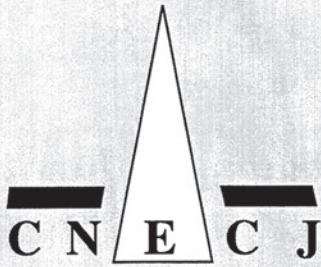




Compagnie
Nationale des
Experts
Comptables
Judiciaires



CONGRÈS CNECJ - PARIS - 6 OCTOBRE 2000
CHAMBRE DE COMMERCE ET D'INDUSTRIE DE PARIS - HÔTEL POTOCKI



Compagnie
Nationale des
Experts
Comptables
Judiciaires

SOMMAIRE

BULLETIN N° 54 - JANVIER 2001

2003

<input type="checkbox"/>	COMPOSITION DU CONSEIL NATIONAL POUR L'ANNÉE 2001	3
<input type="checkbox"/>	LA PAGE DU PRÉSIDENT Anne-Marie LETHUILLIER-FLORENTIN	4
<input type="checkbox"/>	L'AGENDA DU PRÉSIDENT	5
<input type="checkbox"/>	NOMINATIONS - DISTINCTIONS - INSCRIPTIONS	6
<input type="checkbox"/>	CONGRÈS NATIONAUX	7
<input type="checkbox"/>	CONGRÈS DE LA FÉDÉRATION	9
<input type="checkbox"/>	VIE DES SECTIONS	12
	ASSEMBLÉES & COLLOQUES ORGANISÉS PAR LES SECTIONS	
<input type="checkbox"/>	ARTICLES EXTRAITS DE LA GAZETTE DU PALAIS	
♦	DÉCISIONS PUBLIÉES DANS LA GAZETTE DU PALAIS	21
♦	ARTICLES DIVERS PARUS DANS LA GAZETTE DU PALAIS	34
♦	JURISPRUDENCE	42
<input type="checkbox"/>	ARTICLES EXTRAITS DES PETITES AFFICHES	
⌘	OBJECTIF D'IMAGE FIDÈLE ET ASPECT PÉNAL DU DROIT COMPTABLE SONT-ILS COMPATIBLES ? <i>par Florence DELESALLE (diplômée expert-comptable chargée de cours au C.N.A.M.-I.N.T.E.C.)</i>	43
<input type="checkbox"/>	ARTICLES PARUS SUR LA REVUE DE JURISPRUDENCE COMMERCIALE	
	L'EXPERT FACE À LA FAUTE DE GESTION	
⌘	«LES ATTENTES DU JUGE» <i>par Michel ARMAND-PREVOST</i>	52
⌘	extrait de «L'APPROCHE DE L'EXPERT JUDICIAIRE» <i>par Robert GANDUR</i>	58
⌘	«LA MISE EN ÉVIDENCE DE LA FAUTE DE GESTION PAR DES SYSTÈMES D'INFORMATION» <i>par Marcel PERONNET, François BOUCHON et Pierre LOEPER</i>	63
⌘	«LES FAUTES DE GESTION DES DIRIGEANTS DES BANQUES» <i>extrait de l'interview de Jean TOURIN par Jean DURAME</i>	79
⌘	CONCLUSION <i>du Président BEZARD</i>	82
<input type="checkbox"/>	ARTICLE PARU SUR LA REVUE LES ANNONCES DE LA SEINE	
⌘	PÉRENNITÉ ET CHANGEMENT <i>par Vincent LAMANDA, Premier Président de la Cour d'Appel de Versailles</i>	88

2003

COMPOSITION DU CONSEIL NATIONAL

Le Conseil National de la Compagnie
réuni le 7 octobre 1999
a procédé à l'élection des Membres de son Bureau
dont la composition est désormais la suivante :

Président d'Honneur Fondateur	Gérard AMEDEE-MANESME	- PARIS
Présidents d'Honneur	Paul GRIZIAUX Pierre DUCOROY Félix THORIN Madeleine BOUCHON Jean CLARA André DANA André GAILLARD	- AMIENS - MONTPELLIER - PARIS - PARIS - DOUAI - PARIS - PARIS
Président	Anne-Marie LETHUILLIER FLORENTIN	- ROUEN
Vice-Présidents	Rolande BERNE LAMONTAGNE Pierre DARROUSEZ MARC ENGELHARD	- PARIS - DOUAI - AIX-EN-PROVENCE-BASTIA
Secrétaire Général	Michel DEVILLEBICHOT	- PARIS
Secrétaire Général Adjoint	Sylvain CHAUMET	- ORLEANS-POITIERS
Trésorier National	Henri ESTEVE	- LYON
Trésorier National adjoint	Henri LAGARDE	- TOULOUSE

le siège de la Compagnie est statutairement fixé au PALAIS DE JUSTICE à PARIS
La correspondance est adressée chez le Président Anne-Marie-LETHUILLIER-FLORENTIN
5, rue Racine 76000 ROUEN

☎ 02 35 98 19 05 - Fax 02 35 89 01 95

Le siège administratif est prévu à la MAISON DE L'EXPERT
10 Rue du Débarcadère 75 017 -PARIS

Rédaction du Bulletin
Rolande BERNE LAMONTAGNE
Victor AMATA, Sylvain CHAUMET, Claude GUTIERRES-REQUENNE

LA PAGE DU PRESIDENT - Anne-Marie LETHUILLIER-FLORENTIN

Chers Amis,

Que l'entrée dans ce 3^{ème} millénaire vous soit favorable. Je me fais l'interprète du Bureau National pour vous souhaiter une année 2001 sans trop d'embûches : nous devons garder une certaine disponibilité pour assumer les lourdes tâches que sont les nôtres en tant qu'auxiliaire des juges qui nous font confiance et il faut savoir concilier cela avec un équilibre de la vie personnelle qui reste génératrice d'énergie.

Notre Compagnie doit continuer à se faire connaître auprès de tous les magistrats de France et de Navarre. Il semble que les inscriptions sur les listes aient été en légère augmentation en fin d'année 2000. Nous assurons la promotion de nos jeunes confrères en faisant valoir nos propres qualités.

Soyons conscients que la complexité de l'économie et du droit est telle que nous devons maintenir nos connaissances et pour cela ne pas négliger la " **formation permanente** " ; nous resterons alors des experts compétents, efficaces et remarquables.

J'attire dès maintenant votre attention sur une date à retenir :

5 OCTOBRE 2001
PREMIER CONGRES DU MILLENAIRE

PARLEMENT DE BRETAGNE
" LE PRINCIPE DE LA CONTRADICTION "

Pour le Congrès 2002 le thème et le lieu sont encore entre vos mains et toute suggestion sera favorablement accueillie.

Je vous renouvelle tous mes vœux pour vous-même et vos proches

Et vous prie de croire en mon entier dévouement.

Bien cordialement,
Anne-Marie LETHUILLIER-FLORENTIN

L'AGENDA DU PRESIDENT

A la demande du Bureau, le Président Anne-Marie LETHUILLIER-FLORENTIN présente comme à l'accoutumée la liste des diligences (représentations, visites, rencontres, participations à des réunions d'institutions expertales...) liées directement ou indirectement aux fonctions du Président.

2000/2001

- Septembre**
- 5 - Conférence de VERSAILLES organisée par l'association "EXPERTS-COMPTABLES ET MANDATS PUBLICS"
 - 14 - Bureau de la FEDERATION
 - Bureau C.N.E.C.J.
 - 28 au 30 - Congrès de l'ORDRE des EXPERTS-COMPTABLES et des COMMISSAIRES AUX COMPTES
- Octobre**
- 5 - Conseil National de la C.N.E.C.J.
 - 6 - Congrès de la C.N.E.C.J.
 - 19 - Rencontre avec Monsieur BUFFET, Président du CONGRES 2001, en compagnie du Président André DANA
 - 20 et 21 - Congrès National de la F.N.C.E.J.
- Novembre**
- 21 - Assemblée Générale de la section RENNES de la C.N.E.C.J.
 - 22 - Représentation de la Compagnie par Madame BERNE-LAMONTAGNE
 - au Colloque de la COMPAGNIE DES CONSEILS ET EXPERTS FINANCIERS
 - au Colloque de la CONFERENCE DES BATONNIERS
 - 23 - Bureau de F.N.C.E.J.
 - Bureau de la C.N.E.C.J.
- Décembre**
- 6 - Assemblée Générale de la section PARIS-VERSAILLES de la C.N.E.C.J.
 - 7 - Assemblée Générale de la section ROUEN-CAEN de la C.N.E.C.J.
 - 11 - Assemblée Générale de la section AIX-EN-PROVENCE-BASTIA de la C.N.E.C.J.
 - 18 - Représentation de la Compagnie par Madame BERNE-LAMONTAGNE à la réception de l'UCECAP
- Janvier**
- 10 - Audience de rentrée de la COUR D'APPEL de ROUEN
 - 11 - Représentation de la Compagnie par Madame BERNE-LAMONTAGNE à l'audience de rentrée du TRIBUNAL DE COMMERCE de PONTOISE

*
* *

NOMINATIONS - DISTINCTIONS - INSCRIPTIONS

NOMINATIONS

PREMIER PRESIDENT DE LA COUR D'APPEL D'ORLEANS : **Monsieur MARION**, *Président du Tribunal de Grande Instance de MULHOUSE*

PRESIDENT DU TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE CRETEIL : **Monsieur JEAN-LOUIS GALLET**, *Président de chambre à la Cour d'Appel de VERSAILLES*

CONSEILLER A LA COUR DE CASSATION : **Madame DESGRANGE**, *Président de la 5ème Chambre de la Cour d'Appel de PARIS*

"JUGES DES LIBERTES ET DE LA DETENTION" au Tribunal de Grande Instance de Paris : **Monsieur Alain PUTZ**, *Vice-Président au Contrôle des Expertises au Tribunal de Grande Instance de Paris,*

Madame Martine RACT-MADOUX, **Messieurs Alain GUILLOU**, **Philippe HERALD**, **Claude LINAIS**, *Vice-Présidents au Tribunal de Grande Instance de PARIS*

*

DISTINCTIONS

Monsieur **Pierre DRAI**, premier président honoraire de la COUR DE CASSATION, a été nommé Grand Officier dans l'Ordre national de la Légion d'Honneur (JO du 14.07.2000).

Monsieur **Guy CANIVET**, premier président de la COUR DE CASSATION, a été nommé Officier dans l'Ordre national de la Légion d'Honneur (JO du 14.07.2000).

Monsieur **Jean-François BURGELIN**, Procureur général près la COUR DE CASSATION, a été nommé Commandeur dans l'Ordre national de la Légion d'Honneur (JO du 02.01.2001).

Monsieur **Jean FLEURY**, expert-comptable honoraire agréé par la COUR DE CASSATION, membre de la section PARIS-VERSAILLES de la C.N.E.C.J., a été nommé Commandeur dans l'Ordre national du Mérite (JO du 15.11.2000).

Monsieur **Jacques BON**, ancien président de la conférence générale des TRIBUNAUX DE COMMERCE, a été nommé Commandeur dans l'Ordre national du Mérite (JO du 15.11.2000).

Monsieur **Edouard SALUSTRO**, expert-comptable, président de l'UNAPL a été nommé Commandeur dans l'Ordre national de la Légion d'Honneur (JO du 02.01.2001).

Nous adressons aux récipiendaires nos vives et très chaleureuses félicitations

INSCRIPTIONS

Dans le cadre de la désignation annuelle d'Experts Agréés par la Cour de Cassation, nous avons le plaisir de vous informer que le Bureau de la Cour de Cassation a nommé quatre nouveaux experts dans la spécialité "Comptabilité" :

Messieurs **Didier CARDON** et **Bernard GERMOND** (section PARIS-VERSAILLES), **Bruno DUPONCHELLE** et **Didier PREUD'HOMME** (section AMIENS-DOUAI-REIMS).

Nous adressons à nos confrères nos très chaleureuses félicitations pour cette légitime reconnaissance de leurs qualités.

*

CONGRES NATIONAUX

I – XXXIXE CONGRES DE PARIS DU 5 AU 7 OCTOBRE 2000

La Compagnie Nationale des Experts-Comptables Judiciaires et sa Présidente, Madame Anne Marie LETHUILLIER-FLORENTIN, ont organisé le 6 octobre 2000, le 39^e congrès national qui s'est tenu à PARIS, sous la présidence de Monsieur Jean Pierre DUMAS, Président de la CHAMBRE COMMERCIALE DE LA COUR DE CASSATION en l'absence de Monsieur Guy CANIVET, retenu à l'étranger.

Monsieur Michel FRANCK, Président de la CHAMBRE DE COMMERCE DE PARIS, et par ailleurs expert judiciaire, nous a accueillis dans les magnifiques salons POTOCKI de la CHAMBRE DE COMMERCE ET D'INDUSTRIE DE PARIS.

Après les allocutions de Madame DESGRANGE, représentant Monsieur COULON, Premier Président de la COUR D'APPEL DE PARIS, et de notre Présidente nationale, Madame LETHUILLIER-FLORENTIN, Monsieur Jean Pierre DUMAS a procédé à l'ouverture de la journée d'études dont le thème était « L'information financière et l'Expert-comptable judiciaire ».

Monsieur Marc ENGELHARD, Expert près la COUR D'APPEL d'AIX-EN-PROVENCE/BASTIA et Expert Agréé près la Cour de Cassation a introduit le sujet et ses limites. Chacun a pu ensuite apprécier l'intérêt et la qualité intellectuelle des exposés qui ont succédé :

- « *Les exigences de l'information financière : aspects généraux* » présentées avec compétence par Monsieur Jean RAFFEGEAU Expert près la COUR D'APPEL DE PARIS ;

- « *L'information financière dans les PME ET PMI* » brillamment traitée par Madame Rolande BERNE LAMONTAGNE, Expert près la COUR D'APPEL DE PARIS ET Expert agréée par LA COUR DE CASSATION ;
- « *L'information financière élaborée et diffusée par les entreprises faisant appel aux marchés* » développée avec pertinence et brio par Monsieur Pierre LOEPER, Expert près la COUR D'APPEL DE PARIS et Expert agréé par la COUR DE CASSATION ;
- « *Les risques de contentieux liés à l'information financière* » traités avec compétence par Monsieur Jacques LOEB, Expert près la Cour d'Appel DE LYON-CHAMBERY.

Après discussion, Monsieur Marc ENGELHARD a présenté son remarquable rapport de synthèse et Monsieur Jean-Pierre DUMAS, les conclusions de l'importante journée d'études en soulignant notamment le rôle fondamental de l'expert judiciaire et l'importance de ses travaux.

La soirée s'est achevée au Palais de Chaillot dans la salle principale du Musée des Monuments Français spécialement ouverte à l'intention des congressistes et de leurs invités. Madame la Présidente LETHUILLIER-FLORENTIN a adressé ses remerciements chaleureux à Monsieur Pierre LOEPER et aux membres de la Chambre qui ont œuvré pour organiser le congrès et accueillir les participants.

Victor AMATA
Expert Agréé par la Cour de Cassation
Expert près la Cour d'Appel de Paris

*

2 – CONGRES DE RENNES 2001

Ce congrès se tiendra le vendredi 5 octobre 2001 dans les locaux rénovés du Parlement de Bretagne (salle des Pas perdus).

Le thème retenu est :

"Le principe du contradictoire et l'expert judiciaire".

Placé sous la présidence de Monsieur BUFFET, Président de la 2^{ème} chambre civile de la COUR DE CASSATION, il sera animé par nos confrères André DANA (rapporteur général) Pierre DUCOROY, André GAILLARD, Edmond EICHEL, Sylvain CHAUMET et Bruno PIERRE.

Nos confrères de la section de RENNES se mobilisent pour la réussite de cette grande manifestation annuelle.

En remerciement de leurs efforts, retenez cette date dès maintenant.

*

3 - CONGRES DE 2002

La section de Colmar s'est portée volontaire pour l'organisation du congrès de 2002.

Qu'elle soit remerciée de cette initiative.

Reste à déterminer le thème de réflexion de la journée d'études. Pensez-y, il en sera débattu lors du Conseil de mai 2001. *(Date prévue pour la réunion du Conseil, jeudi 17 mai 2001).*

*



CONGRES de la FEDERATION

Le 16^{ème} congrès de la FEDERATION NATIONALE DES COMPAGNIES D'EXPERTS JUDICIAIRES s'est tenu les 20, 21 et 22 octobre 2000 à TOULOUSE, conduit sous la présidence de Monsieur Georges SAGNOL, Président de la Fédération.

Le thème était

"AU CŒUR DES CONFLITS, L'EXPERTISE".

De nombreuses personnalités ont participé à ce brillant congrès : Monsieur Martin LEVY, Président du Conseil régional MIDI-PYRENEES, Monsieur Henri ROUCH, Président de la Compagnie des Experts près la Cour d'Appel et le Tribunal Administratif de TOULOUSE, Monsieur H. HIZARD, Président du conseil général de HAUTE-GARONNE.

F. CHAUAUDET (expert en diagnostic près la Cour d'appel de PARIS), F. FASSIO (expert en bâtiment à la Cour de Cassation et Cour d'appel de MONTPELLIER) J.B. KERISEL (expert en bâtiment à la Cour de Cassation et Cour d'appel de Paris) sont successivement et brillamment intervenus.

C'est à notre confrère D. PREUD'HOMME (expert-comptable agréé par la Cour de Cassation, expert près la Cour d'appel de DOUAI) qu'est revenue la difficile tâche de rapporteur général.

Nous le félicitons pour la haute tenue de son intervention.

*

Monsieur André COMTE-SPONVILLE, philosophe, a fait, quant à lui, au cours de cette journée, de nombreuses et passionnantes interventions qui ont donné à cette manifestation une qualité intellectuelle exceptionnelle.

Nous reproduisons, ci-après, avec l'autorisation du rédacteur en chef de la Revue EXPERT, que nous remercions, le texte d'un entretien avec Monsieur André COMTE-SPONVILLE, texte que nous recommandons à votre méditation.



Entretien

avec Monsieur André COMTE- SPONVILLE

La violence est présente en tout temps et en tout lieu : les systèmes judiciaires sont là pour la canaliser. Mais qu'est-ce que la violence ?

A. C.-S. : C'est l'usage immodéré de la force. Ce qui est modéré, c'est ce qui fait preuve de mesure, qui est peu intense, faible ou retenu. Ce qui est immodéré, à l'inverse, c'est ce qui est sans retenue, ce qui dépasse la mesure, la normale ou la moyenne. Notions quantitatives, donc relatives par nature, subjectives même en quelque chose. Ce qui est modéré pour l'un sera immodéré pour l'autre. Il en va de même de la violence : c'est un concept flou pour une réalité fluctuante. Ce qui est violent dans telle situation ne le sera pas dans telle autre. Notion relative donc, mais réalité omniprésente : la violence sous une forme ou sous une autre ne cesse de menacer...

Votre définition vaut-elle comme condamnation ?

A. C.-S. : Pas forcément, ce qui est vrai, c'est que toute violence est regrettable. La douceur et le droit valent mieux. Mais toute violence n'est pas pour autant condamnable. Il peut y avoir des violences légitimes. Celle de l'individu parfois (dans la légitime défense), plus souvent celle de l'Etat (que Max Weber caractérisait justement par le "monopole de la violence légitime"). Cela dit, en pratique moins il y a de violence et mieux ça vaut : l'Etat et la justice sont là pour y veiller.

Pourquoi la violence ?

A. C.-S. : La violence n'est pas un accident : elle est consubstantielle à l'humanité. Pourquoi les hommes sont-ils violents ? Parce que ce sont des animaux et que les animaux, presque tous, sont violents. Aussi et peut-être surtout, parce que les hommes sont des êtres de désirs (quand les animaux sont plutôt des êtres de besoins). Or, ils désirent presque tous les mêmes choses et ne peuvent –puisque ces choses sont le plus souvent rares ou en quantité insuffisante– les posséder tous. De là le conflit qui résulte presque inévitablement de l'infini du désir confronté à la finitude de ses objets. Si l'on rajoute à cela que le désir de l'un est renforcé "mimétiquement", comme dit René Girard, voire suscité, par le désir de l'autre, on comprend qu'il n'y a rien de plus naturel, en tout cas rien de plus normal, que le conflit. Ce n'est pas l'exception, c'est la règle. Si deux hommes désirent la même femme, le même champ, le même argent, le même pouvoir, ... ils sont objectivement concurrents et rivaux... Comment ne seraient-ils pas, subjectivement, ennemis ? Du moins c'est la pente naturelle, et la violence alors –s'il n'y avait pas le droit, la justice, la police...– n'est pas loin. C'est de qu'Hobbes a bien vu "Si deux hommes désirent la même chose alors qu'il n'est pas possible qu'ils en jouissent tous les deux, ils deviennent ennemis, et dans leur poursuite de cette fin (qui est principalement leur propre conservation, mais parfois seulement leur agrément), chacun s'efforce de détruire ou de dominer l'autre" (Léviathan, chapitre 13). De là ce qu'il appelle : "la guerre de chacun contre chacun" qui caractérise l'état de nature. C'est dire l'essentiel : que l'état civil se construit tout entier contre la violence. Il ne s'agit pas de supprimer les conflits, ce qu'on ne peut, mais de les gérer pacifiquement, ou avec le moins de violence possible. C'est à quoi servent la politique et la justice.

Entre les deux, quelle différence ?

A. C.-S. : La politique est surtout faite de rapports de forces. Ce sont eux, dans un pays démocratique, que mesurent les élections. La justice, sans toujours éviter les rapports de forces, est plutôt un rapport de droit. C'est ce rapport que doit établir le procès. Ce sont deux systèmes différents, et nécessaires tous les deux, de régulation des conflits. L'un par le suffrage universel, l'autre le droit et le jugement.

Dans un procès, l'expert qui contribue à la recherche de la vérité est-il indispensable à ce système de régulation des conflits ?

A. C.-S. : C'est la vérité qui est indispensable ! L'expert, lui, n'est qu'un moyen pour l'établir ou la faire apparaître... Il y a des cas où l'on peut se passer d'experts : lorsque la vérité est suffisamment simple à établir ou n'est contestée par personne. Mais on ne peut pas se passer de vérité : pour que le droit puisse s'appliquer, il faut d'abord que le fait soit établi ! Si bien que l'expert, me semble-t-il, travaille en amont de la justice : il n'a pas à dire le juste ou l'injuste (il n'est ni juge ni législateur) mais le vrai et le faux, quand il le peut, et, le plus souvent, le possiblement vrai et le certainement faux. Cela ne suffit pas : connaître n'est pas juger. Mais aucune justice ne serait possible sans la détermination d'abord d'une vérité au moins partielle. J'ajouterai que cette mise en évidence d'une vérité est déjà une régulation du conflit et parfois un début d'apaisement : la violence et la connaissance tendent à évoluer en proportion inverse l'une de l'autre. Je me suis laissé dire que, lorsque le rapport d'expertise est clair, le débat, lors du procès, est plus serein, alors que si le rapport est vague ou confus, le débat s'envenime. Cela ne m'étonne pas. La raison, qui nous est commune, vient contrebalancer les intérêts qui nous opposent.

La position de l'expert judiciaire dans le procès ne le conduit-elle pas naturellement à une recherche éthique qui devrait le mener à adopter une posture intellectuelle ?

A. C.-S. : L'éthique a moins à être recherchée, me semble-t-il, qu'à être respectée. J'imagine mal un expert se demander s'il doit être impartial et de bonne foi : il sait que oui ! La difficulté, c'est plutôt de savoir comment respecter, concrètement, ces valeurs que nul n'ignore ni ne conteste. C'est en quoi l'essentiel de l'éthique de l'expert doit en effet se jouer, dans sa posture intellectuelle. L'expert ne travaille pas sur le bien et le mal, ni sur le juste et l'injuste : il travaille, disais-je, sur le possiblement vrai et le certainement faux. C'est dire que son éthique professionnelle est d'abord intellectuelle : ses premiers devoirs sont l'indépendance (à la fois juridique et intellectuelle), l'impartialité et la compétence. Cela suppose bien sûr qu'il refuse toute mission où il serait personnellement intéressé ou professionnellement incompétent. Un expert qui n'est pas compétent ou qui n'est pas impartial, ce n'est pas un expert, c'est un margoulin. C'est pourquoi je dirais volontiers que la principale vertu de l'expert à mes yeux, et celle qui résume toutes les autres, c'est la bonne foi, autrement dit l'amour de la vérité. Il s'agit de ne soumettre la vérité à rien, pas même à la morale ou à l'amour, et pour cela de ne pas mentir et de ne pas faire semblant : ne pas faire semblant de savoir quand on ne sait pas, ni d'ignorer quand on sait très bien...

Que doit-on entendre par diligence dans le cadre de la participation de l'expert judiciaire à la résolution des conflits ?

A. C.-S. : Diligentia, en latin, c'est l'attention, l'exactitude, le soin scrupuleux... Tel est aussi le sens de diligence en français sauf que s'y ajoute (à cause de nos anciens carrosses de diligences ?) l'idée de promptitude ou d'empressement. Faire preuve de diligence, c'est faire vite et bien. Cela vaut spécialement pour un expert judiciaire : s'il traîne, s'il fait inutilement perdre leur temps aux justiciables, a fortiori s'il retarde la justice, il ne fait pas bien son travail : au lieu d'aider à résoudre les conflits, il risque de contribuer à leur pourrissement ! Mais l'exigence de soin doit pourtant l'emporter sur celle de rapidité : faire preuve de diligence, c'est aller aussi vite qu'on peut pour faire aussi bien qu'on doit.

*Texte publié par la revue
EXPERT n° 47 - Juin 2000*

VIE des SECTIONS



Notre bulletin est, non seulement, la vitrine pluriannuelle de notre Compagnie, mais également, un vecteur de communication entre les Sections et entre le Conseil National et les Sections. Nous remercions vivement les Présidents de Section et/ou leur Secrétaire qui participent à la rédaction de ce chapitre du bulletin consacré à la vie des Sections.

ASSEMBLEES & COLLOQUES ORGANISES PAR LES SECTIONS

❑ SECTION AMIENS – DOUAI - REIMS

Le Bureau de notre Section, auquel participent également tous les Présidents d'Honneur, se tiendra le vendredi 11 mai prochain, afin de préparer notre Assemblée Générale, qui se déroulera cette année dans le ressort de la Cour d'Appel d'Amiens, le vendredi 21 septembre 2001.

Une conférence-débat sera organisée le même jour, dont le thème doit être arrêté lors de la réunion du 11 mai. Il sera procédé également au cours de l'Assemblée, au renouvellement de notre Bureau.

Il est également probable que nous recueillerons dans les prochaines semaines, l'adhésion de trois nouveaux confrères.

❑ SECTION BORDEAUX

L'Assemblée Générale de la section s'est tenue le 26 janvier 2001. Madame BERNE-LAMONTAGNE représentait Anne-Marie LETHUILLIER-FLORENTIN retenue le jour même par l'assemblée de COLMAR.

❑ SECTION COLMAR

Après quelques difficultés d'organisation, la section de COLMAR, va reprendre une activité plus dynamique. Jean Marc KRIEGER a accepté en accord avec Bertrand BENHESSA d'assurer la présidence de la section, aidé en cela par Jacqueline WACKENTHALER. La section s'est proposée pour organiser le congrès de 2002.

❑ SECTION LYON – CHAMBERY – GRENOBLE

L'essentiel de l'activité de notre Section a été consacré au développement de nos relations avec les magistrats du ressort des trois Cours d'Appel de LYON, CHAMBERY et GRENOBLE.

Les membres de la Chambre de la Section Autonome ont donc rencontré successivement :

- le Premier Président et le Procureur Général de chacune des trois Cours d'Appel de LYON, CHAMBERY et GRENOBLE,
- le Président et le Procureur de la République des Tribunaux de Grande Instance de LYON, SAINT-ETIENNE et ROANNE,
- le Président du Tribunal de Commerce de LYON.

En outre, deux manifestations ont été organisées :

- en septembre, la soirée donnée en l'honneur des Anciens Présidents de la section a permis de recevoir une trentaine de magistrats et autant de confrères au Musée de l'Imprimerie et de la Banque à Lyon.
- en novembre, nous avons organisé, à la demande du Premier Président et du Procureur Général de CHAMBERY, une séance d'information réciproque à laquelle ont participé 30 confrères et 50 magistrats du Siège et du Parquet accompagnés d'OPJ et de représentants de la Gendarmerie. Les thèmes suivants ont été abordés :

- définition de la mission de l'Expert,
- évolution de l'inquisitoire vers le contradictoire en matière pénale,
- réflexion sur l'article 77-1.

Enfin, notre Assemblée Générale se tiendra le 29 janvier 2001 à LYON et aura pour thème : « LES INCIDENTS EN COURS D'EXPERTISE ». Elle sera animée par un Confrère, un Magistrat, un Professeur de Droit et un Avocat.

Jacques LOEB - Secrétaire

□ SECTION MONTPELLIER - NIMES

La section autonome s'est réunie en Assemblée Générale le 30 novembre 2000 et a procédé au renouvellement de son bureau. Deux nouvelles inscriptions ont été enregistrées ainsi qu'une démission par suite de l'omission d'un Confrère sur la liste de la Cour d'Appel.

Après avoir regretté le décès de notre confrère Max ALTEIRAC, l'Assemblée a désigné Monsieur Christian TRABE pour représenter la section auprès de la Compagnie Nationale.

En 2001 une demi-journée de formation sur le thème "QUESTIONS REPOSEES" sera organisée en partenariat avec la section comptabilité de la Compagnie pluridisciplinaire.

Jean-Louis HUC - Président

□ SECTION NANCY – METZ

La section a organisé son Assemblée annuelle le 10 janvier 2001. Outre les éléments statutaires (rapport moral, compte de l'exercice, cotisation annuelle, élection des membres du bureau), cette réunion a été l'occasion d'un échange entre confrères et l'occasion d'une réflexion sur les possibilités d'organiser une réunion de travail avec les magistrats sur un thème à approfondir : « LES DIFFICULTES FINANCIERES DES ASSOCIATIONS LOI 1901 UNE DEMARCHE POUR LES EVITER ».

Yves PERRIN - Secrétaire

□ SECTION ORLEANS – POITIERS

L'Assemblée Générale de la section se tiendra le 6 février 2001 dans la région de Poitiers sous la présidence effective de Madame Anne-Marie LETHUILLIER - FLORENTIN, Présidente de la Compagnie Nationale.

La partie publique de cette manifestation se déroulera en présence de magistrats des Cours d'ORLEANS et de POITIERS. Elle traitera de l'expertise comptable judiciaire et de l'information financière, qui fut le thème de notre dernier Congrès National.

Votre Conseil d'Administration vous convie, si vous ne l'avez déjà fait, à retenir, dès maintenant cette date importante pour vos fonctions expertales.

L'AFEJ (Association de formation des Experts Judiciaires), dont la section est membre, organise son séminaire de formation à l'expertise judiciaire, à l'attention des nouveaux experts ou de ceux qui voudraient compléter leurs connaissances juridiques.

L'Association projette également la réalisation de formations thématiques d'une durée de trois à six heures par sujet. Une première liste de thèmes a été dressée :

Droit et Expertise :

Intégration et réponse aux dires, responsabilité de l'expert, aspect final de la fonction d'expert, défauts, imperfections et insuffisance des rapports, recouvrement des honoraires, l'expertise devant les juridictions administratives, l'expertise à l'échelon européen, l'expert consulté à l'occasion d'une mission judiciaire, indépendance et conflit d'intérêt, le contrôle de qualité, les modes de preuve en droit français.

Comptabilité, finance :

Préjudice d'exploitation et perte de chance, attente des magistrats en matière comptable, droits et obligations du nu-propriétaire et de l'usufruitier.

Nouveaux Experts

Les Assemblées Générales des Cours d'Appel d'ORLEANS et de POITIERS tenues fin 2000 n'ont pas inscrit de nouveaux experts dans les spécialités Comptabilité et Diagnostic d'entreprises.

Magistrature

Monsieur Jacques MARION succède à Monsieur Francis CARSOLA aux fonctions de Premier Président de la Cour d'Appel d'ORLEANS.

Monsieur Raymond MULLER succède à Monsieur EGAL, parti en retraite, aux fonctions de Président de la Première Chambre Civile de la Cour d'Appel de POITIERS.

Le Conseil d'Administration de la section leur présente tous ses vœux de succès dans leurs nouvelles fonctions.

Jacques RENAULT – Secrétaire

□ SECTION PARIS - VERSAILLES

Les Membres de la Section PARIS-VERSAILLES se sont réunis le 6 décembre 2000 à la Cour d'Appel de VERSAILLES.


Comme à l'accoutumée le Président et son Bureau ont rendu compte de l'activité de la section au cours de l'année 2000, particulièrement riche et ardente en raison de la charge de l'organisation du Congrès du 6 octobre 2000 à PARIS.

Il a été procédé à l'élection de certains Membres du Bureau en remplacement de confrères dont le mandat était venu à expiration. Le Bureau est désormais composé comme suit :

- Président PARIS : Pierre LOEPER
- Vice-Président VERSAILLES : Jean Charles LEGRIS
- Vice-Président PARIS : Edmond EZEGHIAN
- Secrétaire : Jean Pierre GRAMET
- Secrétaire Adjoint : Patrick LETEUF
- Trésorier : Alain AUVRAY
- Trésorier Adjoint : Olivier ROOY.

La réunion a été suivie d'un très intéressant colloque présidé par Monsieur LAMANDA, Premier Président de la Cour d'Appel de VERSAILLES. Centré sur le « RAPPORT D'EXPERTISE » le colloque s'est enrichi de l'intervention de Monsieur J.M. HAYAT, Vice-Président au Tribunal de Grande Instance de NANTERRE qui a fait part à l'assistance, avec un grand talent pédagogique, de l'actualité judiciaire avec l'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence.

Un cocktail a suivi cette manifestation au cours duquel les participants ont pu échanger leurs impressions, voire prolonger certaines discussions.

 *N.D.R On voudra bien se reporter ci-après aux deux articles rédigés par nos Confrères V. AMATA et P. LETEUF, rapportant l'essentiel de ces interventions.*

□ SECTION RENNES

Notre Assemblée Générale 2000 s'est tenue à RENNES le 21 novembre 2000. Huit de nos adhérents (sur vingt huit) y ont participé. Le Président, Bruno PIERRE a présenté son rapport d'activité et la Trésorière, Simone LEVEQUE son rapport financier.

Notre Présidente Nationale, Anne-Marie LETHUILLIER-FLORENTIN, nous a fait l'honneur de participer à nos travaux. De même, Monsieur Thierry ROY, Magistrat chargé du contrôle des experts à la Cour d'Appel de RENNES, nous a rejoints en fin de matinée pour nous entendre et donner son avis sur l'organisation de notre 40^{ème} Congrès National à Rennes, en octobre 2001, ainsi que sur le thème choisi : « LE PRINCIPE DE LA CONTRADICTION ».

Un point a également été fait sur la formation professionnelle et sur le module prévu pour 2001 : « COMMENT GERER LES INCIDENTS EN COURS D'EXPERTISE ? ». Le début d'après-midi a été consacré à un échange d'expériences entre les participants sur des incidents significatifs qu'ils ont rencontrés et sur les solutions qu'ils y ont apportées.

En fin d'après-midi, la Présidente Anne-Marie LETHUILLIER-FLORENTIN, François DY et Bruno PIERRE ont rencontré Monsieur AYMOT, Premier Président de la Cour d'Appel, en présence de Monsieur ROY, pour un entretien constructif sur l'organisation de notre prochain congrès dans les locaux de la Cour d'Appel (journée du 5 octobre 2001).

Simone LEVEQUE – Secrétaire-Trésorier

□ SECTION RIOM – BOURGES - LIMOGES

Compte tenu de l'effectif réduit de la section, aucune action n'a pu être engagée au cours des derniers mois.

La prochaine Assemblée Générale est prévue pour février 2001.

❑ SECTION ROUEN - CAEN

Notre Assemblée annuelle s'est tenue le 7 décembre 2000 à Rouen et nous étions très heureux de noter la participation de notre Présidente Nationale, Anne-Marie LETHUILLIER-FLORENTIN.

A la suite de la présentation du rapport moral et du rapport financier, conformément à l'usage nous avons eu le plaisir d'entendre ou de réentendre notre Consoeur, Rolande BERNE-LAMONTAGNE, l'un des rapporteurs du Congrès, sur le thème de l'information financière de la PME. Sa précision, son sens pédagogique, et son humour ont été largement appréciés, notamment par Madame POIDEVIN, Juge chargé du suivi des expertises près la Cour d'Appel.

Une fois de plus, nous avons par ailleurs écouté avec intérêt ses conseils et recommandations pour la réalisation de nos missions.

Au titre des questions diverses, nous nous sommes attardés sur les besoins de formation ressentis par les Confrères. Il serait utile que chacun réfléchisse et précise ses attentes éventuelles par écrit.

L'Assemblée était suivie d'un dîner amical auquel participaient les magistrats de la Cour d'Appel, du Tribunal Administratif, le Président de la Compagnie des Commissaires aux Comptes et le Président Régional de l'Ordre des Experts Comptables.

Monique LANSELLE-LEFEBVRE
Bertrand LEFEVRE
Secrétaires

❑ SECTION TOULOUSE – AGEN - PAU

L'Assemblée Générale annuelle aura lieu le vendredi 6 février 2001 en présence de la Présidente Nationale, Madame Anne-Marie LETHUILLIER-FLORENTIN.

La Chambre sera renouvelée à cette occasion. Une manifestation sera organisée au printemps, elle portera sur le thème du dernier congrès à PARIS.

❑ SECTION AIX-EN-PROVENCE - BASTIA

L'Assemblée Générale de notre section s'est tenue le 11 décembre 2000.

Outre la gestion administrative de la section, le bureau a conduit une réflexion sur les grands sujets actuels concernant l'expertise judiciaire, à savoir :

- la durée de l'inscription sur la liste : définitive ou à temps,
- la classification des spécialités à travers une nouvelle nomenclature,
- la formation : générale et spécifique,
- la réforme des statuts du Conseil National afin de faire mieux participer les régions à son fonctionnement,
- l'évolution du rôle de l'expert judiciaire dans l'espace européen et même mondial.

Ces sujets sont actuellement à l'étude tant à la chancellerie qu'à la Fédération.

La dernière action de l'année 2000 a été la préparation du colloque qui a porté sur le thème de : « L'EXPERTISE COMPTABLE JUDICIAIRE DANS L'EVALUATION D'ENTREPRISE ET DES PARTS D'ENTREPRISES ».

La formation reste l'axe majeur d'action de notre section. Cette dernière s'est poursuivie à deux niveaux :

- National : par une assistance aux travaux de la Commission Nationale de Formation.
- Régional : par des journées d'études organisées avec l'Institut régional de formation de l'Ordre et animées par des magistrats et des experts comptables judiciaires.

Jacques NAZARIAN a été élu comme nouveau Président appelé à succéder à Roger-Louis CAZALET dont le mandat était venu à son terme.

Roger-Louis CAZALET, chaleureusement remercié pour son activité à la tête de la section, a été lui-même élu Président d'Honneur sous les applaudissements nourris de tous les participants.

Un article rapportant l'essentiel de cette manifestation est paru sur le journal "LES NOUVELLES PUBLICATIONS". Il fait l'objet, avec l'accord du rédacteur en chef de la revue, d'une parution dans nos colonnes (cf. ci-après).

Pierre-Henri COMBE – Secrétaire

*

- Jacques Nazarian, nouveau président - Colloque sur l'évaluation d'entreprise et des parts d'entreprise

Le 17 décembre à la Maison de l'Avocat, la Compagnie nationale des experts comptables judiciaires (CNECJ) - Section autonome d'Aix-en-Provence/Castia - a tenu son assemblée générale, au cours de laquelle Jacques Nazarian a été élu président à la suite de Roger L. Cazalet, élu président d'honneur. Un colloque était présidé par Alain Beudon, président du Tribunal de Commerce de Marseille, sur le thème : «Le rôle de l'expert-comptable judiciaire dans l'évaluation d'entreprise et des parts d'entreprise».

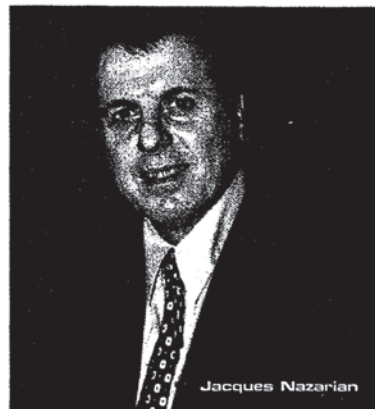
En introduction à ce colloque tenu en présence d'Anne-Marie Lethuillier-Florentin, vice-présidente nationale de la Compagnie, de Rolande Berne-La-Montagne, vice-présidente des experts agréés par la Cour de Cassation, de Marc Engelhard, vice-président national de la Compagnie, membre du Bureau des experts près la Cour de Cassation, ainsi que de magistrats, avocats, administrateurs et mandataires judiciaires, professionnels comptables et universitaires, le président sortant Roger L. Cazalet a remercié le bâtonnier et

son dauphin pour leur accueil, tout en se félicitant de pouvoir ainsi, grâce à eux, réunir le «triptyque» magistrats-avocats-experts, «indissociable d'une bonne justice accessible à tous». Il a ensuite expliqué l'actualité du sujet du colloque, en ces temps de mondialisation, de fusions, cessions, départs à la retraite et accélération des transactions. Le président du Tribunal de Commerce a expliqué que, pour évaluer une entreprise ou des parts d'entreprise, il fallait avoir «l'esprit de géométrie et surtout l'esprit de finesse». «L'entreprise en question, a-t-

il dit, c'est d'abord un offreur sur un marché, à un instant donné. La question est : va-t-elle s'y maintenir, y conserver ses parts de marché ? En tant que magistrat de tribunal de commerce, j'observe que les procédures collectives se terminent souvent par des plans de cession et par des offres de reprise sous-évaluées. Le terme ultime de l'évaluation, ce sont les agences de notation, non pas tant pour la fixation d'un prix, que pour indiquer le degré de confiance que l'on peut accorder à l'entreprise si l'on souhaite traiter avec elle». Michel Conte, conseiller, a défi-

ni le thème du colloque et «l'entreprise». Pierre-Henri Combe, délégué au Conseil national, a tracé les contours juridiques de l'évaluation et décrit la démarche et les diligences de l'expert comptable judiciaire en cette matière : évaluation d'entreprise, évaluation des parts, opérations d'apport et de fusion (commissaires aux apports ou à la fusion). Alain Barbero, conseiller, a détaillé les principes techniques et les méthodes d'évaluation, les variables de la valeur coût et de la valeur utilité et leurs combinaisons. Enfin, Claude Roussel, président de la Compagnie des experts près le Tribunal administratif de Marseille, a présenté l'intervention du sapiteur expert évaluateur dans l'évaluation des biens immobiliers des entreprises : analyses objective et subjective des immobilisations, du droit au bail, des terrains, etc.

Y.B.



Jacques Nazarian

photo Majolet ©

L'assemblée générale a élu :
Conseillers : MM. Conte, Dallo, Ghio, Lucchesi, Nazarian, Avier, Barbero ;
Autres membres : Guy Boutillot, Roger-L. Cazalet, Alain Charry et Marc Ninu ;
Délégués à l'Ucecaap : MM. Dallo, Combe, Kalpac.
Présidents d'honneur : M. Cazalet, président sortant, qui à l'issue de l'assemblée générale a rendu hommage à son successeur («il a été pour moi un vice-président actif, efficace, compétent, mais aussi un ami attentif»). Marc Engelhard, Jacques Kalpac, Paul Nicolai et Pierre Tonone.
Les conseillers ont ensuite élu le bureau suivant :
Président : Jacques Nazarian
Vice-présidents : Michel Conte et Marc Ninu
Secrétaire : Pierre-Henri Combe
Trésorier : Raymond Dallo

Les Nouvelles Publications - n°9038 - Vendredi 5 janvier 2001



COLLOQUE du 6 décembre 2000
présidé par Monsieur Vincent LAMANDA,
Premier Président de la cour d'appel de Versailles,
et organisé par la Section Paris-Versailles de la Compagnie Nationale
des Experts-Comptables Judiciaires
avec le concours de magistrats du ressort.

LE RAPPORT D'EXPERTISE

Les lignes qui suivent se limitent à un bref aperçu de cette manifestation qui fera l'objet prochainement d'un compte rendu intégral sous forme de plaquette par la Section PARIS-VERSAILLES.

Monsieur le Premier Président LAMANDA, dans un propos introductif, a tout d'abord rappelé que le rapport était l'élément central de l'expertise et constituait à la fois l'aboutissement du travail de l'expert et sa matérialisation.

Il a fait observer que l'expert judiciaire était tenu aux mêmes obligations que le juge par lequel il est mandaté ce qui implique notamment qu'il fasse preuve d'indépendance, d'objectivité et d'impartialité et qu'il veille à l'application du principe de la contradiction.

Monsieur le Premier Président LAMANDA a ensuite souligné l'importance des délais impartis pour le dépôt des rapports et conclu sur la nécessité pour l'expert de n'être pas seulement un bon technicien mais également un rédacteur avisé, capable par des conclusions claires et intelligibles d'éclairer utilement le juge sur les questions techniques soulevées par les parties.

Notre confrère Didier FAURY est ensuite intervenu pour évoquer trois questions particulièrement délicates qui se posent fréquemment à l'expert judiciaire au moment de rédiger son rapport :

- l'expert doit-il établir préalablement un pré-rapport ?

Didier FAURY a rappelé les différentes conceptions du « pré-rapport » et les principaux avantages et inconvénients généralement mentionnés à son propos.

- quelle part l'expert doit-il consacrer à l'exposé des dires et à ses réponses ?

L'orateur a évoqué les problèmes pratiques posés par l'abondance des dires déposés par certaines parties et les diverses solutions pouvant être envisagées.

- quelles options doit retenir l'expert en matière de taille de rapport et quelle place doit-il donner aux annexes ?

L'exposé a notamment traité de la difficulté de rédiger des rapports à la fois complets et synthétiques.

*

L'exposé suivant, présenté par Madame Elisabeth LINDEN, Présidente chargée du contrôle des expertises à la cour d'appel de Versailles, avait trait au rapport d'expertise en matière civile.

Après avoir rappelé les textes applicables, Madame LINDEN a procédé à une analyse très complète et détaillée de ce que les magistrats civils attendaient du rapport de l'expert. Elle a indiqué quelle devait être, dans les grandes lignes, la structure du rapport et à quelle logique celle-ci devait obéir. S'agissant du contenu du rapport, Madame LINDEN a exposé les principes devant présider à sa conception et a notamment souligné l'importance de la prise en considération des observations et réclamations des parties.

Madame LINDEN a également apporté diverses précisions sur la nature et le contenu des annexes puis a terminé son brillant exposé en traitant plus particulièrement de la question controversée du pré-rapport, du rôle fréquemment discuté des assistants techniques des parties et de l'expert et enfin des difficultés liées au secret des affaires et à la confidentialité de certains documents.

*

Il est ensuite revenu à Monsieur Jean-Michel HAYAT, Vice-président au Tribunal de grande instance de NANTERRE, de traiter de l'expertise pénale.

Monsieur HAYAT, suivant l'actualité judiciaire avec l'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2000 sur « *la présomption d'innocence* », a introduit son exposé par une présentation générale de la dite loi, indiquant ses principales innovations, ses principes directeurs et les conséquences devant être retenues concernant plus particulièrement l'expertise pénale.

L'orateur a attiré l'attention de l'assistance sur les nouvelles exigences résultant de l'évolution du débat pénal et les obligations réciproques en résultant pour le juge d'instruction et l'expert appelés à travailler plus que jamais en parfaite intelligence. Il a enfin insisté sur l'importance accrue de la prestation de l'expert à l'audience de jugement, recommandant aux experts de s'y préparer davantage compte tenu des nouveaux enjeux de l'expertise pénale.

Le dernier rapport, exposé par Patrick LE TEUFF, avait pour objet de rendre compte d'une enquête menée auprès de différents magistrats et avocats des ressorts des cours d'appel de Paris et Versailles sur le thème du rapport d'expertise.

Patrick LE TEUFF a présenté une synthèse des différents points de vue ainsi recueillis, tant sur les diverses questions pratiques relatives à la structure et au contenu du rapport que sur les principales attentes des lecteurs. Il a fait part des critiques formulées le plus souvent, caractérisant certains types de défauts à éviter.

Le rapporteur a ensuite consacré un développement particulier à la pratique du pré-rapport puis a proposé en conclusion un certain nombre d'enseignements semblant pouvoir être retirés des observations et réflexions collectées au cours de l'enquête.

Au cours des débats qui ont suivi ces exposés, auxquels ont participé magistrats, avocats et experts, on a pu observer que la question du pré-rapport demeurerait une abondante source de controverses, l'assistance comptant de farouches partisans de cette pratique mais aussi d'intraitables détracteurs. L'auditoire s'est montré également particulièrement sensibilisé aux propos de Monsieur HAYAT sur les nouvelles perspectives ouvertes par la loi du 15 juin 2000 et ses conséquences sur nos missions.

Patrick LETEUF
Expert près la Cour d'Appel de PARIS

*



**L'EXPERT-COMPTABLE JUDICIAIRE
et les NOUVELLES DISPOSITIONS
RELATIVES à la PRESOMPTION D'INNOCENCE**

De nouvelles dispositions sont venues s'ajouter à celles de la loi du 15 juin 2000
relative à la présomption d'innocence.

ASPECTS PRATIQUES

*A l'occasion de l'assemblée générale annuelle de la section PARIS-VERSAILLES qui s'est tenue le
6 décembre 2000 à la Cour d'Appel de VERSAILLES, Monsieur HAYAT Président au Tribunal de Grande
Instance de NANTERRE, a exposé les conséquences pour l'expert judiciaire en matière pénale des nouvelles
dispositions relatives à la présomption d'innocence.*

*La Section PARIS-VERSAILLES a prévu de procéder à la publication des brillants exposés et débats intervenus
lors de cette assemblée, en attendant cette publication nous rendons succinctement compte ci-dessous des
principales innovations telles qu'elles ont été exposées par Monsieur HAYAT.*

Rappel du texte de référence

**Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000
renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes**

Parmi les innovations et conseils exposés par
Monsieur HAYAT, il a notamment été relevé qu'à
compter du 1^{er} janvier 2001 :

1. La partie qui souhaite une expertise peut **rédiger** « la mission » de l'expert.
2. L'expert **ne peut plus entendre seul une partie civile ou un témoin sans accord** exprès.
3. Il est donc conseillé à l'expert de solliciter dès sa désignation un premier interrogatoire de « cadrage » conduit par le juge en présence de l'expert qui pourra ainsi recueillir un accord pour entendre les parties hors de la présence du juge.
4. L'expert devra **alerter** le juge sur les **difficultés** rencontrées pour **obtenir les pièces** et celles concernant le secret de l'instruction.
5. L'expert devra être très **précis** sur les **dates** compte tenu des délais de prescription.
6. Le **pré-rapport** sera surtout utile pour poser des questions.
7. L'expert qui relèvera des éléments susceptibles de relever d'une **nouvelle qualification** pénale devra en **informer** le juge puis, afin d'éviter tout risque de nullité de la procédure, attendre une **extension** de sa **mission** pour poursuivre ses investigations en la matière
8. Les **parties** qui le demandent pourront **disposer de l'intégralité** du **rapport** d'expertise.
9. **L'intégralité** du rapport de l'expert sera **notifiée** aux parties par le juge.
10. L'expert devra **anticiper** et **intégrer** sa **prestation orale** à sa **prestation écrite** car il devra **répondre** à l'**audience** à toutes les **questions** directement posées par les **parties** et leurs **avocats**.

*

Dans le cadre de l'organisation du nouveau service des libertés et détention, cinq magistrats (JLD) ont été nommés pour prendre leurs fonctions à compter du 1^{er} janvier 2001 :

- Monsieur le Vice-Président **Philippe HERALD**, anciennement Président de la première chambre civile.
- Madame la Vice-Présidente **Martine RACT-MADOUX** qui présidait la 17^e chambre spécialisée dans les affaires de prêts.
- Monsieur le vice-président **Claude LINAIS**, anciennement Magistrat Chargé de la « délinquance astucieuse ».
- Monsieur le Vice-Président **Alain PUTZ**, anciennement Magistrat Chargé du contrôle des expertises au Tribunal de Grande Instance de PARIS.
- Monsieur le Vice-Président **Alain GUILLOU**, anciennement Chargé des litiges en matière de copropriété.

*
* *

D'après l'article paru dans le journal Le Monde des 24 et 25 décembre 2000 sous la plume de Cécile PRIEUR, « *le Tribunal estime à 6 000 par an le nombre de décisions que devraient prendre les JLD désormais compétents pour décider du placement et du maintien en détention provisoire des mises en examen ainsi que de leur mise en liberté.* »

Victor AMATA
Expert agréé par la Cour de Cassation
Expert près la Cour d'appel de Paris

*

**RESUME SUCCINCT DES DECISIONS PUBLIEES
DANS LA GAZETTE DU PALAIS
ET REPRODUITES CI-APRES**

(avec l'aimable autorisation de Monsieur le Rédacteur en Chef de la revue)

□ **DECISIONS EN MATIERE CIVILE**

- ① Les actes effectués en méconnaissance de l'obligation incombant à l'expert d'accomplir personnellement sa mission ne peuvent valoir opérations d'expertise
Note de commentaires de Monsieur Michel OLIVIER (Conseiller honoraire à la Cour de Cassation)
(Cour de cassation – 2ème chambre civile – 27 avril 2000)
- ② Un rapport d'expertise n'est pas un acte authentique
(Cour de cassation – 1ère chambre civile – 19 janvier 1999)
- ③ Une requête aux fins de prorogation du délai de consignation d'une provision est un fait interruptif de la péremption de l'instance
(Cour de cassation – 3ème chambre civile – 6 janvier 1999)
- ④ La radiation d'un expert de la liste nationale emporte de plein droit sa radiation de la liste de la Cour d'appel
(Cour de cassation – 1ère chambre civile – 12 janvier 1999)
- ⑤ En cas de continuation de l'entreprise dans le cadre d'un règlement judiciaire, les remises accordées par les créanciers ne doivent être comptabilisées qu'au terme de la dernière échéance du plan
(Cour d'appel d'AMIENS – 19 février 1998)
- ⑥ Ordonnance de taxe : recours
(Cour de Cassation – 2ème chambre civile – 28 septembre 2000)

□ **DECISIONS EN MATIERE PENALE**

- ⑦ Le seul fait de modifier ou supprimer des données contenues dans un système de traitement automatisé caractérise le délit de fraude informatique
(Cour de cassation – chambre criminelle – 8 décembre 1999)
- ⑧ L'exécution de l'expertise par un seul des deux experts désignés n'entraîne pas sa nullité
(Cour de cassation – chambre criminelle – 1er février 2000)
- ⑨ Les fonds sociaux prélevés de manière occulte par un dirigeant social l'ont nécessairement été dans son intérêt personnel
Voir note de commentaires de Stéphanie DEPUNTIS (Avocat au Barreau des Hauts-de-Seine) et de Gaëlle NIDDAM (Avocat au Barreau du Québec) de chez S.G. Archibald, Andersen Legal
(Cour de cassation – chambre criminelle – 9 juillet 1998)
- ⑩ Flagrant délit : recours à un expert (point d'équilibre entre les techniques inquisitoriales et les techniques accusatoires)
(Cour criminelle – 27 juin 2000 (cassation Bordeaux, ch. acc., 14 septembre 1999, renvoi Agen)

**Date de parution de
la Gazette du Palais**

1/4 novembre 2000

13/14 octobre 2000

13/14 octobre 2000

13/14 octobre 2000

15/16 septembre 2000

20/21 décembre 2000

27/28 octobre 2000

4/5 août 2000

8/10 octobre 2000

22/23 décembre 2000

*

COUR DE CASSATION (2^e CH CIV)
27 AVRIL 2000
PRÉSIDENTE DE M. BUFFET

PROCÉDURE CIVILE

Expertise – Mission de l'expert – Obligation d'accomplir personnellement sa mission.

L'expert, investi de ses pouvoirs par le juge, doit remplir personnellement la mission qui lui est confiée. À violé l'article 233 nouveau Code de procédure civile la Cour d'appel qui, pour débouter la partie de sa demande de nullité de l'expertise fondée sur le fait que des réunions d'expertise avaient été tenues par le conjoint de l'expert, en l'absence de celui-ci, a retenu que la preuve d'un grief causé par cette irrégularité n'a pas été rapportée ni même alléguée, alors que les actes effectués en méconnaissance de l'obligation incombant à l'expert d'accomplir personnellement sa mission ne pouvaient valoir opérations d'expertise.

Cassation

M^{me} Girodolle c. Consorts Deguy

Pourvoi en cassation d'un arrêt rendu le 14 octobre 1996 par la Cour d'appel de Bourges (Cass. 1^{re} civ.)

C2203

La Cour :

Sur le premier moyen, pris en sa première branche :

Vu l'article 233 du nouveau Code de procédure civile ;

Attendu que l'expert, investi de ses pouvoirs par le juge, doit remplir personnellement la mission qui lui est confiée ;

Attendu, selon l'arrêt confirmatif attaqué, que dans une instance en liquidation partage des successions de Jean et Germaine Deguy opposant M^{me} Girodolle aux consorts Deguy, un Tribunal de grande instance a ordonné une mesure d'expertise ; qu'après le dépôt du rapport M^{me} Girodolle, invoquant notamment le fait que des réunions d'expertises avaient été tenues par le conjoint de l'expert, en l'absence de celui-ci, a demandé au tribunal d'annuler l'expertise ;

Attendu que pour la débouter de sa demande l'arrêt retient que M^{me} Girodolle n'a pas rapporté la preuve du grief causé par cette irrégularité et n'en a pas même allégué l'existence ; qu'en statuant par ces motifs inopérants dès lors que les actes effectués en méconnaissance de l'obligation incombant à l'expert d'accomplir personnellement sa mission ne pouvaient valoir

opérations d'expertise, la Cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs du pourvoi :

Casse et annule, renvoie devant la Cour d'appel d'Orléans ;

M^{me} Bezombes, cons. rapp. ; M. Kessous, av. gén. ; S.C.P. Urtin-Petit-Rousseau-Van Troeyen et S.C.P. Coutard-Mayer, av.

NOTE ■ L'arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 27 avril 2000 ci dessus rapporté, est entièrement conforme à la jurisprudence des diverses chambres de la Cour suprême qui ont eu à en connaître quant à l'obligation qui s'impose à l'expert judiciairement désigné d'exécuter personnellement l'intégralité de la mission que lui a donnée le juge et qu'il a acceptée

Les faits de l'espèce sont les suivants.

Un jugement avant dire droit du Tribunal de grande instance de Bourges du 22 mars 1990 ordonne, dans une affaire de compte liquidation et partage de successions, une expertise et désigne pour y procéder M^{me} J. P. Celle-ci de sa propre autorité, fait effectuer l'intégralité des opérations par son conjoint M. P. qui, à son tour, confie le soin à un « sapiteur » de traiter une partie de la mission.

Après le dépôt du rapport qui ne porte pas la signature de l'experte nommée, le Tribunal de grande instance de Bourges qui est saisi d'une demande de nullité du dit rapport précise dans un jugement en date du 3 novembre 1994 :

S'il est établi que M^{me} P., expert désigné par le Tribunal, n'a pas assisté à la première réunion et y a été substituée par M^f P, il n'en demeure pas moins qu'à ladite réunion il a été seulement procédé à un échange de vues sur les lieux et à des investigations sans prises de positions de l'homme de l'art, ni dires écrits à sa suite.

Dans ces conditions, l'irrégularité paraît formelle et ne vicie pas les opérations subséquentes, pas plus que la visite des terres agricoles par M^f G., sachant consulté, visite admise par les parties ultérieurement aux premières opérations.

« Le rapport déposé le 27 janvier 1992 n'est donc pas entaché de nullité ».

Appel de cette décision ayant été interjeté, la Cour d'appel de Bourges dans un arrêt du 14 octobre 1996 confirme le jugement entrepris en ce qui concerne la régularité de l'expertise et ce en ces termes.

« Attendu que la consultation du rapport d'expertise formalisé en suite dudit jugement permet de vérifier ainsi qu'il a été soutenu que le premier rendez-vous a été tenu en présence de M. P lui-même également expert inscrit sur la liste de la Cour de céans sous la rubrique « métresse vérificateurs » et non en présence de l'expert dûment désigné à cet effet ; »

« Attendu que l'expert commis qui avait obligation en application des dispositions de l'article 233 du nouveau Code de procédure civile de remplir personnellement la mission à lui confiée n'a pas satisfait à cette obligation ; »

« Attendu qu'il appartient à l'appelante qui se prévaut expressément dans ses écritures de l'existence d'opérations irrégulières sur le plan formel de rapporter la preuve d'un grief causé par cette irrégularité pour obtenir le prononcé de la nullité ; »

« Attendu en l'espèce que l'appelante n'a nullement justifié ni même allégué de l'existence d'un préjudice en relation avec la méconnaissance des dispositions légales applicables en la matière celle-ci étant restée silencieuse sur ce point dans ses écritures ; »

« Attendu que faute pour l'appelante d'avoir justifié de l'existence d'un grief causé par l'irrégularité invoquée l'exception sera rejetée »

À cette argumentation, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, dans l'arrêt commenté, répond :

« Attendu que pour la débouter de sa demande l'arrêt retient que M^{me} Girodolle n'a pas rapporté la preuve du grief causé par cette irrégularité et n'en a pas même allégué l'existence ; qu'en statuant par ces motifs inopérants dès lors que les actes effectués en méconnaissance de l'obligation incombant à l'expert d'accomplir personnellement sa mission ne pouvaient valoir opérations d'expertise, la Cour d'appel a violé le texte susvisé ; »

Cette décision ne peut qu'être entièrement approuvée. Elle est d'ailleurs ainsi que nous l'avons précisé, conforme à la jurisprudence sur ce point des trois chambres de la Cour suprême qui, ont eu à connaître de la question, à savoir :

- Cass civ : 2^e chambre civile du 11 janvier 1995 (Bull II n° 11 p. 6)

- 2^e chambre civile du 19 février 1997 (Gaz. Pal. 1997. 2. 6540, note Olivier)

- 3^e chambre civile du 8 septembre 1999 (Gaz Pal. 1999 2 504 note Olivier)

- Cass. crim., 30 mars 1999, Gaz. Pal. 17/18 mai 2000, note Olivier

Cette jurisprudence se trouve fondée sur les principes d'éthique judiciaire et partant de la véritable philosophie de l'institution expertale, aussi fondamentaux qu'incontournables et qui se trouvent expressément mentionnés dans plusieurs dispositions tant du nouveau Code de procédure civile que du Code de procédure pénale.

Il n'est que de rappeler

L'article 153 du nouveau Code de procédure civile dispose « la décision qui ordonne une mesure d'instruction ne dessaisit pas le juge »

Cette disposition est une des grandes innovations de ce Code

L'article 315 ancien prévoyait en son alinéa 2 :

« les parties sont convoquées à la première réunion d'expertise par sommation de l'avoué le plus dili-

gent ». Ainsi donc antérieurement au nouveau Code de procédure civile il y avait pour les experts une double saisine.

- celle de droit : émanant du juge qui désignait l'expert et organisait la mesure

- puis celle de fait : c'était la mise en œuvre opérée par l'avoué le plus diligent, et qui parfois tardait à le faire et jusqu'à même l'oublier, selon l'intérêt de son client.

Cet article a été abrogé par le nouveau Code de procédure civile. Maintenant les parties ont perdu, au profit du juge, la maîtrise de l'exécution des mesures d'instruction.

Et le corollaire, sur le plan de l'éthique judiciaire, de cet article 153 est l'article 233 du même Code de qui énonce : « le technicien investi de ses pouvoirs par le juge en raison de sa qualification doit remplir personnellement la mission qui lui est donnée.

Cette disposition qui constitue à n'en point douter un des principes directeurs essentiels de l'exécution des mesures d'instruction, confiées à un technicien, est riche de sens :

Certes le technicien a la complète maîtrise et une pleine liberté en ce qui concerne la recherche technique et le juge n'a pas pouvoir d'intervenir, sauf le cas très rarissime d'une erreur grossière du technicien commise alors que ce juge est présent. Il ne peut, dans le cas où il trouverait pas dans le dossier qui lui est soumis des éléments qui lui permettent, ne pas entériner les conclusions, du rapport du technicien.

Par contre sur le plan procédural le juge bénéficie de l'entier pouvoir de celui qui « fait le roi ».

C'est lui qui désigne le technicien.

C'est lui qui par la mission des lors qu'elle est acceptée, l'investit de ses pouvoirs. C'est par cette véritable « onction judiciaire » que le technicien va devenir un authentique participant au service public de la justice. C'est par les pouvoirs qui lui ont été ainsi conférés que les mentions de caractère procédural de son rapport vont avoir une force probante absolue et qu'elles ne pourront tomber qu'à la suite d'une procédure de faux.

C'est le juge qui toujours sur le plan procédural va contrôler les opérations de l'expert et leur validité.

C'est lui qui enfin qui va fixer la rémunération du technicien.

Mais alors ce dernier ne doit pas oublier que cette investiture est faite « intuitu personae » en raison de sa compétence, de ses connaissances techniques, procédurales et déontologiques. Il faut nécessairement ainsi que le souligne le texte de l'article 233 précité que le technicien commis exécute personnellement la mission qui lui a été donnée et qu'il a acceptée. Aucune délégation de pouvoir n'est légalement possible de la part du technicien. S'il estime nécessaire ou utile de faire effectuer tout ou partie de la mission il lui faut revenir devant celui auquel la loi a seul donné le pouvoir d'investiture c'est à dire le juge.

La loi n'accorde à l'expert aucun pouvoir personnel de se faire « assister » par un spécialiste choisi par lui seul, pour effectuer, même partiellement, la mission que lui a donné le juge et qu'il a acceptée, des lors qu'elle est de sa compétence.

Il ne peut que

– soit demander à un spécialiste une simple consultation sur un point particulier et qui peut revêtir la forme d'une analyse technique (article 278 du nouveau Code de procédure civile),

– soit recueillir dans les conditions de l'article 242 de ce Code, la déclaration qu'un tiers consent à lui faire et qui peut être un tiers spécialisé (cf sur ce point un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 29 avril 1996).

Ainsi se trouve posée toute la philosophie de l'institution expertale

Et le Code de procédure pénale va encore plus loin dans l'exigence de l'exécution personnelle puisque l'article 166 contraint l'expert à mentionner « in fine » de son rapport qu'il a été effectué personnellement et à le revêtir de sa propre signature.

De ce bref rappel de quelques principes directeurs procéduraux concernant l'exécution des mesures d'instruction confiées à des techniciens il résulte que les difficultés de la nature de celles qui ont donné lieu à l'arrêt commenté n'auraient pas lieu d'être si avant d'accepter une mission judiciaire, les techniciens désignés et notamment ceux inscrits sur les listes judiciaires étaient tenus de suivre des enseignements structurés en matière procédurale et déontologique et portant en quelque sorte sur le « pourquoi du comment, et le comment du pourquoi » en matière de mesures d'instruction. C'est à une étude synthétique des dispositions du nouveau Code de procédure civile qui se corellent et s'harmonisent les unes avec les autres, et non point à une lecture simplement analytique qu'il convient de se livrer et ce pour éviter toute irrégularité.

Après l'avoir rendu obligatoire, c'est en ce sens croyons nous qu'il conviendra d'orienter cette formation.

Et l'on comprend dès lors, pourquoi la Cour de cassation, a pu, dans son arrêt commenté, qualifier de : « motifs inopérants ceux dont a usé la Cour d'appel qui précisait :

« Attendu qu'il appartient à l'appelante qui se prévaut expressément dans ses écritures de l'existence d'opérations irrégulières sur le plan formel de rapporter la preuve d'un grief causé par cette irrégularité pour obtenir le prononcé de la nullité ;

Attendu en l'espèce que l'appelante n'a nullement justifié ni même allégué de l'existence d'un préjudice en relation avec la méconnaissance des dispositions légales applicables en la matière celle-ci étant restée silencieuse sur ce point dans ses écritures ; ajoutant pour déouter la demanderesse en nullité du rapport :

« Attendu que faute pour l'appelante d'avoir justifié de l'existence d'un grief causé par l'irrégularité invoquée l'exception sera rejetée »

C'est qu'en effet il ne s'agissait pas d'une simple nullité de forme nécessitant pour son prononcé la preuve d'un grief, mais d'une nullité de fond, d'ordre public, d'une véritable inexistance juridique puisque le technicien qui a procédé à l'exécution de la mission du juge n'avait pas été investi par ce dernier et qu'en conséquence il n'avait aucun pouvoir pour le faire participer au service public de la justice.

En forme de conclusion, et sans vouloir jouer les moralistes force est de reconnaître que cette affaire ne peut que provoquer notre étonnement :

d'une part en ce qu'un technicien, inscrit sur la liste des experts d'une Cour d'appel, donc pourvu de par la loi du titre important et lourd de conséquence d'expert près la Cour d'appel, ait pu ignorer ou méconnaître un des principes d'éthique judiciaire fondamental exprimé dans une disposition claire et précise régissant dans le Nouveau Code de Procédure civile l'exécution des missions d'expertise, d'autre en ce qu'il ait fallu plus de sept années de procédure et toute la grande tenacité d'un justiciable avant, qu'à la faveur de l'exercice d'une voie de recours la Cour de Cassation ait pu, une fois encore se montrer le fidèle et suprême défenseur de la loi

Et nul ne doit voir dans mon propos, ne fusse qu'une ombre de flagornerie ou d'esprit de corps.

MICHEL OLIVIER

Docteur en droit

Conseiller honoraire à la Cour de cassation

Ministère public – Causes communicables – Inscription de faux contre un acte authentique

Un rapport d'expertise judiciaire n'est pas un acte authentique. L'incident de faux formé contre un tel rapport ne donne donc pas lieu à communication au ministère public.

C. cass. 1^{re} civ., 19 janvier 1999 : CZAJA C. SOCIETE L'AIR LIQUIDE – Pourvoi n° 97.14.194 H – Rejet (C. app. Paris, 14 janvier 1997) – gr. n° 122P. 995196

NOTE ■ Un plaideur avait été condamné pour faux en écritures de commerce et escroquerie au préjudice d'une société qui l'avait assigné en paiement des sommes détournées sur le fondement du rapport d'expertise établi lors de la procédure pénale.

Il faisait grief à l'arrêt attaqué de l'avoir débouté de l'incident de faux par lui formé contre ledit rapport sans que la cause ait été communiquée au ministère public.

Son pourvoi est rejeté au motif qu'un rapport d'expertise judiciaire n'étant pas un acte authentique ce moyen était sans fondement.

Il est vrai que selon les dispositions de l'article 303 NCPC l'inscription de faux contre un acte authentique donne lieu à communication au ministère public. Encore faut-il qu'on soit bien en présence d'un acte authentique tel que défini par l'article 1317 du Code civil à savoir « celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé et avec les solennités requises ». En la circonstance aucune de ces conditions ne se trouvait réunie et il était donc clair qu'on n'était pas en présence d'un acte authentique.



Péremption d'instance – Faits interruptifs – Requête aux fins de consignation d'une provision – Versement de la provision

Il ne peut être reproché à l'arrêt attaqué d'avoir écarté l'exception de péremption d'instance soulevée par les défendeurs, dès lors qu'ayant relevé que les demandeurs produisaient une requête, formulée auprès du juge de la mise en état, aux fins de prorogation du délai de consignation d'une provision destinée à la mise en œuvre de l'expertise, la Cour d'appel a pu retenir que cette requête, suivie du versement de la provision à l'expert attesté par ce dernier, manifestait la volonté des demandeurs de poursuivre la procédure.

C. cass. 3^e civ., 6 janvier 1999 : SOCIETE PLATRES LAMBERT PRODUCTIONS C. EPOUX NEVIANS ET AUTRES – Pourvoi n° 97.12.300 Y – Cassation (C. app. Aix-en-Provence, 9 janvier 1997) – gr. n° 29PB. 991501

NOTE ■ Des époux avaient conclu un contrat de construction de maison individuelle avec une société qui avait sous-traité la pose de l'enduit extérieur à une autre société depuis lors en liquidation de biens mais couverte par une compagnie d'assurance. Cette société avait appliqué un produit fabriqué par la société Lambert et les maîtres de l'ouvrage alléguant des décollements demandaient la réparation de leur préjudice.

La société Lambert faisait grief à l'arrêt attaqué d'avoir accueilli cette demande alors que l'exécution d'un jugement avant dire droit ne constitue pas un acte interruptif du délai de péremption.

Ce moyen a été écarté au motif que les demandeurs produisant une requête présentée au juge de la mise en état, aux fins de prorogation du délai de consignation d'une provision destinée à l'expertise, la Cour d'appel avait pu retenir que cette requête, suivie du versement de la provision manifestait leur volonté de poursuivre la procédure.

On sait que le mot « diligence » comprend toutes les démarches qui ont pour objet de conduire le litige vers sa conclusion (cass. civ. II 26 février 1992, Bull. civ. 1992, II, n° 70 JCP 1993 II 22.033). Tel est le cas d'une lettre adressée au président, ou au magistrat de la mise en état, ou même au greffier pour lui demander de remettre l'affaire au rôle (cass. civ. II 17 novembre 1993 JCP 1994 II 22.298).

En l'espèce la lettre adressée au juge de la mise en état demandant une prorogation du délai de consignation de la provision manifestait clairement l'intention de leur auteur de faire avancer la procédure vers sa conclusion.

PROCEDURE CIVILE

Expertise – Liste des experts – Radiation de la liste nationale – Effet – Radiation de la liste de la Cour d'appel

Une personne, inscrite sur la liste des experts d'une Cour d'appel, ayant été radiée de cette liste par décision de l'assemblée générale de la Cour d'appel, le pourvoi en cassation qu'elle a formé contre l'arrêt ayant rejeté son recours est devenu sans objet dès lors que cette personne, qui était également inscrite sur la liste nationale des experts, a été radiée de celle-ci et qu'en application de l'art. 29 alinéa 1^{er} du décret 74-1184 du 31 décembre 1974, la radiation d'un expert de la liste nationale emporte de plein droit sa radiation de la liste de la Cour d'appel.

C. cass. 1^{re} civ., 12 janvier 1999 : MME RUDLER C. PROCUREUR GENERAL PRES LA COUR D'APPEL DE PARIS – Pourvoi n° 96.11.692 S – Non-lieu à statuer (C. app. Paris, 28 novembre 1995) – gr. n° 74D. 991970

NOTE ■ Le décret n°74.1184 du 31 décembre 1974 relatif aux experts judiciaires dispose en son article 29 que la radiation d'un expert de la liste nationale emporte de plein droit sa radiation de la liste de la Cour d'appel.

Dans le cas où l'expert qui est inscrit à la fois sur la liste nationale et sur une liste de la Cour d'appel a été radié de cette dernière liste, une expédition de la décision de radiation est adressée au Procureur Général près la Cour de cassation, qui la transmet avec ses réquisitions au Premier Président pour qu'il soit statué par le bureau de ladite Cour après avoir recueilli les observations de l'intéressé.

Il s'ensuit que la radiation de plein droit sur la liste de la Cour d'appel en application de l'article 29 susvisé rend sans objet le pourvoi introduit par l'expert à l'encontre de l'arrêt de cette Cour rejetant le recours qu'il avait formé contre sa décision.

4

5

REDRESSEMENT JUDICIAIRE

Continuation de l'entreprise – Remises accordées par les créanciers – Approbation des comptes par le commissaire aux comptes – Traitement comptable et fiscal des remises.

L'alinéa 3 de l'article 75 de la loi du 25 janvier 1985 prévoit : « La réduction de créance n'est définitivement acquise qu'après versement, au terme fixé, de la dernière échéance prévue par le plan ». Les remises accordées par les créanciers demeurent aléatoires et ne sauraient être comptabilisées en profits exceptionnels à l'actif du bilan que sous la responsabilité du commissaire aux comptes, au risque d'apparaître comme un artifice qui ne résulterait nullement des textes régissant les procédures collectives. De plus, en cas de résolution du plan, l'article 80, alinéa 3 de la loi du 25 janvier 1985 doit être lu comme permettant aux créanciers de recouvrer l'intégralité de leurs créances, sous déduction des sommes perçues, la résolution annulant par conséquent les remises.

C. Amiens (4^e ch. com.), 19 février 1998 : Société Les demeures traditionnelles c. Herbaut ès qualités – R.G. n° 9700005 – Confirmation (Trib. com. Compiègne, 8 novembre 1996). C1753

NOTE ■ À quel moment l'entreprise bénéficiant d'un plan de continuation peut-elle comptabiliser le profit résultant des remises accordées par les créanciers ? L'approche textuelle semble pourtant simple puisque l'article 75 de la loi du 25 janvier 1985 prévoit en son alinéa 3 : « La réduction de créance n'est définitivement acquise qu'après versement, au terme fixé, de la dernière échéance prévue par le plan ». Mais l'appelant soutenait devant la Cour d'appel d'Amiens, non sans talent, que l'article 80 qui prévoit la résolution du plan, particulièrement en cas d'échec financier de celui-ci, ne permet aux créanciers que de déclarer l'« intégralité de leurs créances », expression qui serait à comprendre dans le sens des créances existant au jour de la résolution et non de celles déclarées avant remises à l'ouverture du redressement judiciaire. Conséquemment, les remises – définitives –

supposeraient la comptabilisation réclamée au commissaire aux comptes puis à la Cour.

Il faut en réalité analyser séparément les traitements comptable et fiscal. Le premier doit être effectué en tenant compte - c'est la solution des conseillers amiénois - d'une application combinée des articles 75, alinéas 3 et 80 : puisque les remises ne sont définitivement acquises qu'après exécution financière du plan, la comptabilisation de celles-ci ne peut être enregistrée qu'à cette issue (en ce sens Serlooten, Redressement et liquidation judiciaires, J.-cl. com., fasc. 3104, n° 32 ; Lagarde, Le guide fiscal de la défaillance d'entreprise, 1998-99, Annonces de la Seine Éditions, § 230.6, p. 358) ; telles sont les recommandations prescrites en droit comptable (Bull. C.N.C.C., n° 39, sept. 1980, pp. 345 et 346).

Sur le plan fiscal et au terme de nombreuses réponses ministérielles, les remises constituent un profit imposable à la date où elles sont constatées, à savoir celle du jugement adoptant le plan (Rép. min. n° 6.487 à M. Cassagne : Joan, 8 févr. 1958, p. 621 ; Rép. min. n° 34.334 à M. Voilquin : Joan, 11 mai 1981, p. 2010 ; Doc. adm. 4A-243, n° 10, 1^{er} mars 1986 ; Rép. min. n° 24.289 à M. Trémege : Joan, 31 août 1987, p. 4855 ; Rép. min. n° 6.496 à M. Souvet : J.O. Sénat, 3 sept. 1987, p. 1361, Rev. proc. coll. 1988, p. 109, obs. Guillou). Il est vrai qu'en général l'existence de déficits reportables ou d'amortissements réputés différés, épargnera à l'entreprise le paiement de l'impôt.

Remarquons néanmoins que le juge fiscal aboutit à des solutions contrastées. En ce qui concerne le créancier auteur de la remise, il n'accepte la déductibilité fiscale de la créance que lorsque celle-ci est définitivement acquise par l'exécution, en l'espèce, du concordat (T.A. Grenoble, 7 juin 1995, Dr. fisc. 1996, n° 16, 525) Au mieux, cette fois-ci du point de vue du débiteur, le juge n'accepte de traiter en profit les remises que par fractions, au fur et à mesure de l'exécution du concordat (T.A. Besançon, 20 avr. 1995, R.J.F. 8-9-1995, n° 951). Un récent arrêt (C.A.A. Marseille, 22 mars 1999, concl. Duchon-Doris, commissaire du gouvernement, Dr. fisc. n° 10, 2000, p. 450 et s.) vient néanmoins amender ces solutions : les remises concordataires (loi du 13 juillet 1967) dénuées de clause suspensive ou conditionnelle doivent être regardées comme définitives dès le jugement d'homologation du concordat et rattachées au résultat de l'exercice en cours à sa date. On ne peut donc systématiser une seule solution pour ce qui est du concordat. La souplesse de la loi du 13 juillet 1967 permettait des remises concordataires aux conditions variables : seule la lecture du traité concordataire permet alors l'analyse fiscale. Pour sa part, le plan de la loi du 25 janvier 1985 est soumis à la règle d'ordre public de l'article 75 qui fait du paiement de la totalité des échéances une condition du caractère définitif de la remise. La loi actuelle, au sens de l'opinion dominante, obligerait ainsi à un traitement fiscal aligné sur la règle comptable (en ce sens, concl. Duchon-Doris précitées ; Vallansan, Redressement et liquidation judiciaires, Litec, 2000, p. 129). Nous proposerons aux lecteurs de la Gazette plus de prudence. Si l'article L. 75 ne prévoit acquises les remises, définitivement qu'à l'issue de l'exécution des engagements du plan, il n'en reste pas moins que ces

remises sont acquises. Seule la résolution du plan ferait recouvrer au créancier le bénéfice du montant intégral de sa créance initiale. (En faveur d'un profit fiscal sous condition résolutoire : Jadaud, La fiscalité des plans de redressement, Actes du colloque, Crajeffe, 27 mars 1993, p. 92). C'est le sens qu'il faut donner à la lecture combinée des articles L. 75, alinéa 3 et L. 80, alinéa 3 ; ce dernier prévoit, après résolution du plan, que les créanciers « ... déclarent l'intégralité de leurs créances ... ». Il s'agit ici des créances déclarées et admises à la première procédure (l'inscription d'une créance au plan et l'octroi de remises (article L. 77) n'empêchent pas le juge-commissaire de procéder à l'admission de la créance déclarée : Com., 14 juin 1994, B.C.A. 1994. 4 n° 216, D. 95, somm., 6, obs. Derrida ; C.A. Paris, 2 juill. 1999, Act. proc. coll. 1999, n° 206). L'article L. 80 empêche ainsi de considérer sous condition suspensive la remise accordée. La résolution du plan a donc bien un effet rétroactif, d'ailleurs cantonné aux délais et remises (en ce sens : Pérochon et Bonhomme, Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement, 4^e éd., L.G.D.J., 1999, p. 324).

Il faut encore rester sceptique sur l'application au plan de redressement de la condition suspensive du droit des obligations ; elle signifierait que la remise de dettes dépendrait de l'« événement futur et incertain » prévu par l'article 1181 du Code civil ; ce qui sied mal à un plan de continuation dont l'adoption judiciaire doit constater l'existence de possibilités sérieuses de règlement du passif (article L. 69). Précisément, ces remises proposées et acceptées concourent à l'exécution financière et collective du plan. Cette application aurait enfin la conséquence supplémentaire de faire recouvrer au créancier le montant intégral de sa créance au premier retard de versement de dividende, même en l'absence de résolution du plan.

N'y a-t-il pas une autre solution pour ceux qui resteraient en quête de retarder la fiscalisation des remises (du fait du manque de déficits fiscaux reportables au jour de l'adoption du plan) : présenter des propositions de plan dont les remises seraient assorties de la condition suspensive de l'exécution du plan ? Ou de sa non-résolution ? Les articles 75 et 80 ne s'y opposent pas ; Ils n'interdisent que la présentation de propositions de remises définitives, en usage avant 1985 (v. Didier, Droit commercial, tome 5, L'entreprise en difficulté, P.U.F., 1995, p. 173 et 174). On pourrait néanmoins rétorquer que l'article L. 75, alinéa 3 n'énonce aucune condition - ni suspensive, ni résolutoire - mais un terme (article 1185, C. civ.) : une condition ne peut porter que sur un élément secondaire de l'obligation, le paiement en étant un élément essentiel. Autrement dit, la condition ne peut porter que sur les modalités de l'obligation, non sur ses éléments de formation ou de validité qui en sont l'essence (v. Starck, Roland, Boyer, Droit civil, Les obligations 2, Litec, 6^e éd., 1998, n° 1263). Sous cette ultime approche civiliste, le débat s'interromprait immédiatement au profit d'une fiscalisation des remises lors de l'exercice au cours duquel le tribunal a adopté le plan. Quand le droit des procédures collectives et le droit fiscal réunis ont besoin du droit civil ?

PATRICK CANET

PROCEDURE CIVILE

Expertise – Honoraires – Taxe – Procédure

Le recours prévu par l'art. 724 nouv. C. pr. civ. contre une ordonnance de taxe n'a pas à être dirigé contre une partie qui n'est plus susceptible d'être elle-même condamnée à supporter des frais d'expertise, au titre de dépens dont la charge a été définitivement fixée.

C. cass. 2^e civ. 28 septembre 2000 : BONNIN C. SOCIETE GAZ DEPANNAGE ET AUTRES – Pourvoi n° 98.15.229 C – Rejet (C. app. Paris, 30 mars 1998) – gr. n° 962P+B. 005595

6

7

INFORMATIQUE

Atteinte aux systèmes informatiques – Suppression ou modification de données – Éléments constitutifs de l'infraction – Comptabilité informatisée – Fraude informatique.

S., chef comptable de la Chambre de Commerce et d'Industrie du Puy-en-Velay, a modifié des données qui avaient été enregistrées de manière définitive dans le système automatisé de comptabilité dont il avait la charge. Pour le déclarer à bon droit coupable de l'infraction prévue à l'article 323-3 du Code pénal et le condamner à verser à son employeur, partie civile, 30.000 francs à titre de dommages-intérêts, la Cour d'appel relève qu'une écriture validée et introduite dans un système comptable automatisé constitue une donnée dont la suppression et la modification sont prohibées par les règles et principes comptables et que le prévenu doit réparer le préjudice résultant des frais engagés par la Chambre de commerce et d'industrie pour reconstituer sa comptabilité.

En effet, le seul fait de modifier ou supprimer, en violation de la réglementation en vigueur, des données contenues dans un système de traitement automatisé caractérise le délit prévu à l'article 323-3 du Code pénal, sans qu'il soit nécessaire que ces modifications ou suppressions émanent d'une personne n'ayant pas un droit d'accès au système ni que leur auteur soit animé de la volonté de nuire.

Cass. crim., 8 décembre 1999 : M. Jean-Claude S. c. Min. pub. – Pourvoi n° W 98-84.752 PF – Rejet, C.A. Riom (ch. correc.), 30 avril 1998 – M. Gomez, prés., M. Soulard, rapp., MM. Schumacher, Martin, Pibouleau, Challe, Roger, cons., M^{me} de la Lance, M. Samuel, cons. réf., M^e Géronimi, av. gén. – S.C.P. Célice, Blancpain et Soltner, M^e Cossa, av. C2565

NOTE ■ Qu'elle soit ou non informatisée, une écriture comptable doit satisfaire à deux obligations essentielles : elle doit être enregistrée de façon chronologique et irréversible. L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 8 décembre 1999, confirme cette obligation alors même qu'il s'agit d'une comptabilité informatisée. Les progrès des technologies nouvelles et notamment de l'informatique ne doivent donc pas permettre de remettre en cause ce principe intangible du droit comptable.

En l'espèce, des détournements de fonds importants ont été constatés au préjudice de la Chambre de commerce et d'industrie (C.C.I.). Les investigations ont permis d'établir que des altérations et des modifications avaient été pratiquées dans les écritures comptables. Le chef comptable, du fait de ses fonctions, s'est vu ainsi condamné pour suppression ou modification de données contenues dans un système de traitement automatisé, alors même qu'il a été établi qu'il n'était pas à l'origine des détournements en cause, mais seulement responsable de rectifications d'erreurs matérielles dans le système informatique. En effet, le logiciel de comptabilité utilisé par la C.C.I. ne permettait pas normalement de modifier une écriture comptable, dès lors que celle-ci avait été validée.

Toutefois, le fournisseur du logiciel avait transmis au chef comptable un utilitaire, afin de pallier des difficultés d'utilisation et à des dysfonctionnements, qui permettait accessoirement de modifier des écritures qui avaient pourtant été validées. Cet utilitaire a ainsi été détourné de son usage normal pour rectifier des erreurs matérielles par le chef comptable de la C.C.I.

Le fait que le chef comptable ne soit pas à l'origine des détournements de fonds et qu'il ait procédé uniquement à des rectifications matérielles, n'a pas permis d'obtenir sa relaxe.

La Cour de cassation confirme la condamnation prononcée par la Cour d'appel de Riom et réaffirme la règle selon laquelle « une écriture comptable constitue bien une information mais qu'à partir du moment où elle est validée et introduite dans un système informatisé elle devient une donnée dont la suppression est prohibée ».

Il s'agit d'une application littérale des termes de l'article 323-3 du Code pénal qui sanctionne « le fait de modifier ou de supprimer frauduleusement des données dans un système informatique » sans référence à un quelconque mobile.

Les autres arguments soutenus par la défense tels que le fait que les corrections effectuées n'avaient pas causé de préjudice à la C.C.I. ou encore que les modifications apportées n'avaient pas été commises dans une intention de nuire, ont été inopérants. La Cour de cassation rappelle ainsi que l'opération de modification et de suppression d'une écriture comptable validée est interdite quel que soit le « mobile » de la modification.

Cette position est en totale adéquation avec l'adaptation du droit comptable à l'utilisation de l'informatique. En effet, l'organisation comptable des entreprises a connu un profond bouleversement de par l'introduction de l'informatique pour la tenue de la comptabilité permettant ainsi de se passer de tout support papier.

Toutefois, l'abandon du support papier et des livres comptables traditionnels ne doit pas pour autant permettre de modifier une écriture comptable enregistrée, alors même que l'évolution et la souplesse de l'informatique permettrait de le faire. Ainsi, une erreur matérielle validée dans une comptabilité informatique ne doit donc être corrigée que par une autre écriture qui la compense.

C'est au prix d'une telle rigueur que l'utilisation de l'informatique en comptabilité est possible puisqu'elle ne remet pas en cause sa fiabilité et sa force probante.

Toute altération des enregistrements expose donc le contrevenant à voir d'une part, engager sa responsabilité et d'autre part, remettre en cause sa comptabilité, ce qui peut l'exposer à des sanctions fiscales (Pour une étude, cf. Alain Bensoussan, « Informatique et Télécoms », Éd. Francis Lefebvre 1997, n°s 2040 et s. et n°s 2536 et s.).

ÉRIC BOULANGER
VANIA COLETTI
Avocats

PROCÉDURE PÉNALE

Instruction par le juge d'instruction – Expertise – Force probante d'une expertise effectuée par un seul des deux experts désignés.

Il résulte de l'arrêt attaqué que le juge d'instruction a ordonné une expertise et, en raison de la complexité de l'affaire, a commis deux experts pour y procéder. Par lettre adressée au magistrat instructeur, l'un des experts a refusé la mission qui lui était confiée ; l'autre a seul effectué l'expertise et déposé le rapport. Une seconde expertise, comportant la même mission, a ensuite été confiée à deux nouveaux experts.

Pour rejeter à bon droit la requête en annulation de la première expertise, la chambre d'accusation énonce que l'exécution d'une mission par un seul des deux experts désignés par le juge n'est pas de nature à porter atteinte aux droits de la défense, dès lors qu'aucun grief ne peut être invoqué par les requérants. En effet, si elle peut affecter la force probante des conclusions de l'expert, l'exécution irrégulière de l'expertise par un seul expert n'entraîne pas sa nullité.

Cass. crim., 1^{er} février 2000 (rejet Paris, ch. acc., 14 octobre 1999) : Lintanf et autre – M. Gomez, prés, et M^{me} Agostini, rapp. ; M. de Gouttes, av. gén. – S.C.P. Baraduc & Duhamel, et S.C.P. Waquet, Farge & Hazan, av. – Pourvoi n° 99-87.081 PF /926.

3747

8

9

RESPONSABILITÉ PÉNALE

Abus de biens sociaux – Éléments constitutifs – Contrariété à l'intérêt social – Intérêt personnel – Présomptions.

Justifie sa décision la Cour d'appel, qui, pour condamner, pour abus de biens sociaux, le gérant d'une société à responsabilité limitée qui a endossé à son profit des traites émises à l'ordre de la société, relève que le prévenu se borne à indiquer qu'il n'a retiré aucun profit des détournements reprochés et énonce que s'il n'est pas justifié qu'ils ont été utilisés dans le seul intérêt de la société, les fonds sociaux prélevés de manière occulte par un dirigeant social l'ont nécessairement été dans son intérêt personnel.

Cass. crim., 9 juillet 1998 : Bull. Joly 1998, p. 1257, § 377, note J. F. Barbieri ; D. Affaires 1998, p. 1652 ; D. 1999, Som. com., p. 159, obs. M. Segonds.

C2026

NOTE ■ Les articles 425, 4^o (sociétés à responsabilité limitée), et 437, 3^o (sociétés anonymes), de la loi du

24 juillet 1966, punissent les dirigeants sociaux auteurs d'abus des biens et du crédit de la société. Est requise, pour caractériser ce délit, la réunion de quatre éléments constitutifs distincts : l'usage des biens et du crédit de la société (et non pas nécessairement l'appropriation), la contrariété à l'intérêt social, la poursuite de l'intérêt personnel du dirigeant et sa mauvaise foi.

La qualification de l'abus de biens sociaux a donné lieu à une abondante jurisprudence, le législateur ayant à la fois omis de donner une définition de ses éléments constitutifs – laissant ainsi aux juges le soin d'y remédier – tout en exigeant que ces éléments soient réunis pour justifier la qualification d'abus de biens sociaux. L'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 9 juillet 1998 porte sur deux de ces éléments : la contrariété à l'intérêt social et la poursuite de l'intérêt personnel du dirigeant.

En l'espèce, un gérant de S.A.R.L. avait endossé des traites émises au bénéfice de la société, avant de régulariser partiellement la situation en réglant lui-même – et par le biais d'une autre société dont il était également dirigeant – diverses dettes de la S.A.R.L. et en procédant à un apport en compte courant. Qualifiant l'acte de prélèvement occulte de

fonds sociaux – même s'il s'agissait plutôt d'un détournement de fonds – dont l'usage conforme au seul intérêt de la société n'avait pu être justifié par le gérant, la Cour de cassation rejette le pourvoi et maintient l'arrêt de la Cour d'appel qui condamnait le gérant à trois mois d'emprisonnement avec sursis pour abus de biens sociaux.

Même les bonnes intentions du gérant – ou son absence prétendue de mauvaise foi – n'ont pu faire fléchir le juge, la fin ne pouvant justifier les moyens. Le prévenu ne peut, en effet, que difficilement prétendre être de bonne foi en cas d'acte particulièrement grave. Sa mauvaise foi découlait ainsi implicitement de l'acte reproché sans qu'il y ait lieu de s'y pencher plus avant pour caractériser l'abus de biens sociaux.

Plus encore, le juge n'a pas voulu admettre l'effacement du caractère délictueux de l'abus de biens sociaux par la compensation partielle opérée ultérieurement. Le fait que le gérant ait vendu ses biens personnels afin de secourir son entreprise et de sauver (sans succès) la S.A.R.L. de la liquidation, et « *qu'il se borne à indiquer qu'il n'a retiré aucun profit des détournements reprochés* » n'a pu suffire à convaincre le juge de l'absence de poursuite d'un intérêt personnel ni de la conformité de l'acte à l'intérêt social. Le repentir actif, en effet, ne constitue pas une cause d'exonération de la responsabilité pénale.

Admettant le principe d'un renversement de la charge de la preuve, la Cour de cassation énonce que « *s'il n'est pas justifié qu'ils ont été utilisés dans le seul intérêt de la société, les fonds sociaux prélevés de manière occulte par un dirigeant social l'ont nécessairement été dans son intérêt personnel* ».

L'arrêt de la Cour de cassation du 9 juillet 1998 confirme ainsi le principe d'une présomption de contrariété à l'intérêt social (I), présomption qui se double de celle de l'intérêt personnel du dirigeant (II).

I – Le silence du législateur a conduit le juge à apprécier la contrariété à l'intérêt social et même, en certaines circonstances, à en présumer l'existence. En présence d'actes « illicites », « graves », ou « équivoques », la Cour de cassation semble, en effet, imposer au prévenu l'obligation de justifier l'utilisation précise des fonds sociaux prélevés ou détournés et d'en établir la destination exacte.

Ainsi en est-il en cas de prélèvements occultes de fonds sociaux destinés à alimenter une caisse noire (Cass. crim., 11 janvier 1996, *D. Affaires* 1996, p. 528 ; *Rev. sociétés* 1996, p. 586, note B. Bouloc ; *Petites affiches*, 3 avril 1996, p. 23, note C. Ducouloux-Favard), ou dont la destination est inconnue mais manifestement contraire à l'intérêt social, par exemple lorsque deux gérants procèdent de façon systématique à des prélèvements en espèces sur les recettes journalières des magasins exploités par leur société et ne peuvent justifier de l'emploi de ces fonds (Cass. crim., 20 juin 1996, *Bull. Joly* 1997, p. 18, § 4, note J. F. Barbiéri ; *Petites affiches*, 24 juillet

1996, p. 31, obs. C. Ducouloux-Favard ; *D. 1996*, p. 589, note B. Bouloc). Il en est de même lorsque le dirigeant ne peut justifier du caractère social de frais de mission et de réception ainsi que de frais de transports et de déplacement élevés (Cass. crim., 28 novembre 1994, *D. 1995*, p. 506, note J. F. Renucci ; *Rev. sociétés* 1996, p. 105, note B. Bouloc). En l'espèce, le dirigeant s'était contenté de faire valoir que lesdites dépenses avaient été engagées dans l'intérêt de la société, sans pouvoir fournir aucun élément de preuve. Du fait de cette carence de justification, les juges du fond en avaient conclu à la caractérisation de l'abus de biens sociaux.

L'arrêt du 9 juillet 1998 a ceci de nouveau qu'il ne s'applique pas à une situation de prélèvements occultes de fonds sociaux, ni de frais trop élevés, mais plutôt à celle d'un détournement de fonds sociaux. Ce que l'on aurait pu penser être une simple « exception » au principe d'innocence et de la charge de la preuve semble devenir un principe d'ordre général s'appliquant à de plus en plus de situations.

On peut aussi considérer que la Cour de cassation ne fait que rappeler une des obligations légales du chef d'entreprise en matière de comptabilité. À défaut de justifier les charges engagées par la société, l'appropriation des fonds par le chef d'entreprise sera présumée. Il s'agit néanmoins d'une simple présomption que le dirigeant poursuivi devra renverser en démontrant que les fonds détournés ont été utilisés dans l'intérêt exclusif de la société, par exemple, en montrant que l'acte reproché avait pour unique objet d'assurer la survie de la société. Mais comment prouver l'absence de contrariété à l'intérêt social lorsque même ce dernier n'est toujours pas clairement défini par la jurisprudence ou le législateur ?

La Cour de cassation ajoute d'ailleurs au texte de la loi en exigeant l'usage *exclusivement* conforme à l'intérêt social. De là, sans doute, ses hésitations lorsqu'il s'agit de savoir si le produit de l'abus de biens sociaux est utilisé pour commettre un acte illícite en *faveur* de la société. On distingue en effet deux tendances opposées de la Haute Juridiction.

D'une part, la Cour de cassation a considéré que l'acte illícite (le prélèvement de fonds sociaux pour commettre un délit) est nécessairement abusif (Cass. crim., 22 avril 1992, *Rev. sociétés* 1993, p. 124, note B. Bouloc ; *D. 1995*, p. 59, note H. Matsopoulou) : « *l'usage des biens d'une société est nécessairement abusif lorsqu'il est fait dans un but illícite* » et condamné les prévenus pour abus de biens sociaux en retenant « *qu'ils avaient usé de leur qualité de dirigeants sociaux pour prélever des fonds afin de commettre des délits, but qui ne peut coïncider avec l'intérêt social* ». En l'espèce, il s'agissait de dirigeants qui avaient prélevé des fonds sociaux afin de corrompre un maire et obtenir de celui-ci l'attribution en faveur de leurs sociétés d'un marché de transport scolaire.

Un arrêt du 27 octobre 1997 (Cass. crim., 27 octobre 1997, *D. Affaires* 1997, p. 1429, note M. Boizard ; *J.C.P. (éd. G)* 1998, II, 10017, note M. Pralus ; *Bull. Joly* 1998, p. 11, § 2, note J. F. Barbiéri) va d'ailleurs

dans le même sens, en énonçant que « *quel que soit l'avantage à court terme qu'elle peut procurer l'utilisation des fonds sociaux ayant pour seul objet de commettre un délit tel que la corruption est contraire à l'intérêt social en ce qu'elle expose la personne morale au risque anormal de sanctions pénales ou fiscales contre elle-même et ses dirigeants et porte atteinte à son crédit et à sa réputation* ».

D'autre part, la Cour de cassation a paru admettre que l'acte illicite pouvait être conforme à l'intérêt social. Ainsi, dans l'arrêt précité du 11 janvier 1996, la Cour énonça que : « *s'il n'est pas justifié qu'ils ont été utilisés dans le seul intérêt de la société, les fonds sociaux prélevés de manière occulte par un dirigeant social l'ont nécessairement été dans son intérêt personnel* ». Il s'agissait, en l'espèce, d'un dirigeant qui, exploitant un hôtel, avait constitué une caisse noire alimentée par les recettes de l'établissement. Ces sommes soustraites de la comptabilité avaient servi en partie à rémunérer des employés non déclarés. Faute de pouvoir justifier de l'emploi du reste de la caisse noire, il avait été déduit par les juges du fond que le prévenu avait utilisé les fonds prélevés à des fins personnelles. On pouvait donc en déduire que le prélèvement occulte de fonds sociaux effectué pour alimenter une caisse noire (l'acte illicite) n'était par forcément abusif ou contraire à l'intérêt social lorsqu'il avait servi à payer du personnel non déclaré.

Dans un deuxième arrêt du 6 février 1997 (Cass. crim., 6 février 1997, D. 1997, p. 334, note J.F. Renucci ; D. Affaires 1997, p. 281 et v. p. 780, article de H. Matsopoulou ; J.C.P. (éd. G) 1997, II, 22823, note M. Pralus ; Rev. sociétés 1997, p. 146, note B. Bouloc), il était reproché à un dirigeant d'avoir versé des sommes prélevées sur les fonds sociaux à un intermédiaire, afin que celui-ci intervînt auprès du ministre du commerce extérieur et obtînt de ce dernier l'examen favorable du dossier de la société. En l'occurrence, la Cour de cassation admit que la démarche du dirigeant – fût-elle constitutive d'une infraction non poursuivie en l'espèce – « *a pu avoir pour résultat de minorer substantiellement la dette de la société envers le Trésor public* ».

Un arrêt du 14 mai 1998 (Cass. crim., 14 mai 1998, Bull. Joly 1998, p. 1145, § 351, note J. F. Barbiéri) qui énonce que « *dès lors que les fonds sociaux prélevés de manière occulte par les dirigeants l'ont été nécessairement dans leur intérêt personnel direct ou indirect, sauf à établir la preuve, non rapportée en l'espèce, de leur utilisation dans le seul intérêt de la société* », un arrêt du 18 juin 1998 (Cass. crim., 18 juin 1998, D. 1999, som. com., p. 159, M. Segonds) et l'arrêt annoté, se situent dans la lignée de la jurisprudence du 11 janvier 1996 qui établit une véritable présomption de contrariété à l'intérêt social en cas de prélèvements occultes, sans pour autant, à notre sens, exclure une possible conformité à l'intérêt social de tels actes illicites, si tant est qu'elle est démontrée.

Si l'arrêt annoté ne reprend pas les termes de l'arrêt du 27 octobre 1997, c'est sans doute parce que l'acte du gérant (le détournement de fonds) était *directement* ou *manifestement* contraire à l'intérêt social et exposait la S.A.R.L., déjà en difficultés, à un risque accru, tant juridique qu'économique, de liquidation, et que le gérant lui-même n'était pas en mesure de démontrer comment un tel détournement pouvait être bénéfique à la société. Il n'y avait pas lieu de se poser la question de savoir si le gérant avait porté atteinte au crédit ou à la réputation de la société (et donc commis un abus de biens sociaux) en commettant un délit (un acte illicite de corruption) accompli à l'origine dans « l'intérêt » de la société, situation à laquelle semble se limiter la portée de l'arrêt du 27 octobre 1997.

Un tel raisonnement peut paraître légitime au regard de la moralité des affaires ou du caractère d'ordre public des sanctions du droit des sociétés, mais il n'en demeure pas moins regrettable qu'en procédant ainsi pour qualifier l'abus de biens sociaux, la Cour de cassation malmène la lettre de la loi et certains principes de droit pénal – le juge appréciant la contrariété à l'intérêt social en oubliant notamment que la loi pénale est d'interprétation stricte (article 111-4 du nouveau Code pénal). Ne risque-t-on pas d'ailleurs, en procédant ainsi, de voir le juge s'immiscer de plus en plus dans la gestion de la société ?

Le raisonnement de la Cour de cassation pour qualifier l'acte incriminé d'abus de biens sociaux conduit ainsi à admettre que le dirigeant social poursuit des fins personnelles parce qu'il ne prouve pas la conformité au seul intérêt social de l'usage illicite des fonds sociaux. La présomption de contrariété à l'intérêt social a ainsi pour corollaire automatique une présomption de poursuite d'intérêt personnel que le dirigeant devra être à même de renverser pour prouver son innocence.

II – La Cour de cassation pose le principe d'une présomption d'intérêt personnel dès lors que l'on se trouve en présence de prélèvements occultes de fonds sociaux eux-mêmes présumés contraires à l'intérêt social. L'arrêt du 9 juillet 1998 en est une nouvelle illustration.

Les prélèvements occultes de fonds sociaux – et cette notion s'entend au sens large, englobant en l'espèce l'endossement par un dirigeant de traites émises au bénéfice de la société – sont présumés contraires à l'intérêt social et donc nécessairement effectués à des fins personnelles, sauf à en apporter la preuve contraire. Plus simplement, le gérant d'une S.A.R.L. qui prélève les fonds de la société d'une façon occulte et sans justifier de l'usage qu'il en a fait, sera présumé coupable d'abus de biens sociaux.

La recherche de l'intérêt personnel, passant au second plan après la contrariété à l'intérêt social pour qualifier l'abus de biens sociaux, n'est plus alors un élément constitutif autonome et indépendant de la contrariété à l'intérêt social – en dépit même de la lettre de la loi. La Haute juridiction abandonnerait-elle ainsi, définitivement, sa jurisprudence antérieure

et sa volonté exprimée d'imposer aux juges du fond une appréciation rigoureuse des éléments constitutifs de l'infraction : « *tout jugement ou arrêt doit constater l'existence de tous les éléments constitutifs de l'infraction dont le prévenu est déclaré coupable* » (Cass. crim., 22 octobre 1990, *Bull. Joly* 1991, p. 75, § 16 ; *Rev. sociétés* 1991, p. 125, obs. B. Bouloc) ?

En cette affaire jugée par la Cour de cassation le 22 octobre 1990, la Cour avait estimée qu'un gérant de fait d'un magasin qui procédait au ramassage de la recette et qui n'avait pas établi corrélativement que les sommes correspondantes avaient été remises au gérant de droit ou à la banque, ne pouvait pas être déclaré coupable d'abus de biens sans qu'il soit précisé « *si les recettes non représentées avaient été utilisées de mauvaise foi par le prévenu à des fins personnelles et dans un intérêt contraire à celui de la société.* »

Selon certains auteurs, la présomption d'intérêt personnel ne saurait être qu'une solution exceptionnelle s'appliquant seulement lorsque la matérialité de l'acte abusif est établie, ce qui n'était pas le cas dans l'affaire mentionnée ci-dessus (v. B. Bouloc sous Cass. crim., 11 janvier 1996, précité). Cette présomption se justifierait de part la gravité de l'acte reproché, c'est à dire le prélèvement occulte de fonds sociaux.

À notre avis, ce n'est toujours pas respecter le texte de la loi. Si la logique tend à présumer la poursuite d'un intérêt personnel en cas de prélèvement occulte de fonds sociaux contraire à l'intérêt social, la loi, elle, exige que l'intérêt personnel soit caractérisé en tant que tel, toutes les circonstances requises par la loi devant être constatées par les juges répressifs pour que le fait soit punissable (Cass. crim., 15 octobre 1990, *Bull. Joly* 1991, p. 73, § 15).

Un arrêt récent (Cass. crim., 15 septembre 1999, *Bull. Joly* 2000, p. 65, § 12, note C. Mascala) de la Chambre criminelle de la Cour de cassation semble d'ailleurs aller en ce sens et paraît poser, de façon sous-entendue, les limites de la présomption d'intérêt personnel en exigeant la caractérisation de tous les éléments constitutifs de l'abus de biens sociaux. En l'occurrence, il s'agissait d'une affaire de « *fausse facture* », où le dirigeant avait effectué des paiements au nom de la société en faveur d'un tiers pour des prestations dont la réalité n'avait pu être établie, le dirigeant ayant plutôt cherché « *à se ménager les appuis et relations vrais ou supposés* » de ce tiers. Le pourvoi soutenait que l'intérêt personnel étant un élément constitutif autonome de l'abus de biens sociaux, le simple fait que l'acte reproché au dirigeant soit contraire à l'intérêt social ne permettait pas de caractériser l'abus de biens sociaux. À cela, la Cour de cassation a rétorqué que l'intérêt personnel pouvant résulter du souci d'entretenir de bonnes relations avec un tiers, la Cour d'appel a justifié sa décision.

Il faudra cependant attendre d'autres décisions de la Cour de cassation pour pouvoir affirmer que son intention est bien de limiter l'étendue de la présomption. La Haute juridiction semble d'ores et déjà s'orienter vers un contrôle plus stricte de la motiva-

tion de la décision des juges du fond. En effet, dans une affaire où le dirigeant d'une société avait été condamné pour abus de biens sociaux, pour avoir accepté de payer trois factures fictives « *sans que la société qu'il dirige en tire la moindre contrepartie* », la Cour de cassation (Cass. crim., 1^{er} mars 2000, *D.* 2000, p. 214, obs. A. Lienhard ; *Bull. Joly* 2000, p. 710, § 166, note A. Médina) a exigé que les juges du fond recherchent « *si le dirigeant social avait pris un intérêt personnel direct ou indirect dans le règlement des fausses factures* », afin de permettre à la Haute Juridiction de s'assurer de la légalité de la décision au regard de l'article 437, 3^o de la loi du 24 juillet 1966.

On se contentera ici de souligner l'importance et la nécessité de caractériser l'intérêt personnel de façon autonome. Il est en effet l'élément constitutif de l'abus de biens sociaux qui permet de distinguer ce délit de la faute de gestion et dont la caractérisation entraînera la responsabilité pénale du dirigeant social poursuivi et non sa seule responsabilité civile. L'intérêt personnel était ainsi conçu, à l'origine, comme une limitation au champ d'application du délit d'abus de biens sociaux permettant de distinguer celui-ci des actes simplement contraires à l'intérêt social. Lorsque la jurisprudence en vient à établir une présomption d'intérêt personnel, elle va au-delà de la lettre et de l'esprit de la loi. Aussi peut-on souhaiter que la Cour revienne à une approche moins répressive et exige la caractérisation de l'intérêt personnel sans se satisfaire d'une simple présomption.

Si cette jurisprudence paraît peu conforme au texte de la loi, il n'en demeure pas moins que d'un point de vue pratique, le dirigeant d'une société n'a évidemment pas à faire un usage occulte des fonds de la société. S'il le fait, il doit s'attendre à être sanctionné par le juge. Cet arrêt sera donc un rappel brutal de la Cour de cassation quant à la discipline à tenir dans un but de moralisation de la vie économique.

STÉPHANIE DEPUNTI
Avocat au Barreau des Hauts-de-Seine,
S.G. Archibald, Andersen Legal

GAËLLE NIDDAM
Avocat au Barreau du Québec,
S.G. Archibald, Andersen Legal

PROCÉDURE PÉNALE

Enquête de flagrance – Constatations techniques ou scientifiques – Recours à un expert – Régularité de la procédure suivie sur instructions d'un substitut.

Aux termes de l'article 60, alinéa 1 du Code de procédure pénale, s'il y a lieu de procéder à des constatations ou à des examens techniques ou scientifiques, l'officier de police judiciaire a recours à toutes personnes qualifiées.

Selon l'article 41, alinéa 2 du même Code, le procureur de la République dirige l'activité des officiers et agents de la police judiciaire dans le ressort de son tribunal.

Sur instruction d'un substitut du procureur de la République de Périgueux, un officier de police judiciaire de la gendarmerie agissant selon la procédure de délit flagrant, a requis, en application de l'article 60 du Code de procédure pénale, M.M., expert, en vue d'effectuer les recherches nécessaires pour déterminer l'origine de l'incendie du château de B. appartenant à G. Cet expert a effectué un prélèvement qu'il a adressé aux fins d'analyse à un laboratoire dirigé par le professeur L., lui-même expert inscrit sur une liste, dont le rapport a été annexé à celui de l'expert M. La demande d'annulation du procès-verbal de l'enquête n'est pas justifiée.

Cass. crim., 27 juin 2000 (cassation Bordeaux, ch. acc., 14 septembre 1999, renvoi Agen) : Sté Assurance Chubb c. Dame Graver et autre – MM. Gomez, prés., et Joly, rapp. ; M^{me} Fromont, av. gén. – S.C.P. Waquet, Farge & Hazan, et M^e Choucroy, av. – Pourvoi n° 99-86.634 PF /4312.

<00/6060>

NOTE ■ Depuis quelques années, on oppose si fortement les deux notions de respect des droits de la défense et de considération des intérêts des victimes, que l'on a quelque peu perdu de vue le but premier des procédures d'enquête et d'instruction, qui est la recherche de la vérité.

Cette recherche de la vérité n'importe pas seulement dans l'intérêt de la cause présente, mais également, et peut-être surtout, pour la crédibilité à l'avenir de la justice répressive.

Aussi peut-on approuver la chambre criminelle lorsqu'elle s'efforce de trouver le point d'équilibre entre les techniques inquisitoriales et les techniques accusatoires.

**ARTICLES DIVERS PARUS
DANS LA GAZETTE DU PALAIS**

- NOTE SUR LE « SAPITEUR »**
Article de Monsieur Michel Olivier

- POUR UNE PROCEDURE CIVILE RENOVEE UN AN D'APPLICATION DU
DECRET DU 28 DECEMBRE 1998**
Actes du colloque organisé par la Cour d'appel de ROUEN le 5 mai 2000 (extraits)

- Compte rendu par Maître J.G.MOORE* **D'UNE CONFERENCE DE PRESSE DE
M. VIGOUROUX (Directeur du cabinet de Madame le Garde des Sceaux)**
sur les réformes en cours.

**Date de parution de
la Gazette du Palais**

20/21 septembre 2000

6/7 septembre 2000

17/19 septembre 2000

*

Note sur le "sapiteur"

Michel OLIVIER

I. DÉFINITION

A – Langage ordinaire : les dictionnaires

1 – Dictionnaire encyclopédique Larousse

– du latin : sapere : savoir ;

– expert chargé, en cas d'avarie d'un navire, d'estimer la valeur des marchandises (1).

2 – Émile Littré

Ancien terme de droit. Personne qui connaît les localités et que les experts sont autorisés à consulter.

Il a été toujours reconnu que les experts pouvaient consulter des auxiliaires non assermentés qu'on a nommés sapiteurs. La Cour de cassation a même admis que les sapiteurs peuvent être adjoints d'office aux experts par le jugement de nomination, Bonnier, *Traité des preuves*, 4^e éd. T. I., n^o 140, p. 130.

3 – Larousse encyclopédique (10 V)

Nom donné parfois en matière maritime à l'expert chargé d'estimer la valeur des marchandises (1).

4 – Le vocabulaire juridique

Association Henri Capitant, Gérard Cornu.

Lat. : sapere : savoir, du bas latin sapitor : qui sait évaluer.

Ancien terme désignant une personne qui connaît les localités et auprès de laquelle un technicien (expert, consultant, constatant) peut lui-même recueillir des informations orales ou écrites (N.C.P.C. art. 242).

Espèce de sachant.

Sachant

du participe présent du verbe savoir.

Ancien terme désignant une personne bien renseignée, bien informée (à ce connaissant) qu'un technicien notamment un expert peut de lui-même consulter et qui, à la demande de celui-ci ou des parties, peut être seulement entendu par le juge (N.C.P.C. 242 – sapiteur, parère).

5 – Dictionnaire juridique de l'expertise de Tony Moussa, p. 367

L'expert a toute latitude pour prendre la décision de faire appel à un autre technicien appelé « improprement sapiteur » et pour choisir celui-ci.

(1) Plusieurs anciens capitaines au long cours interrogés ont répondu qu'ils ne connaissaient pas ce terme.

B – Langage juridique et droit positif

Le terme de « sapiteur » n'a, depuis la codification, figuré dans aucun Code de procédure civile, ni nouveau Code de procédure civile, de même que, ni dans le Code d'instruction criminelle et de son successeur, le Code de procédure pénale.

Il n'a jamais été défini juridiquement.

On le trouve toutefois mentionné à l'article R. 159 du Code des Tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel, qui dispose que « lorsqu'il apparaît à un expert qu'il est nécessaire de faire appel à un ou plusieurs sapiteurs, il doit préalablement solliciter l'autorisation du président du Tribunal administratif ou de la Cour administrative d'appel ».

Mais aucune définition n'est donnée de ce « sapiteur » qui ne peut être désigné par l'expert qu'avec l'autorisation du juge administratif. De là, il peut être déduit de l'éthique juridique qui veut que seul le juge puisse nommer un expert, que le sapiteur de la procédure administrative est un coexpert.

Cette formule n'est pas sans rappeler celle existant dans le Code de procédure pénale sous l'article 162 qui énonce : « si les experts demandent à être éclairés sur une question échappant à leur spécialité, le juge peut les autoriser à s'adjoindre des personnes nommément désignées spécialement qualifiées par leur compétence ».

Dans le domaine de la consultation d'un spécialiste – le seul mot existant dans notre langue juridique judiciaire, puisque celui de sapiteur n'y figure pas – par un expert judiciaire, notre nouveau Code de procédure civile comporte deux dispositions, qui sont :

a – l'article 242 qui dispose : « le technicien peut recueillir des informations orales ou écrites de toutes personnes sauf à ce que soient précisés, leurs nom, prénoms, demeure et profession, ainsi que s'il y a lieu leur lien de parenté ou d'alliance avec les parties, de subordination à leur égard, de collaboration ou de communauté d'intérêts avec elles ;

b – l'article 278 qui énonce : « l'expert peut prendre l'initiative de recueillir l'avis d'un autre technicien mais seulement dans une spécialité distincte de la sienne ».

L'interprétation, d'ailleurs restrictive de cette disposition a fait l'objet de deux arrêts récents de la Cour de cassation et par des chambres différentes.

C'est d'abord l'arrêt rendu le 19 février 1997 par la deuxième chambre qui mentionne.

Sur le premier moyen, Vu l'article 278 du nouveau Code de procédure civile.

Attendu qu'un expert peut prendre l'initiative de recueillir l'avis d'un autre technicien mais seulement dans une spécialité distincte de la sienne.

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. Objois, qui exploite des parcelles de maïs et de blé à proximité d'un bois dont M^{lle} a le droit de chasse, a assigné celle-ci en réparation de dégâts causés par des lapins à ses récoltes ; que le Tribunal a désigné un expert aux fins notamment de constater l'état des récoltes et l'importance des dégâts ; que cet expert à demandé à M. Fernet, huissier, de procéder à diverses opérations ;

Attendu que pour débouter M^{lle} Havet qui demandait la nullité de l'expertise, l'arrêt retient, par motifs adoptés, que, le 7 juillet 1992, M. Fernet, huissier de justice, dont les services avaient été requis par l'expert Girot de Langlade, a informé les parties et leurs conseils qu'il procéderait au mesurage, le 8 juillet à 14 h 30, et que la récolte devait, en principe, être effectuée le 9 juillet à partir de 13 heures, qu'il les invitait à se rendre sur place aux dates et heures sus-indiquées, que la récolte a finalement eu lieu le 8 juillet dans l'après-midi, que la défenderesse aurait donc du parfaitement y assister, ayant été convoquée à cette date-là, et que, par ailleurs, M. Girot de Langlade n'a nullement délégué ses pouvoirs à M. Fernet, étant donné que ce dernier, officier ministériel, s'est borné à effectuer des mesures en se conformant à des indications très précises fournies par l'expert dans un courrier du 6 juillet 1992 ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'expert ne peut que recueillir l'avis d'un autre technicien et non faire procéder à des opérations qui relèvent de sa mission d'expertise, la Cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres moyens du pourvoi ;

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 9 février 1995, entre les parties, par la Cour d'appel d'Amiens ;

Le 8 avril 1999 la troisième chambre civile de la Cour de cassation rendait un arrêt de cassation dans le même sens. Il était ainsi conçu ;

La Cour. Sur le premier moyen :

Vu les articles 233 et 278 du nouveau Code de procédure civile ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (C. Aix-en-Provence, 3 septembre 1996), que les époux Minassian sont propriétaires d'un immeuble jouxtant une cour encadrée de deux immeubles qui appartiennent à M. Caniot, lequel a fait édifier un plancher qui s'appuie sur les immeubles ; qu'invoquant l'obstruction d'une fenêtre de leur immeuble, les

époux Minassian ont assigné M. Caniot pour obtenir la remise en état des lieux qu'une expertise a été ordonnée ;

Attendu que, pour débouter les époux Minassian de leur demande tendant à faire écarter des débats le rapport d'expertise, l'arrêt retient que ce rapport a été soumis au contradictoire des parties qui ont pu en discuter librement et présenter leurs critiques, qu'il n'existe aucune raison pouvant conduire à l'écarter des débats ; qu'en statuant ainsi, alors que les époux Minassian soutenaient dans leurs conclusions que l'expert s'était adjoint un autre technicien parce qu'il n'était pas compétent pour remplir sa mission, qu'il ne s'agissait pas de sa part d'une consultation ponctuelle d'un spécialiste sur une question déterminée, mais d'une « soustraction » de la totalité de l'expertise, la Cour d'appel, qui a omis de rechercher, comme il le lui était demandé, si l'expert n'avait pas délégué l'accomplissement de sa mission, n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des textes susvisés.

Par ces motifs, et sans qu'il ait lieu de statuer sur le second moyen, casse et annule.

Il est à remarquer que cette possibilité de consultation est réservée aux experts proprement dits, elle ne concerne ni les constatants ni les consultants.

Ayant personnellement participé en son temps, aux délibérations de la Commission de réforme du Code de procédure civile notamment lors de l'établissement des dispositions ayant trait aux mesures d'instruction confiées par un juge à un technicien, il m'est possible d'affirmer que la Cour de cassation n'a fait que suivre le législateur du nouveau Code de procédure civile en son texte et en son esprit.

II. HISTORIQUE

Il résulte des recherches exhaustives auxquelles je me suis livré, que l'expression « sapiteur » n'apparaît, pour la première fois, dans les textes de procédure civile et dans les ouvrages qui lui sont consacrés que dans la première moitié du dix-neuvième siècle, et dans les conditions suivantes :

C'est sous la plume d'un éminent professeur de la faculté de Droit de Paris M. Bonnier et qui, dans ses « éléments de Procédure civile » fait notamment état d'un arrêt rendu par la Cour de cassation en 1820.

Après avoir mentionné que par suite des dispositions des articles 34 et 42 du Code pénal – de cette époque « l'on ne saurait confier une expertise à une femme ou à un failli non réhabilité » il précise (p. 128 et s.) :

« On répond, il est vrai (M. Colmet d'Aage, § 517),

à l'argument tiré de l'article 34 du Code pénal, que la qualité d'expert n'est pas plus assimilée à celle de témoin instrumentaire qu'à celle de témoin en justice. Or, la femme peut déposer en justice, elle peut faire une déclaration de naissance (C. civ., art. 56). Quant à l'objection tirée de ce que les experts rédigent un procès-verbal ayant une certaine authenticité, on la lève, en permettant aux juges d'ordonner que le procès-verbal sera rédigé par le greffier de la justice de paix du lieu (C. de proc., art. 317, 2^e al.). Cet expédient nous paraît un peu arbitraire. Il nous semble préférable de conférer la rédaction du rapport à un véritable expert, ayant des connaissances spéciales dans la matière, sauf, nous allons le voir, à lui adjoindre la femme, le mineur ou l'étranger, en qualité de *sapiteurs* : rôle qui n'a rien d'humiliant, puisqu'il a été confié à des maires dans l'espèce jugée par la Cour de cassation, le 4 janvier 1820 ».

Et il poursuit, s'appuyant à nouveau sur l'arrêt rendu en 1820 par la Cour de cassation.

« Ici on fait une objection grave, c'est qu'il peut arriver qu'une personne civilement ou politiquement incapable soit précisément plus apte qu'une autre à donner des éclaircissements sur le point en litige. Mais il est un moyen de tout concilier. On a toujours reconnu qu'il est loisible aux experts de s'adjoindre des auxiliaires non assermentés, qu'on a nommés *sapiteurs*. La Cour de cassation a même admis (Rej., 4 janvier 1820) que les *sapiteurs* peuvent être adjoints d'office aux experts par le jugement même de nomination. Elle reconnaît également (Rej., 23 novembre 1857) que les experts peuvent éclairer leur religion à l'aide d'une enquête officieuse. Le remède est donc tout trouvé. Supposons qu'il s'agisse, par exemple, de la confection d'un de ces objets de mode dont l'estimation suppose l'appréciation de ces nuances délicates que l'œil seul d'une femme peut bien discerner, on n'admettra pas sans doute une modiste à dresser un procès-verbal authentique, mais on l'adjoindra aux experts pour les diriger dans leur examen ».

Mais le malheur c'est que cet éminent professeur qui a dû lire trop rapidement l'arrêt de la Cour de cassation lui fait dire ce qu'il ne dit pas, quant au « *sapiteur* ».

En effet, cette décision qui est rapportée au Bulletin des Arrêts de la Cour de cassation est un arrêt de rejet rendu le 4 janvier 1820 par la section civile de la Cour suprême au rapport du conseiller Henry Larivière.

Le quatrième moyen du pourvoi faisait grief à l'arrêt de la Cour d'appel de Montpellier qu'il attaquait, d'avoir commis un excès de pouvoirs et violé les règles de l'ordre judiciaire en ce qu'elle « avait ordonné que l'expertise serait faite devant les mai-

res des communes de Cessenon et de Cazouls en présence des anciens experts ». En ces termes.

« Un rapport d'experts, disaient les demandeurs, doit être entièrement et exclusivement l'ouvrage des hommes à qui la justice en a conféré la mission, et qui ont donné une garantie de leur impartialité dans le serment qu'ils ont prêté devant elle. La disposition de l'arrêt du 7 mars 1817, par laquelle la Cour royale a ordonné que les experts opéreraient devant les maires des communes de Cessenon et Cazouls, et devant les anciens experts dont la mission était expirée, est une violation manifeste de ces principes, en même temps qu'elle présente une mesure insolite et jusqu'ici inusitée devant les Tribunaux ».

Et la Cour de cassation de répondre :

« Attendu qu'il est évident que les maires des communes de Cessenon et de Cazouls n'ont été appelés que comme indicateurs pouvant donner des renseignements utiles pour la découverte de la vérité et que la Cour de Montpellier, en ordonnant cette mesure n'a commis aucun excès de pouvoir.

Par ces motifs, Rejette ».

Ainsi, preuve à l'appui, la Cour de cassation, contrairement à ce qu'il a été écrit, publié et transmis depuis l'ouvrage du Professeur Bonnier aux générations subséquentes, n'a jamais usé du mot de « *sapiteur* » qui eût été déjà à cette époque un pur néologisme en matière de procédure civile.

La naissance du « *sapiteur* » n'est donc que le fait d'une mauvaise lecture d'une décision de la Cour suprême à laquelle il n'apparaît pas que l'on ne soit reporté par la suite, aux fins de vérification, ce qui eût été très facile et dont ma quête intempestive de vérité n'a fait que troubler le tranquille sommeil dans lequel elle était plongée depuis près de deux siècles.

Si la « *vox populi expertale* » maintenant pleinement informée de ce que le mot « *sapiteur* » ne provient que d'une lecture erronée d'un très respectable arrêt de la Cour de cassation, mais se fondant sur une tradition, au demeurant douteuse, ou mieux sur une fort ancienne prescription acquisitive, entend lui maintenir tout son attachement, il n'y a, à mon sens, pas grand mal. Encore que l'on ait quelques difficultés à discerner les raisons qui feraient négliger à son profit celui de « *spécialiste* », authentifié voici déjà plus d'un quart de siècle par le législateur du nouveau Code de procédure civile.

Il est vrai que l'on a l'habitude de dire que nous sommes très conservateurs, en France.

Mais, en définitive qu'importe le contenant, seul le contenu importe, en ce sens que ce qu'il faut avant tout savoir c'est ce qu'est juridiquement et pratiquement notre « *sapiteur* ».

À l'expert qui ne trouve pas dans ses connais-

ces techniques professionnelles propres, l'information qui lui est nécessaire notamment pour parfaire la partie discussion de son rapport, le nouveau Code de procédure civile l'autorise à demander un avis à un technicien d'une spécialité plus pointue que la sienne. Il peut le faire de sa propre autorité avec toutefois deux réserves qui sont :

- d'une part, de faire état de l'identité complète et de la parfaite indépendance de la personne consultée, quand il use des dispositions de l'article 242 précité du nouveau Code de procédure civile ;
- d'autre part, d'en informer le juge du contrôle dans les conditions nouvelles prévues à l'article 6 du décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998, quand il fait usage de celles de l'article 278 précité du nouveau Code de procédure civile.

Mais, bien entendu, il ne peut ainsi que recueillir un simple avis plus ou moins circonstancié.

Quand, par contre, ce qui est nécessaire à l'expert dépasse l'avis et les textes en vigueur sont clairs sur ce point, doublés qu'ils sont par une jurisprudence récente mais constante de la Cour de cassation, quand, pour donner un avis le spécialiste est amené à procéder à de véritables opérations, au sens juridique du terme, c'est-à-dire à effectuer une partie de la mission qui a été donnée par le juge à l'expert, celui-ci est lié par les dispositions de l'article 233 du nouveau Code de procédure civile. Il est obligé de recourir à la désignation d'un coexpert, par le juge qui est seul à pouvoir investir le technicien d'une partie de son « impérium » et faire de lui un expert judiciaire. À ce dernier tout pouvoir de délégation est strictement interdit.

Mais là encore, il n'y a rien de systématique ni de théorique. C'est à l'expert de décider au vu des éléments qu'il découvre et en fonction tout aussi bien de sa conscience que de la connaissance qu'il doit avoir des règles procédurales, comme enfin des pouvoirs dont le juge l'a investi.

D'ailleurs si l'expert éprouve des doutes ou des scrupules, le juge spécialisé dans le contrôle des mesures d'instruction nouvellement créé par le décret précité du 28 décembre 1998 est maintenant là pour le conseiller utilement et pourvoir à la nomination éventuelle du coexpert.

C'est à ce même juge que l'expert pourra exposer que ce coexpert n'ayant qu'à effectuer qu'une partie marginale de la mission, il doit conserver la maîtrise des opérations les plus importantes et être seulement assisté par le coexpert qui sera en quelque sorte un technicien assistant.

À ceux qui risquent de voir dans ces démarches une perte de temps et une prolongation inutile des opérations, il est aisé de répondre :

- D'une part, que le coexpert assistant peut être nommé « ab initio » par le juge quand il désigne l'expert principal ; que le juge peut aussi autoriser

l'expert principal à choisir lui-même le coexpert assistant, quitte à ce qu'il lui en donne l'identité par la suite. Il n'y aura en cela aucune délégation de pouvoir interdite, de la part de l'expert, puisqu'en droit c'est le juge qui a donné son investiture à l'expert assistant.

- D'autre part, que cet expert assistant peut être nommé quand le juge organise, dans les conditions prévues à l'article 266 du nouveau Code de procédure civile, une conférence, soit pour modifier la mission donnée, soit mieux pour obtenir de l'expert un devis quant au montant possible de sa rémunération.

- Enfin, que la désignation d'un « spécialiste » oblige l'expert à solliciter du juge un supplément de consignation ce qui parfois demande fort longtemps, et à rendre compte au juge du contrôle en application des dispositions de l'article 273 du nouveau Code de procédure civile dans sa rédaction issue du décret n° 1231 du 28 décembre 1998.

Et le mot de la fin sera donné par le traditionaliste qui au moins « a mezzo voce » risque de poser la question de savoir s'il est bien nécessaire de changer de pratiques et de rendre plus compliqué ce qui s'avérerait si simple. Ce à quoi il serait aisé même pour un non-légaliste acharné, de répondre tout bonnement que ce qui est encore plus simple dans un pays de droit et, surtout pour un expert judiciaire, d'appliquer la loi.

**POUR UNE PROCEDURE CIVILE RENOVEE UN AN D'APPLICATION DU
DECRET DU 28 DECEMBRE 1998**

Actes du colloque organisé par la Cour d'appel de ROUEN le 5 mai 2000 (extraits)

1 – *Le contrôle des expertises*

15 – Comme l'avait souligné une circulaire ministérielle (2), « l'une des causes des lenteurs de la justice doit être recherchée dans les retards engendrés par les expertises ainsi que dans l'insuffisance du contrôle de celles-ci ».

C'est pourquoi, pour y remédier, l'article 5 du décret, insérant un nouvel article 155-1 dans le nouveau Code de procédure civile, autorise le président de la juridiction, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, à désigner un juge spécialement chargé de contrôler les mesures d'instruction confiées à un technicien en application de l'article 232 (3). Cette désignation, qui n'est que la reconnaissance d'une pratique déjà existante dans certaines grandes juridictions (4), facultative et souple dans sa mise en œuvre (5), doit contribuer à accélérer le cours de l'expertise, notamment en rationalisant la gestion administrative du dossier et en permettant un traitement plus rapide des incidents de procédure liés à l'expertise (6).

16 – Par ailleurs, pour assurer la maîtrise des délais d'expertise, le décret de 1998 énonce quelques règles visant à remédier à l'inaction de certains experts. L'article 6 du décret, complétant l'article 273 du nouveau Code de procédure civile, oblige l'expert à informer le juge des diligences par lui accomplies (7). L'article 8, remplaçant l'article 284 du nouveau Code de procédure civile, autorise le juge à fixer la rémunération de l'expert en fonction notamment du respect des délais impartis (8).

(2) Circulaire n° 83-06 du 2 août 1983, citée par J.-M. Coulon, rapport préc., p. 91 *in limine*, et par M. Olivier, *De quelques modalités procédurales nouvelles concernant les mesures d'instruction confiées par le juge à un technicien*, Gaz. Pal. 1999, 1, doctr., p. 184 (article repris très substantiellement par le même auteur sous le titre *La réforme de la procédure civile et les mesures d'instruction confiées par le juge à un technicien*, in Gaz. Pal., 17-18 mai 2000, doctr., p. 3 et s.).

(3) Le renvoi à l'article 232 du N.C.P.C. signifie que la nouvelle mesure ne s'applique pas seulement aux expertises mais aussi aux autres mesures d'instruction que sont les constatations et les consultations (voir M. Olivier, art. préc., p. 185). Les articles 4 et 18 du décret modifient les articles 155 du N.C.P.C. (relatif au contrôle de la mesure d'instruction par le juge ou la formation collégiale qui l'a ordonnée) et 777 du N.C.P.C. (relatif au contrôle des mesures d'instruction par le juge de la mise en état) pour tenir compte de la possibilité de désignation d'un juge spécialement chargé du contrôle des mesures d'instruction.

(4) Voir R. Perrot, art. préc., n° 8 a, p. 5 ; M. Olivier, art. préc., p. 184 ; M. Douchy, art. préc., n° 7, p. 833.

(5) Ce nouveau juge n'existera pas obligatoirement dans toutes les juridictions et ne connaîtra pas nécessairement de toutes les mesures d'instruction (voir J. Héron, art. préc., *Audijuris* février 1999, p. 2-3 ; L. Cadiet, art. préc., J.C.P., éd. G 1999, I, 130, n° 11, p. 729 ; S. Guinchard, art. préc., D. 1999, chron., n° 31, p. 69).

(6) Voir J.-M. Coulon, rapport préc., p. 91. Adde M. Olivier, art. préc., p. 185.

(7) Voir S. Guinchard, art. préc., n° 32, p. 69 ; J. Héron, art. préc., p. 3.

(8) Voir J.-M. Coulon, rapport préc., p. 92 ; M. Douchy, art. préc., n° 8, p. 834 ; R. Perrot, art. préc., n° 8 b, p. 5.

44 – Il convient de souligner ici qu'au travers de ce devoir de coopération des parties, ce sont avant tout leurs représentants, avocats et avoués, que le décret du 28 décembre 1998 a voulu associer encore plus étroitement au juge dans le traitement des litiges (9).

Mais, au-delà des avocats et des avoués, la nécessité d'un dialogue vise l'ensemble des auxiliaires de justice (10).

On le vérifie à propos de l'expert, collaborateur privilégié du juge (11), auquel l'article 6 du décret fait obligation de rendre plus précisément compte de l'état d'avancement de ses travaux (12), en informant des « diligences par lui accomplies » (13).

On le remarque aussi pour les conciliateurs de justice devant le Tribunal d'instance dont le domaine d'intervention a été élargi par le décret (14) et qui, pour accomplir leur mission, doivent travailler en bonne intelligence avec les magistrats (15).

Bien évidemment, cet appel du décret du 28 décembre 1998 à une coopération accrue entre le juge et les autres acteurs du procès suppose l'existence d'une relation de confiance (16). Or, pour mériter cette confiance, il faut savoir prendre ses responsabilités.

(9) Voir É. Guigou, discours préc., Gaz. Pal., 20-22 février 2000, p. 22 ; J.-J. Fanet, discours préc., Gaz. Pal., 3-4 mars 2000, p. 42 ; Conférence nationale des Premiers présidents de Cour d'appel, actes préc., p. 5. Adde A. Garapon qui observe qu'une participation plus loyale et efficace des parties à la procédure passe par une réévaluation, dans le procès civil, du rôle des avocats qui sont les médiateurs naturels des relations entre les citoyens et l'État (in art. préc., D. 1997, chron., p. 70, 2^e colonne).

(10) En ce sens, lire J.-M. Coulon, rapport préc., p. 20 et 24 ; Ch. Jamin, art. préc., p. 226, 2.

(11) Voir M. Olivier, art. préc., Gaz. Pal. 1999, 1, doctr., p. 190 *in limine*. Adde M. Douchy, art. préc., Gaz. Pal. 1999, 1, doctr., n° 8 dernier §, p. 834 : « le travail d'expertise est profondément un travail de collaboration entre le juge, les parties et l'expert ».

(12) Voir Ch. Jamin, art. préc., p. 226, 2.

(13) Cf supra n° 16.

(14) Cf supra n° 11.

(15) Voir Ch. Jarrosson, art. préc., *Rev. gén. Procédures* 1999, p. 141. Rapp. M. Rousseau, art. préc., *Droit et patrimoine*, décembre 1999, p. 46 ; Ch. Jamin, art. préc., p. 226 (qui voit dans ce lien entre le juge et le conciliateur une approche nouvelle de la conciliation qui n'est plus un mode alternatif de règlement des litiges mais un mode de règlement amiable sous l'autorité du juge).

(16) Voir en ce sens S. Guinchard (art. préc., in *États généraux de la profession d'avocat...*, op. cit., p. 91) pour la relation juge-avocat, et M. Olivier (art. préc., p. 190, 1^{re} colonne *in limine*) pour la relation juge-expert.

2 – Les experts

51 – Il a été souligné que, lorsqu'un expert accepte la mission donnée par le juge, il n'exécute pas seulement un acte de sa profession, il remplit une mission de justice avec toutes les conséquences qui s'y attachent (2). Aussi le décret de 1998 insiste-t-il sur la qualité du travail que celui-ci doit fournir.

En effet, l'article 8 du décret modifie la rédaction de l'article 284 du nouveau Code de procédure civile pour prendre en compte cet élément parmi les critères de fixation de la rémunération de l'expert par le juge (3), outre le respect des délais impartis et les diligences accomplies (4).

De plus, le décret incite au respect de cette exigence, puisqu'il autorise le juge à sanctionner l'expert négligent en réduisant le montant de la rémunération demandée par celui-ci : « à bons experts, bons honoraires » (5).

On l'aura compris, le décret de 1998 fait appel à la conscience professionnelle des auxiliaires de justice (6). Mais une même exigence se retrouve à l'égard du juge.

c – À l'égard du juge

52 – Si le décret de 1998 a pour effet de faciliter, dans une certaine mesure, le travail du juge (7), il n'a pas eu pour objectif de le décharger de ses responsabilités (8), bien au contraire. On peut le vérifier sur trois points au moins.

(2) Voir M. Olivier, art. préc., p. 190, 1^{re} colonne.

(3) Il a cependant été fait remarquer qu'il ne sera pas toujours facile pour le juge, en sa seule qualité de juriste, d'apprécier la qualité des éléments techniques apportés par l'expert (voir M. Olivier, art. préc., p. 188, 2^e colonne, c).

(4) Sur la notion de diligences accomplies par l'expert, voir M. Olivier, art. préc., p. 186 et 187.

(5) M. Olivier, art. préc., p. 188 c et 190, 1^e colonne. Adde J. Héron, art. préc., *Audijuris* février 1999, p. 3 c ; A. Garapon, art. préc., p. 71, 2^e colonne. On a pu toutefois s'interroger sur l'influence d'une telle décision sur la prise en compte du rapport d'expertise par le juge du fond (voir S. Guinchard, art. préc., D. 1999, chron., n° 32, 3^o ; M. Douchy, art. préc., n° 8, p. 834 ; J.-L. Lecharny, E. Regnier et G. Verdun, art. préc., p. 208, 2^e colonne).

(6) Rapp. S. Guinchard, art. préc., in *États généraux de la profession d'avocat...*, op. cit., p. 91 ; A. Garapon, art. préc., p. 71, 1^{re} colonne.

(7) Cf supra n°s 18 à 21.

(8) Voir en ce sens la Conférence nationale des Premiers présidents de Cour d'appel tenue en 1995 qui avait souligné que « l'objectif d'une réforme de procédure civile est de permettre aux justiciables d'obtenir plus rapidement une décision d'un niveau qualitatif incontestable et non d'améliorer les conditions de travail des magistrats » (in Bull. inf. C. cass. 1^{er} mai 1996, p. 5). Adde É. Guigou qui a affirmé aux avoués qu'à ses yeux, la réforme ne favorise pas « les juges au détriment des auxiliaires de justice ; ... (que) ce décret est tout aussi exigeant envers les juges qu'envers vos professions » (discours aux 28^{es} Journées d'études des avoués, in *Droit et patrimoine*, novembre 1999, p. 16).

Compte rendu par Maître J.G.MOORE D'UNE CONFERENCE DE PRESSE DE
M. VIGOUROUX (Directeur du cabinet de Madame le Garde des Sceaux)
sur les réformes en cours.

I. Réforme des Tribunaux de commerce

Le projet de loi a été présenté et arrêté en Conseil des ministres avant l'été.

Nous en avons donné une analyse sommaire (1).

Le texte qui sera soumis à l'assemblée nationale : réforme des Tribunaux de commerce et de ses auxiliaires est connu.

En revanche, la carte judiciaire est toujours en cours de révision.

Il semblerait que la Chancellerie ait dû la revoir.

Elle est en cours selon une procédure où selon ce que nous avons compris les préfets sont associés.

Le résultat en sera connu fin décembre ; d'où, semble-t-il, un retard dans la procédure de saisine du Parlement.

II. Loi du 18 juin 2000

Cette loi dont l'importance est considérable touche aussi bien à la réforme de la Cour d'assises que la garde à vue, la présomption d'innocence, la détention, et qui crée un juge de la liberté... (2) pose inévitablement des problèmes de mise en œuvre, exige un renforcement en revanche de ses acteurs, allongera le temps de ces procédures.

La Chancellerie en est consciente. Elle promet de mettre en œuvre les moyens nécessaires.

Dans chaque juridiction des recours sont organisés pour être prêts.

IV. Réforme du divorce et de la famille

La réforme demeure d'actualité : divorce et filiation.

Elle serait arrêtée après les travaux de la commission qui ont fait l'objet d'un colloque organisé par Droit et Procédure sous la présidence de M^{me} Jacqueline Beaux-Lamotte.

VI. Pool financier

Quatre existent : Paris, Lyon, Marseille, Bastia.

Le bilan de cette « réforme » serait positif. Il recueille l'approbation des magistrats du siège et du Parquet.

Les assistants mis à la disposition des juridictions sont remarquables de savoir et de compétence.

C'est précisément cette extrême connaissance qui nous inquiète.

À sa création, nous l'avons écrit.

Nul ne doutait non seulement de la technicité de nos inspecteurs des finances pas plus que de leur honnêteté intellectuelle (2), mais c'est elle qui nous inquiète.

On ne peut être juge et partie dans une décision de justice.

Le juge par le fait même de la compétence de son assistant, comme l'avocat de son collaborateur... prend inévitablement l'habitude de s'en remettre à un assistant dont la compétence technique est fatalement supérieure.

Là est le danger.

Il ne faudrait pas que les affaires financières relevant de la seule compétence du juge de l'ordre judiciaire de fait relèvent de celle du ministère des Finances.

Le risque existe (3).

(1) Gaz. Pal., 16 mai 2000, p. 42.

(2) Loi du 15 juin 2000 (Gaz. Pal., Bull. lég., p. 263 et s.). V. les commentaires de MM. Nuttens et Pansier (Gaz. Pal., 22 juin 2000, p. 2).

(3) V. le colloque organisé par le barreau de Paris, la Chambre de commerce de Paris, la section française de la Commission internationale de juristes (Libre justice) et l'intervention de M^e D. Leffort (Gaz. Pal., 27 mars 1999).




Nous présentons ci-après différentes décisions de jurisprudence ainsi que divers articles de presse en rapport avec l'exercice de nos missions d'expertise ou avec des thèmes qui rejoignent les questions que nous sommes amenés à traiter dans le cadre de notre activité judiciaire.

Jurisprudence

Sommaire de décisions publiées dans la Gazette du Palais

(avec l'aimable autorisation de monsieur le rédacteur en chef de la revue)

Réf.	Thème	Résumé succinct
1	Banques - soutien abusif (art. 1382 code civil) Gazette du Palais 21 et 22 avril 2000	Caractérisent le soutien abusif d'une société l'émission de chèques de banque pour payer des fournisseurs de cette société et l'octroi d'un prêt de restructuration après que la banque eut émis une interdiction d'émettre des chèques. (Cour d'appel de Paris - 15 ^e chambre B - 4 février 2000 Note : Henri Vray - Premier Président honoraire de la cour d'appel de Limoges)
2	Rapport d'expertise - caractère contradictoire (art. 263 et s. n.c.p.c.) Gazette du Palais 14 et 16 mai 2000	Un rapport d'expertise non judiciaire peut être valablement utilisé par les juges dès lors qu'il est régulièrement versé aux débats et soumis à discussion contradictoire. (Cour de cassation - Chambre commerciale - 15 février 2000)
3	Obligation par l'expert d'accomplir personnellement sa mission (art. 233 n.c.p.c.) Gazette du Palais 2 et 3 août 2000	Même en l'absence de dommage, la tenue de réunions d'expertise, en l'absence de l'expert, est constitutive de nullité de l'expertise. (Cour de cassation - 2 ^e chambre civile - 27 avril 2000)
4	Banqueroute - refus de communiquer la comptabilité (art. 197 loi du 25 janvier 1985) Gazette du Palais 4 et 5 août 2000	Caractérise la banqueroute le fait pour un gérant de société de ne pas se présenter aux convocations du mandataire liquidateur et de ne pas lui remettre les documents comptables. (Cour de cassation - Chambre criminelle - 19 janvier 2000)

 N.D.R

Nous reproduisons ci-après, avec l'aimable autorisation du Directeur de la Publication que nous remercions, le texte d'un article sur la délicate question de la compatibilité de l'objectif de l'image fidèle avec l'aspect pénal du droit comptable. Cet article poursuivant la réflexion que nous avons entamée lors de notre congrès d'octobre 2000, sur le périmètre de l'information financière, nous en recommandons la lecture.

L'introduction de l'objectif d'image fidèle dans la réglementation française en 1983, sur la base du principe britannique de « true and fair view », a eu d'importants impacts pour l'évaluation et la présentation des états financiers. Mais, en cas de non-respect de l'image fidèle, les conséquences au regard des dispositions pénales sont aussi très importantes.

Plus de quinze ans après cette importante réforme, cette étude vise à synthétiser les conséquences pénales de son non-respect et à analyser le rôle particulier des professionnels comptables.

Les dirigeants d'entreprise prennent des décisions concernant leurs affaires en assumant les fonctions de direction. Ils sont donc, à ce titre, exposés à engager leur responsabilité pénale et celle de la société, le cas échéant, pour les infractions qu'ils peuvent être amenés à commettre à l'occasion de l'exercice de ces fonctions sociales.

L'étude de cette responsabilité pénale montre que la comptabilité peut y jouer un rôle important :

— elle constitue l'objet même de l'infraction (par exemple délit de comptes annuels ne donnant pas une image fidèle) ;

— elle sert à commettre l'infraction (par exemple escroquerie) ou à révéler l'infraction (par exemple abus de biens sociaux).

Mais les dirigeants ne sont pas les seuls à assumer une responsabilité pénale ayant des liens avec la comptabilité. Les professionnels comptables qui les entourent encourent eux-mêmes une responsabilité pénale en tant qu'auteur principal d'infractions spécifiques (par exemple délit de confirmation d'informations mensongères et de non-révélation de faits délictueux pour le commissaire aux comptes), coauteur ou complice des infractions commises par les dirigeants (expert-comptable).

Il existe ainsi une forte interaction entre le droit pénal et la comptabilité.

Il est possible de remarquer qu'à chaque fois qu'il est fait référence au terme de comptabilité dans la loi, celle-ci ne comprend aucune définition de ce terme. Si le droit comptable n'a jamais essayé de donner une définition de la comptabilité alors qu'il a intégré cette notion dans le contenu de nombreuses infractions, ce n'est pas faute de propositions de la doctrine comptable.

Le législateur s'est borné à réglementer les livres de commerce et à protéger les intérêts généraux. La comptabilité constitue un moyen essentiel de contrôle des déclarations des commerçants, et, d'un moyen de contrôle, elle devient un moyen d'information sur la gestion de l'entreprise pouvant guider ses choix stratégiques.

Le droit agit sur la comptabilité et on a vu se développer le droit comptable qui est la branche du droit privé qui régit les comptables et la comptabilité. Il participe au droit privé dans la mesure où il règle les missions et les responsabilités des comptables, en posant les conditions de la valeur probatoire des comptes, comme de leur diffusion au bénéfice des associés ou des salariés.

Si l'on reprend la définition de J. Fourastié (La comptabilité, P.U.F., 1959, p. 8), la comptabilité est la science qui a pour but « l'enregistrement

en unités monétaires des mouvements de valeurs économiques, en vue de faciliter la conduite des affaires financières, industrielles et commerciales ».

La comptabilité traduit le plus fidèlement possible les réalités juridiques et contribue à l'information financière et juridique sur l'activité des entreprises ; elle est donc l'un des moyens de communication qui unissent les agents économiques et sociaux (F. Pasqualini, Le principe de l'image fidèle en droit comptable, 1992, Litec).

La portée de la comptabilité dépasse largement la personne des seuls comptables, dirigeants et banquiers, pour atteindre tous les acteurs de la vie économique.

L'établissement de la comptabilité nécessite le respect de principes comptables et requiert que les comptes revêtent certaines qualités.

La présentation des résultats issus de la comptabilité se fonde sur des conventions dénommées les « principes comptables » qui sont :

- la prudence ;
- la continuité d'exploitation ;
- l'indépendance des exercices ;
- la permanence des méthodes ;
- les coûts historiques ;
- l'importance relative ;
- la non-compensation.

Les commerçants doivent établir des comptes annuels réguliers, sincères et donnant une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise (article L. 123-14 du Code de commerce).

L'image fidèle, à la différence des règles de régularité et de sincérité, ne fait pas l'objet d'une définition au plan comptable ; ce concept a été introduit lors de l'harmonisation du droit français avec la quatrième directive adoptée par le Conseil des Communautés européennes le 25 juillet 1978 qui précise dans son article 2 : « 3- Les comptes annuels doivent donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière ainsi que des résultats de la société.... 5- si dans des cas exceptionnels, l'application d'une disposition de la présente directive se révèle contraire à l'obligation prévue au paragraphe 3, il y a lieu de déroger à la disposition en cause afin qu'une image fidèle, au sens du paragraphe 3 soit donnée ». La loi du 30 avril 1983 a donc introduit cette disposition de la quatrième directive (dans des termes assez voisins) dans l'article L. 123-14 du Code de commerce.

Le Plan comptable général dispose quant à lui : « À l'effet de présenter des états financiers reflétant une image fidèle de la situation et des opérations de l'entreprise, la comptabilité doit satisfaire, dans le respect des règles de prudence, aux obligations de régularité et de sincérité ». Selon l'Ordre des experts-comptables, la notion d'image fidèle apparaît comme un test final permettant de juger, à travers l'application des principes comptables, du degré de signification des documents annuels vis-à-vis du lecteur des comptes.

Mais en matière d'image fidèle, plusieurs points méritent d'être discutés :

— quelle est la place de l'image fidèle par rapport aux principes comptables ?

— quel est l'objet de l'image fidèle ?

— qu'en est-il au regard des destinataires de l'information comptable ?

1. La place de l'image fidèle par rapport aux autres principes comptables

L'image fidèle veut que la comptabilité satisfasse, dans le respect de la règle de prudence, aux obligations de régularité et de sincérité. En conséquence, dans la généralité des cas, la notion d'image fidèle est équivalente à celle de régularité et de sincérité.

Comme le souligne F. Pasqualini, l'image fidèle est « l'horizon vers lequel l'action converge et ressemble, en quelque sorte, à un produit d'appel ayant pour fonction de coordonner les agissements et les stimuler pour les rendre plus concrets. L'image fidèle s'impose à tous les comptes, pour lesquels elle est un véritable cap, ainsi qu'à ceux qui sont en relation avec l'information financière et juridique, et même au législateur lorsqu'il intervient en matière comptable ; elle prend alors une dimension particulière, quasiment supralégale ».

2. L'objet de l'image fidèle

Selon l'Ordre des experts-comptables (O.E.C., Les principes comptables fondamentaux, 1981), l'image doit être fidèle à la réalité, d'où il résulte :

— que la non-fidélité ne peut survenir que pour la traduction d'événements ou situations exceptionnels imprévisibles ;

— les événements ou situations pouvant entraîner une

remise en cause des règles courantes doivent nécessairement avoir une importance relative significative.

La loi a prévu à l'article L. 123-14 du Code de commerce, deux dérogations aux principes comptables dans l'objectif d'atteindre l'image fidèle :

— lorsque l'application d'une prescription comptable ne suffit pas pour donner une image fidèle, des informations complémentaires doivent être fournies en annexe ;

— si, dans un cas exceptionnel, l'application d'une prescription comptable se révèle impropre à donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière ou du résultat, il doit y être dérogé ; cette dérogation est mentionnée à l'annexe et dûment motivée.

3. Les destinataires de l'information

Le lecteur des comptes doit retrouver dans l'information donnée par ceux-ci la réalité de la situation de l'entreprise afin qu'il soit en mesure de prendre les décisions nécessaires.

La définition de l'image fidèle fait l'objet de nombreuses discussions, ce qui a pour conséquence que la mise en œuvre de toute infraction fondée sur le concept d'image fidèle risque d'être délicate (c'est ce que nous montrerons dans notre première partie).

Les destinataires de l'information étant variés, des professionnels vont devoir assurer le respect de cette image fidèle (c'est ce que nous verrons en deuxième partie).

I. Une mise en œuvre délicate des infractions fondées sur l'image fidèle

Les textes répressifs devaient, juridiquement, être interprétés de manière restrictive.

S'agissant du délit de l'article L. 437-2 visant « des comptes ne donnant pas, pour chaque exercice, une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice de la situation financière et du patrimoine à l'expiration de cette période », la loi ne donne pas de définition du concept d'image fidèle.

Les conséquences essentielles demeurent :

— l'impossibilité juridique pour le juge de se substituer au législateur en venant ajouter à la loi, sous couvert de l'interpréter. Le juge doit l'appliquer dans toute son étendue, sans l'écarter ou la créer. Dans le cas du concept de l'image fidèle, il revient au juge pénal d'interpréter l'article L. 437-2, c'est-à-dire déterminer dans quels cas les irrégularités affectant les comptes annuels peuvent être constitutives du délit. Il est tenu à une interprétation stricte et ne peut donc créer de nouvelles incriminations ou se faire une conception large de celles existantes.

— La loi pénale doit indiquer dans quelles conditions l'acte punissable pourra être puni et elle en définit les éléments constitutifs particuliers ; en plus, l'incrimination doit être précise. Or, quelle est la portée du principe d'interprétation stricte de la loi pénale en présence d'un texte imprécis ? Selon Bernard Bouloc (note sous Cass. crim., 26 mars 1990, Revue des sociétés, p. 632), on peut considérer que l'article L. 437-2 est imprécis dans la mesure où il ne détermine pas les cas dans lesquels le

juge pourra qualifier les comptes annuels « d'infidèles » ; le juge répressif a le devoir de l'appliquer et donc d'en faire une interprétation, à peine de commettre un déni de justice.

L'imprécision de l'article L. 437-2 résulte de l'obscurité du texte, susceptible de recevoir plusieurs interprétations entre lesquelles le juge hésite.

L'exemple le plus marquant est l'affaire des Ciments français où par un arrêt du 6 avril 1994, la Cour d'appel de Paris a confirmé une décision de la C.O.B. prise à l'encontre d'un dirigeant d'une société cotée « pour avoir rendu publiques des informations qui n'étaient ni exactes, ni précises, ni sincères, en ne faisant pas état d'engagement financier pris dans le cadre d'une convention de portage » (Bulletin comptable et financier Francis Lefebvre n° 63, juin 1994, p. 33-37). Les enseignements à retenir de cette décision sont de trois ordres :

— il s'agit de la première jurisprudence comptable survenue depuis l'application des nouvelles règles comptables publiées en 1984 et donc depuis l'apparition de l'annexe et la notion d'image fidèle ;

— cette jurisprudence traite du portage, non couvert spécifiquement par les règles comptables en vigueur à l'époque, et le portage est un engagement financier parmi d'autres ;

— le portage est par essence confidentiel, or la frontière entre une bonne information financière et le secret des affaires est toujours délicat à définir.

La loi du 24 juillet 1966 relative aux sociétés commerciales comporte de nombreuses obligations sanctionnées

pénalement. Pour chacune de ces obligations, la loi précise la ou les personnes qui en ont la charge (gérant, président, directeur général, administrateurs, membres du directoire, membres du conseil de surveillance....) et auxquelles sera affligée la sanction en cas d'infraction.

Cependant, la plupart des infractions au droit des sociétés prévues par la loi de 1966 (abus de biens sociaux, distribution de dividendes fictifs, présentation de comptes « infidèles », absence de comptes annuels...) visent le président du conseil d'administration mais aussi les administrateurs et les directeurs généraux.

En matière de délits relatifs à la comptabilité, la loi de 1966 (ainsi que les textes fiscaux) prévoient la poursuite des dirigeants et les complicités éventuelles des professionnels comptables. Les infractions à la comptabilité sont fort nombreuses et correspondent aux différentes définitions que l'on peut donner au mot comptabilité.

Comme le note Mireille Delmas-Marty (Droit pénal des affaires, P.U.F. Thémis 1990, T. 2, p. 309) la comptabilité au sens étroit est seulement une technique d'enregistrement des mouvements de valeur qui se produisent dans les éléments de l'entreprise, alors qu'au sens large, la comptabilité devient non plus une technique d'enregistrement mais un moyen de détermination des résultats futurs, conduisant à l'interprétation et à la prévision financière de l'entreprise. La comptabilité est alors un véritable instrument de stratégie de l'entreprise.

Après avoir rappelé les difficultés de la mise en œuvre des infractions, nous allons nous attacher à présenter celles qui ont un lien avec

l'image fidèle et pour cela, nous reprendrons la classification de N. Stolowy (Droit pénal et comptabilité, Thèse Paris I 1997 ; R.F.C. n° 292, septembre 1997, p. 17-38) sachant que cette typologie peut être discutée dans la mesure où certaines infractions ont trait à plusieurs étapes du processus comptable (ainsi, la présentation des comptes annuels ne donnant pas une image fidèle relève tant de l'arrêt des comptes que de la communication de ces comptes aux associés).

A. Les infractions relatives au processus d'enregistrement comptable

1. La banqueroute comptable

Le principe de sanctions attachées à la tenue d'une comptabilité « mauvaise ou défectueuse » (pour employer, selon N. Stolowy dans son article Droit pénal et comptabilité, préc., des termes volontairement non juridiques) en cas de défaillance d'entreprise n'est pas nouveau puisque l'ancienne loi sur le règlement judiciaire, la liquidation de biens, la faillite personnelle et les banqueroutes (loi n° 67-253 du 13 juillet 1967) prévoyait en son article 128.5 la peine de banqueroute simple en cas de « comptabilité incomplète ou irrégulièrement tenue », si le commerçant, personne physique, se trouvait en état de cessation des paiements. Les dirigeants sociaux étaient frappés de la même peine, s'ils avaient « tenu ou laissé tenir irrégulièrement la comptabilité de la société » (article 130).

Dans le cadre de la réforme du droit des faillites, les irrégularités concernant la tenue d'une comptabilité ont été synthétisées dans l'article 197

de la loi du 25 janvier 1985 et la loi du 10 juin 1994 a ajouté un 5^e alinéa à l'article 197-4 qui sanctionne les personnes (mentionnées à l'article 196) contre lesquelles, en cas de procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, a été relevé le fait suivant : « avoir tenu une comptabilité fictive, ou fait disparaître des documents comptables de l'entreprise, ou de la personne morale, ou s'être abstenu de tenir toute comptabilité lorsque la loi en fait obligation ».

La loi du 25 janvier 1985 qualifie de plusieurs manières la comptabilité : fictive, incomplète, irrégulière, sans jamais définir le concept de comptabilité.

2. Tenue d'une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière

Cette nouvelle infraction a été introduite par la loi n° 94-475 du 10 juin 1994 qui prévoit l'incrimination des personnes mentionnées à l'article 196 pour « avoir tenu une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière au regard des dispositions légales ».

La comptabilité irrégulière a été définie par la jurisprudence (Cass. crim., 8 janvier 1979) comme celle qui n'était pas tenue conformément à la loi.

Mais une comptabilité irrégulière en la forme n'est pas forcément fictive (Cass. crim., 6 janvier 1987, Bull. crim. n°s 2 et 3 ; 26 janvier 1987, J.C.P. 1987. IV. 109) et le terme « manifestement » semble indiquer que ne seront inquiétés que les dirigeants qui auront matériellement tenus leurs documents comptables de manière si irrégulière qu'ils l'auront fait en conscience.

Ce sera donc au commissaire aux comptes de s'interroger pour savoir si la mauvaise tenue de la comptabilité aura une influence sur son opinion.

Selon la Compagnie nationale des commissaires aux comptes (Bulletin C.N.C.C. n° 97, mars 1995, p. 98-100), il convient d'apprécier dans chaque cas d'espèce, la nature et la portée des irrégularités ou lacunes constatées dans la comptabilité par rapport aux objectifs de régularité, sincérité et image fidèle auxquels doivent répondre les comptes annuels pour pouvoir être certifiés. Mais la Compagnie souligne :

— qu'il n'existe aucun lien direct entre la constatation de la tenue d'une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière et le déclenchement de la procédure d'alerte ;

— que tant qu'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire n'a pas été ouverte, le délit de banqueroute n'est pas constitué et la tenue d'une comptabilité manifestement irrégulière ou incomplète ne constitue pas un délit susceptible de devoir être révélé au procureur de la République.

3. Les autres délits

Outre la banqueroute comptable, il existe d'autres délits ayant trait au processus d'enregistrement comptable qui faussent l'image fidèle, mais, ces délits étant d'origine fiscale, nous ne ferons que les citer cela déborde le champ de notre étude :

— la passation d'écritures inexactes ou fictives ;

— l'inscription de dépenses sous une rubrique inexacte.

B. Les infractions relatives à l'établissement des comptes annuels

Il existe trois infractions mais seules deux seront examinées compte tenu de notre problématique ; le délit d'omission d'établissement des comptes annuels ne sera donc pas étudié.

1. Le délit de publication ou de présentation de comptes annuels ne donnant pas une image fidèle

Depuis quelques années, la comptabilité apparaît comme le moyen d'information privilégié des tiers (associés ou actionnaires, administration fiscale, banques, clients, fournisseurs...) et de nombreuses décisions sont prises à la lecture des comptes annuels. Ceux-ci doivent donc respecter les qualités de régularité, sincérité et image fidèle, et le non-respect est sanctionné par le délit de présentation de bilan inexact, délit qui est constitué par la réunion de trois éléments :

- des comptes annuels ne donnant pas une image fidèle ;
- la présentation ou la publication desdits comptes ;
- la présence d'un élément intentionnel dans l'accomplissement du délit (la mauvaise foi).

La loi du 24 juillet 1867 ne prévoyait que la répression de la distribution d'un dividende fictif obtenu par la manipulation des postes de bilan puis la loi du 24 juillet 1966 a entériné l'incrimination spécifique sanctionnant la présentation et la publication d'un bilan inexact créée par les impératifs de protection de l'épargne publique. La loi du 30 avril 1983 a intégré la notion anglo-saxonne de *true and fair view* en substituant

dans la qualification du délit la notion de « comptes ne donnant pas une image fidèle de l'entreprise » ; celle de « bilan inexact » ; cette modification terminologique s'expliquant par l'introduction de la notion d'image fidèle dans le droit comptable.

La jurisprudence sur ce délit est foisonnante ; ainsi, selon la Cour de cassation (Cass. crim., 22 mars 1982), « la présentation d'un bilan inexact tombe sous le coup de la loi, quels que soient les mobiles qui ont guidé son auteur et notamment, son souci d'échapper aux conséquences fiscales de versements occultes dès lors qu'il a su qu'il dissimulait la véritable situation de la société ».

L'introduction, avec la réforme du Code pénal, de la responsabilité des personnes morales soulève un certain nombre d'interrogations en matière de traitement comptable des sanctions pénales et risque de générer une nouvelle forme de passif, le « passif pénal » qui peut avoir des conséquences sur l'image fidèle des comptes s'il n'est pas enregistré sous forme de provision ou s'il ne fait pas l'objet d'une information en annexe. Mais il est difficile d'évoquer l'incidence de la responsabilité pénale des personnes morales sur l'image fidèle sans en rappeler les principes, à savoir :

— principe de la responsabilité pénale des personnes morales posé par l'article 121-2 du nouveau Code pénal : ainsi, par exemple, le faux en écriture permet de mettre en jeu la responsabilité d'une personne morale en cas de publication ou présentation de comptes ne donnant pas une image fidèle (articles 441-1 à 441-12 du nouveau Code pénal). Cette responsabilité vient donc s'ajouter, comme le rappelle Claude

Ducouloux-Favard (Demain, les personnes morales responsables pénalement, Petites Affiches n° 42 du 7 avril 1993, p. 7) à la responsabilité pénale du dirigeant qui existait avant ;

— le traitement comptable des sanctions pénales réelles ou potentielles doit permettre aux comptes de refléter une image fidèle, malgré l'existence de ce « passif pénal » (qui se pose surtout dans le cadre des opérations de regroupement où une condamnation, réelle ou potentielle, est susceptible de constituer un véritable passif pénal et de modifier l'image fidèle de la société).

2. Le délit de distribution de dividendes fictifs

Ce délit est régi par la loi du 24 juillet 1967 (article 437-1) et l'élément réside dans la nature des comptes annuels qui sont arrêtés pour fonder la distribution délictueuse. Quand il y a ce délit, il y a généralement présentation de comptes annuels ne donnant pas une image fidèle.

Les éléments constitutifs du délit comprennent :

- l'absence d'inventaire ou l'inventaire frauduleux ;
- la répartition des dividendes ;
- la fictivité des dividendes distribués ;
- l'élément intentionnel (l'intention frauduleuse).

C'est l'élément constitutif de présentation d'un inventaire frauduleux qui remet en cause le principe d'image fidèle et à ce niveau, cette infraction rejoint celle de « comptes annuels infidèles » (cf. nos développements ci-dessus). En pratique, l'inexactitude du bilan consistera à faire apparaître, au moment de sa présentation, un bénéfice qui n'existe pas ou

un bénéfice plus important qu'il n'est en réalité (ce résultat étant obtenu par majoration de l'actif ou minoration du passif).

Les infractions relatives à la communication des comptes annuels sont volontairement exclus de cette rédaction, ne visant pas expressément l'image fidèle.

*
* *

Nous avons vu que les irrégularités comptables sont susceptibles de générer des infractions pénales telles que la banqueroute comptable, le délit de publication ou de présentation des comptes ne donnant pas une image fidèle ou le délit de distribution de dividendes fictifs. Ces infractions portent sur le processus comptable et plus particulièrement sur l'objectif d'image fidèle ; c'est en ce sens que l'on répond positivement à notre problématique de la compatibilité entre l'objectif d'image fidèle et l'aspect pénal du droit comptable.

Cette première partie nous a permis d'exposer les délits pour lesquels la comptabilité peut intervenir. La responsabilité pénale des dirigeants n'est pas la seule à être engagée dans le domaine des infractions liées à la comptabilité.

En effet, quelle que soit la nature des infractions relatives aux différentes étapes du processus comptable (qu'il s'agisse de l'enregistrement des opérations réalisées par l'entité, de l'arrêté des comptes par l'organe dirigeant ou de la communication des comptes annuels), les dirigeants ne sont pas seuls à assumer une éventuelle responsabilité pénale car n'étant pas nécessairement des professionnels de la comptabilité, ils sont amenés à s'entourer d'experts qui sui-

vent et accompagnent le développement économique et l'utilisation de la comptabilité. Mais ceci peut générer à son encontre une responsabilité pénale. C'est ce que nous verrons en deuxième partie.

II. Les professionnels comptables, garants de l'image fidèle ?

Les chefs d'entreprise prennent des décisions et assument des fonctions de direction et pour être assistés dans cette activité, ils se tournent vers des professionnels de la comptabilité.

Les professionnels comptables visés ici sont les experts-comptables et les commissaires aux comptes et bien qu'au niveau de la formation le diplôme d'expert-comptable permette d'exercer les fonctions de commissaires aux comptes, ces professions relèvent de règles différentes, notamment en matière de responsabilité. Nous nous intéresserons ici essentiellement aux commissaires aux comptes.

La notion d'abus de droit est connue en matière fiscale, or l'abus de droit comptable n'existe pas en tant que tel, sous cette désignation. Pour autant, dans la mesure où les commissaires aux comptes sont chargés de vérifier que les comptes donnent une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et des résultats de l'entreprise, ils ont la responsabilité de s'assurer du respect du droit comptable. Yves Bernheim (L'abus de droit comptable, Revue française de comptabilité, n° 317, décembre 1999, p. 61-65) s'interroge pour savoir si ce respect doit être de pure forme ou de fond, cette question rejoignant celle de l'image fidèle.

A. Les manquements à l'image fidèle

1. L'abus de droit comptable

L'obligation que les comptes donnent une image fidèle, contenue dans l'article L. 123-14 du Code de commerce, peut être considérée, selon Yves Bernheim, comme constituant un principe équivalent à celui de la prééminence de la réalité sur l'apparence, qui n'existe pas expressément dans le droit français.

Pour F. Pasqualini, « dépeindre la réalité d'une entreprise relève du jugement des rédacteurs de comptes qui voient peser sur eux la charge de mettre les lecteurs dans des conditions telles qu'ils puissent émettre une opinion. Dans le cadre du langage comptable positif, défini par référence à l'image fidèle, les dirigeants d'entreprise disposent de tous les moyens pour parvenir à cette fin qui correspond à la présentation en eux-mêmes des faits et événements pouvant influencer les destinataires de l'information. Il convient donc pour les responsables des comptes de ne pas dissimuler les faits significatifs, expression de la réalité, derrière une règle irréaliste : la substance l'emporte sur la forme ».

L'objectif assigné aux états financiers est clair : ils doivent permettre de donner l'image fidèle et ainsi fournir aux lecteurs et aux utilisateurs de comptes une information utile et sincère sur la situation de l'entreprise et les opérations qu'elle réalise.

Sur ces bases, transposé en matière comptable, l'abus de droit « viserait toute comptabilisation de transaction ou d'instrument, apparemment régulière en la forme, c'est-à-dire conforme à une pres-

cription légale ou réglementaire, mais qui n'est pas de nature à permettre de traduire fidèlement la réalité ». Ce peut être :

— soit le recours à tout montage juridiquement régulier ou tout instrument financier licite, dans le but intentionnel d'éviter de traduire dans les comptes la réalité d'une situation ou d'une transaction ;

— soit, tout traitement comptable fondé sur la forme d'une transaction, d'un contrat ou d'un instrument mais ne permettant pas d'en refléter la substance économique.

On peut donner quelques exemples de traitements comptables réguliers mais ne donnant pas une image fidèle :

— l'existence de règles différentes entre les comptes sociaux et les comptes consolidés (telles celles sur le traitement du crédit-bail) ;

— les exemples liés à ce qu'il est convenu d'appeler la comptabilité créative, tels que les transferts de créances ou autres actifs dans des montages de titrisation ou les opérations dites de *defeasance*.

Mais il existe d'autres exemples plus subtils et on assiste de nos jours à une grave dérive qui fait de l'ingénierie financière et de la créativité comptable des armes de guerre contre l'image fidèle.

2. Les infractions

a) Les infractions spécifiques à l'expert-comptable

L'expert-comptable peut être poursuivi dans le cadre du délit d'établissement ou d'aide à l'établissement de faux bilans (en tant qu'auteur principal ou complice, article 1772-1-1° du Code général des impôts).

b) Les infractions spécifiques au commissaire aux comptes

Le délit de confirmation d'informations mensongères

Les commissaires aux comptes ont l'obligation de certifier la régularité, la sincérité et l'image fidèle des comptes annuels et l'article 457 de la loi du 24 juillet 1967 dispose que « tout commissaire aux comptes qui, soit en son nom personnel, soit au titre d'associé dans une société de commissariat aux comptes aura sciemment donné ou confirmé des informations mensongères sur la situation de la société (...) sera puni... ».

Pour retenir la responsabilité du commissaire aux comptes, il faudra établir que celui-ci a eu connaissance des malversations des dirigeants et la jurisprudence retient par exemple la responsabilité du commissaire aux comptes qui a participé à la préparation d'un bilan inexact (comptes annuels ne donnant pas une image fidèle), ordonné des écritures qui couvraient des opérations fictives, certifié des comptes sans aucune réserve alors qu'il connaissait des « manipulations comptables ».

Trois textes prévoient la répression du « mensonge » du commissaire aux comptes : les articles L. 457, alinéa 1^{er}, L. 452, et L. 481-1^o, et le mensonge est consommé dès lors que des informations mensongères ont, sciemment, été données ou confirmées aux associés ou à des tiers.

Une jurisprudence abondante traite de ce délit (par exemple, Cass. crim., 14 janvier 1980, Compagnie des Eaux et Boues de Saint-Amand, 12 janvier 1981).

Le délit de non-révélation de faits délictueux

Le commissaire aux comptes étant l'organe de l'ensemble des informations comptables, la loi lui impose de révéler au procureur de la République les faits délictueux dont il aura connaissance. Mais le Conseil national des commissaires aux comptes précise que cette obligation ne s'applique qu'aux infractions rencontrées dans l'exercice de leur mission qui présentent une incidence significative sur les comptes sociaux.

Un acte ne constitue une infraction que dans la mesure où il est prévu et réprimé par la loi, il a été accompli matériellement et la volonté de l'auteur a été libre et consciente ; ainsi, un fait non défini et réprimé par la loi pénale ne peut être poursuivi.

La jurisprudence relative à cette obligation est importante mais elle démontre, selon G. Golnadel (La responsabilité pénale des professionnels du chiffre, *Convergences* n° 7, décembre 1995, p. 25-30), une mise en œuvre difficile car il n'est pas aisé de trouver un juste milieu entre des révélations inopportunes et des non-révélation fâcheuses.

Autres délits

Le commissaire aux comptes peut être poursuivi pour complicité des infractions relevés dans notre première partie, telles par exemple publication ou présentation de comptes annuels infidèles, car cette infraction peut mettre en cause des complices qui ont provoqué le délit ou donner des instructions pour le commettre ou ont, en connaissance de cause, aidé ou assisté les auteurs de l'infraction.

B. Les réponses des professionnels et les évolutions en cours

1. L'étude de la commission des études juridiques de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes

Cette étude de la commission des études juridiques de la C.N.C.C. (Bulletin C.N.C.C. n° 85, mars 1992, p. 163-164) s'intéresse, suite à un désaccord entre le commissaire aux comptes et les dirigeants d'une association, à la corrélation des formules de certification et la révélation du délit de comptes ne donnant pas une image fidèle. Ainsi, dans une certification sans réserve, l'image fidèle est assurée, alors que dans une certification avec réserves ou le refus de certifier, il faudra analyser les causes de cette réserve ou refus au regard de l'objectif d'image fidèle.

2. La prise de conscience des professionnels

La loi du 24 juillet 1966 part du principe qu'il convient d'informer aux actionnaires une fois par an l'usage que les dirigeants ont fait de leur épargne ; or, si à cette époque le cadre d'unité de temps et de lieu pouvait être l'assemblée générale annuelle, aujourd'hui, les actionnaires sont plus difficiles à réunir car ils sont répartis à travers le monde et ils ne sont plus les seuls interlocuteurs, il y a aussi les créanciers, l'ordre public... Le besoin d'information n'est donc plus le même et la nature des informations n'est plus quantitative mais qualitative.

D'où une nécessaire évolution de la fonction de l'auditeur car notre époque se caractérise par une profu-

sion d'informations et par l'impossibilité pour les entreprises de dissimuler longtemps des données capitales.

La Compagnie nationale des commissaires aux comptes a ressenti ce besoin de mener une réflexion sur l'image et la perception du métier de commissaire aux comptes et en a fait l'un des thèmes de ses XIV^{es} assises nationales (1998) qui vise à :

— améliorer la communication des commissaires aux comptes ;

— mieux définir l'image des commissaires aux comptes.

Ainsi, selon les analystes financiers (point de vue exprimé par J.N. Vieille dans le film des assises sur les attentes de l'environnement, reproduit dans la synthèse des XIV^{es} assises), « nous utilisons le rapport annuel établi par les commissaires aux comptes et pensons que ce rapport constitue d'abord le lien entre l'entreprise et ses actionnaires... et aujourd'hui nous pensons qu'ils ne sont pas des documents déterminants pour l'exercice de notre métier. Ces documents ne mettent pas en lumière les documents que nous recherchons car il existe un rapport contractuel entre l'entreprise et le commissaire aux comptes. À un moment donné, l'entreprise aura toujours gain de cause face au commissaire qui formulerait des remarques déstabilisantes pour elle ».

3. Le Livre vert de la Communauté européenne

La troisième prise de conscience du problème vient de la Communauté européenne avec la publication du Livre vert sur « le rôle, statut et responsabilité du contrôle légal des comptes dans l'Union

européenne » (J.O.C.E. 96/c321/01).

L'objectif, comme précédemment, est de combler l'écart entre les attentes du marché financier en matière d'information et le rôle du commissaire aux comptes, attentes qui se traduisent par :

— une exactitude des états financiers communiqués ;

— une solvabilité de l'entreprise ;

— l'information sur les éventuelles fraudes.

Or, ces attentes dépassent largement le cadre de la mission du commissaire aux comptes.

*
* *

Comme nous l'avons vu, le commissaire aux comptes joue un rôle capital dans l'existence du délit de comptes ne donnant pas une image fidèle et c'est son attitude qui va permettre la qualification de nombreux délits dans la mesure où c'est lui qui communique à l'extérieur le comportement des dirigeants ; de par sa mission de certification, il est le garant de l'image fidèle.

En outre, son rôle va s'accroître avec l'extension de la responsabilité pénale aux personnes morales.

Conclusion

Nous avons donc vu, en première partie, que la comptabilité est source de l'infraction en ce sens que certaines infractions portent sur le contenu même de la comptabilité et visent à sanctionner des fraudes concernant l'établissement de la comptabilité (tel le délit d'image « infidèle » ou la distribution de dividendes fictifs). La législation confirme l'extension du champ du

DRIT COMPTABLE

droit pénal à l'intégralité des comptes annuels, ce qui était envisagé par la jurisprudence avant d'être consacré par la loi du 30 avril 1983. Dans la répression des délits comptables, il faut protéger les actionnaires, les créanciers qui peuvent être trompés par de fausses évaluations portant sur les comptes (délit de publication ou présentation de comptes ne donnant pas une image fidèle) ou portant sur la valeur des apports en nature.

On peut constater une certaine prolifération des textes pénaux relatifs aux sociétés. Concernant les infractions aux sociétés ayant une relation avec la comptabilité, la responsabilité pénale des dirigeants ne doit pas être trop rigoureuse car elle bloquerait tout esprit d'initiative des dirigeants, mais elle doit garantir la protection de ceux qui risquent de subir un préjudice du fait du mauvais fonctionnement de la société. Le rapport Marini (La modernisation du droit des sociétés, La Documentation française, 1996, 288 pages) constate d'ailleurs que la sanction pénale n'est pas toujours efficace dans le domaine des sociétés et suggère que de nombreuses infractions formelles devraient être dépenalisées et remplacées par des amendes civiles ou des injonctions de faire en justice.

La Compagnie des commissaires aux comptes, qui s'est exprimée sur le rapport Marini, pense que le foisonnement des textes nuit à une mise en œuvre dans les meilleures conditions de l'obligation de révélation des faits délictueux.

La comptabilité est aussi le moyen de réalisation d'une irrégularité et l'instrument de détection et de prévention des irrégularités et est enfin

le moyen de preuve de l'infraction.

Mais depuis quelques années, la comptabilité est un moyen de plus en plus privilégié de l'information des tiers et les actions au civil se développent de plus en plus car pour les utilisateurs de l'information comptable, il existe un lien entre le rôle du commissaire aux comptes et le préjudice subi suite à une mauvaise information ou une information erronée qu'ils essaient de démontrer quand les comptes sont certifiés. En effet, pour les utilisateurs des comptes, la certification les assure de leurs « fidélités ».

La profession, face à cette problématique, a réfléchi sur l'image du commissaire aux comptes dans le grand public et a apporté des réponses telles que le changement du modèle de rapport de certification ou la réflexion sur la mission même du commissariat aux comptes. C'est ce que nous avons développé en deuxième partie.


Ce problème de l'évolution de la comptabilité comme source d'information et du décalage entre l'attente du public et le rôle du commissaire aux comptes est lié au développement du gouvernement d'entreprise, ce dernier étant né du débat selon lequel les dirigeants des entreprises disposent d'un pouvoir fort face à un actionariat dispersé d'où la nécessité de mettre en place un certain nombre d'outils de contrôle et d'incitation des dirigeants susceptibles de rétablir l'équilibre en faveur des divers groupes de partenaires de l'entreprise (actionnaires, créanciers, salariés ...).

Seule une harmonisation des pratiques au plan européen (déjà amorcée avec le Livre vert) et une rénovation de la mission de commissaire aux

comptes devraient permettre de rétablir la confiance des actionnaires et dorer le principe d'image fidèle !

Florence DELESALLE

Diplômée expert-comptable
Diplômée de l'I.A.E. de Paris
Chargée de cours au
C.N.A.M.-I.N.T.E.C.

 N.D.R

Nous reproduisons ci-après, avec l'aimable autorisation du Directeur de la Publication, Monsieur M. ARMAND-PREVOST que nous remercions, plusieurs des textes des interventions au Colloque organisé en Mai 1999 sur le thème de la « FAUTE DE GESTION » sous la présidence de Monsieur P. BEZARD qui était à l'époque, Président de la Chambre commerciale, économique et financière de la Cour de Cassation. Nous avons notamment relevé le texte relatif aux « ATTENTES DU JUGE » par Monsieur M. ARMAND PREVOST, un extrait de l'intervention de Monsieur Robert GANDUR « L'APPROCHE DE L'EXPERT JUDICIAIRE », Le texte de nos confrères Messieurs F. BOUCHON et P. LOEPER sur « LA MISE EN EVIDENCE DE LA FAUTE DE GESTION PAR LES SYSTEMES D'INFORMATION » enfin, un extrait du texte de Messieurs J. TOURIN et J. TOURAME, sur « LES FAUTES DE GESTION DES DIRIGEANTS DES BANQUES », ainsi que la brillante conclusion de Monsieur BEZARD.

LES ATTENTES DU JUGE

par Michel ARMAND-PREVOST,
Conseiller à la Cour de cassation en service extraordinaire

Lorsque l'on demande au juge de sanctionner une faute de gestion, encore faut-il que cette faute soit établie et qu'elle le soit à la date de sa commission. Il appartient donc à celui qui invoque une telle faute, d'en apporter la preuve. L'expertise, si elle est ordonnée par le juge, ne doit pas se substituer à la preuve dont la charge incombe au demandeur. Certes, quelques nuances ont paru avoir été apportées sur ce point en matière de procédures collectives, mais on verra que cela ne remet pas en cause ce principe procédural de la charge de la preuve.

On peut donc dire que, lorsqu'est invoquée devant lui une faute de gestion, le juge attend :

- que lui soit apportée la preuve d'une faute,
- d'une faute qui constitue bien une faute de gestion,
- et que le caractère de faute soit bien établi au moment de la commission ou de l'omission de l'acte incriminé et non en raison des seules conséquences qui se sont révélées ultérieurement malheureuses de cet acte.

La définition et la caractérisation de la faute de gestion relèvent essentiellement du juge du fond. Mais la Cour de cassation n'en exerce pas moins un contrôle sur cette définition.

L'attente du juge doit aussi être analysée par rapport à l'expertise et aux qualités de forme et de fond attendues par le juge d'un rapport d'expertise.

On examinera successivement :

- La définition de la faute de gestion à travers les textes applicables ;
- Le recours à l'expertise.

I. - LA DÉFINITION DE LA FAUTE DE GESTION PAR LES TEXTES

Il convient tout d'abord de passer en revue les différents textes en matière civile, puisque la sanction pénale de la faute de gestion est hors du sujet traité par ce colloque, avant de voir s'il peut y avoir application simultanée ou exclusive de ces différents textes.

1° - LES DIFFÉRENTS TEXTES

L'article 244 de la loi du 24 juillet 1966 édicte : « 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 »...

L'article 52 de la même loi comporte une disposition identique à propos de la responsabilité des gérants de SARL.

L'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 prévoit que « Lorsque le redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que les dettes de la personne morale seront supportées, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, ou par certains d'entre eux »...

On voit donc que la loi prévoit expressément la sanction des fautes commises dans la gestion, d'une part, et des fautes de gestion, d'autre part.

Doit-on penser qu'il y a là une distinction, autre que sémantique ?

Une cour d'appel avait rejeté une demande de condamnation au titre de l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 en énonçant que les fautes de gestion visées à l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 ne peuvent, contrairement aux fautes dans la gestion que visent les articles 52 et 244 de la loi du 24 juillet 1966, être commises qu'à partir du moment où le patrimoine social est en état d'être exploité. Cet arrêt avait retenu qu'en l'espèce s'il y avait eu fautes, il ne s'agissait tout au plus que d'imprudences commises lors du choix de l'activité économique de l'entreprise et dans le financement de l'investissement initial et qu'aucune faute n'avait eu lieu au stade de l'exploitation proprement dite.

La Cour de cassation a cassé cette décision ¹ en motivant ainsi cette cassation :

« Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le choix, lors de la création de l'entreprise, d'investissements inadaptés ou excessifs, compte tenu de leurs conditions prévisibles de financement, peut, à supposer les faits établis, constituer une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif au sens de l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985, la cour d'appel a violé le texte susvisé »...

Le texte de l'article 1382 du Code civil, qui édicte que « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer », va-t-il trouver à s'appliquer alternativement ou cumulativement avec l'un ou l'autre des textes du droit des sociétés ou des procédures collectives précitées ? La question mérite d'être posée.

Enfin, l'article L 267 du Livre des procédures fiscales est ainsi rédigé : « Lorsqu'un dirigeant d'une société, d'une personne morale ou de tout autre groupement, est responsable des manœuvres frauduleuses ou de l'inobservation grave et répétées des obligations fiscales qui ont rendu impossible le recouvrement des impositions et des pénalités dues par la société, la personne morale ou le groupement, ce dirigeant peut, s'il n'est pas déjà tenu au paiement des dettes sociales en application d'une autre disposition, être déclaré solidairement responsable du paiement de ces impositions et pénalités par le président du tribunal de grande instance, dans les mêmes conditions que celles prévues à l'article L 266. Cette disposition est applicable à toute personne exerçant en droit ou en fait, directement ou indirectement la direction effective de la société, de la personne morale ou du groupement. »

1. Cass. com. 19 mars 1996, *Bull. IV*, n° 91, p. 77.

On peut aussi mentionner l'article 226 de la loi du 24 juillet 1966 qui prévoit la possibilité d'obtenir en justice la désignation d'un expert chargé de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion. Si une telle expertise est demandée, par ceux qui ont accès à cette mesure (actionnaires représentant 10% du capital, ministère public, comité d'entreprise et, dans certains cas, commission des opérations de bourse), c'est bien parce qu'il existe un soupçon d'une faute de gestion.

2° - APPLICATION SIMULTANÉE OU EXCLUSIVE DE CES TEXTES

Dans un arrêt du 20 juin 1995², la Chambre commerciale a posé en principe que lorsque le redressement ou la liquidation judiciaires d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, les dispositions des articles 180 et 183 de la loi du 25 janvier 1985, qui ouvrent aux conditions qu'ils prévoient, une action en paiement des dettes sociales à l'encontre des dirigeants de droit ou de fait en cas de faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif, ne se cumulent pas avec celles des articles 1382 et 1383 du Code civil.

Pourrait-il y avoir cumul d'une action en responsabilité fondée sur les dispositions du droit des sociétés avec une action fondée sur l'article 1382 du Code civil ? L'application de la responsabilité civile de droit commun en matière de droit des sociétés rendrait sans effet le régime particulier auxquelles obéissent les actions en responsabilité prévues dans la loi sur les sociétés, qui ont une mise en œuvre réglementée (action individuelle, action *ut singuli*, prescription, etc.). Dans ses conclusions relatives à l'arrêt précédemment cité, Mme l'Avocat Général Piniot indiquait à ce propos qu'il convient de s'en tenir à l'application du principe « *specialia generalibus derogant* ». Ce qui milite ici en faveur du non cumul des deux actions pour les sociétés « *in bonis* ».

En ce qui concerne l'action de l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 et l'action fiscale de l'article L.267 du Livre des procédures fiscales, il ne semble pas que la Chambre commerciale ait eu à statuer sur la question du cumul ou non de ces deux textes. Sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967, la Chambre commerciale avait admis le cumul des poursuites engagées par l'administration fiscale avec l'action de l'article 99.

3° - EN QUOI PEUT CONSISTER UNE FAUTE DE GESTION ?

La jurisprudence est très abondante. On peut distinguer les faits positifs considérés comme fautifs et l'abstention fautive. La faute de gestion lie le juridique et l'économique ; c'est bien là la difficulté spécifique de la responsabilité des dirigeants, puisqu'il faut, comme l'écrit Mme le Professeur Marie-Jeanne Campana « saisir avec une notion juridique (la faute) un acte de gestion qui, lui, est d'essence économique ». Mais c'est aussi la justification du présent colloque.

2. Bull. IV, n° 187, p. 173.

a) Les faits positifs

Certains actes apparaissent comme des fautes de gestion objectives, parce que la faute existe au moment où l'acte est commis : « le comportement fautif est intrinsèque aux faits ». C'est naturellement le cas de la non-tenue de comptabilité, la comptabilité irrégulière, la violation de la loi ou des statuts. Lorsque les faits ne sont pas en eux-mêmes la violation d'un texte légal, réglementaire ou statutaire, ils ne seront appréciés qu'à travers leurs conséquences. D'où les difficultés de toute appréciation a posteriori et ce d'autant que la gestion d'une entreprise ne relève pas d'une science exacte, elle contient en elle-même la prise de risques et le pari sur l'avenir. Ce qui devra être sanctionné par les juges relèvera de l'imprudence fautive, de l'audace inconsidérée ou de la gestion hasardeuse, pour reprendre certains qualificatifs utilisés dans la jurisprudence.

b) L'abstention

Les actes d'abstention sont considérés comme parfaitement susceptibles d'engager la responsabilité de leurs auteurs. C'est ici que se trouve essentiellement le siège et la cause de la responsabilité des membres du conseil d'administration des sociétés anonymes. Est-il encore besoin de citer l'affaire Nasa Electronique ?

Pour le dirigeant l'abstention de s'adapter à l'évolution de techniques de gestion modernes a été sanctionnée. C'est ainsi que la Chambre commerciale a admis que caractérise l'existence d'une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif, quelles que soient les autres causes de celle-ci, la cour d'appel qui relève que la gérante d'une société en redressement judiciaire s'est abstenue de « mettre en place une structure compétente et des outils de gestion fiables, permettant à la société et à elle-même, d'appréhender la situation économique et financière exacte et, en conséquence, de prendre en temps utile les mesures de redressement qui s'imposaient » et que « cette anarchie totale dans la gestion ... est ... à l'origine de l'insuffisance d'actif qui a pu ainsi se créer et s'accroître, sans que la dirigeante puisse l'appréhender »³

II. - LE RECOURS A L'EXPERTISE

On est amené à distinguer selon que la société dans laquelle aurait été commise une faute de gestion est « in bonis » ou dans les liens d'une procédure collective, car la conception même de l'expertise peut différer, dans la pratique, sinon dans les principes.

1° - L'EXPERTISE LORSQUE LA SOCIÉTÉ EST « IN BONIS »

Deux types d'expertise peuvent être envisagées, l'expertise qui se situe dans le cadre d'un litige, qu'elle soit demandée en référé ou ordonnée par le juge du fond, et l'expertise ordonnée avant tout litige, soit en application de l'article 226 de la loi sur les sociétés (expertise de gestion), soit en application de l'article 145 du NCPC (expertise « in futurum »).

3. Cass. com 14 décembre 1993, *Bull. IV*, n° 473, p. 344.

a) L'expertise classique

Parmi les trois mesures d'instruction exécutés par un tiers que sont les constatations, la consultation et l'expertise, cette dernière n'a lieu d'être que dans les cas où les deux premières mesures ne pourraient suffire à éclairer le juge, rappelle l'article 263 du NCPC.

Est-il ici besoin de rappeler qu'une mesure d'instruction ne peut être ordonnée sur un fait que si la partie qui l'allègue ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver. Mais l'article 146 du NCPC marque aussitôt la limite de cette faculté en énonçant qu'en aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve.

L'attente du juge sera celle qui est la sienne devant tout rapport d'expertise : il souhaite lire un rapport clair, écrit dans une langue compréhensible, exclusive de tout jargon technique, et dont les conclusions engagent leur auteur.

b) L'expertise avant tout litige

Il s'agit de l'expertise de gestion, anciennement dénommée expertise de minorité, prévue par les articles 64-2 (société à responsabilité limitée) et 226 (société anonyme) de la loi du 24 juillet 1966.

L'expertise de gestion est un recours ouvert en cas de crise, reposant sur l'existence d'une présomption d'irrégularité comme le notent les Professeurs Cozian et Viandier dans leur ouvrage sur le Droit des sociétés.

Les conditions strictes d'application de l'article 226 de la loi sur les sociétés ont sans doute été à l'origine du développement d'une autre forme d'expertise avant tout litige : l'expertise préventive définie par l'article 145 du NCPC. Encore faut-il, pour mettre en œuvre ce texte qu'il « existe un motif légitime de conserver et d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige ». Or les fautes de gestion d'un dirigeant laissent nécessairement des traces, le plus souvent écrites, qu'on ne peut pas facilement faire disparaître, ce qui, si les juges vérifiaient bien le motif légitime, devrait rendre plutôt rare le recours à l'expertise préventive en cas de faute de gestion.

2° - L'EXPERTISE DANS LE CADRE DES PROCÉDURES COLLECTIVES

Sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967, l'article 99 contenait une disposition qui mettait à la charge du dirigeant la preuve de sa bonne gestion, en contradiction flagrante avec les règles de la charge de la preuve. Le dernier alinéa était ainsi rédigé : « Pour dégager leur responsabilité, les dirigeants impliqués doivent faire la preuve qu'ils ont apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence nécessaires. »

Avec l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985, on est revenu à la règle normale en matière de preuve : c'est au demandeur à prouver la faute de gestion qu'il impute au dirigeant poursuivi.

On devrait donc se trouver dans une situation comparable à celle évoquée précédemment de l'expertise classique.

Or la pratique montre que le mandataire judiciaire à la liquidation des entreprises qui, en sa qualité de liquidateur, est le plus fréquemment demandeur dans les actions mettant en œuvre l'article 180, a très souvent recours, avant d'engager

L'EXPERT FACE A LA FAUTE DE GESTION

toute instance et pour recueillir des éléments d'information que le chef de l'entreprise débitrice ne lui livre pas spontanément - et on peut le comprendre - aux services d'un « expert », qui n'est en fait qu'un technicien assistant du mandataire, mais qui, à la fois parce que son choix a été ratifié par le juge-commissaire et parce qu'il s'agit souvent d'un expert judiciaire, établit les conclusions de ses investigations dans un document dénommé - abusivement - rapport d'expertise et parfois présenté comme tel au tribunal.

Il faut constater qu'aucun texte de la loi du 25 janvier 1985 ne donne au juge-commissaire le pouvoir d'ordonner une expertise probatoire et que dès lors les autorisations qui lui sont demandées sur ce point par les mandataires judiciaires ne peuvent être assimilées qu'à l'acceptation du recours à un technicien dont la rémunération sera alors prise en charge par la procédure collective et non versée directement par le mandataire.

Il faut donc bien distinguer deux étapes : une mission d'information visant à permettre au mandataire d'engager une instance avec au moins quelques éléments de preuve, puis une véritable expertise judiciaire ordonnée en référé ou par le juge du fond, qui sera une mesure d'instruction classique répondant aux règles et critères définis par le nouveau code de procédure civile et rappelés précédemment.

Mme le Doyen Pasturel a définitivement éclairé la question dans un exposé fait lors du colloque de la Compagnie nationale des Experts comptables judiciaires du 5 décembre 1996, publié dans le « Juge du commerce ».

La Chambre commerciale a une jurisprudence désormais bien établie, selon laquelle même si le rapport d'investigation élaboré à la demande du mandataire judiciaire est présenté comme un rapport « d'expert », il n'y a pas lieu d'écarter des débats un tel rapport considéré comme établi à titre de simple renseignement, dès lors qu'il a été régulièrement communiqué et discuté par les parties. Une jurisprudence comparable existe à la 2^e Chambre civile ⁴ qui a jugé qu'une cour d'appel ayant analysé les documents de preuve qui lui étaient soumis comme étant des rapports d'« experts » désignés par le commissaire d'avaries, et non de techniciens commis par le juge dans les conditions prévues par les articles 232 et suivants du NCPC, et relevé qu'ils avaient été régulièrement versés aux débats, a souverainement apprécié leur valeur et leur portée.

CONCLUSION

Avant d'entendre les interventions certainement passionnantes qui vont maintenant avoir lieu et qui vont nous montrer la multiplicité des fautes de gestion, les problèmes de leur établissement, je me bornerai à citer à nouveau les Professeurs Maurice Cozian et Alain Viandier : « Une faute de gestion reste une faute de gestion, qu'elle soit commise lors du lancement de l'entreprise ou lors de son exploitation, qu'elle relève de la loi de 1966 ou de la loi de 1985. »

4. 27 mars 1996, *Bull. II* n° 77, p. 48.

L'APPROCHE DE L'EXPERT JUDICIAIRE

L'analyse de faits qualifiables de fautifs est beaucoup plus malaisée lorsqu'ils ne reposent pas sur des comportements précisément mentionnés par les textes ; les infractions aux deux premières catégories de comportements visés par la loi de 1966 - infractions aux dispositions applicables ou aux statuts - sont évidemment plus faciles à caractériser que la faute de gestion ; mais, dans ces hypothèses, le juge a-t-il même besoin d'un expert ?

Soucieux de rapprocher l'économique du juridique, l'expert en gestion d'entreprise parcourra trois étapes qui le conduiront de l'économie générale à la pratique des sociétés.

Les trois étapes de l'analyse

Dans un contexte économique, il est normal que l'approche le soit elle-même : l'avis de l'expert sur des faits qualifiables par le juge de *fautifs* se fondera en premier lieu sur le parcours de l'entreprise dans son milieu, puisque l'on ne peut l'en abstraire. Cette analyse permet d'ailleurs souvent d'identifier une pluralité de causes, importante lors de l'attribution des responsabilités.

Plus spécifique, la deuxième étape s'attache à la position de l'entreprise dans son environnement : marché et produits d'abord, mais aussi environnement institutionnel (dans quels systèmes de régulation, administratifs ou réglementaires, l'entreprise se meut-elle), environnement financier (quelle est la nature et la disponibilité des ressources qui lui sont nécessaires), environnement social enfin (marché du travail et climat social).

Munis de ces premières clefs, il sera alors plus aisé de pénétrer au sein du système de décisions de l'entreprise, stade auquel les outils financiers et comptables apportent un éclairage quantitatif indispensable.

Voilà les grandes lignes des trois étapes qui permettent à l'expert de répondre au juge.

De quelques précautions de méthode

Dans la mise en œuvre de cette démarche, l'expert rencontre divers écueils que son sens du relatif et son devoir de modestie l'aideront à surmonter ; seront évo-

14. Estelle Scholastique, *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés, droits français et anglais*, LGJD, Paris 1998.

L'EXPERT FACE A LA FAUTE DE GESTION

qués ici trois points de méthode dont chacun pourrait faire l'objet de développements circonstanciés mais qui paraissent mériter d'être au moins signalés.

La période à laquelle la décision remise en cause a été prise

Un premier écueil, souvent considérable, consiste à se resituer à la date, ou plus généralement à l'époque, à laquelle ont été prises les décisions remises en cause.

Cette difficulté, qui n'est pas spécifique à la recherche des fautes de gestion est inhérente à la durée de toute procédure judiciaire.

Mais la brutalité et l'importance des mouvements de la conjoncture économique rendent indispensables l'aptitude à se resituer dans un passé remontant à plusieurs années pour apprécier le bien-fondé de décisions qui, elles, projetaient l'entreprise dans l'avenir tel qu'un professionnel qualifié pouvait raisonnablement l'anticiper.

Relire la presse de l'époque des faits est un exercice utile avant de porter un avis sur des faits remontant à plusieurs années, car le rappelle André Tunc, « *il est trop aisé d'être sage après les faits, et de juger à la lumière d'évolutions qui, au moment de la décision, étaient purement conjoncturelles* »¹⁵.

La dimension de l'entreprise et son métier

On ne peut faire abstraction de la dimension de l'entreprise et de sa structure, ni donc attendre l'existence des mêmes outils de gestion dans une petite entreprise, dirigée par un homme polyvalent que dans une société dotée d'un état-major étoffé.

Il en est de même du secteur économique auquel elle appartient : chaque métier possède ses propres règles et ses usages, et il serait réducteur d'appliquer une grille uniforme en négligeant la diversité des situations concrètes.

Ces quelques observations de bon sens ne nécessitent pas de développements particuliers.

Quant au fond même de la mission expertale, par rapport à quelles normes l'expert conforte-t-il son opinion et exprime-t-il son avis ?

LE DEVOIR DE DILIGENCE

Les textes édictent un modèle de référence *in abstracto* qu'il est nécessaire d'adapter aux espèces ; et tout d'abord, comment qualifier les devoirs des dirigeants et administrateurs ?

Pour Pierre Bézard, « *les administrateurs doivent être attentifs à assurer de façon consciencieuse la mission qui leur est confiée* »¹⁶. Un autre auteur écrit que la faute est « *celle que n'aurait pas commise un dirigeant diligent et actif à l'époque et dans les circonstances de l'espèce* »¹⁷.

Evidemment, l'analyse de faits qualifiables de *fautifs* est beaucoup plus malaisée lorsqu'ils ne sont pas précisément prévus par les textes : les infractions aux deux

15. André Tunc, *La responsabilité civile des organes de sociétés*, cité par E. Scholastique, *op. cit.*, p. 147.

16. *Op.cit.*, p. 235.

17. R. Roblot, cité par E. Scholastique, *op. cit.*, p. 152.

premières catégories visées par la loi de 1966 - dispositions applicables ou statuts - sont plus faciles à caractériser que la faute de gestion ; mais, dans les premiers cas, le juge aura rarement besoin d'un expert.

Les concepts de *care* et de *skill*

Pour préciser le contenu du devoir de diligence, on empruntera au droit anglais deux qualificatifs, dont la substance s'applique aussi chez nous, les termes *care* et *skill*¹⁸.

Care - c'est-à-dire une attention soigneuse, le souci, la prudence - exprime une obligation de présence, d'activité ; la notion complémentaire est celle de *skill*, appréciation de l'adresse, de la compétence, à connotation qualitative beaucoup plus délicate à apprécier puisque dépourvue de mesure objective.

A la notion de *care*, d'attention, on doit rattacher le devoir de mettre en place une structure de direction efficace et celui de s'informer et d'informer, corollaire du droit individuel d'information des membres du conseil, souvent mentionné par les arrêts.

Ainsi la jurisprudence rappelle-t-elle que le devoir des dirigeants inclut notamment celui de « *mettre en place une structure compétente et des outils de gestion fiables* »¹⁹ ; au-delà de la diffusion de documents prévisionnels - mise par la loi à la charge des sociétés anonymes d'une certaine dimension et qui remonte à plus de vingt ans - il faut entendre ici l'utilisation des outils de gestion dont les techniques - informatiques notamment - permettent de disposer, souvent en temps réel : surveillance du marché et des produits, comptes de résultat mensuels, états de trésorerie, comptes analytiques ; il est d'ailleurs surprenant que le législateur n'ait pas édicté leur obligation, dès qu'une certaine taille ou diversité d'activités les rend indispensables à une bonne lisibilité de l'entreprise.

Sous le vocable de *skill*, c'est-à-dire d'efficacité, se côtoient des obligations assez diverses et notamment le devoir de compétence, de professionnalisme.

Ici prennent place les notions miroir d'imprudence et d'incompétence, qui ouvrent souvent la voie à la qualification de l'article 182-4° de la loi du 25 janvier 1985, c'est-à-dire l'incrimination de *poursuite abusive dans un intérêt personnel d'une exploitation déficitaire ne pouvant conduire qu'à la cessation des paiements*.

Ce texte comporte au moins deux embûches, sur lesquelles une analyse trop manichéenne précipiterait facilement l'expert : la notion d'*intérêt personnel* d'abord, au contour quelquefois flou, et qui n'est d'ailleurs pas forcément requise par les tribunaux pour reconnaître le caractère fautif de la poursuite de l'exploitation²⁰.

Seconde embûche, l'*exploitation déficitaire ne pouvant conduire qu'à la cessation des paiements* ; la qualification d'*exploitation déficitaire* dépend de l'entité économique en cause (notamment lors de confusion de patrimoines) et surtout de la durée sur laquelle porte l'observation : notamment grâce à l'injection de nouveaux capitaux, une entreprise peut s'être redressée à l'issue d'une exploitation déficitaire.

18. Estelle Scholastique, *op cit.*, p. 7.

19. Com .14 dec.1993, n° 1993 P, *Dupin c/ Bouffard ès qual.* : RDJA 4/94 n° 458.

20. *Dirigeants de sociétés commerciales*, p. 970, Ed. Francis Lefebvre, Paris 1997.

re ayant raisonnablement permis d'anticiper qu'elle conduirait à la cessation des paiements.

On touche ici à l'une des difficultés fréquentes auxquelles se trouve confronté l'expert : peser la mise en cause de la responsabilité des dirigeants appelés à prendre des risques croissants dans des situations en mouvement rapide, par rapport au jeu légitime de la liberté de décision, en l'absence de laquelle toute initiative serait étouffée.

La négligence et l'absence de décision

Il faut également souligner un point unanimement relevé par la jurisprudence, d'ailleurs également un des fondements du gouvernement d'entreprise : la négligence, l'absence de décision, sont tout autant fautives qu'une décision ; ce laxisme peut être le fait de tout ou partie des mandataires sociaux, au sein de conseils d'administration où, dans notre tradition, s'élèvent rarement des voix discordantes.

Comme l'exprime encore Estelle Scholastique, en cas de désaccord entre membres du conseil consciencieux et diligents, chacun d'entre eux a un « *devoir de dissidence* »²¹.

On retrouve le devoir de contrôle et le concept de contre-pouvoir évoqués ci-avant.

LE DROIT A L'ERREUR

Sans prétendre équilibrer les analyses développées sur la faute blâmable, il est équitable de conclure en rappelant l'existence d'un droit à l'erreur, dont on ne peut la dissocier :

Pierre Bézard a écrit que, face à une opinion publique qui « *pousserait bruyamment à l'application sévère des sanctions* », il est souhaitable d'adopter une attitude « *de plus grande sérénité à l'égard des mandataires sociaux, créateurs de richesses et d'emplois dont bénéficie la collectivité nationale* »²².

Pareille circonspection doit être de mise à plus forte raison chez l'expert ; aussi importante que la connaissance des causes d'incrimination sera celle des exonérations de responsabilité.

Le droit américain a édicté en la matière un corps de principes simples, la *business judgment rule*, selon laquelle un dirigeant sera considéré avoir apporté la preuve de sa diligence - et cette collecte de la preuve est bien le souci de l'expert :

- s'il n'est pas intéressé personnellement par la décision,
- s'il s'est raisonnablement informé sur le sujet et
- s'il pense rationnellement que sa décision serve les meilleurs intérêts de la société.

Bien que cette définition laisse une certaine latitude à la subjectivité - mais comment peut-il en être autrement - introduire l'idée d'un comportement rationnel

21. *Op. cit.*, p. 254.

22. P. Bézard, *op.cit.*, p. 233

ROBERT GANDUR

ouvre la voie au droit à l'erreur : s'il prouve qu'il a mené les affaires sociales après une analyse lucide de l'information disponible, s'il a raisonnablement soupesé les risques avant de décider, s'il a su s'entourer des conseils indispensables, au sein ou à l'extérieur de l'entreprise, le dirigeant pourra soutenir avec succès que son devoir de diligence n'a pas été pris en défaut et que son obligation de moyens a bien été remplie, quand bien même il se serait lourdement trompé et aurait échoué.

Un arrêt de la cour de Versailles l'a rappelé récemment : « *Si le dirigeant social est tenu d'une obligation générale de compétence, de diligence et d'action dans l'intérêt de la société, il ne contracte sur ce point qu'une obligation de moyens, sans que le mauvais état des affaires sociales ne permette de présumer sa faute de gestion, dont la charge de la preuve incombe à la partie qui s'en prévaut* »²³.

C'est bien tout l'intérêt de l'expertise judiciaire, que d'éclairer le juge sur un chemin étroit balisé d'un côté par la nécessité de sanctionner des manquements dont les conséquences peuvent être considérables pour les actionnaires, les salariés, les créanciers et plus largement pour notre économie, et de l'autre par celle de ne pas suspendre sur la tête des décideurs une épée de Damoclès propre à décourager le dynamisme et l'esprit d'initiative dans un pays alors qu'il est indispensable de les encourager.

Puissent ces quelques réflexions contribuer à restreindre le champ d'incertitude que constitue le risque juridique de voir sanctionnée la prise d'un risque économique...

23. Versailles, 12^e ch., 2^e section, 11 juin 1998, n° 346/96, *Fondateur c/ société Holdor*, Bull. Joly novembre 1998, § 358, note Baillod lequel cite la remarque du professeur Guyon, pour qui « *il convient de ne pas accabler les défendeurs sous le poids d'une perspicacité rétroactive, suscitée par la connaissance des difficultés ultérieures* ».

LA MISE EN ÉVIDENCE DE LA FAUTE DE GESTION PAR LES SYSTÈMES D'INFORMATION

par Marcel PERONNET, François BOUCHON et Pierre LOEPER
Experts judiciaires

INTRODUCTION DE MONSIEUR M. PERONNET

Dans la répartition des différentes composantes du sujet traité lors de ce colloque, les représentants de la Compagnie des Experts Comptables Judiciaires ont eu à traiter de ce qui relevait de la comptabilité à la fois au sens étroit et au sens large. Au sens rigoureux nous nous sommes placés au cœur du système d'élaboration des comptes de l'entreprise où les manquements à des règles comptables peuvent par eux-mêmes constituer des fautes de gestion.

Au sens large se trouvait concerné tout le système de gestion, auquel il convenait de donner la place qu'il tient aujourd'hui. Certes, dans leur démarche d'audit, les experts-comptables et les commissaires aux comptes intègrent à la normalité comptable la notion de contrôle interne, au sens de maîtrise des outils de gestion sur lesquels s'articule l'information comptable et nous sommes bien là dans le système d'information. Mais l'organisation des entreprises, et c'est là une conséquence essentielle de l'évolution de l'outil informatique, nous place devant une systématique nouvelle où les barrières fonctionnelles évoluent ou disparaissent. Ainsi le savoir gérer s'appuie sur de nouveaux moyens et la normalité de référence est elle-même en constante évolution. Les moyens de gestion et d'analyse donnent aux termes de contrôle de gestion, de tableau de bord, de la couverture des risques, des choix stratégiques, des processus de décision, du business plan, un contenu plus ambitieux.

Les exposés de Messieurs François Bouchon et Pierre Loeper qui sont présentés au lecteur prennent en compte ces données très actuelles sur lesquelles doit s'appuyer la démarche expertale. Ils font ressortir le système d'information comme une voie d'accès à l'historique des actes de gestion susceptibles de constituer des fautes. Mais ils le présentent également comme s'identifiant à la faute s'il est absent, défaillant ou inadéquat, se référant ainsi à la notion de chef d'entreprise normalement diligent.

EXPOSÉ DE MONSIEUR F. BOUCHON

I. - CAS DE LA CARENCE COMPLÈTE OU PARTIELLE DU SYSTÈME D'INFORMATION

A la question se posant de savoir ce que fera l'expert s'il n'y a pas de système d'information ou encore si la carence du système peut être assimilée à une absence je répondrai directement et donnerai quelques exemples.

Absence complète de comptabilité

L'absence complète de système d'information du dirigeant, ce qui inclut l'absence de comptabilité, semble nécessairement impliquer une faute de gestion.

Il est en effet évident, pour le simple bon sens, qu'un dirigeant ne peut efficacement gérer son entreprise en aveugle que ce soit sur le plan commercial, technique, administratif ou fiscal.

Cette évidence est constatée par les textes.

L'article 197 de la loi du 25 janvier 1985 prévoit explicitement dans son alinéa 4 parmi les cas de banqueroute : « *avoir tenu une comptabilité fictive ou fait disparaître des documents comptables de l'entreprise ou s'être abstenu de tenir toute comptabilité...* ».

La recherche d'une faute de gestion ne saurait donc être entravée par l'absence de comptabilité ou son caractère fictif puisque ceux-ci constituent, à eux seuls une telle faute.

Système d'information de mauvaise qualité

Plus délicat est le problème du système d'information incomplet ou inadéquat car se pose bien sûr alors la question de la limite à partir de laquelle on estime qu'il y a faute de gestion.

Ici aussi les cas les plus graves sont prévus par des textes à caractère pénal.

On remarquera à titre d'exemple :

— que l'article 197 précité a été modifié en 1994 en ajoutant un alinéa 5 « *avoir tenu une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière au regard des dispositions légales* ».

Ce texte comporte certes des limitations sévères, puisqu'il ne concerne que les lacunes *manifestes* de la *seule* comptabilité au regard des *dispositions légales* mais ces limitations s'expliquent par la nature de la sanction. Il s'agit de définir un délit pénal.

Notre préoccupation ici est tout autre puisqu'il s'agit de la faute de gestion, domaine beaucoup plus large que le respect des simples prescriptions comptables car la gestion repose aujourd'hui sur un système d'information complet dont la comptabilité est une partie importante certes mais une partie seulement.

Il est relativement rare, dans la pratique que des dirigeants ne disposent d'aucun système de gestion donc d'aucune comptabilité.

Mais il peut arriver que ce système soit inexploitable ou, plus généralement, inadéquat pour permettre aux dirigeants de prendre leurs décisions en connaissance de cause.

Dans tous ces cas la faute de gestion pourra résider dans le fait de ne pas avoir mis en place un système d'information fiable et pertinent dont les lacunes ont entraîné la ou les prises de décision dommageables.

Dans un tel cas il conviendra à notre avis pour l'expert :

— De mettre en évidence le caractère erroné ou insuffisant des informations disponibles.

Il apparaît en effet difficile de reprocher au dirigeant une faute de gestion tenant à l'organisation de son système d'information si celui-ci a fourni les données utiles sans inexactitude.

— De décrire l'importance de ces informations pour la gestion de l'entreprise.

Il paraît également difficile de reprocher au dirigeant une faute si les lacunes ou inexactitudes de données portent sur des indications mineures, sans réel impact sur le fonctionnement de la société.

— De rechercher les causes de ces lacunes pour déterminer si le dirigeant a déployé une diligence normale pour les détecter et les corriger.

Le dernier critère est directement lié à la notion de faute. Il ne saurait y avoir de faute si le dirigeant a apporté tout le soin habituellement attendu de la part d'une personne exerçant les mêmes fonctions.

Sur le plan pratique l'ordre adopté est celui qui est le plus simple et le plus rapide à mettre en œuvre lorsqu'on recherche une éventuelle faute liée à la mauvaise qualité du système d'information.

Mise en évidence de l'existence d'informations erronées

En intervenant a posteriori il est relativement aisé de constater si les informations utilisées par les dirigeants étaient erronées. Ce renseignement résultera d'ailleurs parfois des déclarations de dirigeants qui évoquent cette excuse pour expliquer leurs décisions.

Recherche de l'importance de la lacune détectée

L'existence d'une information erronée étant établie, il faut, pour établir l'existence d'une faute résidant dans l'inadéquation du système de gestion rechercher si cette information était importante pour la gestion de l'entreprise ou non.

Cette recherche étant de même nature que celle concernant l'absence d'information sera traitée conjointement ci-après.

Cette importance dépend principalement de la nature de l'activité et de la taille de l'entreprise.

De la nature de l'activité

Les renseignements nécessaires à la prise des décisions seront totalement différents d'une entreprise à l'autre, qu'il s'agisse de renseignements obtenus de l'extérieur ou produits par le système d'information.

Pour citer un exemple de renseignements obtenus de l'extérieur on peut évoquer la connaissance du cours d'une monnaie ou d'une matière première. Parmi les renseignements produits en interne on peut évoquer les données produites par la comptabilité analytique.

Certaines sociétés n'ont pas ou très peu besoin de comptabilité analytique même si elles ont un très gros chiffre d'affaires car elles ne sont en réalité composées que d'un seul service vendant un seul produit.

D'autres, au contraire, bien que de taille modeste, auront besoin d'un système relativement sophistiqué car elles produisent des biens aux caractéristiques diverses.

On peut illustrer ainsi ce propos : l'entreprise qui gère la restauration d'un aéroport aura absolument besoin d'une comptabilité analytique car elle gère simul-

L'EXPERT FACE A LA FAUTE DE GESTION

tanément des bars, des sandwicheries, un self et un ou deux restaurants, activités totalement différentes qu'elle doit pouvoir suivre spécifiquement même si son chiffre d'affaires annuel est de l'ordre de 50 MF au total.

A l'opposé une entreprise importante peut ne pas en avoir besoin parce qu'elle est un établissement mono produit.

Par exemple, une entreprise de presse qui n'édite qu'un titre, ne commercialise qu'un seul produit, n'a pas impérativement besoin de comptabilité analytique... même si son chiffre d'affaires dépasse 500 MF.

Elle a, par contre, besoin de statistiques de ventes performantes pour prévoir le tirage optimum et sa répartition entre les points de vente en fonction du sujet placé à la une, mais aussi des migrations en période de vacances.

Ne pas en disposer est une lacune du système d'information... qui devient une faute si elle entraîne un « bouillon » prohibitif.

Il n'y a donc pas ici de règle générale, mais la vérification de l'adéquation du système aux besoins.

De la taille de l'entreprise

Plus la taille d'une entreprise croît, plus elle devient complexe et, partant, plus elle a besoin d'un système d'information élaboré.

L'épicier indépendant peut gérer son magasin à l'estime, passer ses commandes en fonction de l'aspect de ses rayons qui se vident et estimer son profit en comparant le volume apparent de son stock à son compte en banque.

Ce pourrait être une faute pour ce détaillant d'investir beaucoup de temps et d'argent dans un système de gestion sophistiqué.

Pour la même nature d'activité un hypermarché ne pourra en aucun cas se contenter d'une gestion à l'estime. Il doit disposer de données qui lui permettent d'optimiser ses décisions.

Ce serait une faute pour lui de ne pas investir massivement dans un système d'information (caisse scanner, matériel informatique, etc.) lui permettant de recueillir, de mettre en forme et d'exploiter ces données.

Ces exemples montrent à quel point la question de la faute de gestion liée à la qualité du système d'information peut être délicate et dépendre des circonstances.

Recherche des diligences du dirigeant

Ici aussi dans la pratique, et sauf cas particulier, il est rare qu'un responsable d'entreprise n'ait jamais pris de mesures pour organiser au minimum la tenue d'une comptabilité régulière en la forme.

Il est par contre relativement fréquent qu'une entreprise qui éprouve des difficultés néglige l'entretien de son système d'information parce qu'elle réserve tous ses moyens financiers et humains aux opérations industrielles ou commerciales qui semblent plus urgentes pour sa survie à court terme.

On constate dans de tels cas que s'il s'agit d'une petite entreprise elle ne paie plus son expert comptable ou, s'il s'agit d'une plus importante, elle mène une politique d'économie agressive à l'égard du personnel administratif qualifié alors « *d'improductif* ».

Dans les deux cas ces mesures amènent une dégradation de la qualité de l'information en général et de la comptabilité en particulier. Les travaux de suivi et de surveillance deviennent de plus en plus difficiles et prennent du retard.

Si la dégradation se poursuit, les erreurs et oublis non corrigés s'accumulent jusqu'au moment où la comptabilité ne peut plus être qualifiée de complète et régulière.

Le problème rencontré dans la pratique est alors d'indiquer à partir de quelle date la comptabilité ne répondait plus aux conditions posées pour être considérée comme régulière.

Un autre problème se pose dans ce cas : celui de la date à partir de laquelle les décisions ou absences de décisions ayant entraîné la comptabilité à devenir irrégulière ont été prises, et par qui ?

En effet le processus de dégradation décrit ci-avant est généralement très progressif et, de plus, réversible. Le retard constaté dans l'enregistrement comptable peut être résorbé et les comptes erronés peuvent être analysés et corrigés.

Il se passe souvent plusieurs mois entre le moment où la décision fautive est prise et le moment où on constate que les erreurs sont tellement nombreuses et les retards si importants que les documents n'ont plus de signification.

Circonstance aggravante, une comptabilité peut se dégrader et faire illusion pendant un certain temps si elle n'est pas soumise à une vérification.

L'illustration de ces propos est particulièrement frappante dans les petites entreprises, celles où le service comptable est réduit à une ou deux personnes et qui ne sont pas contrôlées par un commissaire aux comptes ou un réviseur contractuel.

Dans ces entreprises le responsable de la comptabilité est souvent la seule personne disposant d'un minimum de compétence et il lui est aisé de masquer les lacunes de son service ou de son propre travail... ce qu'il fera le plus souvent pour tenter de sauver temporairement sa place.

Dans de telles conditions il faudra bien prendre garde, au moment de rechercher les responsabilités dans l'origine d'une comptabilité irrégulière, de décrire précisément les circonstances des faits pour pouvoir distinguer qui faisait, qui savait... ou aurait dû savoir s'il avait été normalement diligent, et qui ignorait.

En définitive, il ressort bien de ce qui précède qu'entre la situation franchement fautive et la situation irréprochable il existe vraiment toutes les gammes des situations allant du gris foncé presque noir au gris très clair presque blanc.

Toute la difficulté sera alors, s'il faut répondre de manière binaire, fautive ou non, de distinguer l'endroit où se situe la frontière.

Cette difficulté sera d'autant plus grande qu'il faut se souvenir qu'un système d'information est coûteux en temps, en énergie et en finances et qu'asphyxier une entreprise sous la bureaucratie peut aussi constituer une faute de gestion.

II. - DÉMARCHE EXPERTALE

Celle-ci dépendra, à l'évidence, de la mission confiée à l'expert.

En effet, la faute de gestion peut être recherchée dans de multiples occasions, en application de textes variés et dans des buts nettement différents.

L'EXPERT FACE A LA FAUTE DE GESTION

Nous écarterons pour simplifier de notre propos les missions de nature pénale ainsi que les missions à caractère privé.

Ceci étant on peut, de manière schématique et de notre point de vue d'expert, distinguer deux catégories de missions.

Il y a d'une part les recherches globales, destinées à mettre en évidence toutes les fautes de gestion pouvant être relevées... ou attester que nos investigations n'en ont pas révélé.

Ce genre de mission pourra, par exemple, être décidé en vue d'une éventuelle application de l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985. Elle peut également être confiée dans le cadre de l'article 145 du NCPC.

Les missions de ce type vont bien sûr commencer par la prise de connaissance de la société au travers de la structure et de l'organisation de sa comptabilité, mais également de son organisation au sens large, pour détecter si telle ou telle typologie de faute est possible ou probable avant d'approfondir les premiers résultats.

Il y a d'autre part les recherches spécifiques destinées à enquêter sur des faits plus ou moins précis, à les décrire, à les replacer dans leur contexte, bref à rassembler tous les éléments permettant de caractériser une faute de gestion bien précise.

L'exemple qui vient tout de suite à l'esprit dans un pareil cas est l'expertise de gestion prévue à l'article 226 de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

Il apparaît nettement que les démarches expertales sont radicalement différentes.

Dans la première, l'examen général primera et l'expert n'entrera dans le détail que s'il a trouvé des indices de tel ou tel comportement fautif.

Dans la seconde au contraire, il privilégiera l'examen détaillé, l'examen général n'étant qu'une démarche annexe permettant de remettre les faits en perspective pour tenir compte des circonstances et contraintes existant à l'époque.

De l'utilité de la comptabilité comme outil de recherche

Dans la situation où l'expert doit répondre à la question de savoir quelles sont les causes de la dégradation de la situation de l'entreprise, l'approche par la comptabilité apparaît particulièrement pertinente.

Il apparaît, tant pour des raisons de gestion que pour des raisons techniques, que la comptabilité se trouve au cœur du système d'information et qu'elle lui donne sa cohérence.

Dans la technique actuelle les systèmes d'information sont basés sur un système dit de base de données où les mêmes fichiers servent, selon les connexions mises en place entre eux, à différents usages.

Par exemple la liste des clients servira aussi bien au service commercial, au service marketing qu'aux services comptables.

Dans cette optique la comptabilité présente plusieurs caractéristiques qui sont particulièrement intéressantes. Elle est en effet :

- exhaustive,
- structurée,
- vérifiable par des sources externes.

Exhaustive

La comptabilité retrace non seulement les mouvements financiers, mais également les engagements pris ou reçus.

Comme il n'y a pratiquement aucune activité humaine qui ne se traduise pas par des mouvements financiers, même de manière très accessoire, toute action ou omission laissera des traces comptables.

La comptabilité est donc un outil exhaustif qui peut être utilisé pour mettre en évidence les éléments révélateurs des éventuelles fautes de gestion.

Cela est vrai si les opérations fautives sont comptabilisées car la comptabilité permettra d'en obtenir un historique daté et chiffré.

Cela est également vrai si les opérations ne sont pas comptabilisées car, même si elles ne sont pas inscrites immédiatement, ces opérations n'en existent pas moins et, le jour où elles apparaissent leur absence de traduction comptable est terriblement accusatrice. Nous pouvons, dans cet ordre d'idée, évoquer les opérations de portage de titres révélées à la suite des chutes de la bourse il y a quelques années.

Structurée

Les principes de la comptabilité en partie double ont été décrits pour la première fois en 1492 par Luca Pacioli.

Cette comptabilité en partie double était, dès l'origine conçue comme un mécanisme destiné à mettre en évidence les erreurs et les fautes pour permettre aux commerçants de vérifier l'honnêteté des commis chargés d'effectuer des opérations commerciales au loin.

Elle a, depuis cinq siècles, fait l'objet de multiples perfectionnements et, même si elle se traite maintenant en informatique, sa structure n'a pas fondamentalement changé.

Elle est conçue pour qu'un professionnel puisse dans une comptabilité bien tenue trouver le renseignement cherché et suivre une opération de son début à sa fin.

Grâce à la partie double elle fonctionne un peu à la manière d'une toile d'araignée dont on ne peut couper un fil sans que toute la toile ne bouge et où toute tentative de réparation, honnête ou malhonnête, laissera des traces plus ou moins apparentes certes, mais indélébiles.

Vérifiable par des sources externes

La comptabilité n'est pas une création isolée. La quasi totalité des opérations accomplies est également enregistrée par des tiers et parfois, la même opération est enregistrée par plusieurs tiers différents, par exemple le paiement d'un fournisseur est une écriture comptable de l'entreprise mais cette écriture se retrouvera pour le même montant chez le fournisseur, mais également chez le banquier de l'entreprise et chez celui du fournisseur.

On voit donc que la même opération va donner lieu à l'enregistrement comptable dans quatre entités différentes.

Si on n'était pas limité par des considérations matérielles de coût et de volume, il serait possible de reconstituer 95 % de la comptabilité à partir des comptabilités des banques et des autres partenaires de l'entreprise objet de l'expertise.

Plus modestement, on se limite la plupart du temps à des vérifications ponctuelles auprès des tiers mais on dispose là d'un instrument d'authentification des opéra-

L'EXPERT FACE A LA FAUTE DE GESTION

tions d'une extrême puissance puisque celui qui falsifierait des écritures pour cacher sa faute courrait le risque d'être démasqué par un tel recoupement.

Il ressort de ce qui vient d'être exposé que l'utilisation du système d'information et, plus spécifiquement de sa partie comptable, constitue un outil de choix pour décrire la nature des actes commis dans la gestion d'une entreprise et donc, bien évidemment, d'en mettre en évidence l'éventuel caractère fautif.

III. - FAUT-IL CONCLURE QUE L'EXPERT EST PARFAITEMENT MAÎTRE DE SON APPROCHE ?

Oui et non.

Oui parce que, à l'ouverture du dossier on ne sait pas ce qu'on va chercher et donc comment on va le chercher.

Non parce que dès la prise de connaissance du dossier on constate dans la plupart des cas qu'il y a des indices sérieux et concordants amenant à envisager tel ou tel type de faute.

On entre alors dans une démarche bien connue des chercheurs en mathématiques :

A devine que la proposition est vraie et émet une conjecture,

B montre qu'elle est vraie et transforme la conjecture en théorème,

C montre que c'est simple.

L'expert suivra exactement la même démarche.

A partir d'un dossier touffu il dégagera les circonstances qui l'orienteront vers tel ou tel type de faute.

Il recherchera alors les faits caractéristiques pouvant permettre au Juge de caractériser (ou non) cette faute.

Il s'attachera enfin au plus difficile : exposer de manière aussi simple et démonstrative que possible les faits et les circonstances pour permettre au lecteur de son rapport de se forger sa propre opinion de manière « éclairée ».

Mais avant d'en arriver là l'expert se heurtera à un problème majeur.

Le système d'information d'une entreprise est constitué d'une masse d'informations importantes, voire énormes.

Si on parle de support papier il faut savoir que les pièces comptables d'une très petite entreprise ou d'un artisan représentent chaque année une pile de 30 à 50 cm de haut et se chiffrent annuellement en mètres cubes pour une entreprise moyenne.

Si les documents sont bien classés et le système bien géré les recherches sont rapides.

Mais dans le cas contraire, ou si on ne dispose pas du document adéquat, le système d'information se transforme en une énorme meule de foin dans laquelle se cachent quelques aiguilles.

Rappelons qu'un simple listing comptable de 5 cm d'épaisseur, ce qui est très courant, représente 25 000 lignes d'écritures (500 pages à 50 lignes) ; on comprend tout de suite dans ces conditions qu'une expertise comptable implique des heures et des heures d'un travail de bénédictin pour tomber sur le début de la piste même si de temps à autre on est servi par la chance.

Dans de telles circonstances la meilleure méthode expertale consiste à imaginer des tests aussi simples et rapides que possible destinés à mettre en évidence tel ou tel comportement fautif

Chacun d'entre nous a sa petite boîte à outils personnelle.

A titre d'exemple, et quand cela est pertinent, j'utilise les déclarations de TVA, pour mettre en évidence les poursuites abusives d'exploitation.

La déclaration permet de connaître les achats taxables de la période, les ventes hors taxes et toutes taxes comprises ; il suffit d'y ajouter les charges salariales qui sont généralement stables d'un mois à l'autre pour mettre en évidence, avec douze documents à consulter par an (treize avec le compte de résultat), une image de l'activité mensuelle grossière certes mais suffisamment précise pour savoir si on persiste dans la recherche ou si on l'abandonne.

La pratique montre cependant que bien souvent en fonction des caractéristiques de l'affaire, il faut réinventer de nouveaux outils adaptés. Notre activité est à base d'expérience et de créativité.

EXPOSÉ DE MONSIEUR P. LOEPER

I. - L'EXPERT ET LE SYSTÈME D'INFORMATION DE L'ENTREPRISE

Avant de dire s'il constitue une voie d'accès à l'historique d'actes de gestion susceptibles de constituer des fautes, il faut d'abord définir le système d'information, je vais tenter de le faire à partir des fonctions de celui-ci, en en distinguant trois principales :

- D'abord, et cela sera bien sûr essentiel pour la recherche des fautes, le système d'information **collecte, valide, classe et conserve** toutes les informations de nature comptable, c'est-à-dire relatives à des faits ou opérations qui se traduisent ou sont susceptibles de se traduire par des flux financiers. Je ne m'étendrai pas sur cette fonction **comptable**, sauf à faire quelques rapides observations :

- Première observation : les informations de nature comptable ne constituent pas la totalité des informations qui peuvent intéresser l'expert ; par exemple la gestion des ressources humaines n'a pas une seule composante, la composante financière ; cependant, un grand nombre de faits ou d'opérations se traduisant par des flux financiers, le système comptable rassemble une masse très importante d'informations.

- Seconde observation : quand on emploie le mot de collecte des informations on fait référence à une organisation - supposée fiable - de remontée des informations, notamment de la part des centres opérationnels (chantiers dans le cas d'une entreprise de travaux par exemple) ou des filiales (dans le cas d'un groupe). Je n'emploie pas le mot de **reporting**, mais c'est bien ce concept qui est visé. Des dysfonctionnements graves dans ce fonctionnement pourront être constitutifs de faute : on y reviendra certainement.

- Troisième observation : la **validation** de l'information est une composante importante de la fonction comptable. C'est la vérification de l'existence d'une pièce justificative et de son caractère probant, c'est aussi une des finalités du contrôle interne.

Ainsi, les faits comptables que le système va collecter, valider et classer et conserver vont-ils en quelque sorte constituer pour l'expert une **trace** ou plutôt un ensemble de traces de l'**histoire** que celui-ci doit reconstituer pour éclairer le magistrat.

• Seconde fonction : le système va **créer** des informations dont on peut dire, en en proposant une classification peut être un peu réductrice, qu'elle auront :

➤ soit une finalité **analytique** : par exemple calcul de coûts de revient (détermination d'un résultat par centre de profit, suivi de la réalisation d'un budget,...),

➤ soit une finalité **plus synthétique** : l'élaboration des comptes annuels, sociaux et consolidés et, au sens large, ce qui relève de l'information financière donnée aux tiers, celle-ci présentant presque toujours ce caractère synthétique.

Il faut souligner à ce stade que le système d'information est à la fois **rétrospectif**, quand il élabore des informations intéressantes des opérations réalisées, ou quand il établit les comptes des exercices clos, et **prospectif** quand, suivant par exemple les prescriptions de la loi du 1^{er} mars 1984, il élabore des données prévisionnelles. De plus la réflexion prospective n'est jamais absente dans l'établissement de comptes rétrospectifs : l'appréciation - nécessairement prévisionnelle - que l'on porte, par exemple, sur l'intérêt d'une recherche, sur l'utilisation d'un actif ou sur l'issue possible d'un risque étant nécessaire pour **valider**, selon les cas, une décision d'activation de frais de recherche et développement, un plan d'amortissement ou le quantum d'une provision.

Ainsi le passé observé et le futur prévu se mêlent lorsqu'il s'agit de produire de l'information financière et il n'est pas exagéré de dire que le système d'information est concerné directement par la prévision et qu'il doit intégrer la démarche prévisionnelle dans ses missions.

• Recensement et conservation des informations et des éléments de preuve, élaboration d'informations,... le système d'information a un troisième rôle à jouer cette fois vis-à-vis de la direction de l'entreprise. Il s'agit **d'assister celle-ci** d'une part dans ses **prises de décisions** d'autre part dans le **contrôle** de la gestion :

➤ prises de décision : on a déjà abordé cette question en soulignant les risques d'erreur qui sont inhérents à toute décision. Ce que l'on peut dire ici est que ces risques sont susceptibles d'être réduits par l'exploitation des données issues du système d'information. Par exemple étudier à l'aide de ces données l'impact d'une acquisition ou d'une diversification sur la structure financière de l'entreprise ? Ou encore simuler plusieurs scénarios de retour sur investissement, etc., et plus généralement tout ce qui est susceptible de **rationaliser** la décision,

➤ contrôle de la gestion ou encore contrôle interne. Il n'est sans doute pas utile de s'étendre, sauf à rappeler :

– qu'il s'agit de contrôle au sens de la **maîtrise** de la gestion,

– sauf à souligner que l'on rentre, à ce stade, dans le domaine des **procédures** et qu'à cet égard la démarche de l'expert ne devra pas se limiter aux seules procédures comptables, mais embrasser l'ensemble de la gestion,

– et qu'il devra de façon classique se poser dans l'analyse de chaque fonction importante la double question :

- reçoit-elle toutes les informations qui lui sont nécessaires ?

- fournit-elle les informations nécessaires aux autres fonctions ?

Voici, succinctement, ce qu'il semble qu'on puisse attendre du système d'information.

II. - LES PRÉALABLES À UNE RECHERCHE GÉNÉRALE D'ÉLÉMENTS RÉVÉLATEURS DE FAUTES DE GESTION

Certaines missions, répondant pour le Juge à l'objectif d'analyse très général que suggère l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985, assignent à l'expert l'analyse des causes de la dégradation de la situation de l'entreprise.

La première chose à définir pour l'expert va justement être l'ordre dans lequel il effectuera ses premiers travaux et cet ordre va généralement dépendre de trois facteurs :

- les caractéristiques de l'entreprise,
- les circonstances qui ont amené sa mission,
- et son expérience professionnelle.

Les caractéristiques de l'entreprise sont primordiales.

Il faut en effet commencer par replacer le problème dans son contexte et d'abord s'efforcer de comprendre l'entreprise. Pour quels clients ou sur quels marchés travaille-t-elle ? Comment est-elle organisée ? De quels moyens dispose-t-elle ?

Puis rentrer dans les comptes, pour dégager des chiffres clés, des ratios susceptibles d'être particulièrement significatifs, dont le choix dépendra du secteur d'activité de l'entreprise.

Dans ce cadre on peut croire aussi aux vertus de ce que nous appelons en commissariat aux comptes la revue analytique qui vise à mettre en évidence, à partir d'une comparaison des comptes sur 2 ou mieux 3 exercices, les évolutions les plus « parlantes », en sorte d'identifier les zones de risque.

Cette démarche doit d'ailleurs être précédée d'une analyse des méthodes comptables utilisées par l'entreprise : comment dégage-t-elle par exemple son résultat, quelles sont ses méthodes de provision, etc. A cet égard la consultation de l'annexe aux comptes est souvent particulièrement utile.

En second lieu, et pour bien se replacer dans les circonstances de l'affaire, être attentif à la définition de la mission qui donne le plus souvent des indications précieuses sur les conséquences de l'éventuelle faute et donc sur sa nature et ses caractéristiques probables. Mais aussi les rapports qui ont pu préalablement être émis par d'autres intervenants : rapports de gestion, rapports des commissaires aux comptes, rapport de l'administrateur judiciaire au Tribunal en cas de procédure judiciaire, etc.

Enfin l'expérience de l'expert : c'est elle qui lui permettra de dire dès le premier rendez-vous ou le premier courrier « compte tenu des caractéristiques de l'entreprise, elle doit pouvoir me fournir tel renseignement probant », ou « il est anormal qu'elle présente tel ratio. Donnez en l'explication ? » Ou encore « cette organisation du système d'information est inusuelle, pourquoi ? »

III. - LA CONDUITE DE L'EXPERTISE

Dans la recherche d'une attitude de plus grande ouverture de l'expert, je voudrais dire ici que l'expertise doit à mon sens moins avoir pour objectif la « *chasse à la faute* » que la **reconstitution** et si possible l'**explication** de ce qui s'est passé et a conduit à la situation à l'origine de la mission.

L'EXPERT FACE A LA FAUTE DE GESTION

C'est-à-dire :

— en cas d'expertise article 180, comment l'entreprise est arrivée à la situation de défaillance ?

— ou en cas d'expertise de gestion ciblée sur une opération isolée, comment ont été prises les décisions correspondantes ?

Certes, dans cette reconstitution, des décisions ou des comportements éventuellement fautifs vont pouvoir apparaître.

Mais c'est au Juge et au Juge seul qu'il appartiendra de les qualifier.

L'expert devra donc se limiter aux faits, c'est-à-dire à les établir de façon rigoureuse, à les analyser, en particulier dans le contexte de l'époque, et à montrer leur enchaînement. Ce n'est déjà pas si simple.

Il n'en reste pas moins qu'il peut être également utile au Juge que le rapport de l'expert l'éclaire aussi sur la **gravité** de la faute éventuelle.

Il n'est d'ailleurs pas exceptionnel qu'il soit demandé à l'expert, dans le corps de la mission, de « *donner son avis* ».

Donner son avis, ce peut-être, bien sûr, montrer les conséquences de l'opération ou du comportement éventuellement fautifs. Mais on est toujours là dans le domaine de l'explication.

Ce peut-être aussi fournir une appréciation plus qualitative.

Afin de rester cependant dans le domaine du fait, l'expert est conduit à faire référence à des critères objectifs qui lui sont fournis soit par des normes, quand il en existe, soit par des usages, ou encore - et on serait tenté de dire, faute de mieux - à faire des emprunts au concept de comportement « *normal* » d'un dirigeant.

Il existe des normes, qui ont une force plus ou moins contraignante selon l'autorité dont elles sont issues, et peuvent aussi avoir une base doctrinale, en matière par exemple d'organisation d'une entreprise, d'équilibre de sa structure financière, de contrôle de gestion,...

Il existe des usages, qui peuvent être variable selon les professions. Il convient semble-t-il d'autant plus d'y faire référence que certains comportements critiquables sont précisément définis par la référence à l'usage : ainsi la poursuite abusive (*ab usus*) d'une exploitation déficitaire, le soutien abusif d'une filiale ou pour une banque d'un débiteur,...

La question du comportement dit « *normal* » du dirigeant est plus délicate car, précisément, il n'existe bien sûr pas, à proprement parler, de normes : mais les critères auxquels il y a lieu de se référer sont bien connus : la diligence apportée aux affaires sociales, la compétence, la transparence, la prudence, la loyauté, etc. de même que pour un administrateur la vigilance dans son devoir de surveillance.

Nous mêmes experts comptables savons que pour apprécier la « *valeur actuelle* » d'un actif en vue d'une éventuelle dépréciation par rapport à sa valeur historique, il y a lieu, selon le plan comptable, de se référer au prix qu'un entrepreneur « *prudent et avisé* » accepterait d'en donner dans le contexte d'une acquisition de l'entreprise.

C'est dire qu'on ne peut considérer comme impossible d'apprécier objectivement certains comportements.

Je voudrais en conclusion donner deux exemples : un dirigeant qui omet de se doter d'outils de gestion normalement nécessaires aux entreprises de son secteur

d'activité (par exemple une comptabilité analytique par opération pour un promoteur) me semble avoir un comportement que l'expert peut qualifier de non conforme à une certaine normalité. De même le dirigeant qui pour réaliser l'acquisition d'une société ne s'entoure pas de conseils suffisants en matière juridique ou fiscale, s'abstient de faire réaliser des audits dont l'utilité semble pourtant s'imposer à un premier examen des comptes de l'entreprise, ou encore omettra de poser la question d'une garantie de passif.

IV. - L'EXPERT PEUT-IL S'INTÉRESSER À LA CAUSALITÉ ?

Bien que la causalité soit, en tant que telle, étrangère au sujet de ce colloque, la question se pose de la contribution de l'expert à l'information du Juge sur ce point précis.

Elle n'y est d'ailleurs pas étrangère en ce qui concerne les expertises engagées sur le fondement de l'article 1382 du Code civil ou des articles 52 ou 244 de la loi du 24 juillet 1966 ou encore des expertises de gestion de l'article 226 de la même loi, ou de certaines expertises *in futurum* de l'article 145 du NCPC (par exemple actions de nouveaux dirigeants contre des anciens dirigeants) puisque l'on se situe alors, soit par définition soit de fait le plus souvent, dans le domaine de l'indemnisation d'un préjudice, ce qui suppose à la fois la démonstration de la faute et celle de la causalité par référence au préjudice.

Mais on peut avoir un doute quand on s'approche du droit des procédures collectives et plus précisément de l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985.

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

Si donc la faute doit être **prouvée**, il suffit en matière de causalité que soit établie la « **contribution** » de celle-ci à l'insuffisance d'actif.

Il n'est ainsi pas demandé de prouver que la faute de gestion a été la cause unique de l'insuffisance d'actif. La jurisprudence semble montrer que toute faute pourra être retenue à l'encontre des dirigeants poursuivis du moment qu'il sera établi qu'elle a contribué, ou encore a concouru, à l'insuffisance d'actif.

De plus le texte ne dit pas, ce que la jurisprudence confirme, que la condamnation doit être proportionnée à cette contribution à l'insuffisance d'actif : en effet on peut relever une certaine latitude dans les termes « *peut décider* » ... « *en tout ou en partie* » ... « *par tous les dirigeants ou par certains d'entre eux* ».

Certains commentateurs estiment même que le quantum des condamnations pourrait ne pas être sans relation avec les facultés contributives des dirigeants, ce d'autant plus ajoutent-ils que l'article 184 de la même loi a donné au Tribunal des pouvoirs d'investigation sur la situation patrimoniale des dirigeants.

Si l'on se réfère aux débats parlementaires ayant précédé le vote du texte de 1985, on peut rappeler que le membre de phrase « *ayant contribué à cette insuffisance d'actif* » a été introduit par un amendement gouvernemental : Monsieur Badinter, alors garde des sceaux, s'exprimant devant l'Assemblée Nationale après avoir

expliqué - je cite - qu'il était « *quasiment impossible la plupart du temps d'établir le rapport direct qui aurait pu exister ou qui a pu exister entre tel acte et telle conséquence* » et encore que si l'on écrivait « *ayant causé cette insuffisance d'actif* » on se heurterait pratiquement à une impossibilité de preuve, a précisé que les termes « *ayant contribué* » signifiaient qu'il s'agit d'un des éléments intervenus dans le cadre de la création du passif et a estimé que le lien de causalité se trouvait de la sorte « *rétabli* » alors que, comme on le sait, ce lien de causalité était, comme la faute, présumé sous l'empire de la loi précédente (article 99 de la loi de 1967).

Le problème étant ainsi posé, l'expert peut-il, quand il ne reçoit pas à cet égard d'instruction spéciale dans sa mission, se désintéresser du lien de causalité ?

Nous avons déjà un peu répondu à cette question en avançant l'idée que l'expert devait s'efforcer de reconstituer l'enchaînement des faits, qu'il s'agisse de faits externes ou de décisions ou d'opérations internes, qui sont à l'origine de la défaillance de l'entreprise. Une telle approche signifie en effet mettre en lumière les **conséquences** de chaque élément relevé.

Par exemple il sera utile d'indiquer les conséquences qu'a pu avoir sur la prise d'un marché dans de mauvaises conditions un dysfonctionnement dans la comptabilité de coût de revient de l'entreprise, de savoir si ce dysfonctionnement était connu du dirigeant et si la mauvaise décision a été prise malgré tout, ou encore s'il n'était pas connu mais aurait pu l'être. Dans chacun des cas il est clair que le Juge ne qualifiera sans doute pas la même faute.

On ne doit pour autant pas se dissimuler les difficultés de l'exercice.

Il est notamment évident que dans la plupart des cas plusieurs causes sont à l'origine de la défaillance et qu'un départage entre elles est assez aléatoire : par exemple une décision d'investissement critiquable en regard des risques encourus et des financements disponibles, mettant donc en cause l'imprudence du chef d'entreprise, mais aussi - plus tard - le manque de vigilance du conseil d'administration permettant, par sa négligence, une poursuite anormale de l'activité conduisant à une aggravation du passif, et tout ceci étant conjugué à la survenance d'événements défavorables et peu prévisibles.

Le Juge à qui il revient de fixer un quantum dans la condamnation qu'il envisage de prononcer à l'égard de certains ou de la totalité des dirigeants, en vue de la couverture de tout ou partie de l'insuffisance d'actif, ne peut pas, semble-t-il, ne pas être intéressé par non seulement un recensement des causes de la défaillance, mais encore par une première approche de la causalité. Des indications même approximatives, même très approximatives, ne sont-elles pas préférables à toute absence d'analyse ?

Bien sûr ceci peut conduire, et je ne me dissimule pas le caractère peut-être iconoclaste du propos, à relativiser des infractions légales qui, pour être parfois sans conséquence économique très significative (par exemple la non tenue des assemblées dans une société fermée) n'en sont pas moins susceptibles d'être sanctionnées au titre de l'article 180. Encore convient-il de remarquer - et je conclurai sur cette observation - que ces infractions n'interviennent le plus souvent que de façon additive à d'autres fautes, dont les conséquences sont plus manifestes, et qu'en tout état de cause il n'est pas non plus interdit de penser que le respect d'un certain nombre de formalités légales peut empêcher que perdurent des situations anormales et finalement dommageables.

CONCLUSION PAR MONSIEUR M. PERONNET

Il reste peu de choses à dire après les prises de position très riches de Messieurs Bouchon et Loeper.

Peut-être faut-il cependant proposer une typologie des fautes de gestion liées à l'examen par l'expert du système d'information, en partant de celles dont le caractère formel est plus marqué et dont la preuve est aisée, pour aller vers celles dont l'appréciation est plus délicate. En se référant à l'exposé de François Bouchon et Pierre Loeper, on peut distinguer quatre situations.

La première se caractérise par le non respect d'une prescription légale ou réglementaire. Il peut s'agir de l'absence de tenue d'assemblées ou de l'omission de formalités obligatoires, mais aussi du respect des dispositions de droit comptable résultant des textes légaux et réglementaires et de dispositions normatives les complétant.

La seconde concerne ce que les exposés de François Bouchon et Pierre Loeper ont fait ressortir comme faute dans le système d'information, c'est-à-dire le fait pour un chef d'entreprise de ne pas s'être doté d'instruments de pilotage et au premier chef d'un contrôle de gestion adéquat, ou de l'avoir laissé tomber en désuétude, ou d'avoir laissé s'installer des causes de dysfonctionnement graves. La faute sera plus délicate à apprécier.

La troisième concerne les fautes, dont l'éventail est large, dans le comportement : défaut de prudence, de compétence, de diligence pour un dirigeant (ne pas avoir apporté aux affaires sociales le soin qu'elles méritaient), rémunérations ou train de vie excessifs, défaut de surveillance de la part des administrateurs, acharnement à poursuivre une exploitation qui ne peut plus être redressée (nonobstant les cas d'utilisation de moyens fictifs ou ruineux).

Dans la quatrième, il s'agit des choix stratégiques qui sont très difficiles à apprécier et pour lesquels, plus encore, l'expert nous semble devoir être attentif à se limiter aux faits.

Dans quelle mesure une décision d'investissement, de diversification, etc. qui se révèle a posteriori un échec pouvait-elle être, à l'origine, constitutive d'une faute ? Il n'y a sans doute pas à développer un thème qui a déjà été traité par nos confrères experts en gestion.

Si nous revenons à la démarche expertale, nous avons bien relevé dans les textes de François Bouchon et de Pierre Loeper qu'il ne revenait pas à l'expert mais au Juge de qualifier la faute. Pour autant, l'expert ne doit pas se trouver dégagé de cette appréciation dès lors que c'est en raison de ses capacités à analyser le fonctionnement de l'entreprise que l'on fait appel à lui. Tout l'art de l'expert sera donc ici de décrire l'entité analysée et ses failles, de sorte que le Juge y trouve la plus complète information. C'est dans l'analyse des différentes fonctions de l'entreprise et surtout dans celle du processus de décision que l'expert trouvera la plus forte contribution à l'étude des actes positifs ou négatifs dont le cumul, la persistance ou la répétition pourront finalement constituer des fautes.

Nous avons également relevé, point très important, que l'expert se devait d'apporter au Juge, en tant qu'homme de l'art, la plus juste perception possible de l'entreprise au moment où les faits analysés se sont produits. Nous avons employé le terme de normalité, en l'appliquant, notamment, aux outils de gestion. Il nous faut fournir au Juge une appréciation nuancée de leur caractère indispensable, néces-

L'EXPERT FACE A LA FAUTE DE GESTION

saire ou seulement souhaitable. Il faut également ne pas négliger de rappeler le contexte économique, juridique et éventuellement politique et social, qui existait au moment des faits.

J'en terminerai par un dernier aspect qui procède de la causalité, non que l'expert ne doive pas s'interroger sur le sujet, comme l'ont fait très largement Messieurs Bouchon et Loeper, mais plus modestement en soulignant la nécessité de décrire, de façon claire, les éléments qui sont la conséquence du ou des actes analysés. Il faut que l'expert se place un peu lui-même le dos au mur, comme nous le sommes parfois lorsque, décrivant une situation à un enfant, il n'a de réponse que : Pourquoi ? Finalement nous voici en présence d'un nouveau mot clé, qui doit rester à l'arrière-plan de toutes nos certitudes.

III. - LE RÔLE DE L'EXPERT

La Commission bancaire, du fait de son accès périodique à une information détaillée, les commissaires aux comptes d'une banque ou un expert judiciaire commis en cas de défaillance de l'établissement sont les seuls à pouvoir disposer d'une information permettant de connaître la véritable situation d'une banque.

Dans certaines affaires, les dirigeants ont abusé la place en maintenant le niveau de confiance nécessaire à la pérennité de leurs activités et ressources par une falsification du calcul des ratios prudentiels.

Nous rappelons brièvement que les établissements de crédit sont actuellement tenus de respecter en permanence les principaux ratios suivants sur une base consolidée :

— Un **ratio de solvabilité** dit ratio Cooke, rapport entre le montant des fonds propres et l'ensemble des risques comptabilisés au bilan et hors bilan, affectés de taux de pondération dépendant de leurs caractéristiques.

— Dès lors que les établissements opèrent sur les marchés financiers, le ratio de solvabilité visant à couvrir les risques de crédit est complété par un dispositif étendu aux risques de marché (C.A.D.). Les risques concernés sont de quatre types : taux d'intérêt, variation du prix des titres de propriété, règlement-contrepartie, change.

— Des règles de **division des risques** ou de contrôle des grands risques, c'est-à-dire :

- un ratio d'au plus 25 % entre, d'une part, l'ensemble des risques - clientèle ou interbancaire - pris sur un même groupe, également affectés de taux de pondération dépendant de leurs caractéristiques et, d'autre part, le montant des fonds propres,
- et un ratio de 8 fois au plus l'ensemble des risques pris sur un même bénéficiaire et dépassant individuellement 10 % de leurs fonds propres, par rapport à leurs fonds propres.

— Un ratio de **liquidité** : une banque doit en permanence disposer de disponibilités à vue ou à moins d'un mois, lui permettant de couvrir ses dettes exigibles à trente jours.

— Un ratio de **financement** des actifs immobilisés et à plus de cinq ans :

Les fonds propres et les ressources à plus de cinq ans d'une banque doivent représenter au moins 60 % des actifs immobilisés et des créances à plus de cinq ans.

Deux observations doivent être présentées quant au respect de ces ratios :

— d'une part, les calculs se révèlent délicats, dans la mesure où, en particulier, les différents postes regroupés au numérateur ou au dénominateur donnent lieu à des classements et à des pondérations selon l'interprétation qu'on leur donne ;

— d'autre part, ces ratios ont été conçus, à l'origine, pour l'activité traditionnelle d'une banque qui a beaucoup évolué et ils peuvent encore être partiellement inadaptés lorsqu'il s'agit d'apprécier sa situation financière, en présence d'une diversification des activités.

MISSION D'EXPERTISE

La mission confiée à un expert en cas de défaillance d'un établissement portera pour l'essentiel :

- sur l'origine, les conditions et les causes de la cessation des paiements,
- sur la fourniture d'éléments d'information relatifs à :
 - l'existence de moyens utilisés pour retarder cette cessation des paiements,

JEAN DURAMÉ, JEAN TOURIN

- la nature, l'étendue et la sincérité des renseignements portés par la banque à la connaissance de la Commission bancaire,
- les faits de gestion, actes, engagements de toute nature ayant un lien avec l'insuffisance d'actif.

Dans la mesure où cette mission reste classique, l'expert procédera en deux temps :

— *dans un premier temps* :

- il effectuera une revue détaillée des états financiers afin d'identifier les secteurs sensibles et d'éventuelles anomalies,
- il prendra connaissance des ratios, de leurs modalités de calcul, et de leur évolution afin de détecter l'apparition de fragilités structurelles et l'incidence des décisions stratégiques sur les équilibres fondamentaux de la banque.

— *dans un deuxième temps*, ayant ciblé les actifs, activités et produits sensibles, il les analysera de façon approfondie.

Son souci primordial sera alors de détecter :

- L'origine et la nature des faiblesses et des dysfonctionnements relevés :
 - insuffisance de fonds propres,
 - crédits consentis à des contreparties mal connues, ou notoirement insolvables,
 - mauvaise couverture des engagements à court terme,
 - engagements disproportionnés par rapport aux ressources de la banque,
 - coût de refinancement laissant une marge insuffisante,
 - placements difficilement réalisables et non rentables,
 - diversifications hasardeuses,
 - déficit structurel de certaines activités,
- l'absence de réponse satisfaisante aux faiblesses identifiées :
 - augmentation de capital sans apport réel de liquidité,
 - cession fictive ou simulée de certains actifs.

ÉLÉMENTS DE CONCLUSION

Les fautes de gestion dont nous avons parlé s'inscrivent dans le contexte d'une époque. Les instructions de la Commission bancaire et les règlements du Comité de Réglementation intervenus depuis devraient permettre d'assurer un contrôle plus efficace des établissements.

C'est important pour l'avenir de la profession bancaire en France parce que les conséquences de la mauvaise gestion d'une banque sont beaucoup plus graves que pour une autre entreprise. A cause de la spécificité de l'activité, elles ne se limitent pas au seul établissement concerné puisqu'elles recouvrent :

- les conséquences macro économiques, étant donné le rôle joué par les banques dans la création monétaire et le développement économique,
- les conséquences micro économiques sur les clients de la banque : spoliation des épargnants ou défaillance des agents économiques dont le financement n'est plus assuré,
- les conséquences « systémiques ». La confiance est essentielle, dans le bon fonctionnement du système bancaire. La défaillance d'un établissement peut jeter le discrédit sur la Place.

L'EXPERT FACE A LA FAUTE DE GESTION

Dans une affaire, non encore terminée, qui tient le devant de la scène financière, politique et judiciaire depuis plusieurs années quelqu'un qui aimait sûrement bien le dirigeant de la banque en question a dit : « *Ce sont naturellement les bad bankers, et non le président, qui ont fait la bad bank* ».

Cette réflexion nous paraît grave car elle exonère le dirigeant des erreurs commises par ses collaborateurs. Pour nous la responsabilité du dirigeant de la banque ne peut être cantonnée : elle est totale et globale.

CONCLUSION DU PRÉSIDENT BÉZARD

Messieurs les Présidents, Mesdames, Messieurs,

Chaque fois que l'on parle de responsabilité, évidemment, on n'est pas toujours très d'accord et je pense qu'avec la montée des contentieux à l'heure actuelle, les problèmes sont devenus de plus en plus d'actualité et finalement appellent des discussions serrées. Alors est-ce que vous me permettez maintenant de présenter mes quelques mots de conclusion ?

On ne conclura pas un débat qui est très riche. On aura d'ailleurs certainement l'occasion de se revoir. Et d'abord, je peux me permettre, je pense au nom de tous, en cette fin d'après-midi, de remercier les organisateurs de cette réunion, qui a été riche, il faut le dire, diverse et riche, et les intervenants qui ont beaucoup apporté, chacun dans leur domaine. Ils nous ont pris par la main, ils nous ont expliqué ce qu'était leur travail, ce qu'étaient leurs doutes, ils l'ont fait avec beaucoup de prudence et de qualité. Et si, justement, ces débats sont instaurés enfin, c'est que justement les intervenants ont permis ces débats parce qu'ils ont été très transparents. Là je crois qu'il faut les remercier.

En ce qui me concerne, je ne suis pas appelé à présenter une synthèse mais à dire quelques mots conclusifs. Ce problème de la gestion des entreprises, je le disais pour commencer et j'en suis encore plus convaincu après tout ce que j'ai entendu, est un point essentiel à l'heure actuelle dans notre économie, dans notre démocratie libérale. Je crois qu'il faut partir de l'idée que les dirigeants doivent avoir de larges possibilités de manœuvre à la tête d'une entreprise, ils doivent pouvoir prendre des risques, et avoir droit à l'erreur. Je pense que c'est une donnée essentielle. Nous ne devons pas partir systématiquement d'une analyse selon laquelle ils sont des gens suspects. Pendant trop longtemps, en France, cela a été le cas. Je pense que nous sommes tous ici, les experts, les magistrats, les avocats, les enseignants et ceux que j'ai entendus, dans cet état d'esprit.

Alors, je pense qu'à propos de la faute de gestion, vous l'avez bien compris, le problème est extrêmement délicat et les limites sont sur le fil du rasoir dans un certain nombre de cas. Il faut les inventorier et on l'a fait.

Si vous le permettez, et ce sera ma modeste contribution au débat, je me suis interrogé parce que je suis convaincu que le législateur dans différents domaines a compris le problème et qu'il a essayé d'y apporter un début de réponse. Mais, comme toujours, une législation est loin des réalités et elle mérite d'être adaptée.

Si nous pensons à ce texte clé qu'est la loi du 24 juillet 1966, d'abord nous constatons que les dirigeants, et la loi le proclame, ont des pouvoirs considérables. Ils sont non seulement dans les grands types de sociétés, SA, SARL, les mandataires désignés, mais ils ont des pouvoirs légaux. C'est-à-dire que du fait de leur nomination, on ne peut pas leur enlever ces pouvoirs. Et ces pouvoirs sont considérables. Ils ont le droit, vous le savez, non seulement de représenter en plénitude l'entreprise, la société à l'égard des tiers, mais de désigner le personnel qu'ils veulent, d'ouvrir des agences, de les fermer, de vendre les biens, de lancer des OPA, etc. sous réserve bien entendu de ce que peuvent prévoir les statuts, et encore ces statuts ne sont pas opposables aux tiers. Autrement dit, la gestion, telle que nous

L'EXPERT FACE A LA FAUTE DE GESTION

la comprenons dans le droit économique, est bien au-delà de la notion civile de gestion : c'est la disposition au sens plein du terme.

Mais ce dirigeant, il se heurte dans la loi même à des limites, et Dieu sait si cette loi est riche et mérite d'être élarguée sur ce plan là. C'est l'avis de beaucoup.

D'abord des principes, nous le savons bien. Ces principes, quels sont-ils ? D'abord le principe de la hiérarchie des organes. Vous savez bien que chez nous, et Monsieur le Président Gandur le disait, il y a cette idée que l'assemblée c'est le pouvoir souverain. En réalité, déjà dans nos textes, nous savons que ce n'est pas vrai, puisque le vrai patron, par le système même de la loi, c'est le gérant, c'est le président, éventuellement assisté du directeur général.

A partir de là, l'assemblée, regardons les choses telles qu'elles sont, est un organe qui consacre, qui ratifie, qui vote des projets qui lui sont présentés, autrement dit, elle a un rôle relativement effacé. Depuis des années, on essaye de ranimer l'assemblée. Quels sont les résultats ? Ils sont relativement faibles. L'effort est mis en réalité sur les pouvoirs intermédiaires, qui sont les conseils de surveillance et les conseils d'administration, car la jurisprudence développant la loi a imposé aux dirigeants de fournir aux membres du conseil d'administration toutes les informations pour qu'ils exercent leurs fonctions et attend d'eux en contrepartie qu'ils les exercent, d'où indiscutablement une évolution, et une évolution qui commence à se développer. Ceci dit, raisonnablement. Les choses doivent se faire sous le contrôle attentif des juges.

Deuxième limite, deuxième garde-fou, deuxième référence, l'objet social. Le dirigeant commet une faute s'il ne respecte pas l'objet social. Bien sûr, cet objet est défini de façon très large, l'objet. Il n'empêche que si le dirigeant dépasse l'objet social dans les sociétés de personnes, les tiers risquent d'être en difficulté et de se retourner vers lui ; et les associés, de toute façon, même dans les grandes sociétés anonymes et les SARL lui demanderont des comptes. Donc, au regard de l'objet social, c'est aussi une faute de gestion de ne pas le respecter.

Et puis, il y a cette si délicate et si controversée référence, qui est l'objet de tous les débats à l'heure actuelle, et passablement en matière de doctrine, mais aussi en matière de pratique, l'intérêt social. Qu'est-ce que l'intérêt social ? Dans une approche première, mais qui est remise au goût du jour, on peut dire que l'intérêt social c'est l'intérêt des associés. Et, à l'heure actuelle, nous entendons les grandes associations d'actionnaires françaises et anglo-saxonnes exprimer avec force qu'il n'y a que l'intérêt social et il n'y a que les assemblées à définir cet intérêt social. Et on nous parle des fonds de pensions américains qui finalement, s'il n'y a pas de rentabilité totale, « voteront avec leurs pieds », comme on dit, et s'en iront. Et quand on nous dit qu'il y a 35 % du capital des sociétés françaises détenues par eux, cela risque de faire mal.

Mais l'intérêt social n'est pas à l'heure actuelle dans notre pratique et dans notre loi, et pas simplement en France, je pense assez largement dans la conception européenne, ce n'est pas cela simplement le seul intérêt des actionnaires.

Regardons notre loi des sociétés. Constatons cette possibilité de faire désigner l'expert de minorité par le Parquet, par le comité d'entreprise, par la COB. La récusation des commissaires aux comptes ou leur révocation par bien des personnes aussi. Les procédures d'alerte, pas simplement par les associés. L'EURL distingue totalement la société de l'associé unique. Dans le droit pénal encore, la jurisprudence de la chambre criminelle considère que ce n'est pas parce qu'on a

voté à l'unanimité pour autoriser un dirigeant à effectuer une opération qui constitue un abus pour la société que celui-ci est dégage.

La société existe comme un agent économique, je crois que c'est une donnée actuelle, et on en tire au niveau de la jurisprudence toutes les conséquences. En tous les cas, c'est une référence fondamentale. Elle est, sans doute, bien difficile à définir, mais, heureusement pour les experts et pour les juges, elle n'est en réalité mise en cause que lorsqu'il y a perversion avec utilisation d'une opération dans un intérêt personnel. Et il y a pour le juge cette référence à l'intérêt personnel du dirigeant et pour l'expert, qui effectivement le soulage dans sa quête. Il y a aussi l'égalité des actionnaires, des associés à respecter. C'est une mesure que l'on trouve partout. Le commissaire aux comptes veille à l'égalité des associés précise la loi.

Toutes ces règles là, ces grands principes, doivent dominer notre démarche. La jurisprudence a ajouté ce qui va à la rencontre, mais qui n'est pas proprement d'influence anglo-saxonne, des notions de loyauté que l'on rencontre de plus en plus, qui dépassent les textes. Actuellement en France, on a énormément de règles qui occultent dans la loi sur les sociétés les réalités, de telle manière qu'un certain nombre de dirigeants se considèrent comme tranquille parce qu'ils ont respecté la règle formelle, comme un non croyant irait à la messe et ferait tous les gestes qui s'imposent, mais en réalité l'essentiel qui est derrière et qui sous-tend ces textes n'est pas forcément respecté. Or le juge, l'expert maintenant, va à la recherche de ces éléments essentiels : loyauté, transparence, respect de l'égalité. C'est un point important et qui rapproche à mon avis les législations de droit écrit et de *Common Law*. Dans le même temps où la réglementation anglaise, pour tenir compte des directives européennes, est en train de construire un droit écrit, et bien nous, nous allons par-delà notre droit écrit vers des réalités de déontologie. Je crois que cela, c'est important.

Toutes ces règles de principe sont traduites dans notre loi et de façon très lourde, qui ne permet pas le développement du contrat et qui occulte donc ces vérités.

A partir du moment où on viole les règles légales, comme par exemple l'interdiction de recevoir un prêt pour le dirigeant ou le fait que l'on n'a pas respecté les conventions réglementées qui permettent d'empêcher des transactions indirectes ou par personne interposée, et il y a de multiples autres exemples, à partir de ce moment là, il y a une faute de gestion et là, on est relativement tranquille car on se réfère à la règle écrite.

Mais où les choses sont les plus délicates, c'est effectivement lorsqu'il s'agit de la gestion pure, de la faute de gestion pure, c'est-à-dire sans perversion de l'intérêt personnel et sans qu'il y ait la violation d'une règle formelle, et c'est là, Messieurs les Experts, que vous rencontrez de grandes difficultés et que se trouvent les problèmes les plus délicats.

Bien sûr, il y a le fait du dirigeant qui est incompetent ou qui ne fait rien, ce que l'on arrive à déterminer assez rapidement. Mais la question de l'appréciation de la stratégie du dirigeant est un tout autre problème. Nous y reviendrons.

Il y a une autre réglementation, puisque je passe très rapidement en revue les réglementations, dont on a parlé indirectement, et qui a pourtant une grande importance. Mais pour vous, experts, vous y êtes moins impliqués. C'est la réglementation boursière. La réglementation boursière pose en matière de gestion des problèmes considérables, qui sont assez largement occultés parce qu'il y a le poids positif des autorités de contrôle boursières et des autorités comme la COB. Vous

savez comme moi que le porteur de titres, l'investisseur, est traité comme titulaire d'un produit d'épargne et traité comme tel, c'est-à-dire assez largement comme un consommateur.

On ne le traite pas comme associé ou plutôt de moins en moins, il l'est pourtant, et on va assurer la protection de l'épargne par la COB, en veillant, s'agissant de produits qui sont transmis au public, qui sont aux mains du public, qui sont largement diffusés, avec une extrême attention à ce qu'il n'y ait pas d'abus, que ces titres ne soient pas fragilisés par des gestions dangereuses ou abusives, des manipulations de cours, des procédures d'initiés, etc. Donc, on veille. Mais, à cette occasion, réfléchissons au pouvoir en matière boursière des dirigeants. Il est considérable. Je vous dirai même qu'on peut sourire quand on voit par comparaison l'archaïsme de certaines autorisations qui sont demandées dans le droit des sociétés. Le dirigeant peut seul inscrire ses titres à un marché réglementé. Ce n'est pas énorme, cela ? Il peut seul lancer une OPA. Vous savez ce que cela peut donner, une OPA ? Les autorités boursières nous disent qu'elles sont très attentives à ce qu'il n'y ait pas d'abus pendant l'opération, etc. Bon. J'ai dans ma carrière vu un certain nombre d'OPA, et on sait très bien les risques qu'il y a, même pour celui qui a gagné, d'avoir finalement obtenu des appuis bancaires qu'en contrepartie il faudra payer. Et le « Chevalier Blanc » qui vient au secours de l'autre, aussi il faudra le satisfaire. Qu'est-ce qui reste après une OPA ? Personne ne le dit et c'est une gestion passionnante. Qui vous dit qu'un jour, hors les circuits habituels des autorités de contrôle boursières, vous n'aurez pas une association d'actionnaires qui prendra des initiatives par référence au droit des sociétés ? Pour l'instant on n'en parle pas et on se bat uniquement sur la base des textes boursiers. Les droits de retrait, les problèmes de ce type-là sont soumis aux tribunaux, les associations d'actionnaires ne parlent que des droits boursiers. Mais qui vous dit qu'un jour, on ne tentera pas, à un moment où on fait feu de tout bois dans ces bagarres, qu'est-ce qui ne vous laisse pas supposer qu'il n'y aura pas un jour dans une action menée par des actionnaires ou leurs associations des experts désignés dans ces domaines-là pour voir s'il n'y a pas des fautes de gestion par-delà les analyses qui sont faites par les autorités boursières ? Vous savez le rôle que jouent à l'heure actuelle les tribunaux ? Ils sont très fermes dans l'encadrement, ils sont extrêmement attentifs à ce qui passe, et ils ne font pas de cadeaux à qui que ce soit. Ils savent, car ces autorités mènent une action de moralisation qui est forte, qui est essentielle, mais ceci dit, la justice doit être là et jouer son rôle, qui est et doit rester déterminant.

C'est le législateur qui a consacré fermement le rôle de la cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation sur les recours des autorités boursières. On a pu constater que ces juridictions ont entendu jouer leur rôle avec détermination et clairvoyance.

Et les OPCVM ? La gestion collective de l'épargne par SICAV ou Fonds communs pose aussi des problèmes. Les OPCVM sont extrêmement encadrés mais soulèvent aussi des problèmes de gestion pour les gestionnaires de l'épargne. Personne n'en a beaucoup parlé. Et pourtant, on a relevé certaines opérations, il y a quelques années, j'espère qu'elles ont disparu, où l'OPCVM, l'intérêt du client..., on y voyait plutôt l'intérêt du dépositaire, de sa banque, du gestionnaire etc., quand il y avait des opérations en cours. Là aussi, il peut y avoir un jour quelques surprises et un développement juridique et un développement procédural intéressant. C'est pour vous dire que ces problèmes sont susceptibles de développements dans les années qui viennent sur le fondement de fautes de gestion.

Enfin, il y a, hélas tous les jours et malheureusement trop largement, des problèmes de procédure collective. Alors là, le dirigeant n'a plus de pouvoir. Il est sous tutelle, il disparaît, mais on pense à lui, à ses biens personnels, quand il s'agit de combler les insuffisances d'actif de l'entreprise. Et alors, là, l'article 180 et bien d'autres articles de la loi de 1985, qui énumèrent ce que sont des actes de gestion critiquables vont pouvoir être invoqués. Le champ d'action est ici immense. Souvent, Dieu merci, les problèmes de stratégie sont assez secondaires parce qu'il y a souvent eu des retards à déclarer, la cessation de paiement ou il y a le fait qu'on n'avait pas suffisamment de fonds propres, là c'est quelque chose de pointu, c'est assez difficile. Je ne sais pas ce qu'en pense M. Armand-Prevost, mais là, quand on se trouve devant ça, on est en difficulté.

Ce qui m'a beaucoup frappé, Mesdames et Messieurs, dans les interventions de grande qualité qui se sont succédées, c'est le sérieux, c'est la prudence de la démarche décrite de l'expert.

Celui-ci, dans l'identification éventuelle d'une faute de gestion, n'instruit pas seulement à charge. Il apprécie parmi les nombreux éléments qu'il inventorie ceux qui pèsent pour et ceux qui pèsent contre. Il le fait au cours d'une procédure qu'il entend mener loyalement, en respectant pleinement le contradictoire. Il se place, et cela est bien entendu fondamental, à la date où les faits reprochés se sont situés et non au moment, bien postérieur, où ils sont appréciés. Il tient compte de la manière dont le dirigeant s'est comporté, compte tenu de la taille de son entreprise, de son environnement, de l'information qu'il a reçue ou qu'il aurait dû recevoir ou chercher à recevoir. Finalement, il procède par petites touches et assoit sa conviction et ses analyses, communiquées au juge, sur une approche réellement étayée et faite de bonne foi.

Cela n'est bien sûr pas toujours aisé, s'agissant d'apprécier les stratégies de gestion d'un dirigeant. Celui-ci doit prendre des risques, on ne peut pas nécessairement lui reprocher ses échecs. Le non-respect de règles légales, la découverte d'opérations clairement abusives faciliteraient la tâche de l'expert. Dans les autres cas, l'expert devra compter sur son expérience, sur celle confrontée de ses confrères, sur la connaissance de la jurisprudence des tribunaux qui ont pu connaître des cas d'espèce voisins. Il se fixera ainsi des lignes de conduite par référence.

Pour terminer, permettez-moi de vous exprimer clairement et simplement mon sentiment.

Vous savez, le juge du fond fait beaucoup confiance à l'expert, le juge de cassation fait beaucoup confiance au juge du fond. Mais je dois vous dire, puisque M. Gandur pour commencer parlait du rôle de la Cour de cassation, que la Cour de cassation n'est pas si loin des faits. La Cour de cassation, par exemple, est très attentive en matière de procédure collective, comme l'établit une jurisprudence récente à contrôler comment on définit un dirigeant de fait, car certaines juridictions ont consacré des solutions qu'elle ne pouvait pas laisser passer. Elle est très attentive aussi à contrôler ce qu'est une fictivité d'entreprise et une confusion des patrimoines, car certaines juridictions de fond par automatisme et sans raisonnement convaincant, ou même sans aucun raisonnement, avaient tendance à impliquer des personnes physiques et morales uniquement pour combler le passif de l'entreprise avec de graves conséquences.

Vous savez, le président que je suis, et je vais vous faire une confidence, est nécessairement sévère quand il se trouve devant des dirigeants qui ont abusé de leurs


L'EXPERT FACE A LA FAUTE DE GESTION

pouvoirs. Vous savez comme moi qu'on en trouve. Abusé de leurs pouvoirs vis-à-vis de leurs coassociés, abusé de leurs pouvoirs vis-à-vis de leurs créanciers, abusé de leurs pouvoirs vis-à-vis de leurs concurrents, abusé de leurs pouvoirs par une concurrence déloyale, abusé de leurs concurrents par la corruption et l'obtention abusive de marchés. Mais il est assez bienveillant et sensible quand il rencontre une procédure collective dans laquelle un homme essaye de se défendre et de défendre une entreprise familiale qu'il a reprise de son père et de son grand-père, et qui s'est retournée pour des raisons économiques. Certes, cet homme a pu dans sa démarche commettre des imprudences, faire des choix malheureux, mais il doit bénéficier d'une certaine indulgence.

Je pense qu'il faut faire preuve quand on est magistrat de sévérité par la force des choses dans un certain nombre de cas et d'humanité dans d'autres. Je sais, Mesdames et Messieurs les experts, que c'est aussi votre point de vue et je vous fais confiance.

Je terminerai par une dernière observation plus décontractée. Vous avez beaucoup parlé de moi en citant un ouvrage qui est ancien. Vous savez, le magistrat quand il arrive en fin de carrière, il se dit qu'il a vieilli, il a acquis beaucoup d'expérience et s'est sans doute un peu bonifié. Un ouvrage qu'on a écrit, quand il date de 12 ou 13 ans, a des lacunes, il a des faiblesses. Je vais avoir bientôt le temps de le réécrire lorsque je serai en retraite. Je pense donc que je l'améliorerai par rapport à la précédente édition. Mais ce dont je suis convaincu, c'est que seront nourris les meilleurs de ses chapitres aux fruits de vos pratiques et de votre doctrine qui m'ont fortement marqué pendant des dizaines d'années à travers vos rapports, nos conversations, vos interventions lors de multiples congrès et séminaires.

Merci pour tout cela et tous mes vœux pour que vous continuiez à œuvrer avec indépendance et compétence pour une justice plus forte et plus équitable.

 N.D.R

Nous reproduisons ci-après, avec l'aimable autorisation du Directeur de la Publication que nous remercions, le texte d'un article paru sous la remarquable plume de Monsieur Vincent LAMANDA, Premier Président de la Cour d'Appel de VERSAILLES. Nous en recommandons la lecture, tant pour la richesse historique de son contenu que pour les qualités exceptionnelles du style et de l'écriture

Pérennité et changement

Il existe, à mon sens, dans notre histoire judiciaire trois grandes périodes auxquelles correspondent des conceptions architecturales distinctes et caractéristiques.

Celles-ci ne résultent pas seulement des modes du moment dans la manière de construire. Elles sont aussi et même surtout le reflet d'évolutions profondes de la société.

J'excepte de cette série le temps, relativement proche, mais heureusement éphémère, des cités judiciaires bâties à la périphérie de nos villes sur le modèle dépassé des cités administratives et des grands ensembles.

Les trois périodes dont je vais parler correspondent, selon moi, à trois types de bâtiments judiciaires très symboliques que je vous propose de nommer respectivement : le Palais Royal, le Temple de Thémis, l'Hôtel des Droits de l'Homme. Chacun est issu du précédent et contient déjà en lui-même les éléments du suivant, à la manière de ces poupées russes qui s'emboîtent l'une dans l'autre, en conservant des traits communs en dépit d'un changement d'échelle.

Voyons d'abord le Palais Royal.

Le Palais Royal

Le roi de France, à qui le plus humble de ses sujets pouvait faire appel, a commencé



Photo Jean-René Tancrede - Téléphone : 01.42.60.36.35

*Vincent Lamanda, Premier Président
de la Cour d'Appel de Versailles*

à asseoir son autorité aux dépens de la féodalité par son rôle judiciaire : le roi rendait justice ; le roi était justice. C'est le symbole de Saint-Louis sous un chêne à Vincennes.

Rendre la justice est, en effet, la vocation première du pouvoir royal. Dire la loi est une mission accessoire et comme surajoutée aux silences de la coutume. C'est en tant que justice incarnée que l'institution monarchique

a conquis son royaume.

Lors du sacre, l'archevêque de Reims remettait au roi la main de justice, signe d'équité, et l'épée, glaive de justice. Il la bénissait, la lui ceignait au côté, puis la reprenait et la lui rendait encore deux fois en disant : "prends cette épée, afin que, par son secours, tu exerces la puissance de la justice et détruises la puissance des méchants". Ainsi, le roi recevait de Dieu pouvoir de rendre justice, pouvoir surnaturel. L'essence royale et religieuse de l'institution judiciaire a marqué fortement la justice de l'Ancien Régime comme les bâtiments qui l'abritaient.

A partir du 13^{ème} siècle l'ampleur des tâches du roi grandissait avec l'extension rapide du domaine royal, le monarque qui, jusque-là, s'efforçait d'expédier lui-même les affaires, dut se résigner à déléguer ses prérogatives à des conseils de techniciens. Le plus important d'entre eux, la curia regis in parlamento, la cour du roi en sa fonction judiciaire, le "parlement", s'installa dans ses appartements.

Notre justice demeure marquée par cette origine monarchique et influencée dans ses modes de fonctionnement par le palais des Capétiens qui l'a vu naître. Elle y a pris ses habitudes ; y a assis ses pratiques ; en a tiré une partie de son vocabulaire.

Si nous continuons à nommer palais les bâtiments où la justice est établie, c'est que le roi a laissé son palais aux juges, lorsqu'il a quitté l'enceinte moyennageuse de l'Île de la Cité pour la rive droite de la Seine.

Si nous continuons à nommer chambres les salles où la justice est rendue, c'est qu'il y a sept siècles, les juges ont élu domicile dans la chambre d'apparat du roi, la grand'chambre dorée.

Si nous continuons à nommer cours, certaines formations de jugement, c'est que les premières juridictions étaient composées des principales personnes qui constituaient l'entourage du roi et résidaient effectivement dans sa cour.

Si nous continuons à nommer audience la séance d'une juridiction, c'est qu'à l'origine, le monarque donnait lui-même audience à ceux de ses sujets qui lui demandaient justice.

Si nous continuons à nommer placet l'exemplaire d'une assignation déposé au greffe en vue de sa mise au rôle, c'est que, pour obtenir audience, les solliciteurs priaient le roi qu'il lui plaise (placet en latin) leur accorder la faveur de les entendre. Leurs requêtes étaient inscrites à la suite sur un rouleau de parchemin : un rôle. Ils étaient introduits auprès du roi dans l'ordre où apparaissaient les inscriptions, au fur et à mesure que le rôle était déroulé, "à tour de rôle".

Si nous continuons à nommer mise sous main de justice et mainlevée certaines mesures judiciaires, c'est que le roi était censé abaisser la main de justice (mainmise) ou la redresser (mainlevée) pour indiquer sa décision.

Si nous continuons à nommer parquet le lieu où se tient le ministère public, c'est que ce mot désignait dans la grand'chambre l'enceinte délimitée sur trois côtés par les sièges des juges et sur le quatrième par la barre, ce cœur de la salle, espace clos et sacré, petit parc ou "parquet", que traversaient les gens du roi pour gagner leur place et où s'avançaient les gens d'armes pour faire le récit de leurs investigations, pour en dresser au parquet le procès-verbal.

Si nous continuons à nommer barre l'ensemble des avocats, c'est que ceux-ci se tenaient précisément

derrière la barre qui fermait le parquet.

Si nous continuons à nommer bâtonnier le chef de leur ordre, c'est que le roi lui avait conféré le privilège, dans les processions de la confrérie de Saint-Nicolas, de porter le bâton, c'est-à-dire la bannière de ce saint.

Si nous continuons à nommer huissiers certains auxiliaires de justice, c'est que leurs devanciers étaient chargés de garder les portes de la chambre du souverain, d'en ouvrir les battants ou d'en maintenir les "huis clos", ainsi que de contrôler l'accès au parquet de la cour, en priant ceux qui n'étaient pas admis à s'y asseoir, de demeurer sur le sol pavé de la salle, de "rester sur le carreau".

Si les juges continuent, lors des rentrées solennelles de leurs compagnies judiciaires, à prononcer des discours, dits mercuriales, c'est que le jour du XIV^{ème} siècle où on le fit pour la première fois dans la grand'chambre du Palais de Paris était un mercredi, jour de Mercure.

Le palais royal avec sa grand'chambre dorée, sa salle des fêtes, devenue salle des pas perdus, et sa chapelle, la Sainte-Chapelle, où seront célébrées les messes rouges, inspirera les cours de parlement de province. Elles seront aménagées à son image. Tout palais d'une cour de parlement est lui aussi un palais royal, celui de la justice du roi dans la capitale d'une province.

Qu'il soit établi dans un ancien palais ducal ou dans un bâtiment spécialement édifié ou réaménagé pour l'abriter, il est construit sur le modèle des châteaux urbains.

Si l'on trouve souvent dans ce palais les allégories et les attributs traditionnels de la justice, puisés dans la Bible ou dans l'Antiquité, on y remarque surtout des emblèmes royaux et des symboles religieux. Partout domine la fleur de lys. En plomb doré, elle se détache sur le ciel, rythmant l'épi de faitage des toits. Sculptée dans la pierre, elle orne les linteaux des portes et les encadrements des fenêtres. Brodée au fil d'or, tissée sur des métiers de haute ou de basse lisse, elle couvre les murs comme les sièges des salles. Peinte avec élégance sur les décors des lambris, elle en rehausse la splendeur. Le roi était bien là chez lui. Nul ne pouvait l'ignorer. Et la Justice était épaulée par la religion. Pas de Palais sans chapelle. Chaque matin d'audience, la cloche y appelait à la messe de six heures. Pas de chambre, fut-elle du conseil, sans crucifixion, image de la plus célèbre erreur judiciaire de tous les temps, destinée à l'édification du juge tout autant, voire davantage, qu'à celle des personnes devant comparaître devant lui. C'est agenouillés, une main sur les Evangiles et l'autre tenue entre celles du premier président que prêtaient serment les dignitaires du royaume, venus faire enregistrer à la cour leurs lettres de commission.

A l'instar des cours de parlement, les bailliages, une trentaine au XIV^{ème} siècle, 400 au XVIII^{ème}, seront, en réduction, de petits palais royaux. Au rez-de-chaussée en contrebas, dans ce que l'on nommait alors les souterrains, se trouvaient les cachots ou geôles. Y étaient enfermés les prévenus en instance de jugement qui y recevaient douloureusement la question. Au premier étage, étage noble des demeures seigneuriales, un vestibule, conduisant en général à une petite chapelle, séparait deux salles d'audience. L'une où opérait le lieutenant général civil, celui tenant lieu effectivement de bailli, l'autre dans laquelle siégeait le lieutenant

général criminel.

Les peines prononcées par celui-ci, comme par la chambre de la Tournelle de la cour de parlement, étaient essentiellement des châtimens corporels. La prison pour peine est quasiment inconnue sous l'Ancien Régime. La souffrance étalonne alors presque toutes les peines. Il s'agissait de faire expier dans sa chair le coupable, d'extirper de force le démon qui s'était introduit en lui et de lui rendre ainsi sa dignité d'homme, au besoin par le sacrifice de sa vie. Il fallait éviter qu'il n'aille brûler indéfiniment en enfer. Peu importait la vie sur terre. Seule comptait la vie éternelle.

Mais le monde du palais royal, c'est surtout celui de la justice civile, variable d'une province à l'autre, au gré des coutumes : univers des plaideurs, de la chicane et de la basoche, avec ses procureurs (on dirait aujourd'hui ses avoués) et ses greffiers, maniant les sacs à procès. Jusqu'à la Révolution, les écritures et les pièces de procédure étaient conservées dans des sacs de jute suspendus à des crochets. Quand le dossier était prêt, le procureur disait à son client : "l'affaire est dans le sac". Et, à l'audience de plaidoiries, dans la grand'chambre dorée, l'avocat devant la cour "vidait son sac".

Un palais royal était le lieu où les sujets venaient réclamer justice ou bien se faire châtier. En y pénétrant, ils devaient immédiatement percevoir la grandeur du monarque et la puissance qu'il tirait de l'onction divine. Les jugements et les arrêts y étaient évidemment prononcés au nom du roi. La justice étatique était d'autant plus imposante qu'elle concentrait entre les mains de ceux qui la rendaient, presque tous les pouvoirs de la monarchie. Le juge était alors aussi un administrateur.

On trouve encore la trace de cette symbolique royale et sacrée en visitant les anciennes cours de parlement, notamment à Toulouse, Dijon, Grenoble, Rouen, Rennes, Douai et bien sûr Paris.

Le Temple de Thémis

Avec le développement des Lumières au XVIII^{ème} siècle, puis avec la Révolution française, cette conception monarchique et religieuse de la Justice s'estompe et disparaît. L'esprit des lois, les délits et les peines, le contrat social deviennent le nouveau credo. Mais c'est souvent dans le Palais Royal et par ceux qui le fréquentaient, que ces principes libéraux ont d'abord été exposés. Sous l'Empire, le rétablissement de l'autorité de l'Etat passe par la restauration de l'autorité de la justice. Si l'héritage est transmis, il est toutefois quelque peu dévalué. Les juges demeurent sous surveillance : juridictions d'exception et épurations judiciaires marqueront tout le XIX^{ème} siècle, période d'intense construction de Palais de Justice. Comme si l'effort du pays en faveur de la justice était à la mesure de la soumission que les hommes politiques attendaient d'elle.

La justice devait défendre l'ordre rétabli

après maints tumultes et contraindre les mauvais citoyens à rentrer dans le rang. Il ne s'agissait plus en effet d'impressionner par la pompe et la magnificence de simples sujets. Le caractère solennel et rigoureux de l'institution devait frapper l'esprit des citoyens.

Dans le temple de Thémis, un emmarchement important permet d'accéder à un péristyle avec colonnes surmonté d'un fronton triangulaire. Après avoir franchi de grandes et lourdes portes de bois ou de bronze, on entre dans une salle des pas perdus impressionnante par son volume et son dépouillement. C'est une architecture lapidaire. Les parties du bâtiment sont en général symétriques, comme les plateaux de la balance situés de part et d'autre du fléau central qu'on est tenté de confondre avec le glaive de la justice. Dans les salles d'audience à demi lambrissées, les fenêtres sont placées en hauteur. Elles diffusent avec parcimonie la lumière. Tout annonce la répression et l'emprisonnement proche pour qui viole la loi. La prison jouxte d'ailleurs en principe le palais, au cœur de la ville. C'est qu'elle est devenue le lieu privilégié d'exécution des sanctions. Le temps étalonne désormais presque toutes les peines. Il doit permettre la réadaptation du coupable par la méditation, la prière et le travail.

Les juges siègent derrière un bureau, ce qui est une nouveauté. Ils sont assis dans des fauteuils placés sur une estrade élevée qui domine la salle. Des lampes à abat-jour concentrent l'attention sur les dossiers et sur les codes, laissant dans la pénombre les visages et transformant presque le bureau du tribunal en autel.

Du haut de son siège, le juge célèbre le culte de la loi, la même pour tous sur l'ensemble du territoire national, volonté du peuple dictée par ses représentants. Il dit le droit et fait la morale aux citoyens égarés. Il veille au respect du droit sacré de la propriété et des stipulations des contrats : le contrat social, le contrat civil (c'est le règne du principe de l'autonomie de la volonté), le contrat de famille (c'est la puissance du père de famille).

Alors que la justice civile prend son temps. La justice pénale hâte son verdict. La justice la plus symbolique est celle des assises avec son décorum particulier, piquet d'honneur présentant les armes, robes rouges, gants blancs et décorations pendantes. Les décisions sont rendues au nom du peuple français. Celui-ci est directement associé au jugement des affaires criminelles par l'intermédiaire des jurés. Mais ce sont le plus souvent des notables qui s'expriment.

Le cadre architectural met en scène une justice théâtrale et romanesque. Le temple de Thémis a ses habitués, public attiré des audiences pénales, gens de justice caricaturaux aux amples effets de manche et aux plaidoiries ambulatoires. Les avocats qui sont devenus les grands prêtres du temple, font la politique dans le prétoire, antichambre des assemblées législatives depuis la Révolution française.

Avant celle-ci, les magistrats, en dehors de l'audience, travaillaient et étudiaient dans leur hôtel particulier. Dorénavant, le président, le pro-

cureur et ses substituts, ainsi que les juges d'instruction disposent de bureaux. Autre grande innovation : la bibliothèque. Le plus souvent inexistante dans le Palais royal, elle devient l'une des pièces centrales du temple de Thémis. Codes et lois y sont pieusement conservés. L'histoire y a aussi sa place, de même que les sciences positives, au premier rang desquelles la médecine légale.

Les symboles sont essentiellement classiques. La justice est suggérée par le glaive et la balance, le miroir de la vérité sur lequel s'enroule le serpent du mensonge. La loi et le droit voient leurs noms gravés sur les murs, peints sur les plafonds ou tissés sur les tapis, en français ou en latin. Le drapeau tricolore, le buste de Marianne, les faisceaux de licteur évoquent la force et l'autorité de l'Etat.

L'image du temple de Thémis marque toujours fortement les esprits. Longtemps encore, l'institution judiciaire en restera imprégnée. Cependant, il me semble qu'est apparu depuis une vingtaine d'années un nouveau type de palais de justice. Je propose de le nommer l'Hôtel des Droits de l'Homme. Il correspond à une évolution profonde de l'institution judiciaire, mouvement qui a pris naissance au sein même du temple de Thémis, en réaction notamment contre les conceptions obsolètes qu'il manifestait.

L'Hôtel des Droits de l'Homme

Les palais récemment construits sont de prime abord très divers. Alors qu'au XIX^{ème} siècle la commission nationale à qui était systématiquement soumis tous les projets d'architecture judiciaire, avait imposé un type de bâtiment au fort symbolisme, le ministère de la justice, à la fin du XX^{ème} siècle, n'a ni arrêté une doctrine architecturale particulière, ni même suggéré une vision de la justice que la construction aurait dû exprimer. Et pourtant, on ne peut qu'être frappé, à l'examen des projets déjà réalisés du programme pluriannuel d'équipement judiciaire, de constater qu'en dépit de leur grande disparité apparente, ils ont tous en commun de prendre en compte à la fois la solennité de la justice, la spécificité de la mission du juge, son ouverture sur la cité et la transparence nécessaire de son action.

Trait caractéristique identique : même dans les réalisations où le verre est peu utilisé, un traitement spécial de la lumière a été étudié.

La lumière est là pour rassurer le justiciable : la justice sera clairvoyante. En outre, l'entrée dans un palais de justice ne doit plus impliquer une impression d'enfermement. La prison d'ailleurs a le plus souvent quitté la proximité du tribunal et le centre de la ville pour sa périphérie. Plus de conciergerie, ni même de souricière dans ce nouveau palais ; seulement des "attentes gardées".

L'accueil est recherché, développé dans la salle des pas perdus, qui devient un lieu d'informations et de rencontres. Notre époque ne permet plus de perdre ses pas. La salle des pas

perdus n'est donc plus essentiellement celle où l'on attendait avec anxiété soit son tour pour comparaître devant un juge, soit un verdict après le délibéré.

Le palais de justice abrite toujours des salles d'audience. Mais c'est aussi un immeuble de bureau. Y travaillent de multiples employés dans de nombreux services. Des magistrats spécialisés y reçoivent différents publics dans des cabinets ou des salles de réunion appropriés. Beaucoup de stagiaires, d'auxiliaires et de partenaires de justice s'y rendent quotidiennement.

Le juge n'est plus seulement celui qui tranche un conflit selon des règles particulières. Il devient un acteur de la régulation sociale. Le juge de l'application des peines, le juge des enfants, le juge des tutelles, le juge du surendettement se sont vus confier la mission de réguler une situation en leur qualité de gardien des libertés individuelles.

Dans l'Hôtel des Droits de l'Homme le juge cherche moins à imposer sa décision qu'à entraîner l'adhésion à la solution qu'il préconise, voire qu'il a suggéré de négocier.

Ce nouveau palais est celui d'une justice universelle, destinée dès lors non plus au seul citoyen, mais au justiciable, vocable neutre, aujourd'hui couramment utilisé. Un justiciable c'est un être humain, quelles que soient son origine, sa culture, sa race, son âge.

Cet Hôtel des Droits de l'Homme est ouvert sur le monde, ce que facilitent les nouveaux moyens de communication. Nos lois hexagonales y sont elles-mêmes soumises à des principes généraux supérieurs ou à des normes supranationales qui fondent la civilisation occidentale et devant lesquelles elles s'effacent.

Chacun doit pouvoir entrer dans l'Hôtel des Droits de l'Homme avec confiance pour y faire valoir ses droits et non plus seulement pour s'y faire rappeler ses devoirs, que ces droits aient été méconnus ou bafoués dans notre pays, ou parfois hors de ses frontières.

L'accès au droit est devenu l'une des missions importantes du président du tribunal.

En matière de peines, après la souffrance physique des châtimens corporels, puis le temps d'enfermement de la réclusion ou de la détention, la référence ne deviendrait-elle pas la privation de droits ?

Certes, l'emprisonnement subsiste, même si le bracelet électronique a l'ambition de le concurrencer. Mais il n'est plus conçu que comme une privation du droit d'aller et venir, l'administration pénitentiaire ayant à cœur que les détenus ne puissent être frustrés d'autres droits (droit de communiquer et de s'exprimer, de consommer, ou même de conserver une certaine vie familiale et sexuelle).

Le nouveau code pénal, qui dresse la liste des peines correctionnelles pour les personnes physiques, cite, au même titre que l'emprisonnement, les peines privatives ou restrictives de droit (suspension ou annulation du permis de conduire, confiscation, interdiction de porter une arme, retrait du permis de chasser, interdiction d'émettre des chèques, interdiction d'exercer une activité professionnelle). La privation d'un droit tend à devenir l'une des sanctions la plus péniblement ressentie.

Le monde de l'Hôtel des Droits de l'Homme ne se limite plus à celui des gens de justice. En font maintenant partie les multiples intervenants du processus judiciaire (éducateurs, interprètes, experts, enquêteurs de personnalité, conciliateurs, médiateurs, délégués du procureur, associations diverses, etc).

On est entré dans l'époque de l'Europe et de la mondialisation, de l'instantanéité et de l'individualisme. Dans ce que j'ai nommé l'Hôtel des Droits de l'Homme, un certain humanisme, une certaine transparence, une certaine célérité et une certaine personnalisation, sont nécessairement de mise.

Les jugements et les arrêts pourront-ils continuer indéfiniment à y être rendus au nom du peuple français ? Qu'on le déplore ou pas, ne seront-ils pas à terme prononcés au nom du pouvoir judiciaire, comme c'est déjà le cas par certains magistrats espagnols qui refusent de sta-

tuer au nom du roi ? Mieux, ne seront-ils pas un jour, plus ou moins proche, établis au nom des droits de l'homme ?

Une chose est sûre, les représentations symboliques qu'on trouve dans ce palais contemporain font souvent référence à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme ou évoquent les soupirs des exclus longtemps étouffés.

Contenu et contenant sont liés. Un palais de justice reflète son époque et le rôle qu'y joue le juge. Le palais royal, le temple de Thémis, l'hôtel des droits de l'homme correspondent chacun à une conception bien caractéristique de l'institution judiciaire.

Mais la marche du temps est continue. Sous ses trois visages distincts, c'est un palais de justice gigogne que j'espère avoir montré. Le dernier né est bien le fils du précédent, lui-même descendant d'un plus ancien.

La société change. La justice s'adapte. Elle se transforme, même si elle apparaît intangible avec ses costumes séculaires et la magie cérémonielle de son rituel immuable.

Concilier la pérennité avec le changement, c'est à quoi se sont attachés les architectes. Ils ont chaque fois essayé, avec plus ou moins de réussite, de répondre aux attentes cumulées de ceux qui leur ont passé commande, des utilisateurs et du public. Leurs réalisations ont ensuite été, tant bien que mal, ajustées aux évolutions de l'institution judiciaire et de sa charge de travail.

L'artiste souvent pressent mieux que quiconque l'avenir. Aux architectes donc, surtout à ceux qui sont de vrais artistes, d'imaginer la justice de demain et de continuer à construire ou à réaménager, pour les justiciables, pour les avocats, pour les greffiers et pour les juges, des palais de justice dignes de la seule institution à porter le nom d'une vertu.

*Vincent Lamanda, Premier Président
de la Cour d'Appel de Versailles*

**Le présent bulletin comporte plusieurs articles et textes divers
qui ont été publiés dans la GAZETTE DU PALAIS
Ils sont reproduits avec l'aimable autorisation du
Directeur de cette publication,
Maître J.G. MOORE
que nous remercions vivement**

**Les autres articles publiés dans le présent bulletin sont extraits
des revues ou quotidiens suivants :
"LES ANNONCES DE LA SEINE"
"LES PETITES AFFICHES"
«LES NOUVELLES PUBLICATIONS ECONOMIQUES ET JURIDIQUES»
"REVUE DE JURISPRUDENCE COMMERCIALE"
la revue "EXPERTS " (Revue du technicien des conflits)
Ils ont été reproduits avec l'aimable autorisation de
Messieurs les Rédacteurs en Chef de ces publications
que nous remercions vivement**