cassation prudente sur la notion de fraude.

Il est certain qu'à l'heure actuelle les lois sont un peu figées. Nous allons avoir prochainement une réforme profonde du droit des sociétés – la Chancellerie nous l'annonce pour le printemps – Il y a des gens qui veulent faire dire aux Tribunaux à peu près dans tous les cas qu'il y a eu fraude quand la règle leur paraît trop étroite. Encore faut-il établir la fraude.

M. Bouchon (Expert). – Je suis extrêmement inquiet à la suite des interventions de ce matin parce qu'en définitive, il me paraît que tous ces problèmes de cession de sociétés sont éminemment dangereux pour les conseils.

On me dit d'un côté que des clauses de garantie de passif peuvent être abusives. On me dit d'un autre côté qu'il n'est pas normal qu'il n'y ait pas de clause de garantie de passif.

Cela signifie que l'avocat ou l'expert peuvent être recherchés pour un manquement à leur obligation de conseil, soit parce qu'ils ont suggéré de rédiger des clauses trop avantageuses pour leur client, soit parce qu'ils ont omis de le faire.

En matière de conseil devons-nous conseiller à nos clients d'utiliser pleinement la règle de droit ou leur déconseiller de le faire et si oui, avec quels arguments et dans quelle mesure ?

La réponse de Monsieur de Président Bézard à Monsieur le Président Bon ne m'a pas tellement rassuré de ce côté-là puisqu'on m'a dit : « il y a des cas où ». C'est tout le problème.

M. Bézard. – Il y a malheureusement certains comportements humains, dans un monde à concurrence effrénée et en crise qu'il est difficile d'approuver.

M. Bouchon. – Tout à fait. Pour les pauvres conseils d'entreprises que nous sommes, gardez-vous à droite, gardez-vous à gauche, va-t-on nous reprocher d'avoir fait ou de ne pas avoir fait ? même peut-être les deux à la fois !

(Applaudissements)

La séance est suspendue à 12 h 15.



LES PARTICULARITÉS DE LA RESPONSABILITÉ DES COMMISSAIRES AUX COMPTES

Monsieur Jean FLEURY



La séance est reprise à 14 h 30.

M. Bézard. – Je vais passer la parole à M. Fleury qui va nous parler d'un problème qui nous intéresse tous, un problème difficile qui est à l'ordre du jour, qui complète ce qui a été dit ce matin, le problème de la responsabilité des commissaires aux comptes.

Introduction

Au cours des précédents exposés ont été évoqués les acteurs susceptibles d'intervenir dans les litiges survenant à l'occasion de la transmission d'entreprises.

L'action en responsabilité, qu'elle soit civile ou pénale, est généralement engagée par l'acquéreur, mais ce peut être le fait d'un actionnaire minoritaire, d'une banque, d'un créancier, du fisc même. La mise en cause du cédant ou de divers intervenants entraîne souvent celle du commissaire aux comptes dont la faute est alors souvent recherchée.

Ces mises en cause sont en forte progression et l'exigence, pour ceux-ci, d'une couverture d'assurance constitue une incitation à rechercher leur responsabilité.

Il existe, dans nos Droits de sociétés, fiscal, économique, boursier, bancaire, etc. plus de 200 motifs d'incrimination pénale des dirigeants d'entreprise et par là même dans certaines conditions, du commissaire aux comptes.

A l'instar des usages aux Etats-Unis et en Grande-Bretagne, pour les professionnels de toutes sortes, l'implication des commissaires aux comptes va croissant.

En 1980, on notait, en France, d'après les statistiques de la Compagnie d'assurances couvrant les commissaires aux comptes :

- 18 actions engagées au pénal ;
- 17 actions au civil.

En 1993, celles-ci s'élèveraient à :

- 24 au pénal ;
- et 121 au civil.

Il est à craindre que ces mises en cause augmenteront dans les années à venir.

Ces chiffres constituent un minimum dans la mesure où de nombreux contentieux, ayant été réglés à l'amiable ou par voie d'arbitrage, n'entrent pas dans les chiffres précités.

Evoquons en premier lieu :

1. – Les dispositions légales et réglementaires relatives à la responsabilité des commissaires aux comptes

Et tout d'abord sa

10. – Responsabilité civile

Pour apprécier la responsabilité civile du commissaire aux comptes, il convient de rappeler au préalable sa mission. Aux termes de l'article 228 de la loi du 24 juillet 1966, il a pour mission permanente :

- de vérifier les valeurs et les documents comptables de la société, certifiant que les comptes annuels et comptes consolidés sont réguliers et sincères et donnent une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice écoulé ;

- de contrôler la conformité de la comptabilité aux règles en vigueur ;

- de vérifier la sincérité et la concordance avec les comptes annuels des informations données dans le rapport de gestion du conseil d'administration ou du directoire (la gérance selon le cas) et dans les documents adressés aux actionnaires sur la situation financière et les comptes annuels ;

- de s'assurer que l'égalité a été respectée entre les actionnaires :

- Certification des comptes ;
- Respect des usages comptables ;
- Vérification des informations données par les dirigeants ;

• Respect de l'égalité des droits des actionnaires, tel est le contenu de la mission du commissaire aux comptes saisi éventuellement de missions ponctuelles, telles que :

- abandon du droit préférentiel de souscription ;
- augmentation du capital ;
- etc.

Le commissaire aux comptes n'est pas un prestataire ordinaire. Bien que désigné par les organes de la société et rémunéré par elle, il est indépendant de celle-ci. Il bénéficie d'un statut juridique particulier.

Il n'est, ni le contractant de la direction, des actionnaires majoritaires ou minoritaires, ni même de la société. Il exerce sa mission au profit de ceux-ci, mais également de tiers : Personnel, créanciers, banquiers, épargnants, pouvoirs publics.

Ne s'immisçant pas dans la gestion, il n'est jamais le conseil de la société.

Sa responsabilité civile découle des principes généraux du droit (art. 1382 du Code civil) et plus particulièrement de l'article 234 de la loi du 24 juillet 1966 qui édicte :

« Les commissaires aux comptes sont responsables, tant à l'égard de la société, que des tiers, des conséquences dommageables des fautes et négligences par eux commises dans l'exercice de leurs fonctions. Toutefois, leur responsabilité ne peut être engagée pour les informations ou divulgations de faits auxquelles ils procèdent en exécution de leur mission définie aux articles 230-1 et 230-2 de la présente loi ».

« Ils ne sont pas civilement responsables des infractions commises par les administrateurs ou les membres du directoire, selon le cas, sauf si en ayant eu connaissance, ils ne les ont pas révélés dans leur rapport à l'Assemblée générale ».

On notera plus particulièrement l'expression négligences. Nous reviendrons sur ce point à l'occasion de l'examen de leurs nécessaires diligences et de l'obligation qui leur est faite de respecter les usages comptables.

L'article 235 de la loi édicte :

« Les actions en responsabilité contre le commissaire aux comptes se prescrivent dans les conditions prévues à l'article 247 ».

lequel dispose que :

« L'action en responsabilité contre les administrateurs, tant sociale qu'individuelle, se prescrit par trois ans à compter du fait dommageable ou s'il a été dissimulé, de sa révélation. Toutefois, lorsque le fait est qualifié crime, l'action se prescrit par dix ans ».

Un arrêt du 3 mars 1993 de la 1^{re} Chambre civile de la Cour de cassation a fixé le point de départ du délai de prescription au jour de la certification des comptes par le commissaire, formalisé par la date de dépôt de son rapport à l'Assemblée générale.

Il convient enfin de rappeler les dispositions de l'article 233 de la loi qui dispose que :

« Les commissaires aux comptes signalent à la plus prochaine Assemblée générale les irrégularités et inexactitudes relevées par eux au cours de l'accomplissement de leur mission ».

Cette mission ainsi délimitée peut déboucher sur une responsabilité pénale du commissaire aux comptes. En effet, il lui est faite obligation de révéler au Procureur de la République les faits délictueux dont ils ont eu connaissance, sans que sa responsabilité puisse être engagée par leur révélation.

11. – Responsabilité pénale

Et dans la mesure où il n'aurait pas satisfait à cette obligation, le commissaire aux comptes peut être pénalement responsable en application de l'article 457 de la loi qui édicte :

« Sera puni d'un emprisonnement d'un an à 5 ans et d'une amende de 2 000 F à 120 000 F, ou de l'une ou de ces deux peines seulement, tout commissaire aux comptes qui, soit en son nom personnel, soit à titre d'associé d'une société de commissaires aux comptes, aura sciemment donné ou confirmé des informations mensongères sur la situation de la société ou qui n'aura pas révélé au Procureur de la République les faits délictueux dont il aura eu connaissance ».

Il est également visé par l'article 452 de la loi qui prévoit que :

« Seront punis d'un emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende de 2 000 F à 120 000 F, ou de l'une de ces deux peines seulement, le Président, les administrateurs ou le commissaire aux comptes d'une société anonyme qui, sciemment, auront donné ou confirmé des indications inexacts dans les rapports présentés à l'Assemblée générale appelée à décider de la suppression du droit préférentiel de souscription des actionnaires ».

En outre, dans la mesure où la faute du commissaire aux comptes serait telle qu'il serait impliqué en complicité d'escroquerie, les dispositions de l'article 313 du Nouveau Code pénal lui seraient applicables.

Enfin, les dispositions de l'article 378, visant le secret professionnel, sont applicables au commissaire aux comptes. Nous reviendrons plus avant sur cette question.

Examinons maintenant.

2. – Les fondements de cette responsabilité

A propos de la

20. – Responsabilité civile

Le commissaire aux comptes est chargé d'une véritable mission d'intérêt général. Son lien avec la société ne peut

être qualifié de contractuel et sa responsabilité, lorsqu'elle est recherchée par un tiers ou par la société, ne peut l'être que sur le terrain délictuel ou quasi-délictuel. La Cour de cassation dans son arrêt du 17 octobre 1984 a consacré cette qualification.

Les précédents rapporteurs ont amplement développé les éléments constitutifs de la responsabilité civile des divers tiers intervenant en matière de transmission d'entreprise. Ces mêmes éléments doivent également être réunis pour la mise en cause du commissaire aux comptes, savoir :

- la faute ;
- le préjudice ;
- le lien de causalité.

On notera que la Chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 28 janvier 1992, a nettement affirmé que le commissaire aux comptes n'avait qu'une obligation de moyen.

Quant au préjudice et au lien de causalité, il ne nous est pas apparu nécessaire de nous étendre à leur sujet, compte tenu des développements des précédents rapporteurs et de la qualité des participants à ce Congrès.

Dans ces conditions, nous examinerons, sans attendre, les diverses circonstances susceptibles d'entraîner la responsabilité pénale du commissaire aux comptes, en nous limitant au thème du Congrès : la transmission d'entreprises.

21. – Responsabilité pénale

Il est essentiel de rappeler qu'il n'y a pas de responsabilité pénale sans texte, en l'occurrence les articles 452 et 457 de la loi du 24 juillet 1966.

Le délit d'information mensongère est caractérisé particulièrement par la certification des comptes non sincères et fidèles et des informations communiquées par la société.

Il s'agit d'un acte positif, toutefois, une simple réticence ou un silence peuvent constituer la confirmation d'informations mensongères.

C'est ainsi qu'il a été jugé par le Tribunal correctionnel de la Seine du 15 février 1950, « que le commissaire aux comptes d'une société confirme une présentation mensongère de bilan lorsqu'il ne formule aucune objection à la présentation de bilan inexact et qu'il ne signale pas le caractère irrécouvrable de certaines créances qui auraient dû faire l'objet d'une provision ».

Certes, les articles 452 et 457 de la loi comportent la mention « sciemment ». Il faut entendre par là que le commissaire aux comptes se devait d'opérer les vérifications nécessaires et que s'il l'avait fait, il se serait rendu compte de la fausseté des comptes ou des informations (Cassation criminelle du 23 janvier 1963).

Quant à la responsabilité pour non révélation au Procureur, elle résulte de :

- l'existence de faits délictueux ;
- de sa connaissance de ces faits ;
- de son abstention de dénoncer.

Dans ces conditions, quelles sont :

3. – Les circonstances susceptibles d'entraîner la mise en cause du commissaire aux comptes à l'occasion de la transmission d'entreprises

En matière de,

30. – Responsabilité civile

Le commissaire aux comptes pourra être éventuellement concerné :

- pour avoir certifié des comptes d'une société faisant l'objet de la convention contestée et confirmé l'exactitude des informations données aux actionnaires.

Sa responsabilité sera généralement mise en cause par le cessionnaire, bien que le cédant le puisse également, en cas de faute ou de négligence. Nous avons précédemment fait observer que l'actionnaire minoritaire, le banquier, un créancier, le fisc, même, pouvaient rechercher la responsabilité du commissaire.

Il y aura faute, et donc responsabilité, chaque fois que le commissaire aux comptes, n'ayant pas agi avec diligence et prudence, n'aura pas satisfait aux exigences de sa mission par négligence ou par mauvaise foi. Encore convient-il qu'il puisse justifier qu'il a accompli les diligences nécessaires, respectant les usages de la profession caractérisés par les normes de la Compagnie des commissaires aux comptes.

A propos de ces normes, je rappelle le préambule des « Normes, commentaires, déontologie » édités par la Compagnie nationale des commissaires aux comptes ainsi rédigé :

« Les normes expriment l'opinion de la profession quant au comportement dans l'exercice de sa mission d'un professionnel raisonnablement diligent ».

« Elles posent clairement, pour le commissaire aux comptes, un ensemble de règles professionnelles propres à garantir le bon exercice de la mission et permettent de trouver, dans une doctrine émanant de l'organisation professionnelle seule habilitée à l'édicter, les critères d'appréciation nécessaires ».

On peut s'interroger quant au caractère impératif du respect de ces normes.

Les normes ne résultent ni de la loi, ni du règlement, mais d'une simple initiative de la profession, elles n'ont aucun caractère coercitif. Toutefois, à juste raison, les juges s'en inspirent (1).

(1) Cour d'appel de Besançon, 18 déc. 1987.

Le commissaire aux comptes n'étant tenu que d'une obligation de moyen, en cas de sa mise en cause, il appartiendra au demandeur d'apporter la preuve de sa faute (2).

La Cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 25 avril 1989 a été très claire en la matière, s'exprimant comme suit :

« Considérant que les commissaires aux comptes sont tenus d'une obligation de moyens, que leur comportement doit être apprécié par rapport à celui d'un professionnel normalement diligent et prudent, qu'il ne peut leur être demandé une réfection complète des comptes, mais qu'ils doivent approfondir spécialement leurs vérifications lorsque des indices sérieux sont à leur égard de nature à éveiller légitimement des doutes sur l'exactitude de tel ou tel poste... Considérant en définitive qu'en l'absence de faute, le commissaire aux comptes n'a pas engagé sa responsabilité envers les demandeurs au sens des articles 234 de la loi du 24 juillet 1966, 1382 et 1383 du Code civil ».

Il doit pouvoir justifier de diligences proportionnées à l'importance de l'affaire à contrôler. A ce propos, le Tribunal de grande instance de Paris, dans un jugement du 14 septembre 1994, s'exprime excellemment :

« La faute du commissaire aux comptes ne peut résider dans le fait d'avoir certifié réguliers et sincères des comptes sociaux qui ne l'étaient pas, il est nécessaire que son opinion erronée résulte de l'insuffisance des vérifications qu'il a le devoir d'effectuer en se conformant aux diligences normales établies par sa profession ».

Dans le même esprit, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 1^{er} février 1984 précise :

« Le commissaire aux comptes qui, en l'absence de diligences approfondies pour cause d'insuffisance de rémunération et manque de temps certifie néanmoins sans réserve la régularité et la sincérité du bilan et des comptes, engage sa responsabilité envers un tiers repreneur, celui-ci étant en droit de prendre un bilan contrôlé comme élément sûr et sérieux d'appréciation de la situation de la société ».

Dans sa démonstration, le demandeur se devra d'admettre les conséquences de l'application de la règle imposant le respect de la permanence des méthodes comptables et c'est, compte tenu du respect de ce principe, qu'il démontrera éventuellement que les comptes certifiés n'étaient pas réguliers, sincères et fidèles.

Chacun sait que tout nouveau dirigeant aura à cœur pour démontrer l'excellence de sa gestion future de plus ou moins « noircir » la situation de l'entreprise à la date de sa prise de fonction. A cet effet, il sera tenté de remettre en cause les divers paramètres d'établissement de comptes jusqu'alors mis en œuvre :

- rythme d'amortissement ;
- appréciation des risques sur créances clients ;
- appréciation des dépréciations sur stock et travaux ;
- etc.

(2) Cour d'appel de Rennes, 27 mai 1975.
TGI Lyon, 19 déc. 1984.
Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 7 juin 1995.

De nouveaux paramètres étant appliqués, les comptes et les rapports de gestion devront faire état du changement de méthode et ce serait alors être de mauvaise foi que d'en faire reproche au cédant et par là même au commissaire aux comptes. Il est évidemment souhaitable que les experts et les commissaires aux comptes du repreneur soient respectueux de la déontologie professionnelle et ne coopèrent pas à toute manœuvre tendant, au prétexte du changement de méthode, à mettre en cause le commissaire aux comptes du vendeur.

En définitive, comme il a été fait observer précédemment, sa responsabilité ne sera retenue que :

- si la faute existe et est démontrée ;
- s'il en résulte un préjudice ;
- et si le lien de causalité est également démontré.

Mais cette faute peut avoir un caractère pénal.

31. – Responsabilité pénale

En effet, les précédents rapporteurs ont observé que l'application des accords débouche parfois sur la mise en évidence de faits délictueux portant sur la présentation même de l'entreprise, sa gestion antérieure, remettant en cause la cession même et au minimum le prix. Ce sera l'occasion pour le repreneur de rechercher la responsabilité pénale du commissaire aux comptes, considérant avoir été trompé sur la consistance de l'entreprise.

La faute du commissaire aux comptes sera caractérisée par la certification des comptes non sincères et la confirmation d'informations mensongères (art. 457 de la loi du 24 juill. 1966).

Mais quels sont les

4. – Éléments constitutifs de la responsabilité du commissaire aux comptes

40. – En matière civile

La jurisprudence propre à la responsabilité des commissaires aux comptes, aux apports et à la fusion, en matière de transmission d'entreprises, est peu abondante. En effet, le demandeur n'est pas à la recherche de la mort du pêcheur, il entend surtout être indemnisé de son préjudice. Aussi, souvent les litiges sont réglés à l'amiable avec le concours des compagnies d'assurances ou par voie d'arbitrage. Néanmoins, des contentieux voient le jour où le cédant est impliqué et par voie de conséquence le commissaire.

L'acquéreur, bénéficiaire ou non d'une garantie de passif, ou de situation nette, constate après coup qu'il a été trompé et demande l'annulation de l'opération, à défaut la réparation de son préjudice dans la mesure où la remise à zéro s'avère impossible. Ce qui est souvent le cas.

L'acquéreur, pour négocier le prix, aura, en principe, disposé des rapports du commissaire aux comptes. A l'appui d'un audit postérieur – il eut dû être antérieur – il entend remettre en question le prix de cession. Il lui

appartiendra de démontrer qu'il a été trompé et que plus particulièrement les comptes remis lors de la négociation et certifiés par le commissaire sont faux.

Si cette démonstration incombe au demandeur, il appartiendra, en revanche, au commissaire aux comptes, de justifier qu'il a mis en œuvre les diligences nécessaires, qu'il n'a pas fait preuve de négligence, qu'il a respecté les usages et les normes de la profession.

Nous évoquerons, à ce propos, un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 15 juin 1993, commenté en ces termes par le Professeur Philippe Merle (3) :

« Une faute des commissaires aux comptes avait été relevée par la Cour d'appel. La Cour avait retenu que ceux-ci s'étaient abstenus de tout avertissement et avaient attesté l'absence de toute irrégularité juridique ou comptable en reprenant le chiffre des stocks qu'ils n'avaient pas contrôlés et dont ils savaient que la valorisation n'était pas conforme aux règles comptables. Selon la Cour, ils avaient donc aussi manqué à leur mission légale en contrevenant aux dispositions de l'article 228 sur la certification et des articles 230 et 233 de la loi du 24 juillet 1966 qui leur imposent d'informer le Conseil d'administration ou le Directoire et le Conseil de surveillance et de signaler à la plus prochaine Assemblée générale les irrégularités et inexactitudes relevées au cours de l'accomplissement de leur mission ».

A contrario, le Tribunal de grande instance de Paris, en son jugement du 12 juillet 1984, a écarté la faute du commissaire aux comptes, précisant à ce propos : *« Attendu qu'il ne peut lui être imputé la faute de ne pas avoir décelé l'inexactitude du contenu dans le bilan dont il a certifié la conformité, alors que les documents lui ont été remis de manière désordonnée et incomplète et que la tromperie pouvait échapper à un professionnel normalement vigilant, s'agissant d'une facture ne présentant pas un caractère exorbitant ».*

En revanche, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 24 janvier 1986, a retenu la responsabilité du commissaire aux comptes, considérant *« qu'il a commis une négligence fautive en ne décelant pas la fausseté des bilans qui apparaissait à un examen sommaire et a permis, en conséquence, aux dirigeants d'obtenir une prise de participation ».* Au cas particulier, il a été condamné *in solidum* avec les dirigeants fautifs à réparer le préjudice subi par le nouvel associé.

En définitive, les Tribunaux ne retiennent la faute du commissaire aux comptes que lorsqu'il n'a pas décelé une inexactitude, une irrégularité qu'une diligence normale lui aurait permis de découvrir. En revanche, sa responsabilité ne peut être retenue lorsqu'il a procédé par sondage et que rien ne lui permettait de soupçonner l'existence d'une irrégularité qui l'aurait obligé à pousser plus avant ses investigations (4).

En tout état de cause, la victime qui demanderait réparation du préjudice causé par ces agissements délictueux devra apporter la preuve du lien de causalité entre la faute du commissaire aux comptes et le préjudice qu'elle évo-

quera. Dans son arrêt du 15 juin 1993, la Chambre civile de la Cour de cassation observait :

« Le cessionnaire des actions ne parvient pas à établir le lien de causalité ; en effet son acquisition des actions se situe à une date antérieure à la présentation des comptes et des rapports à l'Assemblée. En outre, il avait volontairement effectué plusieurs avances de fonds à la société alors qu'il avait connaissance des anomalies quant aux résultats de la société sur les exercices antérieurs mais pas encore des rapports des commissaires aux comptes ».

41. – Responsabilité pénale

Mais la faute peut avoir un caractère pénal.

Nous avons précédemment évoqué les dispositions de l'article 457 de la loi du 24 juillet 1966 aux termes duquel le commissaire qui aura sciemment donné ou confirmé des informations mensongères, certifié un bilan inexact et n'aura pas en conséquence informé le Procureur de la République, sera considéré pénalement responsable.

C'est ainsi qu'un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 8 avril 1991 (5) a confirmé un arrêt condamnant un commissaire aux comptes qui avait procédé à sa mission de contrôle des comptes dans des conditions anormales, en disposant d'un livre d'inventaire incomplet, et, sans avoir pu obtenir communication de l'état récapitulatif des stocks et des travaux en cours, avait néanmoins certifié sans réserve la régularité des comptes annuels de la société lors de l'Assemblée générale des actionnaires de 1983.

La jurisprudence considère que ce professionnel ayant, de par sa formation, les aptitudes, les connaissances nécessaires et disposant des moyens techniques appropriés, se devait de tirer les conséquences de l'existence des éléments matériels de l'infraction. Il avait l'obligation de mettre en œuvre ces moyens. Mis en cause, il aura, comme évoqué précédemment, à justifier de ses diligences, et à défaut de justification, suivant l'état de ses constatations, il sera considéré comme ayant agi sciemment ou non. Il ne pourra, dans le pire des cas, pour sa défense, arguer de son incompetence. Il est présumé compétent.

C'est ainsi que nous avons noté un arrêt de la Cour de cassation du 9 mars 1992 qui affirme qu'il y a faute de la part d'un commissaire aux comptes *« qui connaissant le caractère mensonger du bilan aura néanmoins proposé aux actionnaires d'approuver les comptes ».*

Nous n'évoquerons que pour mémoire la situation du commissaire aux comptes qui, en contradiction avec les dispositions de l'article 228, se serait immiscé dans la gestion. Considéré alors comme Conseil, il sera traité comme tel par les tribunaux. Cette situation de Conseil impliqué a été traitée au cours des précédents exposés.

Le commissaire aux comptes sera considéré comme pénalement responsable pour n'avoir pas révélé au Procureur les irrégularités et inexactitudes dont il a eu connaissance au cours de sa mission (art. 233 et 457).

(3) Joint en annexe.

(4) Cf. la responsabilité civile du commissaire aux comptes, éd. CNCC.

(5) Joint en annexe.

Nous citerons à ce propos un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 30 juin 1983 qui énonce :

« Le commissaire aux comptes qui en présence de nombreuses fraudes facilement décelables a certifié sans réserve un bilan inexact commet le délit de confirmation d'informations mensongères, la révélation au Parquet de faits délictueux intervenus plus d'un an après et avec la participation active du nouveau commissaire aux comptes est tardive. La culpabilité du commissaire aux comptes pour non révélation de faits délictueux est ainsi acquise ».

Ainsi donc, soyons prudents et surtout diligents.

On assiste aujourd'hui à un développement des plaintes en abus de biens sociaux à l'encontre des anciens dirigeants et, trop souvent, du commissaire aux comptes. Abstraction faite de la correcte exécution des conventions, certains cessionnaires, procédant à une étude fouillée de la gestion passée, n'hésitent pas à mettre en cause la responsabilité des anciens dirigeants et des commissaires.

La presse a amplement développé certains cas d'abus de biens sociaux reprochés récemment à des dirigeants. Certaines anomalies sont souvent révélées à l'occasion de la transmission d'entreprises.

Ainsi que l'a fait remarquer un précédent rapporteur, tous les moyens sont bons pour remettre en question le prix de cession. Le commissaire qui aura manqué de prudence au cours des années antérieures à la cession risque sérieusement d'être inquiété.

En définitive, la responsabilité pénale du commissaire aux comptes résultant de la certification de comptes faux et d'informations mensongères peut être mise en cause en raison :

- d'une faute caractérisée ;
- d'une intention délictuelle de falsification de la vérité ;
- d'une abstention volontaire de révélation.

« Pour que l'infraction soit constituée, il suffit de relever la simple présentation aux actionnaires de comptes infidèles en connaissance de cause ».

« C'est l'application de la formule :

« Il ne pouvait pas ne pas savoir... ».

5. – Il convient également d'examiner la responsabilité du commissaire aux apports et à la fusion

50. – Responsabilité civile

Rappelons que l'article 193 de la loi du 24 juillet 1966 (6) édicte :

« En cas d'apport en nature, comme en cas de stipulations d'avantages particuliers au profit de personne associés ou non,

(6) Egalement article 80 à propos des apports en nature liés à la constitution de la société.

un ou plusieurs commissaires aux apports sont désignés par décision de justice ».

Et que par ailleurs, l'article 377 de la loi du 24 juillet 1966 précise :

« Un ou plusieurs commissaires à la fusion (ou à la scission) désignés par décision de justice, établissent sous leur responsabilité un rapport écrit sur les modalités de la fusion ».

Ils s'assurent que les valeurs attribuées aux actions des sociétés participant à l'opération sont pertinentes et que le rapport d'échange est équitable.

Depuis la loi du 11 février 1994, ils doivent en outre apprécier, sous leur responsabilité, la valeur des apports en nature et les avantages particuliers.

Le commissaire aux apports ainsi investi d'une mission relative à un apport en nature ou d'une fusion, doit en outre s'assurer que l'actif net apporté est au moins égal au montant de l'augmentation de capital.

D'une façon générale, le commissaire aux apports ou à la fusion s'assurera, conformément aux dispositions de l'article 228-4 du respect de la règle d'égalité entre les actionnaires.

On notera la redondance des dispositions légales ci-dessus rappelées.

« Il apprécie sous sa responsabilité ».

Le commissaire aux apports ou à la fusion est civilement responsable dans les conditions de droit commun pour les fautes qu'il aurait pu commettre dans l'exercice de sa fonction (art. 1382 du Code civil).

Il ne nous paraît pas nécessaire de nous étendre sur les éléments constitutifs de cette responsabilité délictuelle, ni sur les circonstances susceptibles de la voir mettre en œuvre. Considérons plutôt la responsabilité pénale.

51. – Responsabilité pénale

La responsabilité pénale du commissaire aux apports, à la fusion est visée par l'article 433 de la même loi qui édicte :

« Sera puni... ».

« Ceux qui frauduleusement auront fait attribuer à un apport en nature une évaluation supérieure à sa valeur réelle ».

Certes sa responsabilité ne peut être engagée que si une faute peut être prouvée.

La jurisprudence n'évoque pratiquement que des cas de surévaluation des apports. On note que la sous-évaluation des apports n'entraîne aucune sanction pénale.

Le commissaire aux apports ou à la fusion, risque de se voir mettre en cause *a posteriori* par des acquéreurs des actions de la société qu'il aura appréciée. Les demandeurs

en question n'étaient pas partie à l'opération soumise à l'appréciation du commissaire. Ils n'interviendront qu'après coup, s'appuyant dans leur négociation sur les rapports du commissaire. Considérant qu'ils ont été abusés, recherchant la responsabilité du commissaire aux comptes, il appartiendra à ce dernier de justifier pleinement de ses diligences dans le respect des usages, s'étant appuyé éventuellement sur l'avis d'expert technicien pour apprécier certains biens et ayant, pour apprécier la pertinence des valeurs relatives attribuées aux actions des sociétés participant à la fusion, appliqué, conformément à la recommandation de 1977 de la COB, plusieurs critères d'évaluation, s'assurant que les méthodes utilisées sont adéquates, appropriées aux secteurs d'activité respectifs des sociétés et dans la mesure du possible, homogènes, ou qu'à défaut une harmonisation a été effectuée pour la détermination de ces valeurs relatives.

A ce propos, je crois utile d'évoquer un récent arrêt de la Cour d'appel de Paris du 16 janvier 1996 (7) rendu dans l'affaire Matra-Hachette.

Des actionnaires minoritaires sollicitaient l'annulation de la fusion des deux sociétés au prétexte que les évaluations contenues dans le Traité d'apport ne tenaient pas compte des conséquences d'un très important contrat de 3 milliards de francs passé par Matra avec l'Etat de Taiwan antérieurement à la clôture de l'exercice, frappé du secret défense et dont en conséquence il n'avait nullement été fait état dans les informations données par le Conseil d'administration et le rapport des commissaires à la fusion.

La Cour a rejeté la demande au motif qu'il résulte des informations données par les commissaires que ceux-ci avaient vérifié la pertinence des valorisations effectuées et ont validé le rapport d'échange, compte tenu du fait qu'ils avaient été régulièrement informés de l'existence de ce contrat.

Ceci met en évidence l'intérêt de la qualité du dossier de travail du commissaire, ce qui nous amène à évoquer les limites de la communication de ce dossier de travail dans le respect du secret professionnel du commissaire aux comptes.

6. – Le secret professionnel du commissaire aux comptes

Dans les contentieux soulevés à propos des transmissions d'entreprises ou de participations, le commissaire aux comptes se verra sollicité par les parties, vendeur, acquéreur, banquier, conseil... à titre de sachant pour participer à la justification des comptes et informations financières produits.

Eventuellement, il sera mis en cause :

- par l'acquéreur qui lui reprochera d'avoir participé à une tromperie dont il se considère la victime ;
- par les banquiers, les conseils, qui, mis en cause, tenteront de l'appeler en garantie pour avoir certifié des

(7) Joint en annexe.

comptes et informations qui auraient contribué à leur prise de décision ;

– enfin, et ce serait un comble, par le vendeur qui lui reprochera ses fautes, ses négligences, dont il aurait à souffrir en fonction des réclamations présentées par l'acquéreur.

Le commissaire aura à se justifier, démontrant qu'il a assuré les diligences suffisantes et normales eu égard à la structure, la nature, l'importance et la complexité de l'affaire dont il avait à assumer le contrôle et l'évaluation dans le cas de commissaire aux apports ou à la fusion.

A ce propos, se fait jour un débat d'actualité quant à l'étendue de l'obligation du secret professionnel du commissaire aux comptes tant en ce qui concerne sa mission d'ordre général que ses éventuelles missions particulières.

L'article 233 de la loi du 24 juillet 1966 édicte :

« Les commissaires aux comptes, ainsi que leurs collaborateurs et experts, sont astreints au secret professionnel pour les faits, actes et renseignements dont ils ont pu avoir connaissance en raison de leur fonction ».

Par ailleurs, l'article 457 de la loi précise que l'article 378 du Code pénal (art. 226-13 du Nouveau Code pénal) est applicable aux commissaires aux comptes. Cette disposition vise, entre autres, toutes infractions au respect du secret professionnel.

Mais l'article 234 pose le principe de la responsabilité du commissaire aux comptes tant à l'égard de la société que des tiers pour les conséquences dommageables des faits et négligences par eux commis dans l'exercice de leur fonction.

Il convient de concilier ces dispositions.

Le respect du secret professionnel est impératif, il n'est levé que dans quelques cas limitativement énumérés :

- demande d'informations des magistrats instructeurs et des experts judiciaires intervenant au pénal ;
- demande d'informations du juge-commissaire intervenant dans le cadre de procédure collective (art. 19 de la loi du 25 janv. 1985).

Deux arrêts importants ont été rendus en la matière le 14 novembre 1995 (8) par la Chambre commerciale de la Cour de cassation concernant le secret professionnel des commissaires aux comptes et de l'expert-comptable.

Il en résulte que le commissaire aux comptes demeure tenu au secret professionnel vis-à-vis de tout tiers, hormis la justice pénale, sauf s'il est directement impliqué dans une affaire. Mis en cause, il est délié du secret professionnel pour pouvoir assurer sa défense.

A ce propos, il est intéressant de noter qu'entendu au civil dans une expertise article 145, il demeure tenu au res-

(8) Joint en annexe.

pect du secret, s'agissant en effet d'une expertise « *in futurum* » dont le but est de rechercher des éléments de preuve, sauf s'il est lui-même impliqué directement.

7. – Les sanctions disciplinaires

Aux termes de l'article 91 du décret du 12 août 1969, la Commission régionale d'inscription instituée en application de l'article 219-1 de la loi du 24 juillet 1966 est constituée en Chambre régionale de discipline siégeant à la Cour d'appel considérée pour statuer sur l'action disciplinaire intentée contre les membres de la Compagnie régionale.

Les autorités professionnelles, le Parquet, peuvent saisir la Chambre de discipline. Les plaintes émanant des tiers à l'encontre d'un commissaire sont déposées entre les mains du Procureur général près la Cour d'appel ou auprès de la Compagnie des commissaires aux comptes qui saisit le commissaire du Gouvernement, lequel décide de la saisine de la Chambre.

Il en est généralement ainsi à la suite d'une condamnation pénale. Il est toutefois, d'usage constant que la Chambre n'instruit que lorsque la condamnation pénale a acquis un caractère définitif.

La Chambre de discipline se limite à instruire la faute disciplinaire, c'est-à-dire aux termes de l'article 88 du décret du 12 août 1969.

« Toute infraction aux lois, règlements et règles professionnelles, toutes négligences graves, tout fait contraire à la probité ou à l'honneur commis par un commissaire aux comptes, personne physique ou société, même ne se rattachant pas à l'exercice de la profession, constituent une faute professionnelle passible d'une peine disciplinaire ».

Savoir :

- l'avertissement ;
- la réprimande ;
- la suspension à temps pour une durée n'excédant pas cinq ans ;
- la radiation de la liste.

Eventuellement :

- une peine d'incapacité.

Mais voici venu le moment de conclure.

8. – Conclusion

En prologue à cet exposé, nous avons fait état de l'accroissement progressif des mises en cause des commissaires aux comptes. On peut aisément penser que cette évolution se poursuivra, parce que la restructuration du tissu économique français se développe entraînant des rapprochements d'entreprises, l'amenuisement des affaires purement familiales, des fusions, prises de participation, la création de groupes plus ou moins intégrés.

On peut craindre, à l'avenir, un développement de plus en plus important de la mise en cause des responsabilités professionnelles de toutes sortes. On connaît l'histoire de cet avocat américain, guettant les patients à la sortie de l'hôpital. Vous avez été opéré, vous avez souffert, cela n'aurait pas dû être, assignez donc le chirurgien. Nous n'en sommes pas encore là, mais tous, vous connaissez les montants spectaculaires de millions de dollars des condamnations infligées aux éditeurs aux Etats-Unis. A l'occasion d'un colloque du 8 novembre 1994 qui s'est tenu au Sénat sur un thème proche de notre Congrès, un des orateurs, évoquait une condamnation invraisemblable à 200 millions de dollars pour un préjudice subi par les investisseurs qui n'était que de 20 millions de dollars. Heureusement, en France, les Tribunaux veillent à ce que la condamnation soit limitée à la réparation du préjudice.

Mais on assiste en France à ce que l'on peut qualifier de dévoiement de l'action en réparation du préjudice. Certains n'hésitent pas à engager des actions en responsabilité tendant à remettre en cause des opérations de regroupement. On l'a vu dans une récente fusion importante où les demandeurs tendaient à faire annuler une opération portant sur plusieurs centaines de millions pour un préjudice global invoqué de l'ordre de 150 000 F. La Cour a rejeté la demande pour des motifs n'ayant aucun rapport avec l'intérêt relatif de chacun, mais ne manquant pas de faire observer :

« que relève de la pure malveillance le fait pour ses adversaires recrutés par voie de petites annonces publiées dans la presse, de demander l'annulation d'une opération de fusion décidée dans l'intérêt de la société M., de la société H. et du groupe M.-H. et adoptée par 99,65 % des actionnaires de la société M. ».

« qu'une telle persévérance dans une action commanditée apparemment par un cabinet américain ne sert ni l'intérêt social de la société M.-H. ni l'intérêt de ceux qui en sont restés les actionnaires ».

D'ailleurs, les plaintes au pénal engagées dans ces conditions n'aboutissent pas toujours, les parties concluant un accord transactionnel au cours de l'instruction de la procédure pénale. Nous croyons toutefois savoir à ce propos que le Parquet n'entend pas accepter de jouer le rôle d'épouvantail, se réservant à l'avenir de poursuivre l'action publique même en cas de retrait de la plainte et dans certaines circonstances se retourner contre le plaignant.

Quant aux commissaires aux comptes, aux apports et à la fusion, ils doivent veiller à leur indépendance, assurer les diligences normales, respecter les normes de la profession, au cours de leur mission et plus particulièrement dans le cas de la transmission de l'entreprise ou de la participation.

(Applaudissements)

M. Bézard. – Monsieur Fleury, nous vous remercions infiniment de cet exposé. Je dirai que votre ancêtre pourrait être fier de vous ! Vous avez avec un dynamisme une clarté et une conviction – et nous savons tous, pour être intervenus après les repas comme cela est difficile ! – traité d'un sujet qui est fondamental et vous nous avez ouvert

les voies essentielles de réflexion sur ce problème délicat qui nous interpelle tous, celui de la responsabilité des commissaires aux comptes qui, je suis bien d'accord avec vous, est en train de beaucoup se développer.

Je peux dire que je partage tout à fait votre point de vue. Si les Tribunaux doivent être sévères lorsqu'il y a des manquements graves, il ne faut pas que l'on recherche systématiquement des responsabilités et que des gens vivent de cela. C'est un risque majeur auquel il n'est pas possible qu'on tombe dans une société démocratique, soyons efficaces mais raisonnables.

Le pays que vous avez cité, – j'ai des contacts assez fréquents avec certains juristes de ce pays – est en train de revenir sur des solutions qui conduisent à des développements excessifs des contentieux car, à la limite, on risque de casser les rouages de l'entreprise et les initiatives économiques. Dans ce domaine comme ailleurs un juste équilibre doit être consacré.

Je pense que la jurisprudence française, vous l'avez dit, jusqu'à présent consacre des solutions raisonnables. En tous les cas, je vous invite à vous reporter aux arrêts de la Chambre commerciale.

M. Fleury. – Sont-ils publiés ?

M. Ezeghian. – Monsieur le Président, je voudrais revenir sur le rapport du premier de nos confrères, présenté, ce matin.

Les transmissions d'entreprises, par essence, sont généralement des opérations complexes et, par voie de conséquence, impliquent l'intervention de différents spécialistes.

J'ai relevé, dans le rapport, que la Cour de Paris avait posé le principe de la responsabilité « *in solidum* » au moins dans l'arrêt que notre rapporteur a cité.

Je me demande si le développement futur de la jurisprudence ne s'orienterait pas vers la généralisation de la responsabilité « *in solidum* » dans ces opérations, l'expert comptable ayant évidemment la mission essentielle d'individualiser avec minutie les faits imputables à chaque spécialiste pour déterminer la contribution à la réparation du préjudice, sans omettre d'apprécier les faits connexes à plusieurs intervenants.

Voilà ma question.

M. Engelhard. – Vous posez la question de savoir si l'on se dirige vers un développement de la responsabilité « *in solidum* ». Sans doute faut-il répondre par l'affirmative, étant observé qu'il appartient à l'expert, confronté à l'imbrication des faits, de préciser les éléments susceptibles d'engager les responsabilités de chacun, tâche d'autant plus difficile que, souvent, il intervient longtemps après la survenance de ces faits.

M. Gandur. – Ma question, qui a trait au problème de la réparation du préjudice, s'adresse tant à M. Fleury qu'à M. Engelhard.

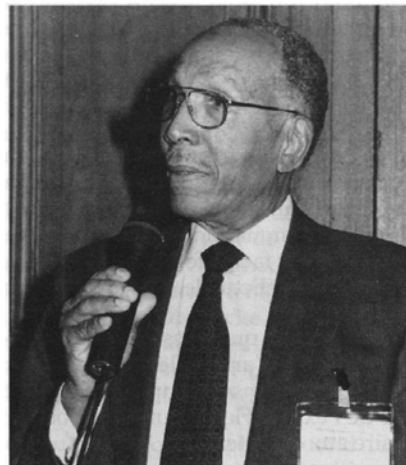
Vous avez clairement exposé les éléments conduisant à qualifier le faute, soit civile, soit pénale. Que pensez-vous du problème de la causalité, c'est-à-dire comment passer de la qualification fautive au dédommagement effectif du préjudice et, pour être plus concret, comment la victime peut-elle prouver que si elle n'avait pas été abusée, elle aurait pris une décision différente ?

M. Bézard. – Si vous permettez, pour citer certaines espèces que j'ai vues – j'admets avec vous qu'il peut y avoir toutes les couleurs de la palette – même des espèces où j'ai vu un créancier se plaindre d'un commissaire aux comptes à côté des dirigeants parce qu'il s'était engagé au vu des comptes certifiés qui s'étaient révélés entièrement faux. La responsabilité m'apparaît forte.

Il a été démontré, en l'espèce, que le créancier avait eu des comptes certifiés de façon très claire, sans ambiguïté. Les événements, je parle d'une affaire précise, ont montré que les comptes étaient gravement faux et qu'il était relativement facile de le constater pour un contrôleur. Dans ce cas là, les juges du fond ont considéré, et la Cour de cassation a confirmé que le préjudice existait, que l'absence de diligences était établie, que la causalité n'était pas discutable car l'engagement de la partie avait été obtenu au vu de comptes faux.

J'admets que, dans certains cas, vous avez raison de faire la remarque : on voit arriver dans les juridictions des affaires, qu'elles concernent des professionnels des comptes ou d'autres personnes, où la causalité n'est pas évidente. Et je dois dire que, quelquefois, effectivement des Tribunaux escamotent le problème de causalité, se contentant du seul lien préjudice – faute.

M. Thorin. – Je voudrais revenir sur la question qui a été posée tout à l'heure. Vous semblez répondre, en matière de responsabilité *in solidum*, que vous êtes tout à fait d'accord et qu'en définitive il appartiendrait éventuellement, après, à l'expert judiciaire de déterminer le partage des responsabilités. Je ne le pense pas.



D'une manière générale, je suis contre les condamnations *in solidum*. Je crois que c'est aussi la tendance des Tribunaux ; on ne condamne *in solidum* que lorsqu'on n'a pas

les moyens de faire autrement, que l'on est bien assuré de la responsabilité de l'ensemble des personnes en cause et qu'on ne peut pas bien distinguer l'importance des responsabilités respectives.

C'est justement le but de l'expertise judiciaire non pas de dire qu'un tel est responsable à hauteur de, ce serait une décision de justice ; mais d'exposer les faits de la responsabilité qui permettent, par la suite, à la juridiction de prendre une décision et de fixer le *quantum* de la responsabilité de chacun.

Je vois difficilement, lorsqu'il y a une transmission d'entreprise où sont intervenus un avocat, un avoué, un expert financier, un expert comptable, un commissaire aux comptes... qu'on puisse dire qu'ils sont tous responsables et de condamner *in solidum*.

Je crois qu'il faut rechercher l'importance de l'intervention de chacun dans les faits ayant contribué, dans l'ensemble, à causer un préjudice.

M. Dana. – Je crois que nous sommes d'accord avec vous. Ce n'est pas à l'expert d'affecter le *quantum* de responsabilité de chacun des intervenants. L'expert doit distinguer les personnes qui étaient responsables, ce celles qui ne l'étaient pas. C'est ensuite, en fonction des faits mentionnés dans le rapport que le Tribunal peut déterminer s'il y a responsabilité *in solidum* ou s'il y a un partage de responsabilité à concurrence de x % pour l'un et de y % pour l'autre.

M. Engelhard. – Effectivement, c'est bien là le rôle de l'expert.

Ce que j'ai voulu souligner dans mon propos, c'est la tendance observée à l'heure actuelle, qui conduit à mettre en cause le plus grand nombre possible d'intervenants, ceci afin d'avoir plus de chances de percevoir une indemnité éventuelle.

Cette évolution est sans doute regrettable mais l'on ne peut que la constater.

M. Bézard. – Monsieur le Professeur Merle, vous voulez dire un mot sur ce problème ?

M. Merle. – Sur l'obligation *in solidum*, je rappellerai tout simplement qu'il faut qu'il y ait un concours de fautes, ayant causé un même dommage, pour qu'il y ait prononcé d'une condamnation *in solidum*. Les fautes peuvent être diverses, une faute de commission, une faute de négligence, une faute délictuelle, une faute contractuelle...

Je voudrais revenir en quelques mots sur l'exposé de M. Fleury. Je connaissais l'arrêt Fleury, j'ai appris tout à l'heure l'existence de Monseigneur Fleury, maintenant il y aura l'exposé de l'expert Fleury sur la responsabilité civile du commissaire aux comptes !

Vous avez fait passer un frisson, tout à l'heure, Monsieur l'Expert avec les chiffres que vous avez donnés, sur vos confrères commissaires aux comptes, de mises en cause de responsabilité. Je crois quand même qu'il faut

tempérer cela en disant que les mises en cause ne sont pas nécessairement des condamnations, heureusement.

Et quand on compare les chiffres de mise en cause et de condamnations, on voit que la courbe des condamnations est beaucoup plus plate que l'expansion des mises en cause.

Il y a une autre question intéressante, qui est celle du secret professionnel du commissaire aux comptes, question à laquelle vous avez fait allusion avec ces deux arrêts rendus sous la haute autorité de Monsieur le Président Bézard du 14 novembre 1995.



Si j'ai bien compris, vous nous avez dit que le secret professionnel du commissaire aux comptes n'était pas le secret professionnel de l'expert comptable dans la mesure où le commissaire aux comptes, avez-vous dit, a une mission d'intérêt général, cela implique qu'il n'a pas une mission contractuelle.

Est-ce à dire que l'expert-comptable, dans le cadre de son contrat, pourrait être délié de son secret professionnel alors que le commissaire aux comptes ne devrait pas pouvoir l'être ?

M. Fleury. – Je crois m'être exprimé en disant qu'il est tenu au secret professionnel mais serait délié du secret professionnel si sa responsabilité était mise en cause pour assurer sa défense.

M. Merle. – Est-ce que vous ne craignez pas qu'il puisse y avoir « des coups un peu tordus » ? Sous prétexte de mettre en cause apparemment un commissaire aux comptes, ne va-t-on pas en réalité chercher à atteindre le cédant ?

Si vous voulez, je fais une différence entre l'action en responsabilité civile au fond intentée contre le commissaire aux comptes et là je conçois parfaitement qu'il soit délié de son secret professionnel, que pour un procès à armes égales l'ensemble de son dossier soit ouvert. Cela me gêne plus quand on est dans le cadre d'une expertise *in futurum*.

M. Fleury. – Je vous rends grâce de la subtilité du problème et de la difficulté. J’ai connaissance d’un dossier dans lequel je ne suis pas impliqué, mais que j’ai à mener. Il y a une expertise *in futurum* contre des commissaires aux comptes. On sait très bien qu’on recherche la responsabilité des commissaires aux comptes, avec, en filigrane, de rechercher la responsabilité d’autres.

Il se trouve que cette affaire est à l’origine... – vous me prêtiez tout à l’heure beaucoup de responsabilités quant aux arrêts de la Cour de cassation –, de l’arrêt de Versailles dont je suis indirectement à l’origine.

Vous ajouterez ce quatrième point, et c’est un risque. Je ne sais pas ce qu’en pense Monsieur le Président Bézard, cela m’intéresse beaucoup.

M. Bézard. – M. Bézard a les opinions de sa Chambre. Il attendra que la Chambre soit saisie. Le problème a été aperçu dans le délibéré, c’est un choix à faire.

Monsieur le Professeur Merle a raison de dire qu’il y a lieu de distinguer une responsabilité engagée contre le commissaire aux comptes directement dans un procès au fond sur lequel, il a semblé à la Chambre, à vous-même Monsieur le Professeur si je ne me trompe pas, et à une partie importante de la doctrine, que le commissaire aux comptes, dans un but de bonne justice, ne pouvait pas sortir uniquement du dossier ce qui l’avantage en évoquant le secret professionnel et refuser de le faire quand cela risque de le désavantager.

L’autre aspect est plus délicat, d’abord parce qu’on a fait de cette expertise dans le futur quelque chose qui va très loin. Je suis un peu gêné de voir que les Tribunaux, très largement, utilisent l’article 145 alors qu’il existe, dans le droit des sociétés, un article spécifique pour l’action dite de gestion ou de minorité, qui est l’article 226, qui est soumis à des conditions strictes. Par une approche logique, on devrait dire que le texte général ne doit pas avoir application quand il y a l’article 226.

En dehors du minoritaire en pourcentage déterminé et du comité d’entreprise, la COB peut l’utiliser, le commissaire aux comptes peut l’utiliser et aussi le Procureur de la République. La Cour de cassation pourrait très bien revenir sur la jurisprudence et dire que l’article 145 n’est pas applicable, mais c’est difficile, à un moment où on cherche toujours plus de transparence, de revenir sur ce point.

Pour revenir aux risques que soulève l’expertise *in futurum*, je peux dire que cet aspect n’est pas négligé. Est-ce que les juges des Tribunaux de commerce, des Cours d’appel, de la Cour de cassation sont complètement désarmés vis-à-vis d’une telle action si elle est maligne ? Je répondrai non. Je pense qu’on peut être attentif et limiter des actions qui seraient détournées et faire preuve d’un peu de lucidité et d’autorité. Le texte de l’article nous y invite d’ailleurs qui conditionne l’exercice de l’action à l’existence d’un « motif légitime ».

J’attire aussi votre attention sur le fait qu’il va y avoir un arrêt qui sera rendu dans quelques semaines qui est proche de nos réflexions. Il concerne le point de savoir si, lorsqu’au cours d’une expertise, une partie demande

qu’on lui communique tous les documents, on doit les lui fournir ou si on peut lui opposer le secret professionnel et si le Président, filtrant ces demandes, ne peut laisser consulter que certains documents et pas d’autres. Pour parler clairement si l’expertise doit être contradictoire, l’expert ne peut-il pas procéder seul à certaines constatations dès lors que le rapport qu’il est chargé de présenter est destiné à fournir tous les éléments d’informations ?

En conclusion sur l’expertise *in futurum*, je dirai que la Cour de cassation, à un moment où se développe la démarche vers une plus grande loyauté et transparence qu’elle ne provoque pas, qu’elle accompagne, ne peut pas refuser, d’être très attentive à ce qu’elle ait sur la table tous les documents qui lui permettent de se prononcer. Donc je fais bien la distinction entre ce qui concerne la responsabilité du professionnel qui doit être contrôlée avec prudence et la démarche pour recueillir tous les éléments pour se prononcer qui doit être large sans être cependant abusive.

Je ne nie pas que le secret professionnel soit quelque chose de très important mais il nous semble, dans un certain nombre de cas, que ce secret professionnel n’était, excusez le terme un peut fort, qu’un alibi.

M. Aubart (Expert, également commissaire aux comptes). – Je reviens sur le problème de la responsabilité des commissaires aux comptes que l’on évoque de plus en plus, en particulier dans cette journée. Je vous pose la question, Monsieur le Président, que pensez-vous de la difficulté à laquelle sont aujourd’hui confrontés les commissaires aux comptes qui, comme chacun sait, ne doivent pas s’immiscer dans la gestion mais pour apprécier, en leur âme et conscience, les décisions de gestion qui sont très fondamentales, qui peuvent engager la stratégie des groupes de façon tout à fait considérable avec les conséquences que l’on connaît, que peut faire un commissaire aux comptes face à cela ?

M. Bézard. – Le commissaire aux comptes n’a pas à intervenir dans la gestion et il ne le fait pas. Je réponds à votre question, mais j’aimerais mieux que cela soit des professionnels présents à cette table qui répondent. Je vous donne mon sentiment de magistrat. Il est bien entendu que le commissaire aux comptes fait un contrôle de régularité, de sincérité de respect d’égalité entre les actionnaires mais en s’interdisant absolument, en raison de la loi, d’apprécier la gestion. Est-ce que, véritablement, lorsqu’il se trouve devant une opération irrégulière, que cela soit dans une entreprise isolée ou dans un groupe, lorsqu’il dit : je ne suis pas d’accord avec cette solution, il le dit sur le plan des relations personnelles avant de prendre des positions officielles, c’est tout à fait souhaitable. Est-ce que vous croyez sincèrement qu’il intervient dans la gestion ? Non il intervient lorsqu’une démarche lui paraît susceptible d’être abusive pour les minoritaires pour la filiale d’une société-mère. Certes, cela n’est pas toujours facile vu la subtilité de certaines démarches de dirigeants.

Qu’est-ce que c’est que gérer ? Quand les juges que nous sommes condamnons dans les procédures collectives pour faute de gestion, nous n’intervenons pas dans la gestion. Lorsque nous condamnons pour responsabilité civile ou pénale dans une société « *in bonis* » nous n’apprécions la gestion qu’en ce qu’elle a pu avoir d’abusif !

M. Dana. – Je vais répondre, mon cher confrère, à votre question également dans le même esprit que ce que vient de nous dire Monsieur le Président Bézard. Il arrive fréquemment que nous soyons confrontés à une décision de gestion pouvant comporter un risque d'interprétation délictuelle, ou pouvant être ultérieurement interprétée comme une grave irrégularité. Je crois que ce serait une erreur, voire une faute de ne pas le dire aux dirigeants, car nous ne sommes pas là pour laisser faire, puis condamner et révéler. Le commissaire aux comptes peut, à mon sens, souligner le risque pouvant éventuellement résulter d'une opération. Le délit n'est pas constitué puisque c'est une décision en gestation. Votre position doit être de dire : *« attention, cette opération ne devrait pas être réalisée, car elle comporte le risque d'être assimilée à une irrégularité »*.

M. Fleury. – Je voudrais dire à Patrick Aubart que ce n'est pas s'immiscer dans la gestion que de faire une analyse juridique d'une opération projetée. S'immiscer dans la gestion c'est faire une analyse économique d'une opération.

M. Aubart. – Je vous remercie de ces précisions. Je ne veux pas insister longuement. Si l'on peut effectivement isoler une opération ou une décision qui va être prise, je crois que, dans ces cas là, on peut avoir suffisamment d'éléments à notre disposition.

Là où les choses sont plus compliquées, c'est dans une stratégie globale. On a vu, ces derniers mois, des mises en cause au sein de groupes très importants avec des conséquences pour les commissaires aux comptes.

M. Faury. – On a parlé d'une obligation de s'informer qui pèserait sur l'acquéreur. Je voudrais savoir s'il est possible de préciser le contenu de cette obligation, notamment au regard des audits d'acquisition dont il a été fait mention et qui sont parfois présentés comme une nécessité.

Dans certaines affaires importantes il a, en effet, été reproché à l'acquéreur de ne pas avoir fait procéder à ce type d'investigation.

Pour les sociétés dans lesquelles il y a un commissaire aux comptes, on peut s'interroger sur la portée de ces audits. Pour illustrer cette question, je voudrais revenir sur ce qu'a évoqué Monsieur le Professeur Merle quand il disait qu'il était peut être envisageable, en termes de cession d'actions, de faire valoir la garantie des vices cachés.

On sait qu'en matière de garantie des vices cachés, l'attitude d'un acquéreur professionnel n'est pas jugée de la même façon que celle d'un acquéreur occasionnel. Pourrait-on considérer que l'acquéreur professionnel aurait à faire valoir plus de diligences que l'acquéreur occasionnel, et pourrait donc avoir à faire procéder à un audit d'acquisition au-delà de la certification des comptes pour le commissaire aux comptes ?

M. Dana. – En fait quand on dit qu'il y a une obligation de s'informer c'est dans l'intérêt de l'acquéreur. S'il ne s'informe pas, il atténue fortement la mise en cause éventuelle de la responsabilité du cédant. Lors de notre Congrès sur les garanties de passif, nous avons évoqué de nombreux arrêts de la Cour de cassation et de Cours d'appel qui énonçaient que l'acquéreur était un profes-

sionnel averti et qu'il aurait dû faire procéder à des audits ou des informations préalables.

Si l'absence d'information préalable de l'acquéreur atténue la responsabilité des vendeurs, il ne s'agit cependant pas d'une obligation qui pourrait mettre en cause la responsabilité du cessionnaire ou de l'acquéreur. L'obligation pour l'acquéreur de s'informer est une nécessité pour pouvoir défendre ses droits par la suite car s'il s'informe normalement, et qu'il apparaît quand même par la suite une irrégularité, il pourra dire : ces irrégularités étaient dissimulées, afin qu'une vérification normale ne puisse pas les déceler. Dans ce cas d'espèce, la responsabilité du vendeur peut être normalement recherchée.

Quant à la garantie des vices cachés, je crois qu'à ce jour nous n'en sommes pas là et, comme dans le cadre de l'erreur substantielle qui a été évoquée, nous en sommes à la garantie de la chose vendue, c'est-à-dire de la réalité des actions, et non pas de la réalité des profits de la société dont on a vendu les titres. Il est difficile, à mon sens, d'inclure ces vices cachés dans une cession d'actions.

M. Bézard. – La jurisprudence, en l'état actuel, ne tient pas compte, je le répète, des vices particuliers, lorsqu'ils ne touchent pas fondamentalement l'objet social en empêchant la société de le réaliser.

Ce point est discuté, Monsieur le Professeur Merle le rappelait, et discuté avec de bons arguments dans les deux sens.

M. Gandur. – A mon sens, ce qu'attend légitimement un acquéreur des diligences d'un commissaire (aux comptes, aux apports ou à la fusion, selon les cas), c'est un avis sur la substance des postes du bilan examinés, quelle que soit leur apparence formelle ; c'est évidemment sur des valeurs économiques que le prix ou la parité vont être discutés, la qualité formelle des comptes ne présentant de réel intérêt que dans la mesure où elle interfère avec l'appréciation des valeurs.

M. Tourin. – Si je me reporte aux propos de notre ami M. Fleury tout à l'heure, le commissaire aux comptes, en fait, pourrait porter une appréciation sur la « régularité » de la gestion. Le commissaire aux comptes a une approche consistant à porter une appréciation sur la régularité formelle qui se traduit par un certain nombre d'obligations.

La question que posait l'un de nos collègues tout à l'heure revient à s'interroger sur le point de savoir dans quelle mesure l'évolution qui s'est fait jour déjà et qui se traduit par un certain nombre d'innovations dans la loi, telles que le droit d'alerte, ne conduit pas le commissaire aux comptes, peut-être à l'inverse de ce qu'a dit M. Fleury tout à l'heure, à porter une appréciation sur « l'opportunité » de la gestion à propos d'événements économiques déterminés pouvant avoir des conséquences importantes sur l'évolution de l'entreprise ?

Certes, le commissaire aux comptes ne donne pas, dans l'exercice de ses missions, des conseils positifs ; il ne dira pas aux dirigeants : faites ceci, faites cela, il leur donnera des conseils négatifs en leur disant, par exemple, surtout

gardez vous de réaliser telle opération qui ne serait pas régulière ou qui serait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation.



Donc en résumé, je pense que dans le silence de son cabinet, le commissaire aux comptes apprécie les actes juridiques pour s'assurer qu'ils sont réguliers mais je considère qu'il est conduit aussi à apprécier certaines actions économiques, pour vérifier qu'elles ne font pas courir un risque anormal à la société.

On n'a pas vidé complètement le débat. Dans quelle mesure – c'est la question – le commissaire aux comptes peut-il donner une appréciation ou réfléchir aux conséquences d'un acte économique ?

M. Fleury. – Je ne suis pas tout à fait d'accord avec vous. Le commissaire aux comptes ne doit pas s'immiscer dans la gestion. Les aspects de stratégie ne sont pas de la compétence du commissaire aux comptes. Une entreprise veut acquérir une affaire, le commissaire aux comptes n'a pas à porter de jugement sur l'opportunité économique de cette acquisition.

M. Tourin. – Je parle de la mission générale.

M. Fleury. – Il n'a pas à formuler un avis sur l'élaboration d'une stratégie d'entreprise. Mais comme le disait tout à l'heure le Président Dana, s'il se trouve confronté à un projet d'opération dont les conséquences financières sont telles que cela met en péril l'équilibre financier de l'affaire, dont les conséquences juridiques sont telles que cela déboucherait vers des irrégularités ce n'est pas s'immiscer dans la gestion que de dénoncer une acquisition lorsque l'on n'a pas les moyens de payer ou de dénoncer une opération de fusion rapide ou autre chose.

L'aspect juridique, l'aspect financier, il peut le traiter, l'aspect économique ce n'est pas sa mission. Telle est ma conviction.

M. Tourin. – Je ne pense pas que nous soyons en contradiction fondamentalement sur ces points là. Je répète que le commissaire aux comptes, dans sa réflexion person-

nelle, porte des appréciations juridiques dans le silence de son cabinet et des appréciations économiques. Cela ne veut pas dire que cela se traduise dans son rapport. Tout de même, n'oublions pas non plus que la procédure d'alerte reçoit des applications.

M. Bézard. – Je ne crois pas que les contradictions soient évidentes. Je crois quand même que le commissaire aux comptes sait, quand il intervient, qu'il le fait pour signaler le caractère abusif, dangereux du système. Ce n'est pas une appréciation de gestion.

Le juge aussi fait une appréciation économique quand il prononce un abus de biens sociaux, c'est le caractère abusif de la gestion qu'il apprécie. C'est pour cela qu'il faut des gens pointus, informés, compétents pour éviter un certain nombre de dérapages et de solutions rapides.

Je ne vise pas forcément les commissaires aux comptes en disant cela.

Quant au droit d'alerte, il a été prévu dans un but d'assurer la survie de l'entreprise et le maintien des emplois. Pour la loi de 1984, le législateur a considéré, à juste titre, que ce qui était essentiel c'était la prévention et le législateur du 10 juin 1994 a encore renforcé cette analyse.

A cet égard, le rôle confié au commissaire aux comptes est très important. En effet si, à l'occasion de sa mission, il constate qu'il y a une situation de déséquilibre de la société ce qui fait qu'elle se fragilise, il informe le Conseil d'administration, l'assemblée et ensuite le Président du Tribunal de commerce si rien ne bouge. Il ne dit pas : Monsieur le dirigeant, vous n'allez pas faire cela. Il constate un état de fait et il est conduit à prendre des initiatives pour empêcher que cet état de fait ne s'aggrave en signalant l'état de fait.

M. Peillon (Expert). – En tant qu'expert judiciaire, nous avons à nous pencher sur des problèmes de transmission. Il s'agit, bien souvent, d'entreprises en difficulté. Ce sont rarement les entreprises qui vont bien qui se trouvent concernées par une expertise judiciaire.



Il me semble qu'il existe aujourd'hui un certain nombre de problèmes pour lesquels il y a peu de réponse possible à fournir.

Par exemple, un règlement amiable : sanction légale, sanction pénale (art. 38 de la loi 84-148 du 1^{er} mars 1984 et 378 du Code pénal) si ce pacte est communiqué à des tiers n'ayant pas été partie dans la signature du protocole. Il n'est donc pas évident de sortir ce document et de le produire lors des négociations précédant la transmission de l'entreprise. L'application stricte des textes conduit à considérer que ce n'est que lorsque l'acquéreur est devenu définitivement propriétaire que la communication au nouveau dirigeant devient possible.

Autre exemple : la procédure d'alerte est une procédure qui a un caractère relativement confidentiel au départ et qui prend, par la suite, un caractère plus public (information du Président du Tribunal de commerce, information du conseil, information de l'assemblée). Le commissaire aux comptes doit-il obligatoirement informer l'acquéreur potentiel du déclenchement de la procédure ? Je n'en suis pas du tout persuadé.

Souvent, en tant qu'expert judiciaire, j'éprouve beaucoup de mal à évaluer et définir le comportement « normal ». Tout simplement parce que, me situant à l'époque des faits, je m'aperçois qu'il y a des acquéreurs qui se sont comportés comme s'ils étaient prêts à acheter « un âne dans un sac ». Il y a souvent des comportements qui sont plus du domaine de la passion que du rationnel. Certains acheteurs étaient parfaitement informés de l'existence des points faibles de l'entreprise. Bien souvent, on trouve dans les dossiers des conseils des notes y faisant allusion. Par la suite, ils viennent vous dire « oui, je sais, mais à l'époque, je n'ai pas bien apprécié la portée et l'incidence de ces éléments ».

En tant qu'expert judiciaire, l'appréciation du comportement du commissaire aux comptes doit être faite avec une très grande prudence et une grande vigilance, car il y a des informations que, même avec loyauté, il ne peut pas évoquer. Il ne faut pas oublier qu'en tant qu'expert judiciaire, si nous devons apprécier des comportements, nous devons le faire en nous situant à l'époque des faits, sans nous laisser influencer par les informations que le recul du temps a permis d'obtenir.

M. Bézard. – On vous a compris 5 sur 5, c'est très important, vous avez raison.

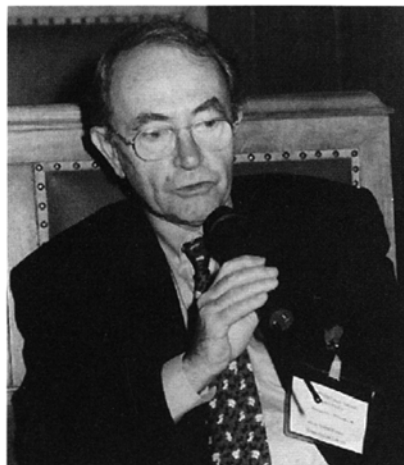
M. Darrousez puisqu'on a évoqué le problème des procédures collectives, est-ce que vous pourriez nous dire votre sentiment ? C'est un problème aussi de responsabilité.

M. Darrousez. – Il s'agit d'une question relativement complexe qui nécessiterait de longs développements. Je vais tenter d'en résumer les principaux aspects.

Tout d'abord permettez moi Monsieur le Président de préciser que je n'émetts ici qu'un avis personnel qui ne saurait engager l'honorable profession des administrateurs judiciaires.

Je n'ai pas connaissance d'une jurisprudence abondante visant la responsabilité des administrateurs judiciaires, en matière de plan de cession dans le cadre d'un redressement judiciaire. Cependant, dans la mesure où l'on

recherche la responsabilité du cédant, du cessionnaire, du banquier, de l'avocat ou du notaire rédacteur des actes de cession, il est probable que celle de l'administrateur judiciaire sera un jour également recherchée.



Il convient de rappeler en premier lieu que l'administrateur judiciaire est un mandataire ou auxiliaire de justice qui doit rendre compte à la juridiction qui l'a désigné. Il n'est donc ni le mandataire du cédant, ni celui du cessionnaire. C'est un point important dans le débat.

En second lieu, la mission de l'administrateur judiciaire telle que prévue par la loi du 25 janvier 1985 est à « géométrie variable ». Il peut être chargé en effet d'une mission de pure surveillance, ou d'une mission d'assistance ou d'une mission totale de représentation. Les conséquences de son intervention sont donc très différentes selon le type de mission.

En troisième lieu, la cession d'entreprise dans le cadre d'une procédure collective, plus particulièrement en cas de redressement judiciaire, n'est pas une cession de fonds de commerce visée par la loi de 1909. C'est une cession qui obéit à des caractéristiques très particulières dont la réglementation est essentiellement constituée par les dispositions concernant les procédures collectives : loi du 25 janvier 1985 - décrets du 27 décembre 1985 - loi modificative du 10 juin 1994.

Dans ce contexte particulier de l'entreprise en difficulté, les intervenants au plan de cession tant pour le cédant que pour le cessionnaire sont souvent nombreux : experts-comptables, avocats, notaires, etc.

Quatrième observation : il convient de rappeler que la cession peut intervenir sous deux formes très différentes : la première sous forme de cession du capital avec bien entendu prise en charge du passif qui aura été vérifié par le représentant des créanciers et arrêté par le juge-commissaire. Il s'agit là d'un plan de redressement par voie de continuation. Le plan de cession *stricto sensu* vise le transfert de tout ou partie des actifs avec transfert des contrats de travail, globalement ou partiellement, moyennant le paiement d'un prix destiné aux créanciers.

Il y a donc des différences très nettes en cas de recherche d'éventuelles responsabilités, le plus souvent à la requête du cessionnaire mécontent de son acquisition.

Le risque peut s'avérer nettement moindre dans l'hypothèse d'un plan de cession, puisqu'il n'y a pas prise en charge du passif, sauf cependant le passif social latent dû à l'ancienneté.

Il est rare de trouver des clauses de garantie de passif dans l'hypothèse d'un plan de continuation. Les risques sont cependant limités pour le repreneur si ce passif est définitivement arrêté avant la cession du capital.

Enfin, dernière observation concernant la responsabilité éventuelle de l'administrateur judiciaire, dont le rôle n'est pas négligeable en matière de cession, puisqu'il doit faire connaître son avis au Tribunal, puis ensuite procéder à la régularisation de la cession. Autant celui-ci n'a pas, me semble-t-il, à représenter les intérêts du cessionnaire, ni ceux des créanciers représentés par un mandataire du Tribunal, autant il lui appartient de transmettre autant que faire se peut des informations objectives au candidat repreneur. Il doit également attirer l'attention de celui-ci sur certaines particularités ou spécificités de l'entreprise, pour autant qu'il puisse en avoir connaissance. J'estime personnellement qu'il ne peut, sous prétexte d'une obligation de réserve trop exagérée, passer sous silence des points essentiels concernant la gestion de l'entreprise concernée.

Cela étant, il appartient surtout au repreneur de s'entourer des précautions d'usage en matière de cession d'entreprise en faisant appel à ses conseils habituels.

On assiste encore malheureusement aujourd'hui à des dépôts de plans de cession, pour des raisons sociales notamment, qui ont été négociés en deux ou trois jours, sans audit, sans aucun contrôle sérieux. Ce n'est sûrement pas la meilleure méthode.

Enfin, pour compléter ce que disait ce matin Monsieur le Professeur Merle, on constate malheureusement que sous la pression de repreneurs affairistes des plans de cession sont encore négociés pour le franc symbolique ou dans des conditions avoisinantes, en considération de l'aspect social de la reprise. Il est bien entendu difficile d'admettre que des garanties soient exigées par le cessionnaire, ce type de cession étant très éloigné d'une cession de droit commun.

J'espère avoir répondu aussi précisément que possible à votre question.

M. Fleury. – Je voudrais bien préciser qu'en ce qui concerne le commissaire aux comptes, il n'a pas à donner une information en dehors de la communication de ses rapports aux assemblées générales. Là s'arrête sa mission. S'il commence à donner des informations, il commence à courir un risque.

M. Merle. – Monsieur le Rapporteur, est-ce que vous ne pensez pas que votre confrère, commissaire aux comptes, va se trouver dans une situation délicate vis-à-vis d'un de

ses clients étrangers qui comprendra mal qu'il ne puisse obtenir aucun renseignement du commissaire aux comptes de la société cible ?

M. Fleury. – Vis-à-vis de l'étranger c'est la notion même de commissaire aux comptes qui est éventuellement mal saisie, mais il faut bien reconnaître qu'à partir du moment où il va donner des informations, au-delà de son certificat, il court un risque. Il a fait un certificat, disant que les comptes étaient sincères et véritables, qu'est-ce qu'il doit dire de plus ?

M. Merle. – Cela veut dire que vous n'admettez pas que le Président de la société cible puisse délier le commissaire aux comptes de son secret professionnel vis-à-vis d'un de ses confrères agissant pour un cessionnaire éventuel ?

M. Fleury. – Non, je ne peux pas l'admettre.

M. Merle. – En ce cas, le secret professionnel du commissaire aux comptes est bien un secret absolu.

M. Dana. – Absolument avec toutefois une petite réserve, liée à la notion de secret professionnel. Il existe des documents qui sont couverts par le secret professionnel, c'est-à-dire des notes de travail, des informations reçues dans le cadre de la mission qui ont un caractère de « confiance nécessaire » ou de « secret par nature ». Mais il y a aussi énormément de documents collectés par le commissaire aux comptes qui sont des documents non couverts par le secret professionnel, des liasses fiscales, des bilans, des relevés de banques etc.

Dans le dossier du commissaire aux comptes, il y a, en définitive, peu de documents couverts par le secret professionnel sauf les notes de travail.

M. Merle. – C'est de cela que nous parlons. Les autres documents, il suffit à l'auditeur de les demander à la société. La société doit les lui fournir, ce n'est pas au commissaire aux comptes de la société cible de les lui donner.

M. Fleury. – On pose la question au commissaire, il dit : je vais les faire donner.

M. Merle. – Concernant cette question de secret professionnel, je voudrais revenir sur une observation du Président Gandur. Je ne sais pas si on peut assimiler le secret professionnel du commissaire aux comptes à celui du commissaire à la fusion ou à celui de commissaire aux apports, parce que nous n'avons pas de texte sur le secret professionnel du commissaire à la fusion, sur le secret professionnel du commissaire aux apports. Ce n'est pas à vous que j'apprendrai que ces commissaires ne sont pas nécessairement des commissaires aux comptes.

M. Gandur. – Quel est votre opinion quand ils sont commissaires aux comptes par ailleurs ?

M. Merle. – Ce n'est pas avec leur casquette de commissaires aux comptes qu'ils interviennent. A mon avis, ils ne sont pas tenus au secret professionnel sur la base de l'article 233 al 3.

M. Bézard. – Je suis de cet avis mais, Monsieur le Professeur, s'il n'y a pas de texte, il y a quand même, vous en serez certainement d'accord l'article 1382, les textes généraux si on commence à trop parler.

M. Merle. – Tout à fait. Ce sera une obligation de discrétion, pas un secret professionnel.

M. Ménard-Chaze, expert. – Je suis assez d'accord avec votre position pour dire que le commissaire aux comptes doit s'en tenir aux états financiers qu'il a certifiés, mais s'il est au courant de faits nouveaux qui sont intervenus après la certification, s'il constate que l'acquéreur a une incurie telle qu'il ne fait rien, est-ce que vous pensez qu'il doit laisser faire, laisser acquérir une société à un prix manifestement trop élevé ? Est-ce qu'on peut lui en tenir rigueur ? Est-ce qu'on ne va pas retrouver les problèmes qu'a soulevés le Professeur Merle en disant : est-ce qu'il a bien respecté l'esprit de loyauté ?

M. Fleury. – Il s'agit d'opérations postérieures au dépôt de son rapport. Les faits en question ou ils sont graves sur un plan pénal, ou un plan financier, susceptibles de remettre en cause la structure patrimoniale de la société. Il y a toujours l'article 230 au Conseil d'administration. Il n'a pas à prendre d'initiative vis-à-vis de l'acquéreur. Il ne faut surtout pas prendre d'initiative. Si on lui pose la question, il n'a pas à répondre. Il renvoie vers le Président.

M. Dana. – Il n'a aucune obligation de répondre, il ne doit pas répondre sauf s'il a connaissance de faits délictuels, auquel cas il doit révéler au Procureur de la République. S'il a connaissance d'un contrat rompu ou du risque de dépôt de bilan, il ne doit pas car il ne peut pas apprécier un fait. Sa responsabilité pourrait être mise en cause si à cause d'une révélation quelconque qui ne soit pas basée sur des faits délictueux, il faisait échouer un contrat et s'il s'avère par la suite qu'il n'avait pas raison de procéder à une telle révélation. Je pense qu'il n'a absolument pas à intervenir, je ne sais pas ce qu'en pense le Professeur Merle.

M. Dorison. – Je voudrais juste donner un éclairage supplémentaire sur ce qui vient d'être dit sur le secret professionnel. J'ai eu l'occasion de m'interroger sur ce point à la suite de questions posées par de grands cabinets qui disaient : « nous sommes commissaires dans des groupes cotés faisant l'objet d'investigations de la part de repreneurs éventuels. Le repreneur est intéressé par le contenu de nos dossiers de commissaires aux comptes qui contiennent un certain nombre d'éléments qui ne sont pas extériorisés sur la formation du résultat, les risques, l'analyse des litiges, les provisions... ».

Les commissaires aux comptes posaient la question à la Commission des Opérations de Bourse sous l'angle de l'utilisation d'une information pouvant être considérée comme privilégiée par la personne à laquelle ces documents auraient été remis. A cette occasion s'est posée la question du secret professionnel et j'en ai fait part à la Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes.

Il apparaît, tout au moins pour les grands cabinets que la solution qu'ils utilisent dans cette situation est la suivante : ils remettent, au repreneur éventuel ou à ses

conseillers par l'intermédiaire du Président qui en fait bon usage, leur dossier et pas seulement les pièces qu'on peut obtenir facilement, par exemple : leurs analyses de la formation du résultat, leurs synthèses...

M. Merle. – Je ne suis évidemment pas habilité à parler au nom de la Compagnie des Commissaires aux Comptes mais je participe régulièrement aux travaux de sa commission des études juridiques, je n'ai jamais entendu la distinction entre grands et petits cabinets au sein de cette commission !

(Applaudissements)

Notre position, car effectivement nous sommes très souvent confrontés à ce problème, est la suivante : le dossier de travail est la propriété personnelle du commissaire aux comptes. Il n'a pas à être communiqué.

M. Fleury. – Je me permettrai d'ajouter qu'éventuellement, si l'acquisition tourne mal, l'acquéreur peut dire : je me suis appuyé sur les informations du dossier de travail du commissaire aux comptes qui m'a été remis. La responsabilité du commissaire aux comptes serait engagée à ce moment-là.

M. Saurel, expert. – Nous parlons depuis un bon moment des commissaires aux comptes. Il y a quand même d'autres intervenants professionnels dans l'entreprise, en particulier l'expert-comptable.

Quelle doit être l'attitude de l'expert-comptable lorsqu'il apprend incidemment l'existence de faits délictueux ? Doit-il démissionner ? Il est tenu par le secret professionnel, il ne peut pas aller voir le Procureur de la République. Que doit-il faire pour ne pas être impliqué dans une éventuelle action en responsabilité au moment où se posent les problèmes ? Par exemple, lorsque le cessionnaire soulèvera des questions d'abus de biens sociaux. C'est une question pratique à laquelle la plupart de nos confrères n'ont pas de réponse.

M. Bruyas. – Effectivement l'expert-comptable qui découvre l'existence d'une situation délictuelle, anormale, dans la comptabilité qu'il contrôle, n'a pas de révélations à faire au Procureur de la République.

Par contre, s'il ne veut pas commettre lui-même le délit de comptable, s'il ne veut pas être accusé de couvrir ces agissements frauduleux, délictuels, son seul moyen est de démissionner, de quitter cette entreprise au plus vite, parce que s'il accepte de présenter des comptes dans lesquels il sait pertinemment que des fausses factures sont passées, que des stocks sont majorés, il devient automatiquement le complice de ces agissements frauduleux.

M. Saurel. – Votre réponse est partielle. D'abord il y a le fait que cela peut déséquilibrer de petits cabinets qui n'ont pas de clientèle suffisante. D'autre part, dans une affaire d'une certaine importance, vous n'êtes pas nécessairement au courant de tout.

M. Bruyas. – S'il n'est pas au courant, il n'a rien à faire et continue sa mission. S'il est au courant, il doit s'en aller.

M. Saurel. – Lorsqu’il y a des masses de factures, il y a des prestations, elles sont curieuses, est-ce que vous ne risquez pas d’être entraîné par une procédure pénale ?

M. Bruyas. – Ou il ne sait pas et il ne court aucun risque, ou il sait et il court un risque en gardant le dossier.

M. Goguet, expert. – Bordeaux. Je voulais évoquer, dans le problème de la transmission d’entreprise, le problème général des engagements hors bilan, qui me semble poser de plus en plus de questions, que cela soit dans des opérations à terme, des opérations de portage, toutes sortes d’engagements, dont le commissaire aux comptes n’a pas eu forcément connaissance. Est-ce que quelqu’un peut m’éclairer sur ces problèmes qui me semblent tout à fait d’actualité ?

M. Fleury. – Le commissaire aux comptes fait les diligences qui s’imposent pour certifier les comptes, les informations. S’il a eu connaissance d’engagements hors bilan, il doit en faire état. Si on les lui a cachés – j’ai fait état d’un certain nombre de décisions de jurisprudence où il était notoire qu’on avait caché – il y a une pratique qui consiste à demander la lettre de certification au Président qui doit adresser au commissaire aux comptes la liste des engagements hors bilan. C’est une bonne procédure pour garantir la responsabilité du commissaire aux comptes. C’est un problème de diligence. S’il est démontré qu’il en avait connaissance ou qu’il aurait pu en avoir connaissance, il risque d’être responsable.

M. Bruyas. – Le commissaire aux comptes n’a pas une obligation de résultats, il a une obligation de moyens. Pour reprendre ce qu’a dit notre confrère Fleury, s’il a connaissance d’un fait anormal, il devra agir en fonction de cette connaissance. S’il n’en a pas connaissance, s’il n’a pas les moyens raisonnables d’en avoir connaissance, il n’engage pas sa responsabilité.

M. Dorison. – Juste avant de rebondir sur la question, je voudrais répondre au Professeur Merle pour dire que la notion de grands cabinets résulte simplement du constat reposant sur la taille des cabinets. Le problème des engagements hors bilan est un sujet essentiel.

Il faut distinguer le secteur des banques des autres secteurs d’activité. Dans les banques, il existe une information relativement satisfaisante, au moins dans les établissements bancaires importants, pour les engagements sur les opérations de marché.

Comme il a été dit précédemment, certaines faiblesses existent néanmoins. Elles sont dues à une absence de textes, notamment sur les opérations de défaisance. Ainsi, pour des raisons diverses, notamment de fonds propres insuffisants, des entités se sont servies de certains réceptacles juridiques pour transformer des risques de contrepartie en risques de taux. Il est souhaitable que la doctrine se prononce clairement sur des opérations de cette nature.

En matière industrielle, par contre des progrès significatifs doivent être réalisés en matière de hors bilan. Dans l’ancien plan comptable, figurait un tableau d’engagements hors bilan qui a disparu depuis.

Une question particulière s’est posée lors d’opérations de portage. Nous avons eu à connaître des opérations où il y avait des engagements considérables qui, lorsqu’ils sont arrivés à maturité, ont déstructuré complètement les masses bilantielles en générant des frais financiers considérables.

A la suite de ces exemples, la COB a saisi le Conseil national de la comptabilité qui a rendu un avis sur cette question.

M. Cailliau. – Il y a un rapport Lepetit dont, je crois, M. Dorison pourrait nous dire quelques mots, il est d’actualité.

M. Dorison. – Ce rapport a notamment abordé le rôle du commissaire à la fusion. Certains se posaient la question de la suppression du commissariat à la fusion. Le rapport Lepetit qui a réuni des experts a avancé un certain nombre de recommandations. Il a considéré que l’institution du commissariat à la fusion en France était une chose excellente et qu’il ne fallait pas changer les textes en ce domaine.

Dans le cas d’opération de fusion consistant en un rachat de minoritaires, il a considéré pertinent de saisir en amont les autorités boursières pour qu’elles décident s’il serait utile de proposer une offre de retrait en numéraire plutôt qu’une fusion. Il s’agit d’une première recommandation.

La deuxième recommandation est d’extérioriser le nom des commissaires à la fusion avant l’opération, afin qu’éventuellement ces derniers puissent être contactés par des actionnaires minoritaires.

La troisième recommandation est d’institutionnaliser la pratique que la COB défend en matière de co-commissariat depuis longtemps et qui est d’avoir systématiquement deux commissaires à la fusion au moins pour les sociétés cotées.

Mme Dervaux. – Je voudrais simplement revenir sur les opérations de défaisance dont parlait notre ami Dorison tout à l’heure. Il s’avère qu’il est assez difficile à un commissaire aux comptes de pouvoir aller contre un actionnaire qui exige la défaisance, en l’occurrence l’Etat. Il est difficile que le commissaire aux comptes puisse s’opposer à une telle opération dans certaines grandes compagnies ou dans certaines grandes banques.



M. Dana. – Le commissaire aux comptes n'a pas à s'opposer, il peut le cas échéant faire des réserves, si l'opération dont il s'agit traduit une situation qui risque de mettre en déséquilibre la situation de la société.

M. Bézard. – Dans la mesure où l'Etat veut se comporter comme un entrepreneur, dans la mesure où l'Etat veut jouer le jeu, il faut qu'il respecte les règles. Je le dis très tranquillement la Cour de cassation n'a pas à engager l'Etat ni à le désengager dans l'autre sens. Les commissaires aux comptes ne doivent jamais oublier cet aspect là... J'ai des exemples où à certains moments on a dit aux commissaires : vous pouvez y aller, et après ils se sont retrouvés tout seuls. Les conseillers, après, ne sont plus là et le commissaire aux comptes est seul avec ses responsabilités.

M. Bastien. – Expert honoraire. C'est en tant que membre de la commission des études comptables de la Compagnie des commissaires aux comptes et membre du CBDC de l'Ordre que j'interviens. Je reviens sur des engagements hors bilan dans l'industrie.

A mon sens ce n'est pas une question de lacune, c'est une question de régularité. Et déjà le prédécesseur de M. Dorison qui a présidé les travaux de la commission information, dans le cadre du Conseil national de la comptabilité, avait veillé à cette question. Maintenant il s'agit de faire appliquer les règles, c'est tout.

M. Dana. – Nous sommes toujours pour l'application des règles. Cela ne change pas ce qui a été dit, me semble-t-il. En ce qui concerne les diligences du commissaire aux comptes, il ne peut que se renseigner et demander, il ne peut pas découvrir tout seul si on lui cache la réalité.

M. Bastien. – J'ai cru entendre qu'il manquait quelque chose dans la réglementation ?

M. Dana. – La réglementation existe, il faut l'appliquer.

M. Benyamin. – Nous connaissons les limites de la lettre d'affirmation, cependant ne peut-elle pas, dans certaines circonstances, atténuer la responsabilité des hommes du chiffre ?

M. Dana. – Je ne pense pas qu'une lettre d'affirmation puisse dégager la responsabilité du conseil. Vous parlez de l'intervenant spécialiste du chiffre, cela peut être l'expert-comptable ou le commissaire aux comptes. Si le bilan de référence qui a servi à inciter l'acquéreur à acheter est inexact, ce n'est pas parce que le commissaire aux comptes va avoir une lettre d'affirmation que sa responsabilité d'avoir certifié un bilan inexact va être déchargée.

En revanche, la lettre d'affirmation permet notamment d'éviter que l'auteur de cette lettre d'affirmation puisse ensuite reprocher au commissaire aux comptes certains faits dont il avait connaissance. Vis-à-vis des tiers, cette lettre d'affirmation a peu de portée quant à l'appréciation de la responsabilité du commissaire aux comptes.

Une lettre d'affirmation doit compléter un dossier de travail, mais ne peut pas le remplacer.

Monsieur le Professeur Merle ne semble pas tout à fait d'accord ?

M. Merle. – Je pense que la preuve de fausses affirmations permettra au commissaire aux comptes de dégager, tout au moins partiellement, sa responsabilité civile.

M. Dana. – Nous sommes dans le cadre d'une transmission d'un bloc de contrôle. Un acquéreur trompé par un bilan inexact, certifié par le commissaire aux comptes, va se retourner contre le cédant et contre le commissaire aux comptes. Le fait que le commissaire aux comptes dispose d'une lettre d'affirmation du cédant, qui est l'ancien dirigeant, disant qu'il ne lui a rien dissimulé, qu'il n'y a pas d'événements nouveaux intervenus depuis la clôture du bilan (que les stocks ont été correctement évalués et que les provisions ont été normalement calculées), n'exonérera pas le commissaire aux comptes de sa responsabilité, s'il est démontré qu'il n'a pas accompli les diligences normales.

M. Bézard. – Je suis de cet avis. Je pense que ce n'est pas indifférent peut-être d'avoir une lettre de ce type là. Je ne crois pas qu'il faille trop rassurer les commissaires aux comptes, la production de ce document, élément qui peut être utilisé, mais le commissaire aux comptes est un professionnel qui est tenu d'un certain nombre de diligences et qui ne peut s'abstenir de les faire au prétexte qu'on lui a fourni un justificatif.

M. Dana. – Je pense que cela prémunit surtout le commissaire aux comptes contre les critiques pouvant lui être faites par le cédant car s'il lui a donné une lettre d'affirmation, il ne peut pas reprocher au commissaire aux comptes de ne pas avoir prouvé ce que le cédant lui-même lui dit être régulier. En revanche, cette lettre ne dégage pas sa responsabilité vis-à-vis de l'acquéreur.

M. Esteve. – L'examen des contentieux consécutifs à la transmission de l'entreprise connaît une évolution. S'ils portent toujours pour la plupart sur la mise en jeu de la clause dite de garantie de passif, de plus en plus de litiges tendent à l'annulation de la transaction ou la diminution du prix. La cible de ces deux types d'actions est différente.

Dans le premier cas, l'acheteur (qui va bien souvent intenter son action lorsqu'il aura payé le solde du prix) va invoquer une erreur et une insuffisance au niveau du bilan.

Dans le deuxième cas, pour argumenter sa demande d'annulation ou de réduction du prix à travers le dol, l'erreur ou le vice caché, il va s'appuyer sur une insuffisance ou une absence d'information. Il va mettre en doute la qualité des renseignements qu'il va retirer du compte de résultat à travers la notion de résultat courant et de résultat exceptionnel.

Il va bien souvent reprocher l'absence d'information qui ne lui a pas permis de se déterminer en pleine connaissance de causes.

Alors seront mis en avant l'annexe et le rapport de gestion. La question est de connaître le niveau de l'information fourni dans ces documents ; doit-elle être fermée et ne

renseigner le lecteur que sur les faits marquants et significatifs ou alors doit-elle être ouverte donc sans limite. Le plaideur pouvant toujours invoquer que l'information qu'il n'a pas trouvée était celle qui lui était indispensable.

Le rôle du commissaire aux comptes est alors très délicat concernant ce genre d'informations. Devra-t-il lorsqu'il approuvera l'annexe et le rapport de gestion, s'interroger pour savoir s'ils renferment les informations nécessaires à un futur acquéreur ?

Il est à constater que des avocats commencent à voir tous les arguments qu'ils peuvent tirer du manque d'information de l'annexe et je pense que de plus en plus les responsabilités seront recherchées à travers ces informations qu'on aurait dû transmettre en fonction du lecteur qui pourrait en avoir besoin.

M. Gandur. – C'est une question qui revient en amont sur ce que vous disiez, Monsieur le Président, et également sur les exposés de ce matin :

Pourrait-on aller plus loin ? Lorsque vous dites que la lettre d'affirmation ne suffit pas à exonérer le commissaire, que pourrait-on dire du commissaire à la fusion qui a participé à des négociations en compagnie d'autres conseils ? ... Je pense à ce qui s'est dit ce matin sur l'inter-

vention d'autres conseils, notamment des banques, dans le cadre d'une opération de fusion...

Ma question est donc la suivante : Le commissaire mis en cause peut-il appeler en garantie d'autres intervenants, disant : « les calculs de parité ont été faits avant mon intervention et on m'a proposé un traité de fusion sur lequel j'ai donné mon avis, mais je n'en suis pas totalement responsable ? ».

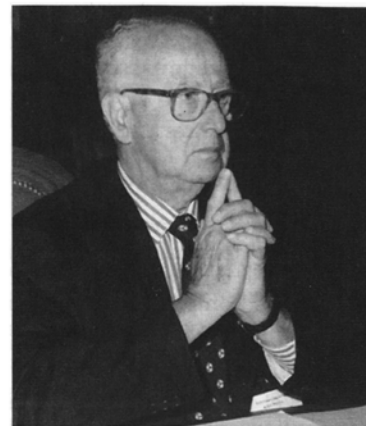
M. Bruyas. – Je répondrai par une expérience que j'ai faite en qualité d'expert lors d'une cession d'entreprise au prix de un franc, le repreneur a jugé que l'entreprise valait encore moins que cette valeur de un franc. Comme le plus facile à atteindre a été le commissaire aux comptes, une action a été engagée contre lui.

Lors de la première réunion d'expertise, j'ai été informé par le représentant de la compagnie d'assurances du commissaire aux comptes qu'il entendait assigner le vendeur, l'expert-comptable et dans la mesure où son entreprise avait été reprise à la barre du Tribunal après le dépôt de bilan, il entendait assigner également l'administrateur judiciaire.

M. Bézard. – Je vous propose de suspendre quelques instants la séance.

RAPPORT DE SYNTHÈSE

Monsieur André DANA



La séance est reprise.

M. le Président Gaillard. – Je vous demande de reprendre place pour le dernier épisode de cette journée d'études qui verra le rapport de synthèse de notre confrère André Dana et le rapport de clôture de M. le Président Bézard.

M. Dana. – Je vais donc procéder à la lecture commentée de mon rapport de synthèse que j'ai enrichi un petit peu au cours des débats auxquels nous avons assisté ce matin et cet après-midi.

Aux termes des exposés que vous avez entendus et des débats qui ont suivi, il m'appartient en qualité de rapporteur général de vous présenter une synthèse.

Je tiens à remercier les rapporteurs qui ont fait un excellent travail et qui ont eu la patience de me supporter. Ces remerciements s'adressent également à Messieurs Faury et Le Teuff, tous deux experts près la Cour d'appel de Paris, qui nous ont aidés dans l'établissement des rapports et dans les recherches de jurisprudence.

Je tiens à remercier le Président Gaillard, ainsi que les Présidents d'honneur Pierre Ducoroy et Félix Thorin d'avoir participé d'une manière efficace aux nombreuses réunions de travail que nous avons eues ensemble avec les rapporteurs.

Je remercie également Monsieur le Haut conseiller Leonnet qui m'a fort aimablement permis d'obtenir des copies d'arrêts rendus par diverses chambres de la Cour de cassation.

Enfin, je remercie tout particulièrement Monsieur le Président Bézard qui nous a fait à nouveau le grand honneur de présider nos travaux et aussi d'y participer d'une manière active, en nous faisant profiter de sa grande expérience en ce domaine.

Les principales questions évoquées aujourd'hui auxquelles je vais essayer de répondre peuvent être schématisées comme suit :

- quels sont les intervenants ?

– quelle est la nature des fautes pouvant leur être reprochées et qui sont susceptibles d'engager leur responsabilité ?

- quel est le rôle de l'expert judiciaire ?

Tout d'abord en ce qui concerne *les intervenants*.

M. Engelhard a excellemment distingué à ce titre :

– en premier lieu, le cédant et le cessionnaire, étant précisé que le cédant correspond souvent au dirigeant de droit ou de fait de la société dont les titres sont cédés ;

– en deuxième lieu, il a parlé d'« intervenants secondaires », catégorie dans laquelle il a justement inclus les cabinets d'affaires, les avocats et conseils financiers, certains établissements financiers ou filiales d'établissements financiers dont l'activité consistant principalement en la réalisation de rapprochements ou de cessions d'entreprise, se traduit par la recherche d'un acquéreur (ou d'une entreprise à céder), puis le montage de ce qu'il convient d'appeler « l'ingénierie financière » qui comporte parfois des aspects fiscaux et juridiques extrêmement complexes.

M. Engelhard a, bien entendu, ajouté à cette liste les experts-comptables des entreprises concernées par cette cession et parfois les notaires.

Il a également évoqué le commissaire aux comptes, sans toutefois l'inclure, à juste titre, dans la liste des intervenants.

Il convient d'ajouter, à mon sens, mais cela était sous-entendu, que certains conseils, voire certains établissements financiers, pourraient être considérés comme des dirigeants de fait entrant, bien entendu, dans la catégorie des cédants ou des cessionnaires.

Cette liste, à peu près exhaustive, n'a pas fait l'objet de remarque ou de critique lors des débats qui ont suivi ces exposés.

Il convient cependant d'ajouter une troisième catégorie d'intervenants qui exécutent une mission légale. Il s'agit :

- d'une part, du commissaire aux comptes, dont la mission n'est que très rarement liée à la transmission de

l'entreprise (à l'exception du cas relatif au montant de la prime d'émission dans le cadre d'une suppression du droit préférentiel de souscription) ;

- d'autre part, des commissaires aux apports (art. 193) ou des commissaires à la fusion.

M. Fleury a déjà longuement traité cette question.

Je préciserai, cependant, à ce sujet que, curieusement, bien que le commissaire n'ait aucun rôle à jouer, notamment dans la cession d'actions, la mise en cause du commissaire aux comptes, à ce titre, correspond à plus de 25 % des mises en cause recensées par la Compagnie nationale des commissaires aux comptes.

Enfin, et je tiens à insister sur cet aspect essentiel, des interventions, des conseils qui d'une manière générale en qualité d'intervenants secondaires jouent effectivement des seconds rôles. Comme le disait fort bien dans une conférence donnée le 10 mai 1995, Mme Giudicelli-Delage, Professeur à la Faculté de droit de Poitiers, le conseil « ne peut occuper qu'une place auxiliaire ». Elle ajoutait « c'est dire qu'en droit sa responsabilité pénale sera essentiellement celle d'un complice et que la mise en jeu de sa responsabilité pénale dépend largement de la mise en jeu de la responsabilité pénale de son client ».

Cette déclaration comporte, à mon sens, deux exceptions. L'une relative à la possible assimilation du rôle d'un conseil à celui d'un dirigeant de fait et l'autre concernant le commissaire aux comptes. La responsabilité de ce dernier n'est pas liée à la participation à l'infraction, mais uniquement à la non révélation de faits délictueux dont il aurait pu avoir connaissance ou à la confirmation d'informations mensongères (art. 457 de la loi du 24 juill. 1966).

Nature des fautes pouvant être reprochées

La définition des différentes catégories de fautes pouvant être éventuellement reprochées à ces intervenants est plus délicate.

Dans le cadre de la responsabilité civile, il peut être reproché aux auteurs d'irrégularités différents faits pouvant être assimilés à des vices de consentement (principalement dol et erreur). D'une manière plus générale, M. Engelhard précise que l'on pourra reprocher aux auteurs tout fait constituant « une violation » de dispositions législatives et réglementaires ou encore une violation des statuts de la société concernée.

Pour répondre à la question posée ce matin par M. Merle, la cession des actions au prix symbolique de 1 F n'exonère pas, à mon avis, la responsabilité éventuelle du cédant.

En ce qui concerne les autres intervenants (conseils divers, experts-comptables, etc.), leur responsabilité civile peut être recherchée pour les mêmes faits en qualité de complice ou de coauteur. La responsabilité propre à leur activité de conseil peut également être mise en cause dans le cadre des articles 1382 et suivants.

La plupart des professionnels, tels que les notaires, experts-comptables, avocats, ont une obligation de conseil

(il en est de même des rédacteurs d'actes) qui les obligent à remplir certaines diligences normales. M. Engelhard vous en a déjà parlé.

M. Bruyas dans le cadre de la *recherche de la responsabilité pénale* des divers intervenants a évoqué un classement dans le temps.

Fait commis *avant* la transmission, à l'occasion de celle-ci ou *après* cette transmission.

Cette classification rejoint celle déjà évoquée ce matin dans mon introduction, à savoir :

- opérations réalisées à l'occasion de la transmission ou directement liées à cette transmission ;

- faits antérieurs, étrangers à celle-ci, mais révélés à cette occasion.

D'une manière générale, on constate que les principales qualifications résultant d'éventuelles irrégularités commises à cette occasion sont :

Pour les dirigeants :

- l'abus de biens sociaux et l'abus de pouvoir (art. 437-3) ;

- la présentation de bilans « ne donnant pas une image fidèle » du résultat des opérations de l'exercice, de la situation financière et du patrimoine de la société (art. 437-2) ;

- l'escroquerie, le faux en écriture de commerce.

Pour les intervenants secondaires, il peut être retenu la complicité de ces mêmes délits.

Enfin, il peut également être reproché aux dirigeants de l'entreprise cédée, la diffusion d'information fautive ou trompeuse (art. 10-1 de l'ordonnance du 28 sept. 1967).

Pour les commissaires aux comptes :

- la non révélation de faits délictueux dont ils auront eu connaissance ;

- la confirmation d'informations mensongères (art. 457 de la loi du 24 juill. 1966).

M. Bruyas vous a indiqué que la constatation de certains de ces faits délictueux résultait d'un véritable état des lieux effectué par les nouveaux dirigeants, à l'issue de la transmission d'entreprise.

C'est également dans le cadre d'irrégularités éventuellement relevées par les nouveaux dirigeants que peut aussi être mise en cause la responsabilité du commissaire aux comptes (provision pour dépréciation insuffisante, ou encore résultats consolidés majorés du fait de la sortie fictive du périmètre de consolidation d'une société largement déficitaire).

Je ne vais, cependant, pas évoquer ces anomalies antérieures à la transmission et je vais me cantonner à l'examen d'opérations liées aux montages pouvant permettre une optimisation financière en retenant des méthodes qui peuvent se situer à la limite de la légalité.

Auparavant, je voudrais rassurer mon confrère et ami M. François Bouchon, toutes les opérations de transmission d'entreprise ne sont pas « criminogènes ».

Certains comportements peuvent, en effet, être (ou ne pas être) considérés comme litigieux.

Ils ne sont pas « stricto sensu » en contradiction avec les textes, mais peuvent, dans le cadre d'une certaine situation, être analysés comme étant irréguliers et pouvant, de ce fait, constituer l'élément matériel d'un délit.

Il en est ainsi des fusions dites rapides, qui consistent dans l'acquisition par une société holding du contrôle d'une société cible avec un important effet de levier, en fusionnant peu de temps après la prise de contrôle, la société holding avec la société cible.

Ce type d'opération avait déjà partagé la doctrine depuis un arrêt rendu le 26 mai 1992 par la Cour administrative d'appel de Lyon, aux termes duquel il avait été considéré qu'une fusion rapide d'une holding et de la société cible, ne constituait pas, au plan fiscal, un acte anormal de gestion, ni un abus de droit.

Les partisans de ce type d'opération évoquaient sa régularité juridique pour prétendre qu'elle n'était pas critiquable.

Cette question importante a récemment été évoquée par la Cour de cassation et a donné lieu à un arrêt rendu par la Chambre criminelle le 10 juillet 1995.

Cet arrêt, qui a confirmé un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 27 avril 1994, qui avait condamné M. P. pour abus de biens sociaux et abus de pouvoir, a largement été commenté par notre confrère Michel Bruyas.

On peut supposer que si les conditions de réalisation de cette opération avaient été légèrement différentes, celle-ci n'aurait sans doute pas été critiquable.

On peut, en effet, s'interroger sur la qualification d'une telle opération si elle avait comporté :

- un remboursement des avances consenties à SIFB par sa filiale la société Delattre-Levievier, échelonné dans le temps et remboursé au moyen de dividendes perçus par la société holding ;

- ou la réalisation de la fusion intervenue quelques années après le versement des avances.

Cette même possibilité d'interprétations différentes en fonction des modalités de réalisation de certaines opérations, se retrouve dans les analyses de mouvements de fonds pouvant être visés par l'article 217-9 de la loi sur les sociétés commerciales.

Cet article mentionne : « une société ne peut avancer des fonds, accorder des prêts, ou consentir une sûreté en vue de la souscription ou de l'achat de ses propres actions par un tiers ».

Les termes de cet article sont clairs. Il faut que les avances soient consenties *en vue de...*

Que penser, dans ces conditions, des dirigeants d'une société holding qui, pour acquérir les actions d'une société cible possédant une trésorerie pléthorique emprunteraient une somme à un établissement de crédit lui permettant ainsi d'acheter les actions de la société cible. Ces titres une fois acquis, la société cible avancerait des fonds à la société holding, devenue sa société mère, qui s'en servirait pour alors rembourser les emprunts contractés.

Selon une partie de la doctrine, un tel comportement n'est pas répréhensible, car non visé par les termes de l'article 217-9, qui doivent être interprétés restrictivement.

Cette position risque, à mon sens, d'abuser des praticiens qui pourraient avoir trouvé là un mode de financement facile à obtenir et peu onéreux (bien qu'il faille assortir ces avances d'intérêts).

Je pense, néanmoins, que ces opérations sont risquées, car elles tutoient dangereusement les conséquences fâcheuses pouvant résulter de l'application de l'adage « *Fraus Omnia Corruptit* ».

Je ne voudrais pas prolonger nos travaux en faisant, à mon tour, un rapport sur mes états d'âme face à certains comportements que dans certaines circonstances je qualifierais de déloyaux.

Je voudrais simplement souligner que les dirigeants d'entreprises cotées ou d'entreprises dont l'actionnariat est assez élargi et dans lesquelles ils n'ont pas de position capitalistique importante, devraient toujours et par définition avoir un comportement qui ne puisse en aucun cas être critiqué. Cette approche est nécessaire dans les cas limites précédemment énoncés.

Ce comportement devrait, à l'instar de celui des personnes dépositaires de l'autorité publique, être beaucoup plus rigoureux et résulter d'une déontologie plus stricte, que celui d'une personne ne gérant que ses propres intérêts sans risquer notamment de léser des actionnaires minoritaires.

Je suis conscient que je quitte là le domaine du droit pour entrer dans celui de la morale.

J'ai, cependant, constaté que cette incursion ne m'était pas réservée et qu'il existait de très nombreux ouvrages sur le droit et la morale et j'ai notamment relevé un article de M. Jean-François Berbieri, Professeur de faculté, paru dans les Petites Affiches du 7 juin 1995, intitulé « *Morale et droit des sociétés* » où l'on peut lire « que doit être qualifié de moral le comportement de ceux qui acceptent de soumettre leurs intérêts personnels au filtre de valeurs communément jugées supérieures ».

J'ai également relevé, à ce sujet, un nouveau terme figurant dans un des « attendu » d'un arrêt rendu le 27 février 1996 par la Chambre commerciale de la Cour de cassation présidée par M. Bézard, à savoir le « *devoir de loyauté* ».

La rédaction de cet attendu était la suivante :

« M. X a manqué au devoir de loyauté qui s'impose au dirigeant d'une société à l'égard de tout associé en particulier... ».

Cette mention n'a pas échappé à un journaliste de Figaro qui a écrit à ce sujet un article dont le titre était « Naissance juridique du devoir de loyauté ».

Monsieur le Président, si vous êtes le père spirituel de ce nouveau devoir, permettez-moi d'en être le parrain.

Monsieur le Professeur Merle s'interrogeait sur la possibilité d'étendre ce devoir de loyauté au cédant de bloc de contrôle. Je ne pense pas que cela soit possible, car une telle cession entre dans le cadre des opérations visées par le Code civil au titre des vices du consentement.

M. Fauray a également évoqué la possibilité de retenir la garantie des vices cachés dans le cadre de ces cessions. Cela ne me semble pas possible à ce jour pour les mêmes raisons. Cette notion de vice caché, jusqu'à présent limitée à la réalité des titres cédés pourrait cependant être étendue à des cas extrêmes liés au fonctionnement même de la société dont les titres sont cédés. Monsieur le Président Bézard nous donnera son avis à ce sujet tout à l'heure.

Je vais terminer cette longue synthèse en vous livrant quelques réflexions sur le rôle de l'expert judiciaire dans le cadre des opérations objets de notre journée d'études.

L'expert judiciaire, en l'occurrence expert-comptable et judiciaire en ce qui nous concerne, est avant tout un technicien, il doit être capable d'éclairer le juge et dans le domaine qui nous intéresse aujourd'hui il doit pouvoir analyser des situations parfois assez complexes.

De nombreux exemples pourraient être donnés quant à la complexité de certaines missions afin de démontrer les ingénieries assez savantes qui mettent en évidence l'anomalie des résultats ou de la situation patrimoniale. M. Dorison faisait allusion tout à l'heure à une opération de portage. Il visait en cela toutes les modifications des périmètres de consolidation quand l'on veut sortir une société perdante ou modifier la date d'entrée dans le périmètre de consolidation d'une société nouvellement acquise, pour que la perte se trouve non plus dans les résultats, mais qu'elle soit comprise dans l'écart de première consolidation. Ceci est très technique, je ne m'étendrai pas davantage à ce sujet.

Comme l'a précisé M. Engelhard, l'expert judiciaire doit avant tout se placer dans les conditions économiques et de connaissance des faits qui existaient au moment des opérations incriminées.

Pour apprécier notamment le comportement d'un commissaire aux comptes dans le cadre de la recherche de sa responsabilité civile, à la suite d'une cession d'actions d'une société, constituant un bloc de contrôle, l'expert ne doit pas tenir compte d'événements négatifs intervenus après le déroulement de la mission du commissaire aux comptes, événements qui étaient alors imprévisibles (effondrement d'un marché intéressant l'activité sociale, marché immobilier par exemple ou dépôt de bilan non prévisible d'un important client pour lequel avaient été déjà effectués des travaux figurant en travaux en cours ou en stock).

Ces événements, pouvant réduire sensiblement la valeur des titres de la société cédée, entrent normalement dans le cadre d'une garantie d'actif et de passif souscrite par le cédant. Leur apparition ne peut cependant entraîner la mise en cause de la responsabilité du commissaire aux comptes.

L'appréciation du caractère inexact et trompeur d'informations transmises aux acquéreurs par les anciens dirigeants doit également être effectuée avec discernement.

La simple constatation de la baisse très sensible de perspectives de résultats ne suffit pas pour estimer que l'information transmise était mensongère. Il faudra analyser les causes des écarts constatés pour pouvoir donner aux juges ou au tribunal, les éléments qui leur permettront d'estimer si ces informations trompeuses avaient été « sciemment » communiquées.

Enfin et pour clore mon rapport de synthèse, je rappellerai une citation de Camus que Monsieur le Premier Président Draï avait coutume d'utiliser « ce que l'homme accepte le plus difficilement c'est d'être jugé ».

Dans cet esprit et bien que nous ne soyons que des experts et non pas des juges, j'ai remarqué que certains intervenants vivaient souvent très mal le fait de voir leurs comportements analysés et éventuellement critiqués par un expert de leur spécialité.

Pour ces raisons, je pense que l'expert judiciaire devra, tout en remplissant sa mission dans des conditions objectives et normales, essayer de rendre les réunions d'expertise (en matière civile) ou les auditions (en matière pénale) les moins pénibles possible pour les personnes pouvant être mises en cause.

Je vous remercie de votre bienveillante attention.

(Applaudissements)

CLÔTURE DES TRAVAUX

Monsieur Pierre BÉZARD

M. Bézard. – Merci Monsieur le Président Dana d’avoir porté si haut et si brillamment les réflexions après une journée qui a été très riche.

Il m’appartient, à votre demande, Monsieur le Président, de prononcer quelques mots de conclusion. Ce n’est pas facile pour plusieurs raisons :

D’abord en raison, justement, de cette richesse. Richesse exceptionnelle des exposés bien sûr, dont il faut féliciter les auteurs, mais richesse aussi des interventions, des questions, des réponses. Richesse aussi jusque dans les silences, les doutes, les inquiétudes...

A cet égard, je dirai que c’est une chance pour nous, magistrats, – moi-même et aussi beaucoup de collègues qui sont ici – d’avoir participé de manière très étroite à cette réflexion que vous menez sur vos missions et vos responsabilités. Nous avons beaucoup écouté et retenu. Je suis convaincu que la jurisprudence ne peut être efficace que lorsqu’elle est ouverte sur le monde et sur les difficultés que, les uns et les autres, rencontrent.

Pour revenir aux difficultés de présenter une conclusion, je dirai ensuite qu’il est présomptueux de conclure. On ne peut pas conclure définitivement sur un tel sujet car ce sujet, nous l’avons bien compris, est en pleine évolution. Dans quelques années, le même sujet qui sera renouvelé par des lois nouvelles, des pratiques nouvelles, des jurisprudences nouvelles, pourra faire l’objet d’un éclairage différent.

Ce que l’on peut essayer de faire, c’est de faire passer quelques convictions personnelles éclairées par tout ce qui a été dit au cours de cette journée.

J’ai déjà souligné que ce sujet était d’un grand intérêt. Nous en sommes tous convaincus. C’est un problème que l’on peut dire très chaud. C’est un problème de grande actualité. Il y a toujours eu des transmissions d’entreprises parce que tout bien, que cela soit des fonds de commerce, des immeubles, des actions, se transmettait à un moment ou à un autre, parce que celui qui a créé l’entreprise veut prendre sa retraite, parce qu’on veut régler des problèmes de succession ou parce qu’il y a dans une entreprise une inaptitude à la diriger à un certain niveau. Il y a toujours eu des problèmes de transmission, nous le savons.

Mais ce qui est vraiment nouveau à l’heure actuelle, vous en êtes tous d’accord, c’est que c’est un problème qui

s’est accéléré parce qu’il y a eu cette nécessité de regrouper les entreprises, parce qu’on sait bien, et vous mieux que personne qui vivez cette réalité, qu’une entreprise n’est rentable que si elle a des moyens importants. Elle ne peut distribuer des bénéfices significatifs que si elle a une certaine taille, que surtout en cette période de crise elle ne peut survivre que si elle est suffisamment solide. Enfin face à une concurrence internationale de plus en plus forte, il y a une nécessité de se regrouper. C’est un mouvement très fort depuis ces dernières années qui se produit.

Actualité du problème et aussi difficulté du problème. C’est un problème qui soulève des aspects juridiques, des aspects comptables et des aspects fiscaux extrêmement complexes.

Il a été rappelé que le regroupement et la transmission d’entreprises pouvaient intervenir de beaucoup de manières. De manière simple, qui est la cession d’actions. Vous avez vu – d’ailleurs vous l’évoquiez, Monsieur le Président Dana – que cela pose déjà des problèmes multiples. La jurisprudence a été appelée à de nombreuses occasions à intervenir sur les problèmes de cession d’actions.

Et puis il y a les questions que posent les augmentations de capital avec prises de participation plus ou moins importantes.

Il y a encore les problèmes des fusions et scissions, le gros morceau, avec toute sa réglementation modifiée à la suite de directives européennes, relativement récemment, avec cette création du commissaire à la fusion, réglementation extrêmement détaillée, impérative qui se veut protectrice. Le désir de protection est tel que même dans une réforme qui est en cours de préparation à la Chancellerie, fort avancée – j’en disais un mot ce matin – on va vers la contractualisation, la simplification des règles pour les dirigeants d’entreprises, la consécration de solutions souples qui permettront aux fondateurs de renvoyer aux statuts sauf sur les points où il s’agit de protéger les actionnaires, les créanciers et dans d’autres textes les salariés, mais on ne touche pratiquement pas à ce droit des fusions. C’est donc une indication de l’importance de ces protections.

Et puis il y a l’apparition aussi d’une autre technique qui a une importance considérable et les autorités boursières, la COB en particulier, y ont joué un rôle essentiel : la technique d’offre publique. Dans certains pays, même, la fusion n’existe pratiquement pas, c’est bien par l’OPA que se font les transmissions d’entreprises.

Et vous savez, même si, apparemment, on en parle moins, car il y a moins d'OPA agressives par ces temps de crise, beaucoup d'opérations passent par le système des OPA, le cédant, le cessionnaire se mettent d'accord, mais ils se trouvent soumis à une réglementation très protectrice de l'intérêt des parties et surtout des personnes qui sont intéressées par l'opération plus précisément les minoritaires que l'on trouve dans la réglementation de la COB, et du CBV, avec une obligation, maintenant, de lancer un rachat des titres à 100 % et une obligation, à la demande des minoritaires dans certains cas, de se faire racheter les titres avec l'avantage aussi de pouvoir imposer ce rachat, cette réglementation a transformé l'esprit de ces transmissions d'entreprises. Il est même question d'appliquer certaines de ces dispositions aux fusions.

Et puis, et cela a été évoqué rapidement parce que c'est un autre aspect du droit, c'est la réglementation des procédures collectives. Dans l'état de crise qui n'arrive pas à s'en aller, pour sauver les entreprises, selon les impératifs de la loi de 1985, pour sauver les emplois, on a prévu, entre autres, des possibilités pour des entreprises susceptibles de se redresser, des possibilités de cession dans le cadre d'un plan.

C'est une réglementation très contraignante, très protectrice qui n'empêche pas, d'ailleurs, certains abus, nous le savons bien, puisque l'un des objectifs de la loi du 10 juin 1994 a été de consacrer une meilleure moralisation des plans de cession. Donc des techniques extrêmement compliquées que régleme dans le détail la loi de 1985, ainsi réformée et que précise et enrichit une jurisprudence abondante.

Il y a aussi un troisième aspect sur lequel je voudrais dire un mot, c'est l'aspect international. On est resté volontairement dans le cadre de ce Congrès, et c'est très bien, très franco-français, l'essentiel des problèmes est bien là. Mais il faut bien dire que l'hexagone paraît bien petit quand il s'agit des problèmes de transmission d'entreprises dans la mesure où il y a des liaisons européennes multiples, il y a ce phénomène de mondialisation des entreprises, ces groupes puissants aux multiples filiales, aux nationalités diverses. Ces transmissions d'entreprises intéressent finalement tous les pays et les droits par delà les frontières.

La transmission d'entreprise nous interpelle aussi sous cet angle. Je pense à cette expression du Doyen Ripert – nous l'avons tous en mémoire – selon laquelle la société, de la même manière que l'électricité et la machine à vapeur a été une grande révolution, en particulier la société anonyme a été un instrument formidable pour les sociétés occidentales de conquête du monde.

Or l'Europe ne met pas à la disposition des Européens dans un domaine clé, une société européenne qui permettrait d'affirmer cette identité européenne et de lutter à armes égales avec les sociétés américaines et japonaises. Depuis 1970, on a entrepris l'étude d'une société européenne qui aurait pu servir de réceptacle à des transmissions d'entreprises. Près de trente ans après on n'a pas abouti. On n'a même pas réussi à mettre au point une convention de fusion internationale.

Or il est quasiment impossible, compte tenu des règles nationales très impératives qui existent dans les différents pays, de fusionner les entreprises nationales sinon en obtenant l'unanimité des associés ce qui est pratiquement impossible. C'est pour cela que lorsque les entreprises veulent se lier, elles le font par des prises de participation. Tout cela n'est pas simple. On préférerait que l'Europe, plutôt que de s'occuper de la pâte des fromages, traite de ces problèmes là efficacement. En réalité, c'est moins la faute de la commission, que celle surtout d'un Etat qui a fait pourtant beaucoup pour l'Europe, l'Allemagne. Mais là nous constatons – j'ai participé pendant longtemps à l'élaboration de ce droit européen et des textes – l'échec des textes est dû au fait que, souhaitant une coparticipation obligatoire des salariés dans tous les pays, l'Allemagne n'a jamais accepté les textes qui ne consacrent pas cette co-participation. Il semblerait qu'actuellement les choses pourraient évoluer. Je voulais insister sur cet aspect là qui me paraît très important pour l'avenir. Un jour peut-être, dans quelques années, vous consacrez l'un de vos Congrès aux problèmes des transmissions d'entreprises au-delà des frontières.

Enfin j'en arrive au problème clé qui concerne la montée des difficultés, la montée des contentieux, dans tous les domaines, en particulier celui des cessions d'entreprises.

Il est certain qu'à travers les différentes interventions, à travers les divers exposés, les professionnels que vous êtes témoignent de leur inquiétude, car de plus en plus notre société est devenue, en particulier dans le domaine économique et financier, beaucoup plus contentieuse et les personnes qui sont en première ligne, comme vous, constatent effectivement un développement des risques.

Dans les entreprises, *in bonis*, se développant sagement, les difficultés sont peu sensibles, mais la cohésion est souvent moins évidente qu'autrefois.

Dès qu'il y a des actifs qui changent de mains, vous l'avez excellemment montré les uns et les autres, les vagues commencent à arriver, des révélations se font, on aperçoit derrière des façades qui paraissent tout à fait unies et de bon aloi, des choses beaucoup moins claires. Des gens se prétendent lésés. A l'occasion de transmissions, en Bourse ou ailleurs, il y a des risques de manœuvres, de manipulations, d'informations trompeuses, de délits d'initiés. Des cessionnaires sont mécontents, des minoritaires se plaignent, des salariés protestent, des autorités enquêtent, des contentieux naissent...

Le transfert d'entreprise soulève indiscutablement des problèmes qu'il ne faut pas exagérer mais qu'il est opportun de déterminer et d'évaluer.

Pourquoi cette évolution contentieuse ? C'est un problème, je crois, de société. Il y a une profonde transformation de l'esprit de la population dans ce domaine comme dans les autres, dans notre pays, comme ailleurs.

D'abord il y a cette prise de conscience des droits subjectifs. Dans la société occidentale, même si elle est en crise, et notre société est en crise, les besoins matériels étant satisfaits pour la plus grande partie de la population, celle-ci revendique avec force le respect de ses droits subjectifs. Elle les découvre et tient absolument à les faire res-

pecter. C'est vrai dans tous les domaines, la prise de conscience de ces droits est partout.

Et dans le domaine économique en particulier, je l'ai entendu dire par certains d'entre vous : c'est une recherche de ce fameux devoir de loyauté, la loyauté réclamée au mandataire, au dépositaire, au concurrent, au Conseil, au commissaire aux comptes, la transparence de l'information souhaitée par l'actionnaire, l'épargnant, le salarié, – voilà les notions clés – le respect de la propriété d'autrui même si c'est la propriété de personnes morales.

Je lisais hier sous la plume de l'ancien Garde des sceaux, M. Robert Badinter, la remarque est développée d'ailleurs par de nombreuses personnalités, qu'elles soient de gauche ou de droite, qu'il y a un besoin très fort de justice dans notre monde actuel, qu'on ne supporte plus les zones de non droit et qu'on ne tolère plus que certaines personnes, sous prétexte de responsabilités quelconques, échappent au droit.

Il me semble qu'il s'agit là d'un phénomène très puissant et qu'on ferait une erreur profonde en soutenant que ce sont les magistrats ou les experts qui créeraient ces problèmes qui sans eux n'existeraient pas ou en affirmant qu'il serait préférable qu'ils restent cachés.

Qu'il y ait des erreurs, qu'il y ait une médiatisation trop forte et des mises en détention qui devraient être plus prudentes je n'en disconviens pas et il faut tout faire pour améliorer les choses, mais je dis qu'il y a une réalité à l'heure actuelle à laquelle sont confrontés les tribunaux qu'ils ne créent pas ; il est bien que cela soit devant les tribunaux plutôt que dans la rue, car quand on n'a pas de soupapes dans une démocratie, on trouve les problèmes dans la rue.

C'est un problème très important, ce problème de justice, d'exigence de droit. Au Japon, en Allemagne, en Italie, en Belgique, dans tous les pays, aux Etats-Unis et ailleurs, il y a ce même besoin de justice. C'est un phénomène majeur en cette fin du XX^e siècle.

Accompagnant cette évolution de l'esprit de la population, ce qu'il y a d'important, c'est que cette population a maintenant plus largement les moyens de s'exprimer et d'agir.

Pour m'en tenir au seul domaine économique, vous savez comme moi que les minoritaires n'avaient ni les moyens d'information, ni les moyens financiers, ni les moyens de preuve pour connaître de façon satisfaisante le fonctionnement de l'entreprise. Les choses se sont beaucoup améliorées ces derniers temps. Il faut insister d'abord sur l'amélioration très sensible du travail des commissaires aux comptes. Il faut rappeler aussi qu'on a créé les moyens de preuve – on en a beaucoup parlé, ce sont les articles 126 et 145, d'autre part il y a l'excellent travail fait par la COB pour être attentive, selon sa mission, à la protection des épargnants. Le Parquet est plus motivé aussi et puis il y a la création d'associations et vous savez qu'à l'heure actuelle, phénomène nouveau, ces associations sont présentes partout. C'est important parce que je dois vous dire que pour la COB, comme pour les magistrats du Parquet souvent, ils avaient l'impression de faire une action de

fonctionnaire sans sentir un soutien quelconque de la part de ceux que l'on voulait protéger. Encore faut-il que ces actions soient raisonnables et menées à bon escient.

Il y a aussi l'évolution de la mentalité des juges, plus attentifs que ne l'étaient leurs prédécesseurs sur ces problèmes financiers et économiques.

Les juges étaient autrefois mal préparés dans les facultés et dans leur pratique, ils n'étaient pas ouverts aux problèmes financiers, ils comprenaient mal ce qu'était la réalité économique, ils n'avaient aucune possibilité d'aborder le problème de cette réalité économique.

Dans ces conditions ils se bornaient à faire l'exégèse des textes, et ne sortaient pas de leur tour : le monde financier et le monde du droit s'ignoraient, sinon même se méprisaient.

Les choses ont évolué sérieusement. Les facultés de droit sortent maintenant des étudiants qui sont formés au droit des affaires – le Professeur Merle le dirait mieux que moi – et vous avez des juges, des avocats qui s'intéressent à la question et qui y sont préparés par des formations spécialisées.

Certains regretteraient cette évolution et la perte de leur tranquillité par la mise en cause de leurs actions. Personnellement, je ne pense pas qu'il faille le regretter. On ne peut regretter qu'il y ait plus de transparence et de loyauté dans les relations d'affaires. La France était très en retard par rapport à d'autres pays. Il y a eu certainement dans cet état de fait des responsabilités de la part des contrôleurs et des magistrats. Les choses changent mais il ne faut pas tomber dans l'excès contraire et un excès de contentieux.

Ces contentieux, ce sont des contentieux qui opposent le cessionnaire au cédant, les minoritaires et les dirigeants, à la limite nous constatons même, dans certaines affaires de nationalisation, des Partis s'opposer. Vous voyez à quoi je fais allusion ! La transmission d'entreprises concerne aussi nos sociétés nationales.

Ce qu'il y a de nouveau dans cette évolution, c'est qu'on ne s'en prend pas simplement aux dirigeants, aux initiateurs de l'opération mais aussi aux intervenants, c'est tout notre débat. Ces intervenants jouent un rôle important et comme ils sont habituellement assurés, on va se retourner vers eux pour les faire payer. On va même aller jusqu'à mettre en cause la COB ou la Commission bancaire, nous le savons bien, parce qu'il y a l'Etat derrière.

Tout cela pose des problèmes très graves pour les intervenants car il n'est pas douteux que la multiplicité des techniques fort réglementées, qu'une jurisprudence qui n'est pas toujours très claire, que la complexité des montages, la pluralité des intervenants, font que ceux qui sont chargés, comme les commissaires aux comptes et les experts-comptables, de responsabilités au sein des entreprises, se trouvent devant des problèmes difficiles et à risques.

Mais alors, quelle attitude pour l'intervenant ? Je suis quelqu'un d'extérieur, je suis un magistrat et un censeur, à

un niveau élevé de la hiérarchie judiciaire compte tenu de mon âge et je peux dire qu'on est toujours seul quand on est chargé de responsabilités. Je me contenterai de présenter quelques observations nées d'une expérience professionnelle déjà longue qui m'a permis d'observer bien des contentieux. Il me semble que certaines qualités, certaines attitudes s'imposent à un professionnel : du dynamisme, de la fermeté, et c'est la moindre des choses, de l'indépendance, cela va de soi. Fermeté ne veut pas dire agressivité mais dialogue convaincu pour faire évoluer les pratiques qui paraissent contestables. L'opposition, le refus de certifier, la révélation interviendront en cas d'échec.

Mais je voudrais surtout insister sur la prudence de la démarche qui doit s'imposer aux intervenants, surtout compte tenu de l'environnement contentieux qui se développe. Je crois que, dans le métier que vous faites, il est important de démontrer qu'on a fait une démarche d'abord volontaire, qu'on a essayé de la faire dans la plus grande vérité possible, l'obligation n'étant pas une obligation de résultats mais simplement de moyens. J'ajoute qu'il est important aux regards des juges qui peuvent être éventuellement saisis, de s'entourer, quand on a une responsabilité à prendre, de toutes les informations possibles, d'établir un dossier dans ce sens, de se tourner vers ceux qui peuvent aider comme la COB, comme les organisations professionnelles ou le Conseil de la comptabilité. Constituez des preuves de bonne volonté, de ces diligences et des conseils que l'on vous a donnés.

Il est important aussi de motiver de façon claire votre opinion. Quand on demande un conseil à quelqu'un, je comprends bien sûr qu'un dirigeant d'entreprise voudrait qu'on lui dise blanc ou noir. La vérité n'est pas blanche ou noire, elle est grise, cela dépend des conditions, des circonstances. Le conseil juridique ou comptable n'est pas détenteur d'une vérité mathématique. Il faut motiver en fonction de ce qu'on entend, en indiquant les risques que le dirigeant encourt. C'est quelque chose d'extrêmement important. Ce n'est pas facile à réaliser mais, à mon avis, dans l'évolution qui intervient, cela devient de plus en plus nécessaire.

Cette démarche de prudence devrait convaincre le juge qui peut être amené à apprécier le travail et l'action de l'intervenant ou du commissaire aux comptes. Encore faut-il que ce juge qui est celui qui apprécie, soit digne de sa lourde mission. Comme pour le professionnel, il importe qu'il soit de qualité.

D'où l'espoir de voir renforcer toujours plus la formation des juges, leur spécialisation, leur ouverture vers le monde économique.

Le juge doit être quelqu'un de raisonnable, il doit mener une action raisonnable. Il doit surtout se souvenir qu'il est un homme qui apprécie le travail fait par d'autres hommes, que ces hommes, il convient de les juger avec fermeté en cas de fautes graves, mais de toujours tenir compte qu'ils ont un travail difficile à faire. Il faut les voir dans leur contexte, les voir avec leurs moyens et il faut que le juge se dise que, finalement, lui il a son métier, ses contraintes, il a un métier difficile mais sans doute moins

difficile que celui de ceux sur qui pèse directement une responsabilité civile et même pénale.

Et, voyez-vous, vous Messieurs les experts-comptables judiciaires, vous êtes ceux qui peuvent conduire le juge à être raisonnable. Car dans ce face à face entre l'intervenant mis en cause et le juge amené à apprécier le comportement de cet intervenant, il y a un personnage qui tient un peu des deux, qui a deux casquettes. Il est à côté du juge celui qui va l'aider à sanctionner les attitudes critiquables qui auraient manqué à la règle et à l'éthique mais il est aussi celui qui est intervenant, qui a sa formation, qui sait quelles sont les difficultés de ce métier, ses exigences.

Il va faire passer ce message au juge, il va participer au rôle de sanction car c'est sa mission mais il va aussi ouvrir le chemin du juge en lui permettant d'adapter sa décision aux réalités. Vous avez ce rôle essentiel. Mais vous avez aussi un rôle de prévention si l'on veut éviter la mise en cause de trop de dirigeants qui, pour beaucoup commettent des imprudences faute d'avoir été informés. C'est grâce au travail de prévention que vous pouvez être utiles, vous qui connaissez les magistrats, leur jurisprudence et qui connaissez les exigences de votre profession et avez des relations avec vos collègues.

Je voudrais terminer ces propos qui sont graves par une image plus sereine, en vous demandant un peu de sourire.

Je trouve que nos Palais de justice ressemblent un peu à ces églises et à ces cathédrales romanes ou gothiques où on expliquait aux Chrétiens à l'aide de grandes fresques naïves et pleines de charme ce qui les attendait dans l'autre monde ; les saints avec les anges, l'enfer, avec ses démons et ses damnés.

Nos Palais de justice ont la même ambition, mais laïque. Contemplons ici, à Montpellier, cette vaste scène, solennelle, richement colorée, qui se trouve face à vous et derrière moi. Avec un peu d'imagination, et dans l'ambiance de ce séminaire, essayons d'interpréter l'attitude de ces personnages.

L'un est étendu à terre, on le pleure, il est mort. C'est le cessionnaire, tué par le poids du passif non révélé lors de la cession. Le cédant est de l'autre côté, il implore, il essaye de se justifier, il invoque sa bonne foi, il s'efforce d'impliquer les professionnels intervenus à la cession. Près de lui, tout de bleu vêtu, armé d'une épée, l'ange exterminateur le menace. Au centre, haut placé sur son trône, revêtu d'écarlate, la Justice domine la scène et s'interroge. A ses côtés, magnifique, tout de blanc vêtu, le flambeau à la main, un ange l'éclaire : c'est l'expert-comptable judiciaire, celui qui apporte la vérité...

Merci de votre attention.

(Applaudissements)

Je reprends la parole Monsieur le Président pour déclarer clos votre congrès qui porte le numéro XXXV.

La séance est levée à 18 heures.

XXII^e 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^e 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^e 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^e 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^e Congrès national : Bordeaux, 16 octobre 1987.
Sous la présidence de M. Guth, conseiller à la Cour de cassation.
Rapport général, M. Windsor, expert près la Cour d'appel de Caen.

L'expert judiciaire face à la responsabilité civile des professionnels.

XXVII^e 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^e 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^e 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^e 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^e Congrès national : Chambéry, 2 octobre 1992.
Sous les présidences de M. Pierre Bézio, Procureur général près la Cour de cassation, et de M. Pierre Bézard, Président de la Chambre commerciale de la Cour de cassation.
Rapporteur général, M. Pierre Darrousez, expert agréé par la Cour de cassation.

L'expert-comptable judiciaire et les infractions boursières.

XXXII^e Congrès national : Angers, 22 octobre 1993.
Sous la présidence de M. Pierre Bézard, Président de la Chambre commerciale de la Cour de cassation.
Rapporteur général, M. Henri Estève, expert agréé par la Cour de cassation.

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

XXXIII^e Congrès national : Orléans, 21 octobre 1994.
Sous la présidence de M. Pierre Bézard, Président de la Chambre commerciale de la Cour de cassation.
Rapporteur général, M. Jean-Claude Cailliau, expert agréé par la Cour de cassation.

L'expert-comptable judiciaire et l'évaluation d'entreprises.

XXXIV^e Congrès national : Dijon, 6 octobre 1995.
Sous la présidence de M. Jean Léonnet, Conseiller à la Cour de cassation.
Rapporteur général, M. André Gaillard, expert agréé par la Cour de cassation.

L'expert-comptable judiciaire et le droit.