COMPAGNIE NATIONALE DES EXPERTS-COMPTABLES DE JUSTICE

(Cour de cassation, Cours d'appel, Conseil d'État, Cours administratives d'appel)

XLIXe CONGRÈS NATIONAL

JOURNÉE D'ÉTUDE

sur le thème

MISSIONS PARTICULIERES CONFIEES AUX EXPERTS-COMPTABLES DE JUSTICE : 1. MISSIONS D'ASSISTANCE ET D'INVESTIGATION DANS LES PROCEDURES COLLECTIVES 2. MISSIONS DE TIERS EVALUATEUR (articles 1592 et 1843-4 du code civil)

Cour d' appel de REIMS

8 octobre 2010

ACTES DES CONGRES
DE LA COMPAGNIE NATIONALE DES EXPERTS-COMPTABLES DE JUSTICE

XLVIIIe congrès national : Lyon, 9 octobre 2009. Sous la présidence de M. Vincent LAMANDA, premier président de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Dominique LENCOU, expert près la Cour d'appel de Bordeaux, agréé par la Cour de cassation.
L expertise comptable judiciaire des garanties d actif et de passif consécutives aux cessions de titres de sociétés.

XLVIIe congrès national : Caen, 24 octobre 2008. Sous la présidence de M. Vincent LAMANDA, premier président de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Michel ASSE, expert près la Cour d'appel de Rouen.
L'apport de l'expert-comptable judiciaire dans les affaires de contrefaçon.

XLVIe congrès national : Nancy, 12 octobre 2007. Sous la présidence de M. Vincent LAMANDA, premier président de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Henri LAGARDE, expert près la Cour d'appel de Toulouse.
L'expertise comptable judiciaire dans les affaires familiales.

XLVe congrès national : Riom, 6 octobre 2006. Sous la présidence de Mme Perrette REY, présidente du Tribunal de commerce de Paris, présidente de la Conférence des juges consulaires de France. Rapporteur général, M. Didier KLING, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
La loi de sauvegarde des entreprises et l'expert-comptable judiciaire.

XLIVe congrès national : Aix-en-Provence, 30 septembre 2005. Sous la présidence de M. Daniel TRICOT, président de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Pierre LOEPER, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire et la notion de valeur.

XLIIIe congrès national : Grenoble, 8 octobre 2004. Sous la présidence de M. Daniel TRICOT, président de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Didier FAURY, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire et l'évolution des normes comptables nationales et internationales (IFRS).

XLIIe congrès national : Tours, 11 octobre 2003. Sous la présidence de M. Jean-Claude MARIN, directeur des affaires criminelles et des grâces au Ministère de la justice. Rapporteur général, M. Jacques LOEB, expert près la Cour d'appel de Lyon.
Complexité des ensembles économiques, complexité des opérations, utilité de l'expert-comptable judiciaire.

XLIe congrès national : Colmar, 11 octobre 2002. Sous la présidence de M. Bruno COTTE, président de la chambre criminelle de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Michel DEVILLEBICHOT, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire et les droits des associés minoritaires.

XLe congrès national : Rennes, 5 octobre 2001. Sous la présidence de M. Jean BUFFET, président de la 2e chambre civile de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. André DANA, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
Le principe de la contradiction dans l'expertise en matière civile.

XXXIXe congrès national : Paris, 6 octobre 2000. Sous la présidence de M. Jean-Pierre DUMAS, président de la chambre commerciale de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Marc ENGELHARD, expert près la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, agréé par la Cour de cassation.
L'information financière et l'expert-comptable judiciaire.

XXXVIIIe congrès national : Douai, 8 octobre 1999. Sous la présidence de M. Jean-François BURGELIN, procureur général près la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Jean FOURCADE, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire et l'abus des biens sociaux.

XXXVIIe congrès national : Lyon, 9 octobre 1998. Sous la présidence de M. Pierre TRUCHE, premier président de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Pierre DARROUSEZ, expert près la Cour d'appel de Douai, agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire en matière de soutien abusif et de rupture brutale de crédit.

XXXVIe congrès national : Toulouse, 3 octobre 1997. Sous la présidence de M. Roger BEAUVOIS, président de la 3e chambre civile de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Marcel PERONNET, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire et la détermination des préjudices.

XXXVe congrès national : Montpellier, 25 octobre 1996. Sous la présidence de M. Pierre BEZARD, président de la chambre commerciale et de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. André DANA, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire et la transmission des entreprises.

XXXIVe congrès national : Dijon, 6 octobre 1995. Sous la présidence de M. Jean LEONNET, conseiller â la Cour de cassation. Rapporteur général, M. André GAILLARD, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire et le droit.

XXXIIIe congrès national : Orléans, 21 octobre 1994. Sous la présidence de M. Pierre BEZARD, président de la chambre commerciale de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Jean-Claude CAILLAU, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire et l'évaluation d'entreprises.

XXXIIe congrès national : Angers, 22 octobre 1993. Sous la présidence de M. Pierre BEZARD, président de la chambre commerciale de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Henri ESTEVE, expert près la Cour d'appel de Lyon, agréé par la Cour de cassation.
Le rôle de l'expert judiciaire dans la recherche de la responsabilité des dirigeants et des tiers concernés par les procédures collectives.

XXXIe congrès national Chambéry : 2 octobre 1992. Sous les présidences de M. Pierre BEZIO, procureur général près la Cour de cassation, et de M. Pierre BEZARD, président de la chambre commerciale de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Pierre DARROUSEZ, expert près la Cour d'appel de Douai, agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire et les infractions boursières.

XXXe congrès national : Paris, octobre 1991. Sous les présidences de M. Pierre DRAI, premier président de la Cour de cassation, et de M. Pierre BEZIO, procureur général près la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Jean CLARA, expert près la Cour d'appel

COMPAGNIE NATIONALE DES EXPERTS-COMPTABLES DE JUSTICE

(Cour de cassation, Cours d'appel, Conseil d'État, Cours administratives d'appel)

XLIXe CONGRÈS NATIONAL

JOURNÉE D'ÉTUDE

sur le thème

MISSIONS PARTICULIERES CONFIEES AUX EXPERTS-COMPTABLES DE JUSTICE : 1. MISSIONS D'ASSISTANCE ET D'INVESTIGATION DANS LES PROCEDURES COLLECTIVES 2. MISSIONS DE TIERS EVALUATEUR (articles 1592 et 1843-4 du code civil)

Cour d' appel de REIMS

8 octobre 2010

Sous le haut patronage de Madame Michèle ALLIOT-MARIE
Garde des Sceaux, Ministre de la justice et des libertés

et sous la présidence de Monsieur Vincent LAMANDA
Premier président de la Cour de cassation

La journée d'étude sur le thème :
Missions particulières confiées aux experts-comptables de justice
1. missions d'assistance et d'investigation dans les procédures collectives
2. missions de tiers évaluateur (art. 1592 et 1843-4 du code civil)

a été organisée par Monsieur Didier FAURY
Président de la Compagnie nationale des experts-comptables de justice

et par le bureau national de la Compagnie, ainsi composé pour 2010 :

Présidents d'honneur

Pierre DUCOROY - président 1980-1981	*(Montpellier – Nîmes)*
Félix THORIN - président 1982-1985	*(Paris – Versailles)*
Madeleine BOUCHON - vice-président 1980-1985	*(Paris – Versailles)*
Jean CLARA - président 1986-1989	*(Amiens – Douai – Reims)*
André DANA - président 1993-1995	*(Paris – Versailles)*
André GAILLARD - président 1996-1999	*(Paris – Versailles)*
Anne-Marie LETHUILLIER-FLORENTIN - président 2000-2001	*(Rouen – Caen)*
Rolande BERNE-LAMONTAGNE - président 2002-2003	*(Paris – Versailles)*
Marc ENGELHARD - président 2004-2005	*(Aix-en-Provence – Bastia)*
Pierre LOEPER - président 2006-2007	*(Paris – Versailles)*
Henri LAGARDE - vice-président 2004-2007	*(Toulouse – Agen)*
Bruno DUPONCHELLE – président 2008-2009	*(Amiens – Douai – Reims)*

Bureau national

Président	Didier FAURY	*(Paris –Versailles)*
Vice-président	Michel ASSE	*(Paris - Versailles)*
Vice-président	Bruno PIERRE	*(Rennes - Angers)*
Secrétaire général	Jacques RENAUT	*(Orléans - Poitiers)*
Secrétaire général adjoint	Pierre-François LE ROUX	*(Rennes - Angers)*
Trésorier	Didier CARDON	*(Paris –Versailles)*
Trésorier adjoint	Constant VIANO	*(Aix-en-Provence – Bastia)*
Membre chargé de mission	Pierre-Henri COMBE	*(Aix-en-Provence - Bastia)*
Membre chargé de mission	Dominique DUCOULOMBIER	*(Amiens – Douai – Reims)*
Membre chargé de mission	Dominique LENCOU	*(Bordeaux -Pau)*
Membre chargé de mission	Patrick LE TEUFF	*(Paris - Versailles)*
Membre chargé de mission	Jean-Luc MONCORGE	*(Lyon - Chambéry - Grenoble)*

et par la chambre régionale Amiens – Douai – Reims de la Compagnie,
dont le bureau était ainsi composé :

Président	Claude LEROY
Vice-président	Rémy HAESEBROUCK
Vice-président	Pierre SAUPIQUE
Vice-président	Antony SOUFFLET
Secrétaire	Daniel COLICHE
Secrétaire adjoint	Anne JULIEN-SOBESKY
Trésorier	Francis DEMILLY

TABLE DES MATIÈRES

Allocution de Monsieur Didier FAURY
Expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation
Président de la Compagnie nationale des experts-comptables de justice 9

Allocution de Monsieur Bernard VALETTE
Premier président de la Cour d'appel de Reims 11

Allocution de Monsieur Jean-François PASCAL
Procureur général près la Cour d'appel de Reims 12

Allocution de Monsieur Vincent LAMANDA
Premier président de la Cour de cassation 13

LES MISSIONS D'ASSISTANCE ET D'INVESTIGATION DANS LES PROCEDURES COLLECTIVES

Sous la présidence de Monsieur Vincent LAMANDA
Premier président de la Cour de cassation

Introduction de Monsieur Bruno DUPONCHELLE
Rapporteur général, expert près la Cour d'appel de Douai, agréé par la Cour de cassation 16

Les experts dans la loi de sauvegarde
Monsieur Olivier LE BERTRE, expert près la Cour d'appel de Rouen..... 17

La jurisprudence de la Cour de cassation
Monsieur Jean-Pierre RÉMERY, conseiller à la chambre commerciale, financière
et économique de la Cour de cassation 21

La conduite des missions
Monsieur Pierre LOEPER expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation
Monsieur Olivier LE BERTRE, expert près la Cour d'appel de Rouen..... 26

Table ronde : les attentes des juges, des administrateurs judiciaires et des avocats
animée par Monsieur Didier KLING, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation 31
avec la participation de :
Madame Michelle SIMON, président honoraire du tribunal de commerce
de Saint-Nazaire, Conférence générale des juges consulaires de France
Maître Emmanuel HESS, président d'honneur du Conseil national des administrateurs judiciaires
et des mandataires judiciaires
Maître Jean-Luc MERCIER, président d'honneur de l'Association syndicale professionnelle
des administrateurs judiciaires
Maître Guilhem BREMOND, avocat à la Cour d'appel de Paris

LES MISSIONS DE TIERS EVALUATEUR (art. 1592 et 1843-4 du code civil)

Sous la présidence de Madame Claire FAVRE
Président de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation

Introduction de Monsieur Bruno DUPONCHELLE
Rapporteur général, expert près la Cour d'appel de Douai, agréé par la Cour de cassation 40

Ouverture de la séance par Madame Claire FAVRE 40

Le cadre juridique des missions de tiers évaluateur
Monsieur Thierry SAINT-BONNET, expert près la Cour d'appel de Paris 41

La nature de la mission du tiers évaluateur
Monsieur Jacques MOURY, professeur à l'Université de Reims Champagne-Ardenne 48

La latitude du tiers évaluateur dans la conduite de la mission
Monsieur Jean-Charles de LASTEYRIE, expert près la Cour d'appel de Paris 51

La responsabilité du tiers évaluateur
Monsieur Jean-Luc FOURNIER, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation 54

Le contenu de la mission et la lettre de mission
Monsieur Jean-Luc DUMONT, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation 60

RAPPORT DE SYNTHESE ET CLÔTURE DU CONGRES

Rapport de synthèse
Monsieur Bruno DUPONCHELLE, rapporteur général 68

Clôture du congrès
Madame Claire FAVRE, Président de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation 71

DOCUMENT ANNEXE

Tableau général des missions des experts-comptables de justice dans les procédures collectives 73

BONNES PRATIQUES

Lettre de mission : assistance du débiteur sans administrateur judiciaire (art. L 627-3 al. 1 et art. L 631-21 du code de commerce) 74

Lettre de mission : expert et administrateur judiciaire – assistance à la gestion dans le cas du dessaisissement du débiteur (art. L 631-12 al. 2 du code de commerce) 76

Lettre de mission : tiers évaluateur désigné en application de l'article 1592 du code civil 77

Lettre de mission : tiers évaluateur désigné en application de l'article 1843-4 du code civil 80

49ÈME CONGRÈS DE LA COMPAGNIE

NATIONALE DES EXPERTS-COMPTABLES DE JUSTICE

Reims, le 8 octobre 2010

***

MISSIONS PARTICULIERES CONFIEES AUX EXPERTS-COMPTABLES DE JUSTICE :

1. **MISSIONS D'ASSISTANCE ET D'INVESTIGATION DANS LES PROCEDURES COLLECTIVES**
2. **MISSIONS DE TIERS EVALUATEUR**
   (articles 1592 et 1843-4 du code civil).

ALLOCUTION DE

Monsieur Didier FAURY

Expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation
Président de la Compagnie nationale des experts-comptables de justice

M. FAURY

Monsieur le premier président de la Cour de cassation,

Madame le président de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation,

Monsieur le premier président de la Cour d'appel de Reims,

Monsieur le procureur général près la Cour d'appel de Reims,

Mesdames et Messieurs les hauts magistrats de la Cour de cassation et des cours d'appel,

Mesdames et Messieurs les magistrats,

Mesdames et Messieurs les hautes personnalités judiciaires,

Madame le représentant du président de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes,

Monsieur le représentant du président du Conseil supérieur de l'Ordre des experts-comptables,

Mesdames et Messieurs mes chers confrères,

Mesdames et Messieurs.

La Compagnie nationale des experts-comptables de justice est honorée de votre présence à ce 49e congrès qui sera dans quelques instants officiellement ouvert par M. Vincent LAMANDA.

Mme Michèle ALLIOT-MARIE, Garde des Sceaux, ministre de la justice et des libertés, a bien voulu que cette manifestation soit placée sous son haut patronage, ce dont nous la remercions.

Nos remerciements s'adressent tout spécialement à vous, Monsieur le premier président de la Cour de cassation, qui avez bien voulu accepter de présider nos travaux comme vous l'aviez déjà fait à Nancy, Caen et Lyon ces trois dernières années. Votre présence à nos congrès traduit l'intérêt que vous portez aux experts judiciaires et nous encourage à poursuivre l'organisation de ces journées d'étude.

Nos remerciements s'adressent également à vous, Monsieur le premier président et Monsieur le procureur général, pour votre présence et pour votre accueil dans votre cour d'appel de Reims pour la tenue de notre conseil national. J'ai consulté les archives de notre Compagnie et j'ai pu constater que nous étions déjà venus à Reims, en 1977 ; notre congrès avait été présidé par le premier président de la Cour de cassation de l'époque, M. MONGUILAN. Assez curieusement, le thème qui avait été choisi portait déjà sur les entreprises en difficulté, thème constituant la première partie de notre journée d'étude.

Vous avez sans doute relevé qu'avec ce 49e congrès nous approchions d'un nombre généralement synonyme de cérémonie ou de festivité. En réalité nous approchons de deux anniversaires : celui du 50e congrès en 2011 mais aussi et surtout en 2013, celui du centenaire de notre Compagnie. Ces chiffres sont certes bien modestes dans cette ville qui a vu le sacre de 35 rois de France mais il reflète néanmoins la solidité de cette Compagnie, son attachement à ses traditions et aussi sa capacité à traiter annuellement des questions et difficultés rencontrées dans la pratique de l'expertise.

Le sujet choisi pour ce 49e congrès illustre le renouvellement des thèmes étudiés puisque nous allons aborder deux domaines particuliers d'intervention des experts-comptables de justice. Tout d'abord les missions d'assistance et d'investigation dans les procédures collectives, missions qui sont prévues par le code de commerce ; puis les missions d'évaluation visées par les articles 1592 et 1843-4 du code civil, dans lesquels les experts ne donnent pas un simple avis mais déterminent des valeurs qui s'imposent aux parties.

Par ces interventions les experts contribuent au bon déroulement de procédures dans des domaines importants de l'économie, celui des entreprises en difficulté et celui du dénouement des différends entre contractants ou associés.

Outre cette contribution, le dénominateur commun de ces deux types de mission est de ne pas être soumis aux règles du code de procédure civile applicable aux mesures d'instruction. L'expérience des experts dans les procédures contentieuses constitue cependant à n'en pas douter une sécurité pour mener à bien les travaux correspondants.

Je remercie notre rapporteur général, Bruno DUPONCHELLE, d'avoir organisé cette journée d'étude qui verra intervenir ce matin, sur le thème des missions dans les procédures collectives, nos collègues Pierre LOEPER et Olivier LE BERTRE, ainsi que M. le Haut conseiller Jean-Pierre RÉMERY.

Didier KLING animera ensuite une table ronde à laquelle ont bien voulu participer d'éminents spécialistes que je remercie bien vivement, Madame le président Michelle SIMON, Maître Emmanuel HESS, Maître Jean-Luc MERCIER et Maître Guilhem BREMOND.

Madame Claire FAVRE a bien voulu présider la séance de l'après-midi consacrée à notre deuxième thème sur lequel la chambre commerciale de la Cour de cassation, sous sa présidence, a rendu des arrêts récents et très commentés. Interviendront cet après-midi Monsieur le professeur Jacques MOURY, grand spécialiste de ce sujet et nos confrères Thierry SAINT-

BONNET, Jean-Luc DUMONT, Jean-Charles de LASTEYRIE et Jean-Luc FOURNIER.

Je les remercie bien sincèrement, de même que notre confrère Claude LEROY, commissaire général du congrès, qui s'est occupé avec une grande efficacité de l'organisation de cette journée d'étude et des manifestations qui l'accompagnent.

Je cède maintenant la parole à Monsieur le premier président de la Cour d'appel de Reims.

(applaudissements)

ALLOCUTION DE

Monsieur Bernard VALETTE

Premier président de la Cour d'appel de Reims

M. VALETTE

Merci, Monsieur le président.

Monsieur le premier président de la Cour de cassation,

Madame la présidente de la chambre commerciale financière et économique de la Cour de cassation,

Mesdames et Messieurs les hauts magistrats de l'ordre judiciaire et administratif,

Monsieur le président de la Compagnie nationale des experts-comptables de justice,

Mesdames et Messieurs les membres du conseil national,

Monsieur le président de la chambre régionale Amiens-Douai-Reims,

Mesdames et Messieurs les présidents des chambres régionales,

Mesdames et Messieurs les bâtonniers,

Messieurs les professeurs d'université,

Mesdames et Messieurs les experts-comptables de justice,

Mesdames et Messieurs.

Quand Monsieur Claude LEROY, président de la chambre régionale Amiens-Douai-Reims des experts-comptables de justice a annoncé l'année dernière à Monsieur le procureur général et à moi-même le choix de Reims pour la tenue du 49e congrès de la Compagnie nationale des experts-comptables de justice, cette nouvelle nous a profondément réjouis.

Ce choix a récompensé à nos yeux le dynamisme de la chambre régionale Amiens-Douai-Reims et en raison des relations étroites et confiantes que nous entretenons avec cette Chambre, nous vous avons assuré, cher président LEROY, de notre entier soutien pour la préparation de cette manifestation. C'est donc avec un grand plaisir que la Cour d'appel de Reims vous a accueillis hier après-midi pour la réunion de votre conseil national.

Monsieur le président LEROY, vous vous êtes totalement investi avec les membres de votre chambre régionale pour la pleine réussite de ce congrès. Soyez-en vivement remercié.

Votre congrès, Mesdames et Messieurs, a fait le choix de deux thèmes d'une haute technicité juridique, qui doivent permettre à tous les participants d'enrichir leurs connaissances et leurs pratiques, tout en donnant lieu, je n'en doute pas, à des échanges passionnants. Je souhaite que votre congrès soit le symbole de la qualité des relations que doivent entretenir les experts de justice et les juges, laquelle repose sur la confiance, l'écoute et le dialogue.

Au cours de la dernière décennie, l'expertise civile a connu, vous le savez, deux réformes importantes. La loi du 11 février 2004 a modifié en profondeur le statut des experts judiciaires, avec l'ambition d'établir des listes recensant les meilleurs professionnels capables de faire face à la complexité croissante des affaires traitées, notamment dans le domaine qui est le vôtre. Le décret du 28 décembre 2005 réformant la procédure civile comprend des dispositions qui améliorent indéniablement le déroulement des mesures d'expertise et par là même le déroulement du procès.

C'est un fait incontestable, la qualité de la justice est étroitement liée à la qualité de l'expertise. Les travaux de votre congrès s'inscrivent dans cette démarche.

Je formule donc le vœu que cette journée d'étude soit pleinement réussie et réponde aux attentes de l'ensemble des participants.

Merci de votre attention.

(applaudissements)

M. FAURY Merci Monsieur le premier président. Je donne la parole à Monsieur le procureur général.

ALLOCUTION DE

Monsieur Jean-François PASCAL

Procureur général près la Cour d'appel de Reims

M. PASCAL

Merci.

Monsieur le premier président de la Cour de cassation,

Monsieur le Président FAURY,

Mesdames, Messieurs,

Je m'associe aux mots de bienvenue qui viennent d'être prononcés par le premier président VALETTE. Bienvenue à la Cour d'appel où vous avez mené vos travaux hier. Vous y êtes toujours les bienvenus, vous le savez, car c'est aussi votre Maison.

Bienvenue dans cette belle ville de Reims dont certains d'entre vous et surtout vos accompagnants ont pu hier avoir un avant-goût, d'autant que la météo nous annonce aujourd'hui et demain des journées aussi belles que celle d'hier. Bienvenue également dans ce superbe Palais des congrès.

Mesdames et Messieurs, parfois placé sur le devant la scène par quelque affaire médiatique (et l'actualité récente nous en a fourni un exemple), l'expert reste le plus souvent un technicien de l'ombre, mal connu du public mais de plus en plus indispensable au juge. Indispensable car il accompagne naturellement la judiciarisation et la complexification (pardon pour cet horrible néologisme !) croissantes de la société. Indispensable car il maîtrise les évolutions des sciences et des techniques qui sont maintenant souvent nécessaires à la recherche de la vérité et de la preuve, dans le domaine civil comme dans le domaine pénal. Je ne doute pas que l'expertise ait de beaux jours devant elle.

Mais cette évolution amène aussi à s'interroger sur le fonctionnement d'une justice qui ne peut plus se passer de l'expert. Un expert d'ailleurs qui renvoie une image assez ambivalente d'un nombre de savoirs dont le travail va incontestablement contribuer à l'élaboration de la décision du magistrat mais qui aussi, certains ont pu le vivre, le dépossède au moins en partie de sa liberté d'appréciation. Certains esprits chagrins, il est vrai, n'ont-ils pas reproché à cet expert d'avoir parfois la tentation de s'installer dans le fauteuil du juge.

Dans quelle mesure le juge est-il lié par les conclusions de l'expert ? On sait les réponses que la Cour de cassation a pu apporter. Elles seront certainement évoquées au cours des travaux de ce jour. Il subsiste néanmoins, au-delà de ces réponses juridiques, entre le juge et l'expert, un rapport où peuvent se conforter mais aussi s'affronter intimes convictions et certitudes techniques.

Quoi qu'il en soit de ces quelques généralités, elles nous ramènent au débat de fond sur la modernisation de la justice car l'expertise, vous le savez, est souvent au cœur du débat judiciaire.

Une justice moderne se doit d'être accessible, rapide et de qualité. Parler d'accessibilité c'est bien évidemment évoquer le coût de l'expertise et son financement. Première question : faut-il aller vers une tarification, comme c'est le cas de certaines expertises médicales en matière pénale par exemple ? Le budget de l'Etat est-il en mesure de supporter sans limites des coûts d'expertise importants et qui vont dans des domaines de plus en plus techniques, de manière croissante ?

Deuxième question, parmi d'autres. Le temps judiciaire est un temps long. J'évoque la rapidité de la justice. Vouloir le réduire renvoie bien évidemment à certaines pratiques des professionnels de justice (c'est nous qui sommes en cause) mais aussi à la durée de l'expertise. Faut-il revoir la méthodologie ? Première question. Faut-il être plus exigeant sur la disponibilité de l'expert, alors que l'on sait que, dans l'immense majorité des cas, l'expertise n'est pour l'homme de l'art qu'une activité accessoire ? Autre interrogation.

Quant à l'objectif de qualité qui est fixé au service public de la justice, il concerne aussi bien évidemment l'expertise et renvoie à la problématique de la sélection de l'expert, à sa formation, à sa déontologie et à cette fameuse question du statut, collaborateur occasionnel ou prestataire de services. Vous savez que la justice européenne est saisie ; nous attendons sa réponse pour le printemps prochain.

Toutes ces questions qui nourrissent le débat actuel sur l'expertise montrent bien que l'expert est devenu un auxiliaire de justice indispensable à une justice moderne, aussi bien dans le domaine civil que dans le domaine pénal.

La richesse et la qualité des travaux conduits par votre Compagnie depuis 49 ans, avons-nous appris tout à l'heure, dans ses congrès et ses colloques, en est d'ailleurs une très brillante illustration.

Après avoir félicité votre commissaire général, Claude LEROY, pour la qualité de l'organisation de ce congrès, je souhaite plein succès à vos travaux de la journée.

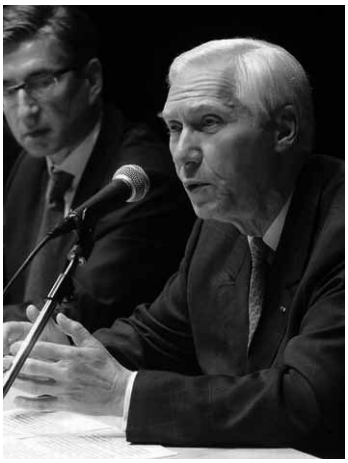
(applaudissements).

M. FAURY Merci, Monsieur le procureur général. Monsieur le premier président de la Cour de cassation, voulez-vous bien ouvrir notre journée d'étude ?

OUVERTURE DU CONGRÈS

Monsieur Vincent LAMANDA

Premier président de la Cour de cassation



M. LAMANDA

Merci, Monsieur le président.

Monsieur le président,

Madame le président de chambre,

Monsieur le premier président,

Monsieur le procureur général,

mes chers collègues,

Mesdames et Messieurs les présidents,

Mesdames et Messieurs les experts,

Mesdames Messieurs,

Je suis particulièrement heureux que le président FAURY ainsi que le président DUPONCHELLE, votre rapporteur général, m'aient proposé d'introduire les travaux du 49e congrès national de votre Compagnie qui a choisi la ville des sacres pour cette rencontre annuelle de réflexion.

C'est aussi un grand honneur pour moi d'intervenir en prologue à une journée d'étude réunissant des intervenants dont la remarquable qualité invite à attendre une contribution située à la hauteur des enjeux du thème de vos travaux.

En les consacrant aux missions de l'expert-comptable de justice dans les procédures collectives, comme à son rôle de tiers évaluateur, vous donnez une nouvelle preuve de la volonté de votre organisation d'élever l'exigence de compétence et de fiabilité que vous souhaitez garantir aux juges, lorsqu'ils font appel à vous pour résoudre l'ensemble des difficultés que peut susciter le concept de valeur.

La valeur est, par essence, au cœur de la mission de l'expert-comptable de justice chargé de déterminer un prix de vente ou d'évaluer les droits sociaux en cas de contestation sur le prix de cession ou le montant offert en cas de rachat.

De façon immatérielle, elle est tout aussi présente lorsque l'expert intervient dans cette situation de crise qui est, à des degrés divers, celle de toute procédure collective. Transcendant l'analyse comptable, il s'agit alors, pour l'expert, d'apprécier les résultats commerciaux et financiers de l'entreprise pour situer son niveau de compétitivité et évaluer les perspectives d'évolution de son activité ; en d'autres termes, son avenir en tant qu'agent économique créateur de valeur.

Dans ces deux types de mission, l'expert-comptable de justice apporte le concours, non seulement d'une compétence pluridisciplinaire fondée sur une capacité d'analyse économique, financière, comptable et fiscale, mais aussi ce regard neuf, objectif, seul à même de discerner, pour les fournir au juge, les informations indispensables à la décision de justice.

Les missions spécifiques sur lesquelles vous avez choisi de faire porter vos travaux sont rendues encore plus complexes par les vicissitudes de la conjoncture économique actuelle et les tensions qu'engendrent inéluctablement, dans le corps social, les interrogations sur l'avenir de nos sociétés.

Les chiffres parlent d'eux-mêmes.

Au total près de 61 600 procédures de redressement et de liquidation judiciaires ont été ouvertes l'an passé, soit 11,5 % environ de plus qu'en 2008. Les défaillances touchant les PME ont très fortement augmenté à raison respectivement de 49 % pour celles employant de 3 à 200 salariés et jusqu'à 62 % pour celles qui emploient entre 50 et 100 salariés. Le taux de redressements judiciaires, en baisse depuis 2005, a continué de s'effondrer en 2009.

En revanche, et c'est heureux, car l'expert-comptable de justice y trouve toute sa place, le recours aux procédures préventives (mandat ad hoc et conciliation) enregistre une progression très encourageante. De même, la sauvegarde a connu un essor remarquable : +107 %, même si elle demeure cantonnée à un nombre trop restreint de procédures, inférieur à 1500 en 2009.

Qu'il s'agisse de poser un diagnostic économique et financier sur une entreprise en difficulté, d'apprécier la faisabilité de son redressement, d'évaluer un prix qui s'impose aux parties en conflit, les qualités requises de l'expert mandaté procèdent de la nécessité pour le juge de rechercher une solution juste et durable pour l'ensemble des personnes concernées, dont le cercle peut s'étendre bien au-delà des parties au strict sens procédural du terme.

Dans l'exercice de ces missions, vous devez garder sans cesse à l'esprit ce qui constitue la finalité de votre action : le service de la justice.

Dans les domaines si délicats qui sont l'objet de vos travaux d'aujourd'hui, il ne faut jamais perdre de vue que, par-delà la difficile quête de valeur dont est saisi le juge, qu'il s'agisse d'une valeur traduisant une capacité à produire des biens ou des services ou d'une valeur à quantifier, c'est toujours le sort de femmes et d'hommes qui est en jeu, parce qu'ils sont employés ou sont, à des titres divers, bailleurs de fonds de la structure, grande ou petite, qui est en cause.

C'est sur une alliance harmonieuse de ces éléments que repose la compétitivité globale de notre économie. D'ailleurs, chacun est aujourd'hui conscient de ce qu'une saine élaboration de valeur ne peut s'épargner une nécessaire réflexion sur le gouvernement d'entreprise.

Autant dire que lorsque la justice confie à l'expert-comptable les missions qui vont retenir votre attention, elle attend non seulement des informations d'une fiabilité à toute épreuve, mais encore une éthique dans ce qu'elle peut avoir de plus absolu. Hommes du chiffre, vous apportez quotidiennement aux acteurs économiques confrontés à un environnement incertain la compétence, la fiabilité dans le traitement de données essentielles à la gestion.

Ces informations, seuls des professionnels de votre compétence, qui ont en partage des références communes et une haute conception de leur mission et de leur responsabilité, sont capables de les fournir à la justice lorsqu'elle les réclame.

L'exigence déontologique qui pèse sur votre profession n'en est alors que plus forte et vous devez être pleinement conscients de ce que votre attachement à une éthique rigoureuse, alliant indépendance et objectivité, constitue votre meilleur atout pour surmonter les obstacles que cette journée de réflexion va contribuer, j'en suis certain, à lever.

Vous le savez, alors que la complexité du monde s'accroît, tout plaide en faveur du renforcement de la coopération entre la justice et tous ceux qui concourent à l'œuvre juridictionnelle.

Les chefs de juridiction, il y en a plusieurs dans cette salle, donnent souvent une impulsion salutaire qui est parfois relayée au niveau national. Mais il faut encore que les professionnels prennent le relais, en concertation avec leurs interlocuteurs naturels.

Par ces journées au riche programme, vous nous donnez l'exemple d'une collaboration féconde entre tous. Vous montrez la voie à suivre pour accompagner la justice dans les efforts qu'elle a engagés pour garantir une qualité et une sécurité accrue à tous ceux qui s'adressent à elle.

Je sais qu'il est de votre ambition d'y prendre pleinement votre part. C'est donc en confiance que je vous souhaite de bons et fructueux travaux. Il ne pouvait y avoir de plus heureux présage à la réussite de votre 49e congrès que la présence de ce sourire si discret, mais pourtant si intense, de l'ange emblématique de la cathédrale de Reims sur le programme de cette journée que je déclare ouverte.

(applaudissements)

M. FAURY Merci infiniment, Monsieur le premier président. Nous sommes très sensibles à vos propos et bien sûr passionnés par ce que vous venez de nous dire.

Bruno, la suite de la journée t'incombe. Je te laisse donc la parole.

1. LES MISSIONS D'ASSISTANCE ET D'INVESTIGATION DANS LES PROCEDURES COLLECTIVES

Sous la présidence de Monsieur Vincent LAMANDA

Premier président de la Cour de cassation

INTRODUCTION DE

Monsieur Bruno DUPONCHELLE

Expert près la Cour d'appel de Douai, agréé par la Cour de cassation
Rapporteur général

M. DUPONCHELLE

Merci Monsieur le premier président, pour les propos aimables et exigeants que vous venez de prononcer.

La Compagnie nationale des experts-comptables de justice a choisi de traiter, à ce congrès, de missions non réglementées par le code de procédure civile : les missions d'assistance et d'investigation dans les procédures collectives qui seront examinées ce matin et les missions de tiers évaluateur qui feront l'objet des débats de cet après-midi.

La loi de sauvegarde des entreprises n° 2005-845 du 25 juillet 2005, entrée en application le 1er janvier 2006, à laquelle nous avons consacré la journée d'étude de notre congrès de la même année, complétée par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, a prévu et codifié un arsenal de missions à la disposition des juridictions consulaires leur permettant de désigner des experts dans les procédures collectives.

Le code de commerce prévoit quatre grandes catégories de missions qui peuvent être confiées aux experts :

les missions qui portent sur la situation économique, sociale et financière du débiteur.

les missions d'investigation ordonnées par le tribunal ou le juge commissaire

les missions d'assistance à l'élaboration d'une solution : assistance du débiteur pour l'élaboration d'un plan de continuation, lorsque celui-ci n'est pas assisté par un administrateur judiciaire

les missions d'assistance à la gestion de l'entreprise par l'administrateur judiciaire lorsque celui-ci a été désigné pour administrer seul une entreprise dans le cas où le débiteur en a été dessaisi

Force est de constater, qu'aujourd'hui, elles ne sont pas toutes mises en œuvre et que certaines ne le sont que rarement. Le congrès est aussi le moment de la découverte de l'intérêt qu'elles présentent pour les acteurs des procédures collectives, comme l'a souhaité le législateur.

Il ne faut pas perdre de vue que les travaux de l'expert vont contribuer directement à l'information qui permettra de mettre en œuvre des solutions appropriées.

L'expert est donc toujours confronté à une situation d'urgence, d'extrême urgence, et c'est une particularité primordiale de ce type de mission. L'urgence et l'accès à l'information pertinente sont les principales difficultés auxquelles il sera confronté. L'expert, pour conduire efficacement sa mission, va devoir se plonger dans de nombreux aspects du fonctionnement de l'entreprise, souvent dans l'analyse de la formation de son résultat, la recherche de ses forces et de ses faiblesses.

Il s'agit de missions d'assistance ou d'investigation, dans le cadre d'une procédure collective, qui n'imposent pas à l'expert de respecter toutes les dispositions du code de procédure civile relatives à l'expertise, en particulier la mise en œuvre du principe de contradiction dont il garde l'entière maîtrise.

Certaines missions ne débouchent pas sur un rapport, telles les missions d'assistance de l'administrateur judiciaire à l'élaboration de son rapport sur la situation économique, sociale et financière du débiteur ou encore les missions d'assistance à la gestion de l'entreprise dans le cas de dessaisissement du débiteur de l'administration de celle-ci.

Pour d'autres missions, les destinataires du rapport sont limités et souvent nommément désignés dans l'ordonnance de désignation de l'expert, en particulier lorsque que celui-ci reçoit une mission d'investigation ordonnée par le tribunal ou le juge commissaire.

Ces missions sortant du cadre des expertises régies par le code de procédure civile, nous avons pensé qu'il était utile de se pencher sur leur nature et sur leur conduite.

Olivier LE BERTRE va nous les présenter dans leur diversité en faisant ressortir leurs particularités. Monsieur Jean-Pierre RÉMERY, conseiller à la Cour de cassation nous fera le point de la jurisprudence de la Cour. Pierre LOEPER et Olivier LE BERTRE nous donneront leur avis sur leur conduite. Didier KLING questionnera les représentants des magistrats, des administrateurs judiciaires et des avocats sur leurs attentes.

(applaudissements)

LES EXPERTS DANS LA LOI DE SAUVEGARDE

Monsieur Olivier LE BERTRE

Expert près la Cour d'appel de Rouen

M. LE BERTRE

Merci.

Effectivement la loi de sauvegarde fait une large place à l'intervention des experts, une plus large place probablement que les textes précédents. Elle prévoit expressément la possibilité de recourir à l'intervention d'un expert pour répondre aux objectifs qui participent au dispositif juridique et économique de prévention d'une part et de sauvegarde d'autre part.

Comme cela vient d'être dit, ces missions sont prévues par la loi pour éclairer le tribunal :

sur la situation de l'entreprise et l'origine des difficultés rencontrées,

pour assister les organes de la procédure pendant la poursuite de l'activité,

enfin pour donner un éclairage sur l'issue de la procédure.

Dans toute la loi, me semble-t-il, on trouve une recherche de pertinence :

dans le choix des procédures en donnant une espèce de boîte à outils, si je puis me permettre cette expression,

dans la mise en œuvre de dispositions exonératoires des obligations de droit commun.

On retrouve également cette recherche de pertinence dans toutes les dispositions qui sont relatives à l'expertise. En effet, comme on va le voir, le tribunal et le juge commissaire, suivant le cas, peuvent désigner des techniciens pratiquement à tous les stades de la procédure ; dans un souci d'efficacité ils sont libres de fixer le plus souvent le contenu de la mission.

Le dispositif permet aussi la désignation de technicien par le Tribunal pour assister l'administrateur ou le débiteur dans certaines situations.

Ce sont donc bien des missions que je qualifierai de particulières qui peuvent être confiées à des experts de justice dans les dispositifs de prévention et de sauvegarde. Ces missions d'investigation sont en effet généralement conduites de façon spécifique, comme vient de le préciser Bruno, en raison de l'urgence. Elles sont aussi particulières parce qu'elles s'inscrivent en perspective par rapport au devenir de l'entreprise qui se trouve, dans la plupart des cas, placée temporairement en marge du fonctionnement en économie libérale.

Elles sont aussi particulières parce que, dans certains cas, et malgré les modalités spécifiques d'exécution, elles peuvent conduire à des mises en jeu de responsabilité dans des conditions qu'il conviendra de préciser.

L'objectif de ce premier exposé est de faire un rapide panorama des dispositions exprès de la loi de sauvegarde en matière d'expertise ou de recours à un technicien, suivant les textes, en quelque sorte de faire une mise en bouche pour rappeler les textes en vigueur avant l'exposé de Monsieur RÉMERY.

La loi de sauvegarde est organisée en six titres. Les quatre premiers vont, avec un enthousiasme décroissant, de la prévention à la liquidation, en passant par la sauvegarde et le redressement judiciaire. Puisque c'est l'ordre naturel voulu par la loi, suivons-le en regardant dans chacun des cas ce qui est prévu.

I – DETECTION DES DIFFICULTES DES ENTREPRISES, MANDAT AD HOC ET PROCEDURE DE CONCILIATION

I.1 – Détection des difficultés et mandat ad hoc

Au titre 1, dans le cadre de la détection des difficultés par le président du tribunal, comme dans celui de la demande de désignation d'un mandataire ad hoc par le débiteur, la loi à ce stade ne prévoit pas expressément l'intervention d'un expert.

S'agissant de la prévention, le président du tribunal dispose déjà de pouvoirs d'interrogation de personnes publiques et privées (art. L.611-2) qui ne peuvent lui opposer le secret professionnel et qui doivent lui permettre d'avoir directement suffisamment d'informations.

Concernant le mandat ad hoc, l'initiative en revient au débiteur qui en fait la demande et il en garde en quelque sorte la maîtrise puisque, s'il le demande, le président met fin à la mission du mandataire ad hoc sans délai.

La conduite efficace d'un mandat ad hoc suppose généralement une bonne maîtrise de la situation économique et financière par le débiteur lui-même. C'est à lui qu'il convient d'apporter directement sa contribution au mandataire et à ses conseils.

L'entreprise n'est pas en cessation de paiement ; il convient seulement le plus souvent d'épauler le débiteur dans ses négociations. Les experts qui peuvent intervenir ne sont pratiquement jamais désignés par le tribunal, ce sont directement les conseils désignés par l'entreprise elle-même.

I.2 – La conciliation

C'est dans le cadre de la procédure de conciliation qu'apparaît la possibilité, pour le président du tribunal, de charger un expert de son choix d'établir un rapport sur la situation économique sociale et financière. En cela, l'article L.611-6 reprend la même rédaction que l'ancien articleL.611-3 relatif au rè-

glement amiable. Le président disposera de cette faculté de désigner un expert de son choix à tous les stades de la procédure, comme le précise l'article R-611-24 du décret.

L'entreprise n'est quand même pas bien loin du bord du précipice et le rôle de l'institution judiciaire est naturellement renforcé par rapport à la situation précédente.

La mission de l'expert est d'éclairer le président en rédigeant à sa demande un rapport sur la situation économique sociale et financière de l'entreprise.

Si la loi prévoit la possibilité pour le débiteur de proposer un conciliateur, il n'en est pas de même pour l'expert. C'est l'affaire apparemment du président et c'est lui qui est chargé par la loi de donner ensuite communication du rapport. La loi dispose (art. L.611-7, al. 2) : « *Le président communique au conciliateur les renseignements dont il dispose et, le cas échéant, les résultats de l'expertise* ».

La mission est confidentielle.

L'article R-611-44 du décret rappelle le caractère confidentiel de la mission en prévoyant une diffusion restrictive du rapport. Comme l'accord, le rapport ne peut être communiqué qu'au débiteur et au conciliateur. C'est la conséquence du caractère confidentiel de la procédure de conciliation fixée par l'article L.611-15 : « *Toute personne qui est appelée à la procédure de conciliation ou à un mandat ad hoc ou qui, par ses fonctions, en a connaissance, est tenue à la confidentialité.* »

Quant à la rémunération, c'est avec sagesse que la loi traite de cette question en demandant au président du tribunal, après qu'il ait recueilli l'accord du débiteur, de fixer lors de la désignation les conditions de rémunération en fonction des diligences nécessaires à l'accomplissement de sa mission. Cet accord, qui est consigné par écrit préalablement à cette désignation, doit être annexé à l'ordonnance.

Si en cours de mission l'expert, comme le mandataire ou le conciliateur, estime que le montant de cette évaluation n'est pas suffisant, le président du tribunal sera amené à fixer de nouvelles conditions de rémunération qu'il devra soumettre au débiteur. On est dans une phase de conciliation ; si le débiteur n'entend pas poursuivre, le président du tribunal doit, suivant l'article R-611-49, mettre fin à la mission. Il en est de même d'ailleurs pour le conciliateur.

Article R.611-49 (ancien article 42) : « *Si le mandataire ad hoc, le conciliateur ou l'expert estime au cours de sa mission que le montant maximal de la rémunération fixé par l'ordonnance qui l'a désigné est insuffisant, il en informe le président du tribunal. Le président du tribunal fixe les nouvelles conditions de la rémunération en accord avec le débiteur. L'accord est consigné par écrit. A défaut d'accord, il est mis fin à sa mission*. »

II – LA PROCEDURE DE SAUVEGARDE

On entre dans un peu plus de difficulté et la loi de sauvegarde a introduit un texte, avant le redressement judiciaire, qui est relatif à la procédure de sauvegarde.

L'intervention d'un expert ou d'un technicien est prévue par la loi, là encore à tous les stades de la procédure.

II.1 – Avant l'ouverture de la procédure

Avant même l'ouverture de la procédure, le tribunal peut, avant de statuer, commettre un juge pour recueillir tous renseignements sur la situation économique et sociale de l'entreprise (article L.621-1 alinéa 3 et article R.621-3). Ce juge peut faire application des dispositions prévues à l'article L.623-2 (anc. art. L.621-55) (L. n° 2005-845, 26 juill. 2005, art. 1er et 44, 1° et 2°: c'est-à-dire qu'il peut, *«nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire, obtenir communication par les commissaires aux comptes, les experts comptables, les membres et représentants du personnel, par les administrations et organismes publics, les organismes de prévoyance et de sécurité sociale, les établissements de crédit ainsi que les services chargés de centraliser les risques bancaires et les incidents de paiement des renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique, financière, sociale et patrimoniale du débiteur»*.

En outre il peut se faire assister de tout expert de son choix, ce que ne prévoyait pas la loi antérieure. Le rapport du juge auquel est annexé le rapport de l'expert est déposé au greffe et communiqué par le greffier au débiteur et au ministère public.

II.2 – A l'ouverture de la procédure

A l'ouverture de la procédure, dans le jugement d'ouverture qui désigne les organes de la procédure, le tribunal peut nommer « *un ou plusieurs experts en vue d'une mission qu'il détermine* ». On voit déjà la notion d'opportunité et l'objectif poursuivi. C'est ce que dispose l'article L-621-4.

Le rôle du tribunal se trouve donc renforcé par rapport au texte précédent qui disposait : *« L'administrateur peut demander la désignation d'un ou de plusieurs experts. »* (anciennement art. L621-8).

La nouvelle loi reprend, dans les mêmes termes que les textes antérieurs sur les incompatibilités, les conditions de remplacement ou de révocation de l'expert mais elle introduit, conséquence naturelle du rôle du dirigeant qui dans la procédure de sauvegarde conserve une place primordiale dans la direction de l'entreprise, la possibilité pour le débiteur de demander le remplacement de l'expert choisi par le tribunal, aussi bien que celui de l'administrateur.

II.3 – Pendant la procédure

A. Les missions générales

C'est le juge commissaire qui devient le chef d'orchestre. Il est important de rappeler l'article L.621-9 : « *Le juge commissaire est chargé de veiller au déroulement rapide* (on voit l'introduction du temps) *de la procédure et à la protection des intérêts en présence*. »

C'est donc au juge que revient l'initiative de désigner un technicien lorsque cette désignation est nécessaire. Le texte est sans ambiguïté : « *Seul le juge commissaire peut y procéder en vue d'une mission qu'il détermine sans préjudice de la faculté pour le tribunal prévue à l'article L.621-4 de désigner un ou plusieurs experts* » (art. L.621-9). Cette possibilité de désigner un expert ou un technicien a été introduite par la nouvelle loi. Elle permet certainement, sous le contrôle du tribunal, de mieux cantonner les rôles respectifs de l'ensemble des acteurs.

En raison du maintien de l'entrepreneur à la tête de l'entreprise, l'article R-621-23 fait obligation au juge de recueillir les observations du débiteur lors de cette désignation.

Le même article donne pouvoir au juge commissaire de fixer la rémunération de l'expert, en fonction toujours des diligences accomplies, de la qualité du travail fourni et du respect des délais. Le soin de fixer le contenu de la mission est, selon le texte, laissé à l'appréciation du juge commissaire, comme on l'a vu pour les autres cas.

B. Les missions particulières

La loi prévoit quelques missions particulières.

L'élaboration du bilan économique, social et environnemental

La loi prévoit l'intervention d'experts dans l'élaboration du bilan économique social et environnemental. Cette désignation était également formellement prévue dans l'ancien texte (art. L.621-54).

Cette mission, bien évidemment, est en principe de la responsabilité de l'administrateur mais l'article L.623-1 précise : *« L'administrateur, avec le concours du débiteur et l'assistance éventuelle d'un ou plusieurs experts, est chargé de dresser dans un rapport le bilan économique et social de l'entreprise. Le bilan économique et social précise l'origine, l'importance et la nature des difficultés de l'entreprise.* »

C'est un document important puisque c'est « *au vu de ce bilan que l'administrateur propose un plan de sauvegarde.* »

Le concours du débiteur et l'existence d'un ou de plusieurs experts sont justifiés par l'importance de ce bilan pour l'analyse de la situation de l'entreprise et les perspectives qui peuvent être envisagées. Bien sûr, les experts doivent être choisis en fonction de leur spécialité et à l'évidence les besoins ne sont pas tous de la compétence d'un expert comptable de justice.

Plus généralement, pour la recherche d'informations sur la situation de l'entreprise, la loi donne au juge commissaire un rôle particulier.

Article L.623-2 : donne au juge-commissaire un pouvoir de questionner certains tiers sur les *«renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique, financière, sociale et patrimoniale du débiteur»*

Article L.623-3 : L'administrateur reçoit du juge-commissaire tous les renseignements et documents utiles à l'accomplissement de sa mission et de celle des experts. C'est la même rédaction que l'ancien article L.621-56.

Le rôle du juge commissaire est très actif et le législateur lui demande d'assumer lui-même l'information de l'administrateur et de l'expert.

La loi au fond tente ainsi de mettre en œuvre un dispositif permettant aux acteurs de la procédure d'avoir une connaissance aussi complète que possible de la situation.

L'élaboration du projet de plan

Deuxième cas de figure en dehors du bilan économique et social où l'on parle d'un expert : dans une situation assez particulière où le débiteur n'est pas assisté par un administrateur. Dans ce cas l'ordonnance de décembre 2008 a prévu la désignation éventuelle d'un expert pour établir un projet de plan, sachant qu'il n'est pas dressé par ailleurs de bilan économique et social (art. R.631-21). Ceci est pour les petites entreprises.

III – LA PROCEDURE DE REDRESSEMENT JUDICIAIRE

III.1 – Les missions générales

Si la situation s'aggrave, on en arrive au redressement judiciaire. La loi renvoie pour la plupart des dispositions qui nous intéressent spécifiquement aux articles relatifs à la procédure de sauvegarde, que ce soit avant l'ouverture de la procédure, que ce soit à l'ouverture de la procédure, que ce soit pendant la procédure.

Article L.631-7 **:** renvoie aux articles L.621-1-2 et 3 : sur les conditions d'ouverture de la procédure dont la désignation préalable d'un expert pour assister le juge chargé par le tribunal de recueillir tous renseignements sur la situation économique, financière et sociale.

Article L.631-9 **:** renvoie aux articles L.621-4 à 621-11 sur l'ouverture de la procédure de désignation d'un expert dans le jugement (L.621-4) mais également la désignation d'un technicien (L.621-9 et R.621-23) par le juge-commissaire.

À noter cependant que l'obligation qui était faite au juge commissaire de recueillir les observations du débiteur avant la désignation d'un technicien est supprimée dans la procédure de redressement, quand bien même le débiteur ne serait pas dessaisi. C'est bien là d'ailleurs la marque d'une différence de degré entre les deux situations (art. R.631-16).

III.2 - Le cas particulier du dessaisissement des dirigeants

Toujours au niveau du redressement judiciaire, il y a une mission particulière qui est prévue. En effet lors d'un redressement judiciaire le débiteur peut être dessaisi de l'administration de l'entreprise, (ce qui était déjà prévu à l'ancien article L.621-22) mais en pareille hypothèse la loi, depuis 2005, prévoit que « *le tribunal désigne un ou plusieurs experts aux fins de les assister dans leur mission de gestion* » (art. L.631-12), si le chiffre d'affaires est supérieur à 3 M€ et le nombre de salariés supérieur à 20. Cette désignation apparaît facultative dans les autres cas.

Il est à souligner que cette désignation obligatoire d'un expert vise la situation, qui n'est tout de même pas la plus courante, d'une entreprise dont le dirigeant a été dessaisi de la direction. C'est donc une situation très exceptionnelle.

En pareille hypothèse, c'est bien sûr le président du tribunal qui arrête la rémunération de ces experts mis à la charge de la procédure, et cela sans intervention des dirigeants puisqu'ils sont dessaisis de leur fonction.

L'article ne précise pas que le tribunal fixe leur mission. C'est une mission générale d'assistance qui résultera a priori de la concertation de l'administrateur avec l'expert désigné pour l'assister sous le contrôle du juge commissaire. C'est un exercice dont les frontières peuvent être difficiles à fixer et suppose par essence une capacité de l'administrateur et de l'expert désigné à s'organiser de façon à tendre à la pertinence. Ce n'est pas forcément un expert comptable de justice, mais cela n'est pas exclu.

Nous reviendrons avec Pierre LOEPER sur ces missions.

IV – LA LIQUIDATION JUDICIAIRE

Finalement on en arrive, quand la situation est irrémédiablement compromise, à la liquidation judiciaire. L'intervention des experts est évidemment moins utile au regard des perspectives de redressement mais, compte tenu de la généralité du dispositif, l'ordonnance de décembre 2008 a réintroduit formellement la possibilité pour le tribunal de désigner un expert pour une mission qu'il détermine. C'est le nouvel article L.641-1.

En revanche, en manière de liquidation judiciaire, c'est au registre des responsabilités et sanctions que le législateur ouvre encore formellement la possibilité de recourir à un technicien. Nous connaissons l'évolution qui a conduit au plan du principe à pratiquement exclure la responsabilité du dispensateur de crédit, aussi bien en sauvegarde, redressement judiciaire, mais également en liquidation judiciaire, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou lorsque les garanties qui ont été prises apparaissent disproportionnées par rapport aux engagements pris (art. L.650-1).

La loi cible l'action répressive suite à la liquidation et seulement dans ce cas sur la responsabilité pour insuffisance d'actif. Là, le dispositif prévoit que, lorsque 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 le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté en tout ou partie par les dirigeants de droit et de fait (article R.651-2).

et l'article L.651-3 -pour l'application- : *«le président du tribunal peut charger le juge-commissaire ou, à défaut, un membre de la juridiction qu'il désigne d'obtenir, nonobstant toute disposition législative contraire, communication de tout document ou information sur la situation patrimoniale des dirigeants et des représentants permanents des dirigeants»* ;

Assez logiquement l'article R.651-5 : «*Le juge désigné par le tribunal peut se faire assister de toute personne de son choix dont les constatations sont consignées dans son rapport. Ce rapport est déposé au greffe et communiqué par le greffier au ministère public*».

V – LES SANCTIONS A CARACTERE PERSONNEL PREVUES PAR LA LOI

Un mot sur le registre des sanctions à caractère personnel prévues par la loi.

La loi ne prévoit pas expressément la désignation d'un expert dans ses dispositions sur la faillite personnelle ou les autres mesures d'interdiction. Ce sont les articles L-653-1 à L.653-11. Un expert pourra être désigné spécifiquement mais la mise en cause de responsables peut, elle aussi, résulter de constatations faites dans le cadre des mesures d'investigation que nous venons d'examiner. C'est un sujet qui sera traité dans les interventions à venir.

SYNTHESE

En synthèse, la place de l'expert, de mon point de vue, se trouve sensiblement renforcée par la loi.

L'intervention des experts est prévue à tous les stades de la procédure, comme on vient de le dire et donc considérée comme un moyen de tendre à une résolution pertinente des difficultés rencontrées.

Leur désignation et leurs missions sont le plus souvent laissées à l'initiative du tribunal ou du juge commissaire.

Ce sont des missions de diverses natures que nous évoquerons : les missions de diagnostic portant sur la situation économique et financière, les missions d'accompagnement portant sur la vérification ou l'élaboration des informations financières pendant la procédure, des missions exceptionnelles d'assistance à la gestion, des missions d'investigation sur la recherche de l'origine et des causes des difficultés, éventuellement des responsabilités encourues.

(applaudissements).

M. LAMANDA.- Merci beaucoup, Monsieur LE BERTRE, pour cet exposé à la fois très clair, très complet du rôle des experts dans la loi de sauvegarde. La parole est maintenant à Monsieur Jean-Pierre RÉMERY, conseiller à la chambre commerciale économique et financière, qui va nous parler de la jurisprudence de la Cour de cassation et tout particulièrement de la chambre à laquelle il appartient.

LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION

Monsieur Jean-Pierre RÉMERY

Conseiller à la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation

M. RÉMERY

Je vous remercie, Monsieur le premier président.

Les missions particulières que peuvent recevoir, dans le déroulement d'une procédure collective, les experts-comptables de justice, et pas nécessairement ceux inscrits sur la liste des experts en diagnostic d'entreprise, sont nombreuses, variées et soumises à des régimes juridiques différents.

Lorsqu'on lit les textes qui, depuis l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, composent actuellement livre VI du code de commerce, consacré aux difficultés des entreprises, on rencontre les termes "expert", "expertise" ou "technicien" cités plus de trente fois[1]. Mais la jurisprudence, par le nombre des arrêts qui ont été rendus par la Chambre commerciale, n'est pas en proportion du nombre de citations.

Le nombre de textes cités est, en effet, trompeur. Dans la jurisprudence de la Cour de cassation, et, sans doute dans la pratique, n'apparaissent, en effet, le plus souvent, que certaines de ces missions et, paradoxalement, pas celles pouvant s'appuyer sur les textes les plus précis. La Cour de cassation n'a eu, essentiellement, à connaître que de la mission d'investigation, plus ou moins générale ou systématique, que le juge-commissaire peut confier à un technicien, dans la perspective, par exemple, d'une demande de sanctions personnelles à l'encontre des dirigeants de l'entreprise. Or, jusqu'à la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, qui a apporté les précisions nécessaires dans l'article L. 621-9, alinéa 2 nouveau du code de commerce[2], le texte sur lequel on se fondait pour investir le technicien d'une telle mission exploratoire - l'article 14 de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985, devenu l'article L. 621-12 ancien du code de commerce - n'évoquait pas directement cette possibilité.

Suivant le plan qui a été proposé par M. LE BERTRE, je parlerai d'abord des missions d'investigation, ensuite des missions d'assistance qui ont donné une jurisprudence beaucoup moins abondante que les premières.

I – Les missions d'investigation dans le cours des procédures collectives

D'un côté certaines missions reçoivent une définition, certes assez générale mais tout de même une définition par le législateur ; ce ne sont pas les missions les plus courantes. Les plus courantes sont les missions pour lesquelles le législateur lui-même n'a donné aucune indication quelconque sur leur objet.

I.1 – Les missions d'investigation définies par la loi

Parmi les missions pour lesquelles le législateur a donné quelques indications sur leur objet, il faut d'abord examiner celles qui concernent le rôle de l'expert au tout début de la procédure.

a) Un expert - c'est le terme exprès que les textes emploient - peut d'abord être désigné pour **évaluer rapidement la situation de l'entreprise ou du débiteur**, le législateur utilisant encore l'un ou l'autre de ces deux mots. Cette mesure a pour but d'obtenir immédiatement une vision globale de la situation, sur le plan économique, financier et social, les trois termes étant placés ici dans l'ordre alphabétique qui n'est pas nécessairement respecté par chacun des textes en cause, ce qui n'est peut-être pas neutre. La mission est donc prévue pour être accomplie au tout début de la procédure, soit juste après, soit juste avant son ouverture, dans deux cas.

1° M. LE BERTRE nous a parlé d'abord de la **procédure préventive et contractuelle de conciliation**. Aux termes de l'article L. 611-6, alinéa 5, le président du tribunal, une fois qu'il a ouvert la procédure, peut désigner un expert pour établir un rapport sur la situation économique, sociale et financière du débiteur.

Je n'insisterai pas pour ma part sur ces missions, dans la mesure où elles n'ont encore donné lieu à aucune décision de la Cour de cassation.

2° Dans le second cas, M. LE BERTRE a évoqué la possibilité pour le tribunal, avant l'ouverture de la procédure collective, qu'il s'agisse d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, de désigner un juge pour recueillir tous renseignements sur la situation financière, économique et sociale de l'entreprise, l'examen financier étant ici prioritaire. Il nous a indiqué que ce juge pouvait se faire assister d'un expert de son choix. Le texte, l'article L. 621-1, alinéa 3, est écrit pour la procédure de sauvegarde. Mais, par renvois des articles L. 631-7 et L. 641-1 I, la même possibilité est offerte en redressement ou liquidation judiciaires.

Je précise d'abord que les textes sont très clairs ; ils prévoient que la compétence en la matière appartient au tribunal. Lors de la préparation de ce congrès, j'ai eu l'occasion de constater que les missions de ce type étaient souvent confiées par le président du tribunal lui-même. Toutefois la loi ne le prévoit pas ; c'est le tribunal lui-même, au moment de l'ouverture de la procédure ou avant de statuer sur l'ouverture de la procédure, qui a ce pouvoir de désignation.

L'ordre des termes est différent par rapport au cas précédent, l'examen du volet financier étant prioritaire, et ce juge pourra se faire assister d'un expert de son choix. L'expert établira, conformément aux dispositions de l'article R. 621-3, un rapport annexé à celui du juge, qui sera déposé au greffe et communiqué au débiteur et au ministère public.

[1] Il faut y ajouter les textes qui, sans reprendre l'un de ces mots, s'y réfèrent indirectement, soit par renvoi, soit en évoquant le choix discrétionnaire d'une personne sans autre précision, mais qui apparaît pouvoir être une personne qualifiée en comptabilité et gestion (v., par ex. l'art. R. 651-5 du code de commerce, examiné au I.A).

[2] Sauf indication contraire, tous les textes cités sont issus du code de commerce

Même si le texte parle d'assistance, c'est, en réalité, une mission d'investigation qui est confié à l'expert par le juge commis pour acquérir une connaissance de la situation du débiteur, afin de permettre au tribunal d'ouvrir ou de ne pas ouvrir une procédure collective. Se trouve ainsi reprise, mais avec une nature législative, et non plus réglementaire, la pratique dite de **l'enquête préalable ou enquête de "pré-faillite**" que la législation antérieure connaissait déjà, avec l'article 13 du décret n° 85-1388 du 27 décembre 1985, mais selon des modalités procédurales différentes. La jurisprudence est un peu plus fournie sur cette enquête.

Les experts qui reçoivent ces missions d'assistance du juge, lors de l'enquête de pré-faillite, ne sont pas des experts au sens judiciaire du terme, c'est-à-dire qu'ils peuvent mener leurs opérations de manière non contradictoire.

La Cour de cassation *(Cass. com. 31 mars 1992, Bull. civ. IV, n° 141)* n'avait pas cependant, sous l'empire du décret du 27 décembre 1985, exclu la possibilité de recourir également à une expertise judiciaire de droit commun en vue de l'ouverture d'une procédure collective. L'enquête préalable n'est donc pas exclusive d'une véritable expertise. Cette expertise doit alors être contradictoire, conformément aux règles générales du code de procédure civile, alors que l'enquête elle-même n'impose pas, par exemple, de convoquer les représentants de l'entreprise *(en ce sens, Cass. com. 28 janv. 1997, pourv. n° 95.10.470)*.

Les deux missions qui viennent d'être examinées requièrent une certaine urgence. Il s'agit d'aller vite pour savoir si une procédure doit être ouverte ou non ou décider de sa poursuite. Cette exigence de célérité est moindre avec la mission suivante.

b) Il y a une autre mission qui n'a pas donné non plus lieu à une jurisprudence abondante mais qu'il faut signaler parce qu'elle est très rarement utilisée alors qu'elle pourrait rendre de grands services. Elle concerne l'hypothèse dans laquelle on envisage de poursuivre un dirigeant de société en redressement ou liquidation judiciaire en sanction personnelle et plus particulièrement lorsqu'on entend lui faire supporter tout ou partie de l'insuffisance d'actif. Dans la pratique on est assez surpris de constater que les tribunaux et les cours d'appel n'ont pas d'éléments d'information sur le patrimoine du dirigeant. La loi définit précisément une mission d'investigation pouvant être confiée à un expert-comptable de justice, même si le terme "expert" ou "technicien" n'est pas, cette fois, expressément utilisé. Lorsqu'il est envisagé une **action en responsabilité** pour faire supporter tout ou partie de **l'insuffisance d'actif** par un dirigeant de la personne morale débitrice, il peut être judicieux, dans l'intérêt de la procédure collective, de connaître sa **situation patrimoniale personnelle**. A cette fin, l'article L. 651-4 autorise le président du tribunal à charger le juge-commissaire ou un autre membre de la juridiction d'obtenir tout document ou information sur cette situation. L'article R. 651-5 permet au juge ainsi désigné de se faire assister, comme dans l'hypothèse précédente, de toute personne de son choix, qui peut donc être un expert-comptable de justice. Contrairement au cas précédent, l'intervention de ce technicien ne donne pas lieu à la rédaction d'un rapport distinct de celui du juge, mais seulement à la consignation dans ce dernier rapport des constatations de la personne choisie.

Cette mission particulière, très rare en pratique, n'a donné lieu à aucune jurisprudence en raison justement de sa rareté.

Le seul arrêt que l'on puisse signaler concerne la rémunération de cet expert. Cette rémunération peut, le cas échéant, si les fonds disponibles du débiteur n'y peuvent suffire, être avancée par le Trésor public, comme le prévoit actuellement l'article L. 663-1, qui fait, en quelque sorte, du Trésor le banquier des procédures collectives impécunieuses. C'était du moins la solution retenue sous l'empire des textes équivalents[36] antérieurs *(par Cass. com. 28 sept. 2004, Bull. civ. IV, n° 169 et sept autres arrêts non publiés du même jour, rendus en présence de l'Agent judiciaire du Trésor, qui précisent tous que l'avance ne peut concerner que la rémunération des personnes désignées par le juge et non pas les honoraires d'un cabinet d'expertise comptable chargé seulement d'assister, par exemple, le liquidateur judiciaire, ce cabinet fût-il désigné par le président du tribunal)*.

Il n'y a pas, à proprement parler, d'autre jurisprudence méritant d'être signalée sur cette mission particulière et, sans doute trop rarement prescrite.

D'autres textes ne précisent pas, en revanche, l'objet de la mission d'investigation ; cette souplesse a assuré le succès de celles ordonnées principalement par le juge-commissaire.

I.2 – Les missions d'investigation non définies par la loi

Nous venons de parler des missions qui ont reçu une certaine définition légale, bien qu'elle soit très vague. Nous allons parler maintenant des missions les plus courantes pour lesquelles le législateur n'a pas donné d'indication du tout.

Il y a deux hypothèses de ce type de mission. Dans ces deux hypothèses le juge désigne l'expert *en vue d'une mission,* nous dit la loi, *qu'il détermine.* Il n'y a rien d'autre dans les textes. Donc l'objet de la mission n'est pas légal, il est purement judiciaire.

a) Le domaine de la première hypothèse est relativement limité, puisque la **désignation** intervient alors **par le jugement d'ouverture**, qu'il s'agisse de celui ouvrant la procédure de sauvegarde (L. 621-4, al. 3), de redressement judiciaire (L. 631-9, par renvoi) ou de liquidation judiciaire (en vertu du texte spécifique de l'article L. 941-1 II, al. 2). Dans les trois cas, **le tribunal**, en ouvrant la procédure, désigne obligatoirement les mandataires de justice, mais *«sans préjudice de la **possibilité de nommer un ou plusieurs experts** -* le mot est employé - ***en vue d'une mission qu'il détermine**»*. C'est aussi une mission qui est relativement rare. La raison en est simple. Nous sommes au début de la procédure. Le tribunal doit se réunir pour effectuer cette désignation et dans la pratique c'est plutôt le juge commissaire qui interviendra parce que son intervention est beaucoup plus souple et se fait au fur et à mesure des besoins de la procédure.

Il y a quand même quelques arrêts sur cette mission confiée par le jugement d'ouverture lui-même, arrêts qui précisent que l'expert n'a pas non plus, à respecter au sens strict le principe de la contradiction :

- Cass. com. 8 juin 1999, Bull. civ. IV, n° 120, qui concerne une décision du tribunal, chargeant un cabinet d'expertise comptable d'analyser les causes des difficultés des sociétés d'un groupe, ce qui a permis de reporter la date de cessation des paiements. La Cour de cassation retient que, ne s'agissant pas d'une mesure d'expertise au sens de l'article 265 du nouveau Code de procédure civile, il n'y avait pas lieu d'écarter des débats sur la demande de report le rapport du technicien *«établi à titre de simple renseignement dès lors qu'il avait été régulièrement communiqué et discuté par les parties»*, suivant une formule que l'on retrouvera souvent ;

- Cass. com. 30 oct. 2000, Bull. civ. IV, n° 33, qui donne l'exemple d'un jugement d'ouverture ordonnant lui-même une expertise pour recueillir tous éléments permettant de fixer la date de cessation des paiements. La Cour de cassation précise qu'"*il était loisible aux juges du fond de puiser dans le rapport de l'expert, bien qu'il ne valût pas comme rapport d'expertise judiciaire, au sens des articles 263 et suivants du nouveau Code de procédure civile, à l'égard de ces deux sociétés, tous renseignements, dès lors que ce document avait été régulièrement versé aux débats et soumis à leur discussion contradictoire...*".

b) Il faut en arriver à l'essentiel, les experts sont aujourd'hui le plus souvent désignés dans le cadre du pouvoir général de surveillance des procédures collectives qui appartient au juge commissaire. L'article L. 621-9, alinéa 2, écrit pour la procédure de sauvegarde, mais qui est applicable par renvoi aussi bien dans la procédure de redressement (L. 631-9) que dans celle de liquidation judiciaire (L. 641-11), légalise clairement la pratique et la jurispru-

[3] Art. 164 du décret du 27 déc. 1985.

dence antérieures puisant dans le pouvoir général du **juge-commissaire** de veiller au déroulement rapide de la procédure et à la protection des intérêts en présence, affirmé par l'article 14 de la loi de 1985 codifié à l'article L.621-12 ancien du code de commerce[47], la possibilité pour ce magistrat de **désigner un technicien *"en vue d'une mission qu'il détermine"***. Sans conteste, c'est sur la base de ces dispositions que la plupart des experts-comptables de justice étaient ou seront désignés en raison de la souplesse du mode de désignation et de la généralité de l'objet de la mission.

Ce sont également leur désignation et leurs travaux qui ont donné lieu à la jurisprudence de la Cour de cassation la plus abondante en la matière. Quels sont les enseignements essentiels à tirer de cette jurisprudence ?

1° En ce qui concerne tout d'abord le **mode de désignation** lui-même : la désignation n'avait pas à être contradictoire. Elle pouvait être demandée par requête *(Cass. com. 24 mars 2004, n° 01-11.856)* ou faite d'office. Je ne parle pas du déroulement de la mission mais de la désignation même du technicien. Et je parle à l'imparfait parce que la loi de sauvegarde des entreprises, au moins en faveur de la procédure de sauvegarde, a exigé que le juge commissaire pour désigner un tel technicien recueille au préalable les observations du débiteur[59] (nouvel article R. 621-23, alinéa 1er). Je dis bien : dans la procédure de sauvegarde[68]. Nous voyons là une faveur supplémentaire du législateur en faveur du choix de ce type de procédure préféré à la procédure de redressement judiciaire ou à celle de la liquidation judiciaire.

2° **L'objet de la mission** n'est pas défini par la loi ; la Cour de cassation emploie des formules très générales ; certaines décisions *(comme Cass. com. 23 juin 1998, Bull. civ. IV, n° 206)* utilisent l'expression de *"mission d'investigation dans le cadre d'une procédure collective"*. La pratique les appelle souvent mission d'audit. Leur objet est varié. Sans prétendre à l'exhaustivité, le juge-commissaire a pu ainsi :

- désigner un expert pour évaluer une marque (Cass. com. 24 nov. 1998, n° 94-19.890) ;

- désigner "une personne qualifiée afin de mener des investigations en vue de rechercher des faits susceptibles d'établir la qualité de dirigeant et de révéler des fautes de gestion" (Cass. com. 15 mai 2001, Bull. civ. IV, n° 90. C'est l'arrêt de principe car il a non seulement été publié au bulletin civil, mais a également fait l'objet d'une notice au rapport annuel de la Cour de cassation 2001 et sa formule a été reprise, par exemple, par Cass. com. 24 mars 2004, n° 01-11.856 et 6 oct. 2009, n° 08-10.657, cité plus loin).

- désigner une société d'expertise comptable pour donner tous éléments permettant de déterminer la date de cessation des paiements *(Cass. com. 19 mars 2002, n° 99.14.147) ;*

désigner une personne qualifiée afin de mener des investigations, dans le champ des relations ayant existé entre une personne morale faisant l'objet d'une procédure collective et d'autres personnes morales, en vue de rechercher les causes de la défaillance de l'entreprise ainsi que des faits susceptibles d'établir la qualité de dirigeant et de révéler des fautes de gestion » (Cass. com. 6 oct. 2009, n° 08-10.657) ;

3° Dans l'exécution de sa mission, qui n'est pas, au sens du code de procédure civile, une expertise judiciaire ni d'ailleurs une autre mesure d'instruction pouvant être confiée à un technicien[170], celui-ci n'a pas à respecter le **principe de la contradiction, au sens procédural strict**.

J'ajouterai quand même qu'il n'est pas interdit qu'il le fasse. On trouve des arrêts qui le disent expressément, notamment : Cass. com. 23 juin 1998, Bull. civ. IV, n° 206.

Sans respecter toutes les règles du code de procédure civile sur l'expertise judiciaire, le technicien pourrait de lui-même organiser une certaine contradiction en entendant les personnes susceptibles d'être concernées par ses investigations et en leur donnant connaissance du résultat de celles-ci avant de déposer son rapport. Cela n'est pas interdit mais tout ce que la jurisprudence de la Chambre commerciale impose pour l'instant, c'est que le rapport du technicien, qui vaut à titre de renseignement, soit versé au débat pour pouvoir être discuté lors de l'instance qui va suivre. La Cour de cassation n'exige pas actuellement que les investigations elles-mêmes soient menées de manière contradictoire.

J'insiste sur ce point car j'ai eu la surprise, en préparant votre congrès, de voir encore récemment dans la presse juridique des contrevérités sur ce point. Je lis ceci par exemple dans la Semaine juridique du 22 février 2010 : *« Ces missions* (celles dont on parle) *se révèlent trop souvent être de véritables expertises décidées pour rechercher d'éventuelles fautes de gestion. Pourtant la jurisprudence de la Cour de cassation rappelle que ces missions n'ont pas vocation à rechercher des éléments de preuve pour des actions à responsabilité éventuelle contre des dirigeants ou des tiers. »* C'est inexact ; on peut puiser dans le rapport de ces missions la preuve d'une responsabilité éventuelle des dirigeants.

Plus gênant, la revue « Experts » 2003 commente un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 29 octobre 2002 (n° 98-17.318). Je vous lis cet arrêt : « *Les constatations du technicien commis par ordonnance présidentielle ne constituant pas une expertise au sens du code de procédure civile, le liquidateur pouvait utiliser les éléments d'information ainsi recueillis, au moins à titre de simples renseignements, à l'appui d'une action en responsabilité, dès lors qu'il avait régulièrement versé au débat le rapport qui était soumis à la discussion contradictoire des parties ».* C'est la jurisprudence la plus classique. L'auteur du commentaire dit pourtant ceci *: « Nous avions salué dans le numéro précédent le revirement de jurisprudence de la 2e Chambre civile de la Cour de cassation sur ce point ».* Il continue : « *La Chambre commerciale de la Cour de cassation prend la même position dans cet arrêt. »* L'arrêt dit exactement le contraire du commentaire.

Cela ne veut pas dire pour autant qu'il n'y a pas de problèmes. La Revue Experts et la Semaine juridique montrent que le débat sur la légitimité de ce type de mission reste toujours très vif. Mais, en l'état, la position de la chambre commerciale n'a pas changé :

- Cass. com. 25 nov. 1997, n° 95-17.631 (grief tiré du non-respect du principe de la contradiction dans le déroulement des opérations d'investigation ; réponse de la Cour de cassation : *"la cour d'appel a relevé que le rapport produit dans l'instance poursuivie par les mandataires de justice à l'encontre des dirigeants de droit des sociétés du groupe L... avait été établi par l'expert-comptable désigné par le juge-commissaire en application de l'article 10 de la loi du 25 janvier 1985 pour examiner la situation comptable et économique de ces sociétés ; elle a souverainement apprécié*

[4] Auparavant, sous l'empire de la loi du 13 juill.1967 (art. 8) et de son décret d'application du 22 déc. 1967 (art. 15), des missions de ce type étaient déjà ordonnées par le juge-commissaire. V., par ex. Cass. com. 12 juill. 1993, Bull. civ. IV, n° 305 (examen de concours financiers accordés par des établissements de crédit et de leur évolution).

[5] On notera quelques arrêts antérieurs, comme Cass. com. 29 oct. 2002 (n° 98-17.318), qui, sans prendre parti sur cette possibilité, signalent des désignations d'experts-comptables par le président du tribunal, sans préciser s'il était aussi juge-commissaire, en vue *«de relever les faits ou fautes susceptibles d'engager la responsabilité des dirigeants sociaux»* et qui indiquent aussi *«que les constatations du technicien commis par ordonnance présidentielle, ne constituant pas une expertise au sens des articles 263 et suivants du... code de procédure civile, le liquidateur pouvait utiliser les éléments d'information ainsi recueillis, au moins à titre de simples renseignements, à l'appui d'une action en responsabilité, dès lors qu'il avait régulièrement versé aux débats le rapport qui était soumis à la discussion contradictoire des parties...».* Cet arrêt a fait l'objet d'un commentaire, à la revue *Experts*, n° 59, juin 2003, p. 47 qui le dénature en lui faisant dire l'inverse de ce qu'il énonce.

[6] L'article R. 621-23, al. 1er, n'est en effet applicable, ni dans la procédure de redressement (R. 631-16), ni dans celle de liquidation judiciaire (R. 641-11).

[7] Mais il n'est pas, non plus, interdit au juge-commissaire d'ordonner une véritable expertise judiciaire, par exemple pour contrôler les déclarations de créance, comme dans l'exemple donné par Cass. com. 22 janv. 2002, n° 99.14.357, et rien n'interdit, surtout, que le technicien désigné fasse participer le dirigeant et ses conseils à la mesure d'investigation qu'il conduit, au minimum en procédant à son audition avant de remettre définitivement son rapport. Cela éviterait bien des difficultés lors de la discussion ultérieure de celui-ci.

la valeur et la portée des éléments de preuve contenus dans ce rapport régulièrement versé aux débats et soumis à la libre discussion des parties" ;

- Cass. com. 16 févr. 1999, n° 96-21.669 ("*il ne s'agit pas d'une mesure d'instruction au sens des articles 232 et suivants du nouveau Code de procédure civile*") ;

- Cass. com. 1er févr. 2000, n° 97-13.343 et 22 janv. 2002, n° 98-21.619, deux arrêts concernant le même dirigeant ;

- Cass. com. 8 oct. 2003, n° 01-00.667.

Il convient d'observer que, malgré les apparences, la position adoptée par Cass. 2ème civ., 13 juin 2002 (n° 00-22.010) n'est pas contraire à cette série jurisprudentielle. En effet, il ne ressort pas de l'arrêt que l'expertise comptable, dont le rapport constituait l'unique élément de preuve des fautes de gestion en l'espèce, et que la Cour de cassation écarte en raison de son caractère non contradictoire, ne serait pas une véritable expertise judiciaire au sens du code de procédure civile.

On constate, néanmoins, que les critiques se déplacent sur un autre terrain qui est celui du principe de **l'égalité des armes** l'une des composantes, au regard de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du droit à un procès équitable. La grande question est, maintenant, de savoir s'il est possible de fonder la responsabilité d'un dirigeant, - puisqu'en pratique c'est de cela dont on parle -, sur le seul document établi non contradictoirement par le technicien.

Dans d'autres domaines que celui des procédures collectives, il arrive que, sans interdire l'utilisation, comme éléments de preuve, des résultats d'investigations non contradictoires (expertise amiable...), la jurisprudence prohibe leur usage, lorsqu'il est exclusif, en imposant qu'ils soient corroborés par d'autre éléments. Par exemple, un arrêt de la 3e Chambre civile du 3 février 2010, (n° 09-10.631 ; Bull. civ. III, n° 31), en matière de fixation de loyers commerciaux suivant les règles du déplafonnement, énonce qu'"*en se fondant exclusivement sur une expertise non contradictoire établie à la demande d'une partie, la cour d'appel ... a méconnu le principe de l'égalité des armes...*".

Mais en matière de procédure collective il n'y a pas d'arrêt en ce sens : la Chambre commerciale n'a pas écarté le recours exclusif à un rapport établi par un expert-comptable à la demande du juge-commissaire consignant des éléments d'information sur d'éventuelles responsabilités de dirigeants sociaux. Au contraire, par un arrêt publié du 30 octobre 2000 (n° 98-12.671 ; Bull. civ. IV, n° 172), elle a cassé la décision d'une cour d'appel qui avait retenu que *"le rapport non contradictoire... est l'unique élément de preuve versé aux débats, à lui seul insuffisant pour établir les fautes de gestion alléguées"*. La cassation est prononcée en ces termes : *"...en statuant ainsi, alors que les éléments de preuve de la faute de gestion du dirigeant peuvent être puisés dans le seul rapport... établi à la demande du juge-commissaire, dès lors que ce document a été régulièrement versé aux débats et soumis à discussion contradictoire... "*.

Si l'on consulte la **jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme**, l'arrêt le plus pertinent sur la question générale du caractère contradictoire des mesures d'investigation reste *Mantovanelli c/France* du 18 mars 1997[181], qui est assez nuancé sur le problème ici abordé. Selon cet arrêt, en effet, il n'existe pas un principe général et abstrait soumettant l'expertise au principe du contradictoire. Voici les termes exacts de la décision sur ce premier point : *«... le respect du contradictoire, comme celui des autres garanties de procédure consacrées par l'article 6 par. 1 (art. 6-1), vise l'instance devant un «tribunal» ; il ne peut donc être déduit de cette disposition (art. 6-1) un principe général et abstrait selon lequel, lorsqu'un expert a été désigné par un tribunal, les parties doivent avoir dans tous les cas la faculté d'assister aux entretiens conduits par le premier ou de recevoir communication des pièces qu'il a prises en compte. L'essentiel est que les parties puissent participer de manière adéquate à la procédure devant le tribunal"*. Mais - c'est le second enseignement de l'arrêt -, en considération de la complexité de chaque affaire, les conclusions de l'expert peuvent influencer le juge d'une manière si prépondérante que la seule possibilité de les contester devant le tribunal n'apparaît pas suffisante.

Mais il n'y a pas d'arrêt de la Cour des droits de l'homme concernant les procédures collectives et la jurisprudence que j'ai décrite est toujours actuelle.

4° - La rémunération du technicien

Le dernier enseignement de cette jurisprudence concerne la rémunération du technicien.

La **rémunération du technicien** désigné par le juge-commissaire fait aujourd'hui l'objet de précisions réglementaires dans l'article R. 621-23, qui n'ont pas encore donné lieu à l'intervention de la Cour de cassation, mais il convient de signaler que cette rémunération peut aussi être avancée par le Trésor, en l'absence de fonds immédiatement disponibles, après avis du ministère public *(Cass. com. 28 sept. 2004, Bull. civ. IV, n° 169, déjà mentionné)*.

Je précise simplement (ce n'est pas juridique mais le problème budgétaire est important) que ces avances sont faites par le Trésor mais très concrètement elles sont imputées sur les budgets des cours d'appel. Elles représentent une somme très importante. Les cours d'appel ne récupèrent pas ces fonds. En effet si le Trésor parvient, sur une liquidation judiciaire, à récupérer, grâce au privilège des frais de justice, le montant de son avance, les sommes recouvrées sont affectées au budget général et ne revient pas au budget de la cour d'appel. Dans certaines cours d'appel cela peut représenter des sommes importantes et cela peut expliquer la diminution du nombre de ces missions.

II – Les missions d'assistance dans le cours des procédures collectives

Je terminerai, dans la seconde partie de cet exposé, par les missions d'assistance. Elle sera beaucoup plus courte car, vous allez le voir, il n'y a pratiquement pas de jurisprudence.

Je reviens sur le terme d'assistance. A plusieurs reprises, dans la première partie, on a vu que l'expert pouvait assister le juge. La loi parle d'assistance. En réalité c'est une véritable mission d'investigation qui lui était confiée. Les missions dont je parle maintenant sont de vraies missions d'assistance, notamment la gestion ou la recherche d'une solution.

II.1 – les missions d'assistance à la gestion

M. LE BERTRE vous a parlé des missions d'assistance à la gestion. Elles ne sont prévues par les textes que pendant la période d'observation de la procédure de redressement judiciaire, au cours de laquelle des experts, que le Sénat n'a pas voulu, contrairement à l'Assemblée nationale, nommer experts en gestion opérationnelle, sont appelés à prêter leur concours pour l'administration de l'entreprise, en assistant les administrateurs judiciaires.

On sera ici très bref, ces **missions de gestion** n'ayant pratiquement pas donné lieu à des arrêts de la Cour de cassation. On ne peut guère citer, en ce sens, que deux décisions récentes du même jour, 24 mars 2009, de la Chambre commerciale (n° 08-12.213 et n° 08-12.214) qui font état de la nomination, après conversion d'une procédure de sauvegarde en redressement judiciaire, d'administrateurs chargés d'assurer seuls et entièrement l'administration de l'entreprise, avec désignation de la société Ernst et Young *«en qualité d'expert avec mission d'assister les deux administrateurs dans leur mission de gestion et d'assurer la gestion financière et comptable de la société...»*.

Les arrêts sont intéressants en ce qu'ils évoquent l'établissement, non spécialement prévu par les textes, mais pas non plus interdit, d'un rapport d'analyse comptable et financière de l'expert examinant la situation de l'entreprise deux mois environ après conversion de la procédure de sauvegarde

[8] Il s'agissait d'une affaire de responsabilité médicale relevant de la compétence des juridictions administratives, dans laquelle une expertise avait été ordonnée.

en procédure de redressement, rapport sur lequel la cour d'appel de Besançon s'est appuyée pour confirmer le jugement de conversion et en ce qu'ils précisent que la mission conférée à l'expert ne fait pas de lui une partie à l'instance. La mission de gestion reste une mission de justice. C'est une illustration de l'assistance de l'expert à la gestion et c'est le seul exemple jurisprudentiel que j'ai trouvé.

II.2 – Les missions d'assistance à la recherche d'une solution de redressement

Pour les missions d'assistance à la recherche d'une solution, c'est essentiellement pour **l'élaboration du bilan économique et social**, éventuellement complété par un bilan environnemental, que va intervenir l'expert.

Le bilan économique et social est prévu dans la procédure de sauvegarde (art. L. 623-1), mais, par renvoi de l'article L. 631-8, il concerne aussi la procédure de redressement judiciaire. Selon le texte, le rôle du ou des experts est d'assister l'administrateur dans la confection du bilan, ce qui implique que l'expert n'est pas, à proprement parler, l'auteur du rapport contenant ce bilan. Mais on trouve, en jurisprudence, des exemples de bilans établis directement par l'expert.

Là aussi, il y a très peu de jurisprudence ; je n'ai trouvé qu'un seul arrêt et c'est quasiment le seul que l'on puisse citer, qui est déjà ancien ; il remonte au 28 mars 1995 *(Cass. com. 28 mars 1995, n° 93-13.752)*. Cet arrêt a précisé (c'est un apport jurisprudentiel plus intéressant), que « *l'expert désigné pour assister l'administrateur chargé de dresser le bilan économique et social de l'entreprise n'est pas tenu de communiquer à chacune des parties les observations formulées par les autres avant de donner son avis* ». Les faits sont intéressants. Dans cette affaire il s'agissait de débiteurs en redressement judiciaire qui avaient été mis en liquidation. Le tribunal avait préféré la liquidation à un plan de cession des actifs proposé par un tiers. Les débiteurs ont relevé appel et la cour d'appel a confirmé le rejet du plan en se fondant sur l'avis de l'expert ayant participé à l'élaboration du bilan économique et social, sans exiger que l'avis de cet expert soit communiqué au préalable aux parties. Tout ce qu'elle a exigé et c'est toujours la même solution, c'est que le rapport de l'expert soit déposé au greffe et communiqué aux parties pour qu'elles puissent en discuter. On retrouve donc toujours la même solution : le respect du principe de la contradiction en l'état actuel de la jurisprudence se trouve toujours reporté lors du débat ultérieur éventuel sur le choix de la solution de la procédure collective.

CONCLUSION

Vous le voyez, sauf en ce qui concerne le rôle de l'expert-comptable de justice désigné par le juge commissaire dont la mission même et son encadrement juridique ont donné lieu à une jurisprudence assez développée, la Cour de cassation a été peu saisie sur les missions particulières qui font partie des thèmes de votre congrès. Ceci est sans doute le signe de leur bon fonctionnement, même si des interrogations subsistent en pratique auxquelles la suite de vos travaux s'attachera à répondre. Je vous remercie.

(applaudissements).

M. LAMANDA.- Merci, Monsieur le Conseiller, d'avoir réussi à nous éclairer très complètement à partir d'une jurisprudence très mince de la chambre commerciale sur ces questions complexes. C'était très intéressant d'avoir, grâce à vous, cette vision élargie de sujets microscopiques en réalité.

Nous en arrivons maintenant, tout cela est très logique, à la conduite des missions et nous allons avoir, selon la formule du programme, un duo entre Monsieur le Président Pierre LOEPER et Monsieur Olivier LE BERTRE, à qui je cède la parole pour ces informations sur la conduite des missions.

LA CONDUITE DES MISSIONS

Monsieur Pierre LOEPER

Expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation

Monsieur Olivier LE BERTRE

Expert près la Cour d'appel de Rouen

M. LOEPER

Merci, Monsieur le Premier président.

Nous passons donc à la pratique c'est-à-dire à la conduite des missions abordées du point de vues des praticiens, autrement dit des experts. Pour des raisons de temps et vous verrez que la dimension du temps ne sera elle-même pas étrangère à notre discussion, nous nous limiterons à ce qui nous a paru le plus important et, pour les mêmes raisons, nous avons choisi une approche par thème et non par type de mission. Nous ne pourrons pas décliner ces thèmes sur tous les types de mission mais, encore une fois, sur ceux qui nous paraîtront les plus importants. Ces thèmes sont les suivants :

y a-t-il des précautions particulières (ou spécifiques) à prendre au démarrage de telle mission ?

pour les missions à réaliser dans l'urgence, comment organiser ce que l'on appelle dans d'autres cas la quête documentaire ? Quête qui serait peut-être plutôt ici la «collecte de l'information pertinente».

la question de la contradiction, abordée cette fois-ci sur un plan beaucoup plus pratique.

la façon dont l'expert doit rendre compte, c'est-à-dire son rapport.

En outre, il nous est apparu souhaitable de consacrer un peu de temps aux cas particuliers de la mission de l'article L.631-12 du code de commerce, c'est-à-dire de l'administration après dessaisissement du débiteur, ce qui pourra peut-être déboucher sur une conclusion à caractère plus général.

I - Y a-t-il des précautions préalables à prendre et lesquelles pour ces missions ?

Ceci supposant réglées toutes questions générales liées à l'acceptation de la mission (compétence, impartialité, etc.).

M. LE BERTRE

Il n'y a en fait pas de règle mais plutôt de la pratique et du bon sens pour aborder ces missions qui sont déclenchées, ce sont celles que je vise, en situation de crise.

La compréhension de la mission

Je vais commencer par une banalité, l'expert qui est désigné doit dès l'origine et sans délai s'inquiéter de ce que l'on attend de lui, c'est-à-dire dans quel délai on attend qu'il ait travaillé, avec quels moyens, avec quelle sécurité ou précision. C'est très banal en soi mais la manière dont la mission est abordée dans un contexte de crise est tout à fait essentielle, en raison d'abord des enjeux qui sont ceux de la survie de l'entreprise, du facteur temps et du facteur coût. On ne dispose pas de moyens considérables.

Ensuite l'expert, comme on vient de le dire, est indépendant ; il est loin du dossier ; il n'a pas d'antériorité sur le dossier ; il ne connaît pas l'entreprise ; il ne connaît pas les processus ni les systèmes de contrôle interne. Au fond il doit se préparer à une mission dont le périmètre peut varier au fil de la gestion d'une situation de crise, qui peut évoluer. Il faut qu'il se fasse assez vite une opinion sur la fiabilité des processus dans leur globalité, sur les processus de production de l'information et sur leur force et leur faiblesse. Ceci suppose par principe, quelle que soit la définition précise de la mission, une prise de connaissance qui à mon avis ne peut être que relativement globale et étendue de l'entreprise.

Prévenir les dérapages

Egalement l'expert (on est en situation de crise) ne peut pas exclure qu'il y ait des dérapages assez rapides et de toutes natures. Il s'agit éventuellement de départs de responsables, personnages clés dans l'entreprise, de dossiers « mis en l'abri », de dysfonctionnements des systèmes d'information, de dysfonctionnements des circuits qui auraient dû permettre une correcte appréciation de la trésorerie…. Il sera prudent le plus souvent de se saisir pratiquement des sauvegardes informatiques, de nature financière notamment, pour avoir au moins la sécurité d'avoir un point de référence et qu'ainsi, dans la pire des hypothèses, qui n'est jamais prévisible, l'expert ne se trouve pas en face d'altérations volontaires ou involontaires des données qui entraveraient la poursuite efficace de sa mission.

Organisation avec l'administrateur et les services de l'entreprise

Quand l'expert est désigné, dans les missions les plus importantes, il y a un administrateur. L'organisation d'une bonne coordination dès l'origine avec l'administrateur ne posera généralement pas de problème mais elle permettra à l'un et à l'autre de mieux cerner la situation de l'entreprise à leur entrée respective en fonctions et de ne pas faire deux fois la même chose, tout en cherchant à couvrir tout ce qui est le plus important. On doit noter que souvent la mise en commun de l'approche avec l'administrateur, avec de bons échanges, est un préalable nécessaire.

C'est la même chose avec les interlocuteurs au sein de l'entreprise : il faut cerner rapidement les bons interlocuteurs dans l'entreprise et fixer les informations susceptibles d'être en leur possession. On ne peut pas poser des questions sans, tout en posant les questions, vérifier la manière dont les personnes répondent, quel est leur rôle, quelle est la documentation qu'elles ont et comment on peut s'appuyer sur l'information qu'elles donnent. C'est vraiment un point qu'il ne faut pas sous-estimer : l'importance d'obtenir la collaboration des services de l'entreprise. Il y a

véritablement une œuvre de conviction de l'intérêt de la mission pour surmonter les réticences ou les oppositions qui souvent se manifestent, compte tenu de la situation. Il faut dire, à la décharge de nos interlocuteurs dans les entreprises, que généralement lorsqu'on arrive, ils vivent déjà un stress permanent depuis plusieurs semaines, voire depuis plusieurs mois et on vient, par nos investigations et notre manière d'opérer (outre l'administrateur), créer un stress complémentaire.

Si j'essaie de **résumer en quelques mots** : sauvegarde des données ; identification des compétences ; mesures pour éviter les altérations ; entreprise de conviction des acteurs pour obtenir une collaboration efficace ; et très vite cerner les moyens à mettre en œuvre qui peuvent être relativement importants. Il peut y avoir une équipe assez complète à mettre en œuvre, parfois pluridisciplinaire et cela fait partie des préalables qu'il faut résoudre à l'origine pour toute mission.

M. LOEPER

N'y a-t-il pas un dernier préalable malgré tout ?

M. LE BERTRE

Il y a en toute hypothèse un point par lequel on aurait dû commencer, la trésorerie. En effet, quelle que soit la situation, l'expert doit à mon avis dès le départ se préoccuper de la situation de trésorerie, même si on ne lui demande pas formellement de le faire. En effet la situation de trésorerie et les perspectives instantanées à court terme conditionnent tout le déroulement de la mission. S'il ne suivait pas la trésorerie au fil de l'eau, et c'est le propre de la situation de crise, il pourrait se trouver, ce qui serait assez désespérant, en train de travailler pour rien puisque tout se trouve déjà bloqué.

M. LOEPER

Il faut donc qu'il y ait de l'essence dans le moteur. Il a une autre catégorie de carburant nécessaire : le temps.

II – Comment organiser la collecte d'informations pertinentes ?

M. LOEPER

D'où la question : comment concilier les contraintes de temps avec la recherche (et une recherche relativement ou suffisamment sécurisée) de ce que l'on pourrait appeler l'information pertinente ?

Et d'abord, qu'est-ce que l'information pertinente ? A quel objectif répond-elle ?

M. LE BERTRE

La question est surtout intéressante pour les missions d'assistance puisque, pour les autres missions, la pertinence est dans la réponse à question posée.

Dans ces missions plus générales, l'objectif est le plus souvent de pouvoir apporter les indispensables éclairages économiques et financiers aux décisions qu'ont à prendre l'administrateur et le dirigeant, ensemble ou séparément. Ceci :

dans une structure plus ou moins désorganisée,

où les acteurs sont plus ou moins démotivés,

dans un climat qui parfois est même souvent conflictuel entre les responsables au sein de l'entreprise, chacun se renvoyant des responsabilités,

le tout dans un minimum de temps dicté par les contraintes suivantes :

– les exigences de trésorerie,

– la gestion des approvisionnements,

– peut-on livrer telle marchandise ? Appartient-elle à l'entreprise ? Le service a-t-il été rendu et peut-on en encaisser le produit ?

– l'administrateur a-t-il bien reçu toutes les bonnes informations pour décider de la poursuite des contrats en cours ?

– ou, tout simplement, est-il raisonnable de rechercher la poursuite de l'activité ou doit-on s'engager sans délai dans une recherche de cession devant une clientèle dont on peut penser qu'à brève échéance et quoi qu'on fasse elle s'évanouira ?

Il s'agit donc de dégager l'information qui contribuera à prendre les engagements corrects à court terme et identifier les solutions d'avenir. Bien sûr, c'est l'administrateur qui est en charge de tout cela. Mais s'il y a eu besoin de désigner un expert (sinon il n'y aurait pas eu de désignation de l'expert), c'est bien pour faire un **diagnostic** sur ces aspects essentiels au maintien de la poursuite de l'activité. Souvent la mission en tant que telle qui nous est donnée est assez formelle dans son expression ; la priorité est donnée sur les plans de trésorerie bien sûr, la situation au jour de l'ouverture de la procédure, les conditions d'exploitation à court terme ou certaines options de gestion ; mais également, souvent, avec la mention de pouvoir répondre aux questions de l'administrateur ou du juge commissaire. L'expert doit donc s'adapter aux objectifs de poursuite d'activité et de redressement dans lesquels sa mission s'inscrit. Il faut se garder d'une approche trop restrictive de la mission car c'est une approche globale qui permettra, je le redis, de dégager des éléments marquants permettant eux-mêmes de donner les indications nécessaires à la prise des décisions.

Si je dois répondre à la question : **qu'est-ce qu'une information pertinente** ? je dirai à titre de guide : c'est une information fiable sans être forcément précise ; c'est une information qui est exprimée à temps, le facteur temps est extrêmement important ; c'est une information sur laquelle on peut fonder une décision.

D'ailleurs, si souvent les magistrats ou les administrateurs ne désignent pas d'expert, c'est parce qu'ils considèrent que, compte tenu de l'urgence et du temps, peut-être l'expert n'aura-t-il pas les moyens ou ne pourra pas mettre les moyens pour répondre dans les délais. Ils hésiteront donc devant le coût que cela peut représenter au regard de l'efficacité attendue.

M. LOEPER

Cela me semble clair pour le contenu de l'information pertinente. Je ne pose pas la question du temps ou du délai ; on a en effet bien compris que tout cela était « sans délai ».

Je passe à la question du comment, c'est-à-dire la coopération avec les organes de l'entreprise, avec l'administrateur et **comment aussi s'assurer que ces informations présentent malgré tout le niveau minimum de fiabilité indispensable ?**

M. LE BERTRE

Je ferai une réponse assez générale et inspirée de l'expérience ; il n'y a pas de règle et on a bien vu le point tout à l'heure avec l'exposé de Monsieur le Conseiller RÉMERY.

En fait l'expert qui doit mener ses investigations ne dispose d'aucun moyen pour imposer aux dirigeants ou à tout sachant, comme le personnel de l'entreprise ou l'expert-comptable, de répondre à ses demandes. Sa mission ne peut aboutir, comme on vient de le dire, qu'avec le consentement des personnes. S'il doit recourir à une ordonnance de communication de pièces pour pouvoir travailler, on est assez mal parti.

L'expert doit plutôt **persuader** pour obtenir, exercer son esprit critique quand il cherche à vérifier et mettre en ordre les informations qu'il reçoit

en vue d'assurer une bonne compréhension de la situation. Donc, très naturellement, on dira de façon générale qu'il doit être **sélectif** ; il ne s'agit pas dans le temps bref qui est imparti d'être exhaustif mais plutôt de ne pas passer à côté des points importants. Il doit être perspicace et astucieux dans ses approches, en un mot : **pertinent.** C'est le propre de tout expert mais là, il doit particulièrement aller plus vite.

Il doit aussi être **rigoureux** et, là encore, c'est le propre de tout expert. Il ne s'agit pas, pour les raisons de contexte, de tout contrôler mais de faire preuve (comme on vient de le dire) d'esprit critique et de mettre en œuvre, quand cela est nécessaire, des diligences minimales de vérification, en s'appuyant bien sûr sur les travaux des experts- comptables ou en mettant en œuvre des techniques inspirées des techniques d'audit. Tout cela est assez classique mais l'urgence amènera l'expert à être très directif dans ses investigations, ce qui se recoupe avec le problème des modalités de conduite et celui de la contradiction. S'il a été nécessaire d'ailleurs de désigner un expert (ce n'est pas vrai dans tous les cas), les services de l'entreprise devront lui accorder la priorité et s'ils ne la lui accordent pas, il devra l'imposer.

En fait, pratiquement, il n'y a pas souvent d'opposition dans la quête documentaire dans les entreprises. Le plus généralement il y a une réelle coopération car on se trouve dans une situation où les personnes comprennent bien l'intérêt et l'objectif des travaux de l'expert. Le problème est essentiellement celui de la qualité de l'information que l'on recueille ; c'est l'appréciation dans chaque cas de la cohérence de l'information collectée et sa mise en perspective au regard de la situation dans laquelle on est.

Le produit de l'expert est assez contingent. C'est à lui de savoir ne pas aller trop loin parce qu'il y a, aussi, une **contrainte de coût** de ces opérations ; et c'est un point important. C'est à lui de savoir tirer le meilleur parti de la coopération qu'il doit trouver dans l'entreprise. Il doit également avoir le souci de faire savoir comment il a construit sa conclusion et les limites de celle-ci. **Il doit en définitive optimiser son travail entre délai, coût et pertinence.** Le plus souvent c'est en menant ses opérations en coopération et de façon « contradictoire » avec les services de l'entreprise qu'il tendra à la plus grande pertinence.

III – La contradiction

M. LOEPER

Voilà lâché le mot de la contradiction.

Nous arrivons à notre troisième thème où nous allons rejoindre Monsieur le Conseiller RÉMERY sur un terrain davantage pratique. Toutefois, avant d'aborder ces questions pratiques, il nous a semblé utile de rappeler de quoi on parle quand on parle de contradiction. Si vous le permettez, je mêlerai à la fois des textes et des souvenirs.

Dans les souvenirs, nous avions fait à Rennes, le 5 octobre 2001, un congrès sur la contradiction, congrès présidé par le Président Jean BUFFET qui était à l'époque président de la 2e chambre civile de la Cour de cassation et qui nous avait dit : « *La contradiction, c'est simple ; c'est être appelé et pouvoir répondre* ».

Ceci fait tout particulièrement écho au début de l'article 6.1 de la CEDH, puisque celui-ci affirme : *«Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue»*, … *«soit entendue»* … avant de poursuivre *«équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera»* etc …

Autre texte qui définit bien les obligations qui découlent, cette fois pour le juge, du principe de la contradiction : l'article 16 du code de procédure civile, lequel après avoir affirmé *«Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction.»* poursuit (et en quelque sorte explique) :

«Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement.

Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations.» …

«sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations» : on retrouve bien le «être appelé et pouvoir répondre»;

On peut trouver à peu près la même chose comme ligne de conduite dans l'expertise.

Mais la contradiction c'est aussi **un comportement, une attitude**. Le prédécesseur de Madame MENOTTI au service du contrôle des expertises du Tribunal de grande instance de Paris (Monsieur Alain PÜTZ) la définissait en ces termes, par son contraire en quelque sorte, pour les experts nouvellement inscrits : la contradiction, c'est l'absence de coups bas, ou de coups de Jarnac. C'est-à-dire, on y reviendra sans doute, **une obligation de loyauté**.

M. LE BERTRE

Tout ceci est très bien. Toutefois Monsieur le conseiller RÉMERY nous a bien expliqué que la contradiction n'était pas obligatoire dans les missions dont nous traitons.

M. LOEPER

Pas obligatoire certes mais pas interdite non plus. Nullement interdite et, ajouterons nous, utile -voire indispensable- au moins pour deux raisons.

La première c'est que la contradiction est une véritable **méthode scientifique** : il s'agit en effet pour l'expert de mettre à l'épreuve de la controverse -c'est-à-dire d'un débat scientifique et technique- ses constatations, ses analyses, ses raisonnements et ses conclusions provisoires. C'est cette controverse qui peut dégager, et dégager avec sécurité, des éléments de vérité. Cette controverse constitue même le filet de sécurité de l'expert, en lui évitant de poursuivre dans des voies erronées.

Je voudrais à cet égard vous proposer une devinette. Y a-t-il une différence entre un expert qui s'abstiendrait de la contradiction et … un train. La réponse est positive et la différence d'importance : le train, quand il déraille, il s'arrête !

Seconde raison de mettre en œuvre la contradiction, l'exigence de loyauté et plus largement **le respect des libertés individuelles**.

Prenons deux exemples. Que penser d'un expert appelé à apprécier, et peut-être à déclarer irréaliste, un plan de redressement préparé par le débiteur (c'est-à-dire le chef d'entreprise) et qui ne discuterait pas de ses objections avec ce dernier ?

Autre exemple, celui de l'expert chargé de rechercher les causes des difficultés et qui met en évidence des faits susceptibles d'être reprochés au di-

rigeant. Il ne peut-il ne doit, nous semble-t-il- les relever dans son rapport qu'après avoir recueilli les déclarations de celui-ci et le cas échéant en répondant par écrit à ses objections.

M. LE BERTRE

Alors, comment ?

M. LOEPER

Il faut bien en effet aborder la pratique. Il n'est pas question (et Monsieur le conseiller RÉMERY nous l'a rappelé) de respecter toutes les composantes que je qualifierai (je n'ai pas trouvé de meilleur mot) de « formelles » de la contradiction. Il n'en est pas question parce que ce n'est pas possible.

Quelles sont ces composantes ? Faire des réunions plénières. Monsieur le Conseiller RÉMERY nous a dit non. Assurer la communication de toutes les pièces à l'ensemble des parties : non plus. Pourquoi n'est-ce pas possible ? D'abord le périmètre des parties est par nature évolutif. Quand on cherche des responsabilités ou des causes, on est dans l'enquête, dans la recherche, le périmètre va bouger au fur et à mesure que les investigations progresseront. Quand on cherche des voies de redressement ou à apprécier des plans de redressement, c'est évidemment dans une approche dynamique et le périmètre va également évoluer. Donc il n'est pas possible, parce que l'on n'identifie pas toutes les personnes qui composent le périmètre, d'assurer une réunion de tous, surtout avec les délais de convocation, avec ceux de prise des convenances des avocats etc…. Il n'est pas possible non plus de faire en sorte que les pièces soient immédiatement et en totalité mises à disposition de tout le monde.

Il y a une deuxième raison qu'il ne faut pas se dissimuler : dans un certain nombre de cas, comme dans les missions sur l'origine des causes des difficultés, Monsieur le Conseiller RÉMERY a employé d'ailleurs le terme, ces missions relèvent en quelque sorte de « l'enquête ». L'enquête nécessite, au moins dans une première phase, une certaine discrétion. Il n'est pas question, me semble-t-il, d'aller dire à un dirigeant « Je n'ai pas regardé votre rémunération mais je vais la regarder pour savoir si elle n'est pas excessive ». On commence par la regarder avant d'en parler avec lui. Ce n'est qu'un exemple.

Ce n'est pas pour autant qu'il faut se dispenser de la contradiction à cause des nécessités de l'enquête. Simplement, me semble-t-il, il faut gérer (il faut définir) **le moment de la contradiction**, c'est-à-dire l'instant qui sera opportun, une fois que l'expert aura en main un certain nombre d'éléments lui paraissant relativement probants, pour recueillir les déclarations de la personne susceptible d'être mise en cause sur la base de ces pièces. C'est la gestion du moment. Si on n'est pas arrivé à le gérer, ce qui peut arriver, peut-être peut-on rattraper les choses dans une réunion de synthèse. Et là je me retourne vers Olivier car on approche de la conclusion de la mission : quelle est ton expérience de l'utilité de telles réunions de synthèse ?

M. LE BERTRE

La réunion de synthèse au plan formel, telle qu'on l'imagine dans la conduite d'une mission d'expertise normale, n'a pas lieu d'être et n'a souvent pas de sens pratique. On nous demande de produire des informations et en général l'expert aura conduit la mission d'une certaine façon pour éventuellement recueillir au fur et à mesure l'avis de l'ensemble des personnes qui lui ont paru les plus concernées sans qu'il soit besoin formellement de faire une réunion de synthèse. Je pense que la réunion de synthèse en elle-même n'est pas une obligation ; c'est une question de circonstance.

IV – Le rapport

M. LOEPER

Venons-en au quatrième et dernier thème, celui du rapport à partir duquel va pouvoir être organisée, cette fois d'une manière tout à fait précise et rigoureuse, la contradiction dans toutes ses composantes.

M. LE BERTRE

Si le déroulement des travaux peut être conduit sans tout le formalisme auquel on est habitué en matière de contradiction notamment, l'expert devra malgré tout dans son rapport avoir une attention particulière à la rédaction et accompagner les documents élaborés en rendant compte précisément de la conduite de sa mission. Je vais dire pourquoi.

C'est un élément très important pour tous les acteurs de la procédure de savoir quelles ont été **les diligences qui ont été effectuées par l'expert**, quelles sont les difficultés qu'il a rencontrées, quelles sont les limitations de sa mission, quels sont les documents qu'il a utilisés et leur origine. Plus généralement il y a lieu d'apporter (les missions le précisent d'ailleurs souvent) toutes les précisions indispensables à la bonne appréciation des travaux présentés en synthèse et des appréciations éventuellement portées s'il lui en a été demandé.

A titre d'exemple, je pense qu'un bon plan pour **l'introduction d'un rapport** de cette nature doit être, comme on le fait souvent dans d'autres natures de mission pour les experts-comptables :

- le contexte de la mission,
- les limites d'utilisation du rapport,
- l'étendue des travaux sur chacun des points de la mission,
- la documentation et les entretiens que l'on a pu conduire,
- les limitations spécifiques.

C'est le canevas qu'on doit trouver dans l'introduction du rapport.

Egalement, puisque l'expert a été obligé d'organiser son travail avec le débiteur (on ne le conçoit pas autrement), il devra répondre aux objections et aux analyses qui lui ont été opposées, ceci pour la bonne information du tribunal et des organes de la procédure. Il faut que toutes les personnes à qui est destiné ce rapport, que ce soit l'administrateur, le débiteur lui-même, mais surtout en premier lieu le Tribunal et le juge commissaire, sachent ce qui a été fait, les approximations, les options et les travaux de cohérence, ainsi que les points de discussion qui restent avec l'entreprise ; il ne faut pas hésiter à les mettre en évidence pour qu'apparaisse toute la relativité qui doit être apportée à ces appréciations qui ont été élaborées dans l'urgence, avec le souci de la rigueur mais malgré tout assez rapidement. Tout cela contribue à la recherche et à l'obtention d'une solution pertinente face aux difficultés de l'entreprise. C'est donc **l'efficacité, par référence à l'objectif, qui doit guider la rédaction du rapport** au regard du contexte et de la problématique spécifique de la survie de l'entreprise.

V – La mission d'assistance à la gestion

M. LOEPER

Si nous avons encore quelques minutes, nous souhaiterions les utiliser pour dialoguer sur la mission de l'expert de l'article L-631-12 avec dessaisissement du débiteur.

M. LE BERTRE

C'est un point que j'avais commencé à évoquer tout à l'heure et que Monsieur le Conseiller RÉMERY a repris.

Quel est le sujet ? L'article L-631-12 qui fixe la mission des administrateurs précise ceci : « *Lorsque le ou les administrateurs sont chargés d'assurer seuls et entièrement l'administration de l'entreprise et que chacun des seuils mentionnés au quatrième alinéa de l'article L.621-4 est atteint, le tribunal désigne un ou plusieurs experts aux fins de les assister dans leur mission de gestion. Dans les autres cas, il a la*

faculté de les désigner ; le président du tribunal arrête la rémunération de ces experts mis à la charge de la procédure. »

C'est l'hypothèse qu'envisageait Monsieur le Conseiller RÉMERY tout à l'heure dans une affaire qui concernait un confrère. A l'évidence ce n'est pas une mission qui tient à la co-administration ; le Tribunal, suivant le texte, peut désigner un ou plusieurs administrateurs ; c'est vraiment une mission d'assistance.

Le texte ne précise pas, contrairement à d'autres situations, que le tribunal détermine la mission. Il règle néanmoins un problème important : le président du tribunal arrête la rémunération de ces experts qui est mise à la charge de la procédure.

Cette mission a été introduite dans la loi de 2005 ; elle est, en fait, la poursuite ou le produit d'une réglementation d'une situation praticienne. En effet, si l'on remonte dans le temps, à l'origine, tel qu'on peut le lire dans les commentaires, certains administrateurs, qui se trouvaient dans l'impossibilité d'intervenir quotidiennement dans les grandes entreprises, avaient pu être tentés de sous-traiter cette partie de la gestion quotidienne à un ou plusieurs tiers qualifiés alors de contrôleurs de gestion, de contrôleurs d'administration, voire de sapiteurs… C'est une pratique qui a connu un premier aspect de réglementation dans la loi du 3 janvier 2003 portant la réforme du statut des administrateurs judiciaires puisque l'article L.811-1 du code de commerce qui traite de ce sujet dispose : *« Les tâches que comporte l'exécution de leur mandat leur incombent personnellement. Ils peuvent toutefois, lorsque le bon déroulement de la procédure le requiert et sur autorisation motivée du président du tribunal, confier sous leur responsabilité à des tiers une partie de ces tâches. »* Les administrateurs judiciaires peuvent en effet requérir du président du tribunal qu'il confie à des tiers une partie des tâches qui leur incombent dans leur mandat mais sous leur responsabilité.

La loi de 2005 est allée plus loin, à la suite d'un amendement présenté à l'Assemblée nationale, dont le fondement a été de considérer ceci (et je lis l'exposé du rapporteur) : « *Lorsque l'administration d'une entreprise de grande taille est confiée entièrement à l'administrateur, le chef d'entreprise étant défaillant, il importe qu'une personne qualifiée pour la gestion des entreprises en situation de crise soit désignée avec lui. »* Donc, la désignation est bien une désignation pour assister l'administrateur dans sa mission de gestion.

Ce luxe de précaution prévu par le législateur s'explique par le souci d'efficacité face à une situation exceptionnelle et aussi par celui de contrôler le coût d'intervention de ces experts qui peut peser lourdement sur le débiteur. Chaque fois qu'ils sont régulièrement désignés, leur rémunération est arrêtée par le président du tribunal et mise à la charge de la procédure.

M. LOEPER

On comprend bien que ce sont des missions assez étroitement encadrées mais dont le contenu ou l'étendue reste très large puisqu'il s'agit d'une mission d'assistance Qu'est-ce que l'on va demander à l'expert ? Ne peut-on pas préciser un peu ?

M. LE BERTRE

On en a eu un avant-goût tout à l'heure ; pratiquement rien n'interdit au tribunal de définir le cadre de la mission en précisant les points sur lesquels doit porter celle-ci, ainsi que les diligences à mettre en œuvre ou les modalités suivant lesquelles l'expert doit rendre compte. Dans ce cas, l'expert a sa mission qui est fixée par le tribunal en fonction des circonstances.

M. LOEPER

Cependant, on est amené à poser la question suivante : et si la mission n'est pas définie clairement par le tribunal, à ce moment-là n'y a-t-il pas lieu pour l'expert d'élaborer lui-même une **lettre de mission** ?

Ceci peut du reste s'appliquer à la généralité des types de mission et la lettre de mission pourra être selon les cas signée avec le débiteur ou avec l'administrateur.

Nous avons prévu, en conclusion de notre intervention, de vous présenter au moins sommairement quel pourrait être, du point de vue des experts, le contenu de telles lettres de mission.

De façon liminaire, celles-ci devraient rappeler la décision emportant désignation de l'expert et comporter, de la part de celui-ci, des déclarations d'indépendance et d'impartialité.

Il s'agirait ensuite de définir successivement l'objet et l'organisation de la mission (et accessoirement les modalités de rémunération de l'expert).

- **l'objet :**
  - - identifier la ou les société(s) concernée(s),
  - - définir les objectifs de la mission,
  - - et lister les diligences correspondantes devant être mises en œuvre.
- **l'organisation :** nous pensons notamment à la nécessité de définir avec précision les obligations respectives d'une part de l'expert, d'autre part -et selon les cas- de l'administrateur ou du débiteur.

La lettre de mission pourra aussi préciser de façon utile le champ de la responsabilité de l'expert.

Je passe sur la rémunération …

Enfin nous avons prévu, dans l'hypothèse où la mission ne préciserait pas qu'il convient en cas de difficulté d'en référer au juge (encore que cela puisse sans doute être regardé comme allant de soi), une clause attributive de compétence (au Tribunal de commerce) pour d'éventuels litiges entre l'expert et l'administrateur ou le débiteur.

Je crois que des modèles de lettre de mission, qui n'ont qu'une portée indicative, pourront être joints au compte rendu de journée d'étude.

Voilà Monsieur le Premier président, Mesdames, Messieurs, ce que nous pensions utile d'exposer au sujet des modalités pratiques d'exercice des missions.

(applaudissements).

M. LAMANDA

Merci beaucoup pour cet exposé à deux voix. Après la vision plus théorique puis celle plus jurisprudentielle, nous avons eu là le regard de la pratique tout à fait irremplaçable. En déroulant la mission de son début jusqu'à la fin, vous avez posé les vraies questions, les bonnes questions et apporté de précieux éléments de réponse. Merci pour ce duo parfaitement harmonieux et réussi.

Je rends la parole au Président FAURY.

M. FAURY

Merci Monsieur le Premier Président. Nous allons maintenant aborder la partie la plus agréable de la matinée, c'est-à-dire la pause. Nous enchaînerons ensuite sur la table ronde. Nous vous demandons d'être de retour pour 11 h 45.

LES ATTENTES DES JUGES, DES ADMINISTRATEURS JUDICIAIRES ET DES AVOCATS

Table ronde animée par Monsieur Didier KLING

Expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation

AVEC LA PARTICIPATION DE

Madame Michelle SIMON

Président honoraire du tribunal de commerce de Saint-Nazaire,
Président de la commission traitement des difficultés des entreprises
de la Conférence générale des juges consulaires de France

Maître Emmanuel HESS

Président d'honneur du Conseil national des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires

Maître Jean-Luc MERCIER

Président d'honneur de l'Association syndicale professionnelle des administrateurs judiciaires

Maître Guilhem BREMOND

Avocat à la Cour d'appel de Paris

M. DUPONCHELLE

Notre animateur de table ronde attitré, Didier KLING, va demander aux administrateurs, aux magistrats et avocats quelles sont leurs attentes.

M. KLING

Je te remercie, Bruno. Effectivement avec les exposés très remarquables que vous avez pu apprécier, nous avons beaucoup parlé entre nous de la jurisprudence de la Cour de cassation ; à l'occasion de cette table ronde, nous allons donner la parole à ceux qui sont nos interlocuteurs naturels sur les missions qui ont été présentées. Qui sont nos interlocuteurs naturels ? Ce sont des administrateurs judiciaires ; ce sont des magistrats consulaires ; ce sont des avocats. Nous allons leur demander lors de cette table ronde comment ils réagissent à l'occasion de ces missions. Nous allons structurer cette table ronde autour de trois questions successives (un quart d'heure par question) :

1ère question : faire l'état des lieux

2ème question : examiner les difficultés qui peuvent être rencontrées à l'occasion de l'exécution de ces missions ;

3ème question : examiner les évolutions qui peuvent être souhaitées pour répondre aux attentes de nos interlocuteurs.

L'état des lieux

J'ai entendu ce matin quelques chiffres, parce qu'il paraît que nous sommes des professionnels du chiffre ; j'ai entendu qu'il existait 61.000 procédures de redressement judiciaire ou de liquidation par an. J'ai entendu que le terme d'expert figurait 30 fois dans les textes qui nous intéressent ici directement. Donc je me pose la question de savoir combien il y a de missions d'expertise qui sont aujourd'hui diligentées dans ce cadre. J'ai cru comprendre qu'il y

avait très peu de missions qui faisaient l'objet de pourvois devant la Cour de cassation. Il y a deux manières d'aborder le problème : ou bien c'est parce que tout se déroule très bien ou bien il y a si peu de missions qu'il n'y a pas matière à arriver à ce niveau de la procédure. La première question, pour vous, Madame SIMON, est celle-ci : est-ce que ces missions sont des missions qui se rencontrent ? Quels types de mission confiez-vous, Madame ?

Mme SIMON

Très peu de missions sont confiées dans le cadre de la procédure collective à des experts. Non pas pour des raisons de principe, les juges n'y sont pas opposés mais tout simplement parce que, le plus souvent, les entreprises sont quand même accompagnées par leur propre expert-comptable qui va remplir ce rôle qui a été largement et bien défini ce matin.

Les autres obstacles que l'on a pu identifier sont d'abord la situation des entreprises qui ne permet pas la prise en charge financière de l'expertise. La notion de coût est toujours présente en procédure préventive ou collective ; nous aurons l'occasion d'en reparler. En conciliation l'article L.611-6 prévoit bien que le président du tribunal peut désigner un expert, mais après ouverture de la procédure de conciliation, c'est-à-dire que le conciliateur est déjà nommé, il a déjà commencé à travailler. Donc, le président du tribunal ne confiera pas une mission parallèle mais il désignera un expert pour compléter, à la demande du conciliateur et du chef d'entreprise, le travail entrepris.

Ce matin ont été évoqués les experts en sanction ; c'est beaucoup moins fréquent puisque la loi prévoit simplement la désignation d'un expert pour aider le juge à établir un rapport patrimonial. Nous avons évoqué des rapports pour établir des fautes de gestion ou d'autres motifs (report de la date de cessation des paiements) ; c'est une autre procédure sur laquelle j'aurai peut-être à m'exprimer tout à l'heure.

M. KLING

Je me tourne maintenant vers les administrateurs judiciaires ; ce sont eux qui n'éprouvent pas naturellement le besoin d'ouvrir cette boîte à outils dans laquelle beaucoup de concours leur sont proposés au titre des recours à des techniciens ?

Me HESS

Je pense que la responsabilité des intervenants n'est pas en cause. Olivier LE BERTRE disait ce matin que le rôle de l'expert était sensiblement renforcé par la loi. En pratique il est affaibli, pas par la volonté des intervenants mais par les difficultés de mise en œuvre. Si je puis dire, un rêve d'administrateur judiciaire serait que dans les procédures, dès l'ouverture, le tribunal désigne un expert-comptable judiciaire. S'il y a des experts-comptables judiciaires à titre exclusif dans cette salle, ils pourront s'en réjouir mais tous ceux qui exercent le métier d'expert-comptable ne s'en réjouiront pas. Je suis volontairement provocateur parce qu'en réalité cela va concerner 10 %, à peine, des procédures dans lesquelles les administrateurs pourraient ne pas être satisfaits de l'organisation en place.

Si on remplaçait automatiquement les intervenants, ce serait en parfaite contradiction avec la prévention, ce que l'on essaie de faire, c'est-à-dire la saisine précoce du tribunal, que les chefs d'entreprise, sur les conseils de leurs avocats et experts-comptables, viennent plutôt faire part de leurs difficultés au tribunal.

On reviendra sur les difficultés pratiques. Ce sont uniquement des difficultés pratiques qui à mon sens affaiblissent le nombre de recours à l'expert dans les procédures.

M. KLING

Je crois comprendre que vous rendez hommage en même temps à la profession d'expert-comptable qui remplit son office avec rigueur et efficacité dans les entreprises dont vous avez à connaître.

Me HESS

Ce qui doit expliquer, en effet, qu'il n'y ait pas trop de difficultés, pas trop de décisions judiciaires en la matière. Je ne sais pas si Jean-Luc a la même expérience que moi mais autour de moi, je ne rencontre pas trop de difficultés.

M. KLING

Maître MERCIER, même point de vue de votre part ?

Me MERCIER

Oui, avec peut-être une ou deux précisions sur ce fameux état des lieux. Il y a une chose que j'ai entendue avec beaucoup de satisfaction ce matin de Monsieur le conseiller de la chambre commerciale de la Cour de cassation nous disant : « J'ai bien cherché ; pour toute la partie mandats ad hoc et conciliations, je n'ai rien trouvé ». Cela m'a beaucoup intéressé dès lors que c'est dans ces procédures que les experts et nous mêmes agissons de concert.

La présidente l'a dit il y a quelques minutes, lorsque nous sommes désignés en mandat ad hoc ou en conciliation, très rapidement nous avons besoin bien d'une certaine sûreté au niveau des chiffres sur lesquels nous devons travailler, mener un raisonnement avant de proposer un plan d'actions et de rentrer dans une négociation puisque l'essentiel des mandats et des conciliations est le plus souvent de négocier avec les créanciers bancaires fiscaux et sociaux. Dans ce cas-là nous demandons que les dirigeants fassent appel à des cabinets d'experts qui vont leur permettre par conséquent de structurer la présentation d'un plan stratégique, d'aller au fond des choses sur le plan de l'analyse même et disposer d'éléments pour convaincre.

C'est important, car lorsqu'on parle de procédures et que l'on veut distinguer mandat ad hoc et conciliation il faut savoir que la plus grande partie des dossiers significatifs dans leur taille sont traités dans ces procédures avec un taux de réussite qui avoisine 70%.

Sur les procédures elles-mêmes, telles les sauvegardes ou les redressements judiciaires, il est vrai que c'est beaucoup plus rare que les tribunaux ou les juges sollicitent ou que nous-mêmes sollicitions des tribunaux la désignation d'experts ; cela se fait lorsqu'il y a matière à entreprendre des investigations parce que l'on a commencé à constater un certain nombre d'anomalies, lesquelles peuvent nous conduire à aller plus loin et déterminer quelle est la normalité des relations financières. Dans ce cas, on demande l'intervention des experts ; c'est rare mais c'est important puisque c'est sur l'appréciation de cette normalité ou de cette anormalité financière que pourront, le moment venu, être engagées des procédures d'extension et de confusion.

La jurisprudence de la Cour de cassation sur ce point est extrêmement claire, notamment depuis un arrêt Métaleurop.

Un autre point doit également être évoqué dans cet état des lieux. Il s'agit du recours à des experts qui vont pouvoir intervenir aux côtés du dirigeant, renseigner l'administrateur notamment sur des analyses de marge.

Complémentairement, il convient d'évoquer le « suivi des aspects de trésorerie » parce que, dans le plus grand nombre d'entreprises dont nous avons à connaître, nous constatons que l'approche même de prévisionnel de trésorerie est quasi inexistante. Là nous demandons par conséquent souvent l'intervention de techniciens et je reprends ce terme dans toute son acception lorsque le juge vient effectivement à désigner un expert, on ne parle pas d'expert mais du technicien ; c'est le technicien du chiffre pris au sens large, tant d'un point de vue strictement comptable que dans tous les aspects de trésorerie.

M. KLING

Merci de vos expériences respectives. La question qui se pose notamment à nous aujourd'hui est de savoir si ces textes reçoivent une même application sur l'ensemble du territoire français. Je serais tenté de me tourner vers vous, Madame la présidente, pour savoir, en raison de vos fonctions au titre de la Conférence générale des juges consulaires de France, si vous voyez la même application de ces dispositifs, de ces missions d'assistance et d'investigation confiées par les juridictions consulaires.

Mme SIMON

Oui. Lorsque vous êtes désigné par le président ou par le tribunal la loi est respectée. Je n'ai pas connaissance d'applications différentes dans un tribunal ou dans un autre. Peut-on parler d'application différente peut-être pour l'enquête de pré-faillite dont a parlé Monsieur le conseiller RÉMERY tout à l'heure ? La plupart du temps, les enquêtes sont diligentées avant ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire (lorsqu'il y a redressement judiciaire, cela est moins nécessaire), surtout si le tribunal est saisi, soit d'office, soit par un créancier, le juge peut se faire assister par un expert. Là on bute sur le problème de la rémunération si c'est un expert-comptable judiciaire qui est nommé. Pour peu que la procédure ne débouche pas sur une ouverture, il n'y aura pas de fonds pour régler l'expert. Donc la plupart du temps l'expert qui vient aux côtés du juge est un mandataire.

M. KLING

À ce stade Maître BREMOND, pas d'intervention ?

Me BREMOND

Si, je voudrais rebondir sur l'application dans les différents tribunaux. En tant qu'avocat on est amené à se présenter devant des juridictions très variées. Cela rejoint d'ailleurs le très intéressant exposé de Monsieur le conseiller RÉMERY qui nous disait de manière très globale qu'il n'y avait qu'un sujet qui revenait devant la Cour de cassation : le technicien désigné par le juge commissaire. Tous les autres sujets ne donnent pas lieu à débat et sur la désignation de ce technicien. Les sujets qui sont débattus à la Cour de cassation sont régulièrement les mêmes ; c'est le caractère contradictoire ou non de ces diligences et, pour décaler le débat, le principe de l'égalité des armes. En effet aujourd'hui c'est plutôt cette question de l'égalité des armes que la question du contradictoire qui est importante.

C'était très frappant en écoutant ce matin l'exposé des très nombreux textes qui font référence aux experts dans la procédure collective par rapport à la jurisprudence très limitée sur le sujet. Mon expérience d'avocat est un peu entre les deux. Effectivement l'expert est un intervenant incontournable de toute procédure collective. Je ne connais pas de procédure collective ou de procédure de prévention qui se déroule, à un stade ou à un autre, sans l'intervention d'un expert. Mais derrière, une utilisation des textes juridiques et un recours judiciaire assez limités, pour plusieurs raisons. Je ne me penche pas sur l'expertise L.631-12 qui a été mentionnée de co-gestion ou d'assistance à la gestion parce que, vu sous l'angle de l'avocat, ce n'est pas notre problème ; c'est le problème de l'administrateur judiciaire et de savoir comment il va gérer cette entreprise.

M. KLING

Il n'y a pas nécessairement de rapport dans ce cas-là et donc pas forcément matière à discuter.

Me BREMOND

En revanche il y a deux cadres qui sont pour nous notre quotidien, c'est ce que disait Me MERCIER : il y a ce rapport technique, ce rapport du technicien qui n'est pas à strictement parler une expertise du technicien désigné par le juge commissaire, qui généralement est le prélude à des joutes judiciaires ;

c'est là que se posent un certain nombre de problèmes et c'est pour cela que cela vient devant les tribunaux et la Cour de cassation en final.

Mais surtout notre quotidien c'est l'expert financier dans le cadre des procédures de prévention pour faire l'état de la réelle situation de l'entreprise, de ses réelles perspectives. De fait pragmatiquement, il n'y a pas de dossier de conciliation et de mandat ad hoc qui sorte sans qu'un expert ait validé la situation et les prévisions de trésorerie, ainsi que les prévisions d'exploitation. On ne peut pas faire un accord de conciliation sans ces deux rapports.

C'est le seul point sur lequel je peux noter une différence de pratique entre les différentes juridictions. La pratique en région parisienne et dans beaucoup de tribunaux est que ces experts soient désignés sans ordonnance judiciaire, c'est-à-dire sans utiliser les textes que l'on a visés ce matin. Dans certains tribunaux, on va, dans la conciliation, aller chercher tout de même une ordonnance du juge pour désigner cet expert. Cet expert est de toute façon incontournable.

Les difficultés rencontrées

M. KLING

On est déjà sur la deuxième partie de la table ronde, les difficultés rencontrées puisque vous avez évoqué le problème de la contradiction. Vous êtes habitués pourtant comme avocats à ce que les techniciens interviennent dans certains sujets sans qu'il y ait contradiction. Dans des disciplines autres que les nôtres, je pense notamment au domaine de la santé, un médecin peut tout à fait regarder l'état du patient et il n'y aura pas de contradiction. Toutefois le rapport qui sera remis sera ensuite soumis à discussion éventuelle des parties intéressées. On peut donc tout à fait imaginer que pour notre mission ce soit de même nature.

S'il s'agit de faire un constat il n'y a pas d'obligation de contradiction, cela a été rappelé ce matin ; ce n'est pas interdit dans certains cas, à ceci près que c'est difficile à mettre en œuvre : au contradictoire quelles sont les parties ? Quel est le périmètre ? Difficile. Je vois mal comment résoudre concrètement le problème, même s'il est souhaitable que je puisse recueillir le maximum d'avis. Je comprends évidemment que le problème soit très différent si l'on est dans une procédure qui peut conclure à une sanction possible à l'égard de quelqu'un ; il faut évidemment qu'il y ait là la contradiction dans sa plénitude qui puisse s'exercer.

Me BREMOND

Sur ce sujet je crois qu'il faut véritablement distinguer totalement les deux types de missions essentielles dont on a parlé :

les missions de validation de la trésorerie, des prévisions du business plan dans lesquelles la notion de contradiction n'a pas de sens. Ces validations, ces travaux vont se faire naturellement avec l'entreprise concernée ; sans elle, il ne peut rien se passer ;

et les missions techniques sur lesquelles on va aller rechercher s'il y a eu faute ou pas, quelle est l'origine de la cessation des paiements, quelle est la date de cessation des paiements, quelle est l'évolution du passif pendant la période suspecte, tous ces sujets.

Effectivement, comme vous le rappelez, principe de contradiction oui, mais pour avoir un principe de contradiction strict il faudrait que les parties soient délimitées, il faudrait qu'il y ait un procès engagé, or il n'y en a pas. Egalement dans ces missions d'investigation, c'est vrai que l'expert doit travailler un peu seul et ce n'est pas forcément critiquable.

M. KLING

C'est le « pas forcément » qui me gêne.

M. BREMOND

Je reprendrai ce que nous a dit Monsieur LOEPER ce matin, qui me semblait très juste, très important, frappé au coin du bon sens. Plusieurs choses : d'abord tout seul, on se trompe facilement et la comparaison de l'expert et du train (le train s'arrête quand il déraille et l'expert quand il déraille ne s'arrête pas) est vraie. **La contradiction n'est pas un besoin judiciaire, c'est un besoin scientifique**. Pour faire jaillir la vérité, l'expert a besoin de dialoguer avec les personnes concernées. On sait tous que ces missions sont particulièrement complexes, que retrouver les éléments factuels de l'époque est un travail difficile et qu'on peut passer à côté d'éléments car ils ne se retrouvent pas dans les dossiers mais les parties prenantes en avaient la connaissance. Il faut leur donner l'occasion de faire sortir ces éléments.

Deuxième chose : à la fin il y a aussi une vérité. Le débat contradictoire sur un rapport terminé, qui a ses conclusions, n'est à mon sens pas suffisant. En effet nous sommes tous des êtres humains y compris vous, les experts. Si vous, les experts, prenez la peine d'entendre les personnes concernées, de leur donner l'occasion de débattre avec vous de ce que vous avez compris et donc de faire jaillir une vérité, vous saurez toujours tenir la position que vous prendrez en tant qu'experts, et pour de bonnes raisons, car vous savez quelles vont être les discussions. Si au contraire, il n'y a eu aucun débat, que l'expert rend son avis et qu'ensuite les avocats des parties vont chercher, si ces conclusions ne leur plaisent pas, à critiquer purement et simplement ces conclusions, on va avoir une crispation, puisque l'expert qui a déjà rendu ses conclusions se sent attaqué.

S'il a fait ce travail de discussion et donc de « contradictoire » avant, il est beaucoup plus à l'aise sur ses conclusions et celles-ci sont beaucoup plus solides. Je pense que, dans ce souci de solidité des conclusions, il faut organiser un certain contradictoire qui n'est pas le pur principe de la contradiction.

M. KLING

La difficulté est qu'un constat est rarement totalement neutre. S'il s'agit d'arrêter une situation de trésorerie oui, mais il peut s'agir de rechercher des problèmes de rémunération, des opérations particulières avec des entreprises qui ne sont pas totalement extérieures à certains dirigeants. C'est un peu à cause de vous finalement que se pose la question de la contradiction ; c'est vous qui réclamez une très grande rapidité, efficacité dans les missions qui sont confiées. Si donc l'expert dit « Il faut que j'entende beaucoup de personnes », cela va prendre du temps nécessairement ; cela complique l'exercice de manière excessive.

Me HESS

Il faut rappeler que nous sommes dans le domaine de l'entreprise, que c'est fragile et que cela va très vite. Il faut aller extrêmement vite. Je voulais revenir sur le problème de la difficulté de mise en œuvre par exemple de **l'expertise de trésorerie** qui est à l'ouverture de la procédure. S'il n'y a personne, s'il n'y a pas d'expert-comptable, c'est simple, on en fait désigner un. S'il y en a un en place, il faut se méfier. Toute demande d'intervention d'un tiers est ressentie généralement, ou par le chef d'entreprise, ou par ses conseils, comme une suspicion à leur égard. Là, on peut entrer dans une sorte de conflit et si on est en conflit dans le cadre d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire (cela va se poser moins pour la sauvegarde), on va à l'échec. C'est souvent une des causes de l'échec. Il faut donc aussi être très prudent là-dessus et ne pas être contre-productif. C'est pour cela que je dis qu'il y a des difficultés de mise en œuvre. Idéalement faire intervenir un tiers totalement objectif pour apprécier la situation de l'entreprise, serait formidable ; la mise en œuvre est difficile.

De temps en temps, pour en avoir discuté avec des experts-comptables qui, quelquefois sont gênés quand l'administrateur est amené à leur poser un certain nombre de questions et pour obtenir un certain nombre de renseignements, cela vaut ce que cela vaut, mais il m'arrive de solliciter, par une ordonnance du juge commissaire, la confirmation d'une mission de l'expert-comptable en place. A partir de ce moment-là, il n'a plus seulement son client comme prescripteur, mais il a l'administrateur du tribunal ; cela le met à l'aise ; on peut lui poser toutes les questions. Cet exemple pratique est une façon de ne pas entrer en conflit nécessairement.

M. KLING.

Maître MERCIER ? Avez-vous la même pratique ?

Me MERCIER

Oui, nous avons tout à fait la même pratique. Ceci étant, je partage le point de vue de Maître BREMOND. Si l'on peut travailler de façon contradictoire pendant l'expertise, le gain de temps est important ou, tout du moins, les crispations, qui sont consommatrices de temps, sont moins importantes ; donc la procédure a tout à y gagner. On peut très bien mener une expertise rapidement, quelles que soient par ailleurs les pressions que peuvent exercer les administrateurs qui ont un souci d'efficacité, de mise en place d'un plan d'actions et très souvent à gérer un problème de trésorerie ; au regard des échéances à respecter.

Il y a toutefois un point où j'aurais une approche un peu différente de celle de mon confrère HESS, à tout le moins dans la formulation. Je n'ai pas l'habitude de manier la langue de bois, donc disons les choses clairement. Certains cabinets d'experts-comptables sont fâchés avec la trésorerie. La comptabilité classique, avec le traitement des données, a posteriori ne pose pas problème. Mais quand on rentre dans une approche prévisionnelle où il faut bien aller mesurer les besoins, les cycles de crédits, clients, fournisseurs, les problèmes de mobilisation, la complexité dans la mise en place de contrats d'affacturage, je pense que certains professionnels ne sont pas forcément organisés pour cela.

Il apparaît donc nécessaire, sans froisser encore une fois les uns et les autres, de répartir les missions dans certaines procédures, pour faire appel à un cabinet qui est peut-être plus rompu à cet exercice parce que, dans les périodes d'observation que ce soit sauvegarde ou redressement judiciaire, notre quotidien est la trésorerie qui nous permet de dire au tribunal «Je tiens» ou «je ne tiens pas», «je vais passer» ou «je ne vais pas passer». Quand arrive le compte de résultat, même s'il est intermédiaire, trois mois plus tard, il est trop tard. Il faut appréhender l'évolution de la situation plus rapidement.

M. KLING

On va essayer de réconcilier la profession d'expert-comptable avec la notion de trésorerie, s'il y a un effort à accomplir dans ce domaine ! En vous écoutant je me disais que, s'il y a des problèmes techniques, n'y a-t-il pas aussi un problème déontologique ? Maître HESS, vous avez eu cette suggestion très pragmatique consistant à dire « Il y a un expert-comptable. Si on lui adjoignait cette onction à l'occasion de la mission qui lui serait confiée par l'administrateur judiciaire, cela pourrait éventuellement le libérer, lui permettre de s'exprimer de manière plus complète. » Encore que, est-on certain

qu'il n'y a pas un problème de **secret professionnel** à raison des éléments d'information dont il aurait eu connaissance par ailleurs ? Mais finalement ce n'est peut-être pas votre souci ; c'est le sien. Maître, cela ne vous pose-t-il pas un problème si l'expert-comptable de votre client par exemple dit « J'ai changé d'employeur ou de prestataire » ?

Me BREMOND

Dans ma pratique, en fait, je vois souvent la nécessité de faire appel à des experts qui ont un œil neuf sur le dossier. Sans déjuger l'expert-comptable en place, il y a quand même souvent (c'est ce que disait Me MERCIER à l'instant) la nécessité de rebattre les cartes. Au-delà des problèmes déontologiques, parfois un œil neuf sur les dossiers ne fait pas de mal dans une nécessité de rebattre les cartes et d'aller très vite car on dispose rarement de beaucoup de temps.

M. KLING

Indépendamment de cet aspect, y a-t-il d'autres difficultés que vous rencontrez les uns ou les autres, à l'occasion de l'exercice de ces missions ? Ou souhaitez-vous que l'on passe au troisième thème, les évolutions éventuelles, avec l'une d'entre elles qui vient d'être consacrée par la loi ? Je vous laisserai en parler davantage.

Me BREMOND.- Je voulais mentionner peut-être une mission « du troisième type », pour reprendre un vieux titre de film, que je n'ai vu que sur un dossier, mais un dossier suffisamment fort pour qu'on le regarde. Dans l'affaire Technicolor, le plan de sauvegarde arrêté par le tribunal de commerce de Nanterre prévoit **un traitement particulier pour certains titres subordonnés** dont la prise en compte, dans les comités de créanciers pour mesurer leur poids dans le vote, n'a pas été faite sur leur valeur nominale mais sur la valeur qu'une expertise leur a reconnue en droit économique. On peut débattre et la Cour d'appel de Versailles est saisie de ce problème de la légalité de cette innovation, c'est très innovant. Nous verrons la suite. Si cela venait à se développer cela ouvrirait un champ immense et extraordinairement important d'expertises dans ce contexte judiciaire, car l'impact est énorme.

Me HESS

Je peux confirmer, mais c'est parce que nous avons demandé en tant qu'administrateurs une expertise, ordonnée par le juge commissaire, pour évaluer le montant qui reviendrait à une catégorie de créanciers relativement inclassables et le montant pour lequel ils voteraient dans le cadre de l'assemblée unique des obligataires. C'était une nécessité pour un produit, des titres super subordonnés, des TSS, qui sont des quasi-fonds propres, que les experts-comptables savent classer mais que les administrateurs judiciaires ne savent pas comment classer.

M. KLING

Le classement n'est pas le même dans les comptes individuels, les comptes consolidés, selon le référentiel. C'est un sujet intéressant qui peut faire l'objet d'un autre débat.

Me HESS

Si vous voulez que l'on vous dise où sont les TSS !!

Les évolutions

M. KLING

Sur les évolutions, la procédure de sauvegarde a été soumise à une évolution tout récemment, qui a été consacrée par le parlement, qui répond à un

besoin de la pratique m'a-t-il semblé, de votre part, c'est vous qui avez suggéré cette évolution. Qui veut intervenir le premier pour présenter le projet ?

Me HESS

Le projet est quand même déjà passé à l'Assemblée nationale. D'après ce que je peux savoir, c'est une évolution de la législation qui vient de la pratique et qui viendrait de Bercy, plus précisément encore du CIRI. Dans le cadre des dossiers de mandat ad hoc et de conciliation, les professionnels du CIRI ont constaté que **le pouvoir de nuisance d'établissements financiers minoritaires était surdimensionné** et que la seule solution pour y échapper était la sauvegarde. Si la sauvegarde est uniquement sur une holding financière ou une société n'ayant que des intérêts financiers, elle n'a pas d'impact sur la valeur de l'entreprise et sur l'avenir de l'entreprise de la filiale. Ce n'est pas très grave ; on peut le faire.

En revanche si on est dans une société qui a des engagements financiers directs et qui est également une société d'exploitation, la sauvegarde est totalement destructrice de valeur parce que tous les créanciers d'exploitation pourraient pourtant continuer à être payés normalement et vont devoir déclarer leur créance ; avec toutes les règles de la procédure, cela devient ingérable ; cela peut entraîner une entreprise beaucoup plus loin que la sauvegarde, c'est-à-dire, au redressement judiciaire, à la cession, etc..

Il a été considéré qu'il manquait un outil quand le problème était uniquement un problème d'endettement financier. De là, a été imaginé par Bercy et par la Chancellerie un projet de sauvegarde financière qui s'appelait « exprès » et qui devient « **sauvegarde financière accélérée** », qui ne pourrait être ouverte qu'après une conciliation, dans le cadre d'une conciliation qui aurait échoué mais dans laquelle une majorité se serait dégagée, qui n'aurait pas pour conséquence d'entraîner les déclarations au passif et donc la suspension des droits des créanciers d'exploitation, autres que les créanciers financiers qui étaient dans la conciliation. Voilà les grandes lignes du projet qui circule, qui est extrêmement pragmatique. La mise en œuvre sera autre chose.

Me BREMOND

En l'état, il a été voté la semaine dernière au Sénat ; il a vocation à être voté la semaine prochaine à l'Assemblée nationale. C'est un texte qui entrerait en application le 1er mars, le 1er avril ou au plus tard le 1er mai 2011, selon toutes probabilités puisque, de ce qu'on entend, ce texte tel qu'il a été voté au Sénat ne fait pas partie des travaux en commission et donc il ne devrait pas bouger.

Dans ce texte on a **une sauvegarde strictement limitée aux dettes financières**, à ceux qui font partie du comité des établissements financiers. Cette sauvegarde a été accélérée puisqu'elle a vocation à sortir en un mois. Cela veut dire qu'il y aura un travail de conciliation nécessaire avant et qu'ensuite un processus de vote en comité et d'homologation par le tribunal de ce plan de sauvegarde qui va être extraordinairement rapide. Dans ce processus extraordinairement rapide, il est évident que **le rôle des experts qui auront validé les prévisions économiques**

de trésorerie et d'exploitation qui sous-tendent le projet de plan, va être extraordinairement mis en avant et est très important. Les débats pendant la période de sauvegarde seront beaucoup plus courts ; il faudra s'appuyer, pour les faire sortir, sur des travaux d'experts et là-dessus les experts-comptables judiciaires ont véritablement un champ d'action qui va s'ouvrir, qui devrait être énorme. L'impact de cette réforme qui se fait en catimini par voie d'amendement et qui peut sembler un peu anodine, est potentiellement énorme ; cela pourrait révolutionner la pratique des procédures collectives telle qu'elle est existante aujourd'hui.

C'est une procédure semi collective. On impose la loi de la procédure collective uniquement quand c'est financier, pas aux autres. C'est révolutionnaire.

Me HESS

Ceci d'autant plus (mais c'est de bonne guerre) que nous savons que dans les montages LBO actuels, des montages anti-mandats ad hoc et conciliations sont en place. S'agissant de tous les nouveaux montages LBO, il y a deux holdings, dont une au Luxembourg, pour éviter les impacts de mandats ad hoc et de la conciliation.

En réalité un dossier a été cité tout à l'heure, le dossier de sauvegarde Thomson devenu Technicolor ; il a été bouclé en un mois et demi ; c'était avant l'heure une sauvegarde financière accélérée puisque la Société Thomson, qui était en sauvegarde, après avoir été en conciliation, n'était que financière ; les filiales d'exploitation n'étaient pas impactées.

M. KLING

Cela suppose qu'une solution toute prête ait été élaborée avant.

Me MERCIER

C'est ce que je voulais rajouter. Effectivement la sauvegarde accélérée c'est un mois renouvelable une fois ; c'est excessivement court. On sait assez rapidement, dans la conciliation, si on va avoir des points de blocage, si on peut emporter l'adhésion des quelques minoritaires qui sont toujours beaucoup plus ardents que les autres.

C'est la notion de pré-pack. Au cours des premières semaines de la conciliation, il est possible de déterminer si le dossier devra être orienté sur éventuellement cette sauvegarde accélérée. En ce cas il y aura nécessité de recourir au travail de l'expert qui sera absolument déterminant et il sera absolument indispensable de le faire intervenir le plus en amont possible et donc avant l'ouverture de la procédure de sauvegarde accélérée.

M. KLING

Madame la présidente, est-ce que cette évolution vraisemblable répond à un certain nombre de situations que vous avez pu rencontrer dans le cadre du tribunal, où vous vous êtes dit « Effectivement il faudrait trouver une autre solution que celle que nous ouvrent aujourd'hui les textes » ?

Mme SIMON

Oui. Je partage tout ce qui a été dit à cette table. La sauvegarde est une procédure collective très lourde qui entraîne la déclaration de tous les créanciers. **La sauvegarde financière accélérée est une procédure collective qui nécessitera une conciliation ouverte auparavant**, ce qui n'était pas forcément le cas dans les ouvertures de sauvegarde jusqu'ici. Les juges seront donc plus à l'aise (et même plus que pour une sauvegarde pleine et entière) pour ouvrir cette sauvegarde financière accélérée.

Il n'en reste pas moins qu'il y a peut-être une insécurité juridique puisque tous les créanciers ne seront pas traités de la même manière ; cela ne peut concerner que les créanciers financiers mais je pense que cela peut sauver des conciliations qui pourraient durer. Il ne faut pas que les conciliations durent longtemps.

M. KLING

Merci. Je vais maintenant me tourner vers chacune et chacun d'entre vous en demandant s'il y a d'autres évolutions que vous souhaiteriez dans la pratique, que vous pouvez rencontrer dans votre exercice professionnel individuel.

Me MERCIER

Au risque de me répéter, ce qui me paraît vraiment essentiel pour un bon travail et remplir les missions qui nous sont confiées les uns et les autres, c'est que l'on mette en place et que l'on travaille de façon plus régulière ensemble sur tout ce qui est **assistance à la gestion**. Je voudrais vraiment que l'on dépasse (non pas que cela ne m'intéresse pas car j'en ai besoin) la stricte présentation des comptes de résultat, des bilans, des situations intermédiaires. Ce que nous cherchons c'est la mise en place d'un certain nombre de **tableaux de bord** dont le plus souvent (sauf les grosses entreprises dont vient de parler Emmanuel HESS), on a absolument besoin pour pouvoir analyser, produit par produit, quelles sont notamment les marges dégagées car aussi étonnant que cela puisse paraître, je vous garantis que dans plus de 98 % des dossiers qui nous sont confiés, cela n'existe pas.

L'autre point est cette notion de **trésorerie**. Travailler de façon très fine (pas avec des abonnements, entendons-nous bien) sur les prévisions de trésorerie avec des tableaux qui sont régulièrement revus en fonction du réalisé, qui permettent d'analyser les écarts par semaines, par les décades, par les quinzaines ou par les mois, nous disposons alors d'un outil de pilotage essentiel pour nous et pour le dirigeant de l'entreprise.

M. KLING

Cette assistance est prévue par les textes ; l'article L.631-12 que l'on a cité tout à l'heure existe bien. Ce que vous souhaitez c'est qu'il vive davantage avec plus d'intensité ?

Me MERCIER

Oui. Absolument.

M. KLING

Ceci dépend de vous et de nous.

Me HESS

Je vais m'associer au même vœu. Jean-Luc parlait de trésorerie. Je dirai que l'expert, qu'il soit comptable, qu'il soit expert-comptable judiciaire, travaille en permanence en liaison très directe avec l'administrateur judiciaire. Il y a les prévisions qui manquent mais il y a aussi **la culture du cash**. À partir du moment où on est dans une procédure éventuellement même de mandat ad hoc ou de conciliation, de sauvegarde encore plus et de redressement judiciaire encore plus, ce qu'il faut avoir, c'est la culture du cash. Nous avons la prétention, nous administrateurs judiciaires, de l'avoir ; donc les raisonnements sont un peu différents. Si on est en liaison avec les conseils de l'entreprise et les experts de l'entreprise, dans cette hypothèse, on a beaucoup plus de chances de faire gagner l'entreprise.

M. KLING

Dans l'intérêt de l'entreprise, vous mettez l'accent, à juste raison, sur les missions d'assistance. Il n'y a pas que les missions d'assistance. Il y a d'autres missions éventuellement dont vous voulez dire un mot peut-être, Madame la présidente.

Mme SIMON

Nous avons beaucoup parlé des **responsabilités des dirigeants**. Dans le cas où cela s'est mal passé, l'entreprise a été liquidée, ils sont redevables

vis-à-vis des créanciers des fautes qu'ils auraient pu commettre. Là il y a un réel besoin d'harmonisation dans nos juridictions. Selon les juridictions, il y a des tribunaux qui sanctionnent beaucoup et d'autres moins ; il n'y a pas d'harmonisation dans le lancement des actions en sanction.

Premièrement, parce que c'est d'abord le mandataire liquidateur qui assigne, il n'est pas toujours à l'aise parce qu'il lui faudra engager les frais de l'action. A supposer que le juge commissaire fasse une ordonnance et que le Trésor public avance les fonds, c'est délicat. Dans beaucoup de tribunaux c'est le ministère public qui lance l'action, mais plus en responsabilité personnelle qu'en responsabilité patrimoniale. Je pense que c'est un réel problème que les chefs d'entreprise ne soient pas traités de la même manière dans une juridiction ou l'autre.

Il faudrait aussi que le code permette ces expertises. Pour revenir aux expertises, comme je l'ai dit tout à l'heure, pour l'instant dans la loi, c'est simplement le rapport patrimonial qui est possible. Donc pour toutes les raisons de contradictoire (ce n'est pas mon voisin qui dira le contraire), nous préconisons à la Conférence générale des juges consulaires de France, de passer par une action en référé (article 145) ; en effet, dans la procédure collective, on n'a pas de base textuelle. Il faudrait libérer tout cela de manière à harmoniser les procédures.

M. KLING

Je comprends ce souci d'harmonisation, de convergence. La parole en dernier est à la défense. C'est normal, Maître.

Me BREMOND

J'essaierai de ne pas me lancer dans de grandes envolées et d'être réaliste. On est sur une manière éminemment pratique. Mes souhaits sont de deux ordres : l'un à l'égard des juridictions et l'autre à l'égard des praticiens que sont les experts- comptables et les avocats. Il faut aussi regarder chez soi.

Sous l'angle de la perception et de l'appréhension de ces sujets par les magistrats, je dois remercier encore une fois Monsieur le conseiller RÉMERY de son exposé ce matin car tout y était. La contradiction stricte au sens du code de procédure civile n'est pas possible dans les matières dont nous parlons aujourd'hui. Ce n'est pas parce qu'elle n'est pas possible dans ce sens strict qu'il ne faut pas avoir des préoccupations d'un respect, et j'ai bien entendu le mot, de **l'égalité des armes** ; je crois que c'est vraiment ce vers quoi il faut tendre et ce à quoi les juridictions doivent s'attacher : s'assurer que la manière dont les opérations se sont déroulées n'a pas rompu cette égalité des armes.

J'ai aussi entendu avec beaucoup d'intérêt la référence à cet arrêt de la 3e chambre civile récente qui a annulé cette expertise unilatérale. Je ne crois pas que cela veuille dire que toute expertise unilatérale doive être annulée mais (et c'était aussi le sens de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme que Monsieur le conseiller RÉMERY visait), le sens est de rechercher si réellement la manière dont l'expertise s'est déroulée a pu violer l'équilibre du bon procès ou pas.

Le deuxième ordre de souhait est à l'égard de tous les professionnels parce qu'il ne faut pas faire d'angélisme. La question du contradictoire, si elle se tend de manière difficile dans les relations entre les avocats et les experts-comptables que vous êtes, c'est que, dès lors que l'on vous dit que vous n'êtes pas tenus aux règles du contradictoire strict, vous pouvez avoir envie de vous affranchir de ces « casse-pieds » que sont les avocats qui vont vous empêcher d'avancer. De la même manière, nous avocats, sommes un peu tous formatés par nos habitudes de procès et pouvons avoir la tentation de bloquer les opérations d'expertise engagées dans le cadre des procédures collectives. Si on s'enferme dans un refus de tout dialogue ou dans un boycott, dans un blocage systématique des opérations, cela n'avancera pas. Si en revanche on essaie de collaborer, on peut trouver ensemble une manière non pas de respecter un strict contradictoire de votre côté mais de permettre aux personnes qui sont concernées par l'expertise de faire valoir leur point de vue et donc de vous permettre de rendre des conclusions plus justes et plus solides. Cela nécessite de notre part, nous avocats, et merci de nous aider à le comprendre, de ne pas nous mettre dans une attitude de blocage ; en réalité cela ne nous apporte rien. La loi nous le dit ; cela ne nous permettra pas de faire casser vos travaux, le principe du contradictoire n'étant pas une règle stricte. C'est un appel au bon sens et à la bonne coopération de tous.

M. KLING

Merci, Maître. Vos messages ont été bien entendus. Merci de vous être prêtés à ce dialogue auquel vous avez participé les uns et les autres.

Monsieur le rapporteur général, nous avons essayé de traiter le thème qui nous était confié dans un temps imparti qui est maintenant expiré. Nous avons rempli cet objectif. Je voudrais remercier les participants à cette table ronde avant de donner la parole à la salle. Je vous propose d'applaudir les participants.

(applaudissements)

Avant de vous applaudir vous-mêmes en fonction des questions que vous voudrez bien poser à ceux qui sont présents à la tribune, pour participer à ce dialogue.

Débat avec les congressistes

Maître Michel ARMAND-PREVOST, avocat

Ce n'est pas en ma qualité actuelle d'avocat que j'interviens, mais en ma qualité très ancienne de juge consulaire, sur cette question du contradictoire, notamment dans les investigations sur une éventuelle responsabilité du dirigeant. Je ne pense pas que ce que j'ai vécu ait été modifié par les textes actuels ; je voulais donc faire la suggestion suivante : généralement lorsqu'il y a une requête pour nomination d'un expert soumise au juge commissaire, cette requête, qui émane soit de l'administrateur, soit du liquidateur, est accompagnée du projet d'ordonnance. Or le projet d'ordonnance ne contient absolument rien en ce qui concerne le contradictoire ; il est même prévu in fine que l'ordonnance sera déposée au greffe et ne sera notifiée à personne. Comme juge commissaire, quand il s'agissait de rechercher l'éventuelle responsabilité du dirigeant, j'ajoutais « *sera notifiée au débiteur qui sera entendu par l'expert* ». Ce n'est pas le contradictoire de l'expertise de l'article 276 du code de procédure civile ; c'est une petite amélioration ; peut-être peut-on encore en tirer parti aujourd'hui. Merci.

Me HESS

Je crois que l'amélioration que vous avez apportée a fait école d'après ce que je peux savoir.

M. KLING

C'est toute l'influence de Michel ARMAND-PREVOST qui a conduit à une évolution de la pratique dans ce domaine.

Mme Dominique MAHIAS, expert-comptable de justice

Monsieur KLING a évoqué ce matin la question éventuelle du **secret professionnel** qui pouvait poser un problème à nos confrères. Je voulais savoir si la question de l'**indépendance** et du **conflit d'intérêts** était un sujet qui pouvait aussi poser problème. Je me tourne vers les éminents membres de cette conférence pour recueillir leur avis sur ce sujet.

M. KLING

Madame MAHIAS, je pense que c'est le deuxième point d'interrogation à l'occasion de cette succession de missions. Est-ce que je peux accepter sans être dans une situation de conflit d'intérêts qui porterait atteinte à mon indépendance ? Est-ce que ma déontologie personnelle ou professionnelle en qualité d'expert-comptable ne fait pas obstacle à ce que j'accepte cette deuxième mission ? Vous allez me dire que ce n'est pas votre problème. C'est celui du professionnel.

Me HESS

Exactement.

M. KLING

Je ne sais s'il y a un représentant officiel. Je n'ai pas qualité pour intervenir au nom du Conseil supérieur de l'Ordre des experts-comptables. Je ne sais pas si l'un des participants ici est en mesure de le faire. Il me semble, à tout le moins, qu'il y a une vraie interrogation qui sera transmise au Comité d'éthique du Conseil supérieur ; je pense qu'il y a un problème et qu'une solution doit lui être apportée pour permettre à nos confrères qui seraient sollicités dans ce cadre d'avoir un guide d'intervention sur les modalités qu'ils peuvent adopter et les précautions à prendre.

Un avocat

Je voudrais revenir à l'intervention de Pierre LOEPER que j'ai beaucoup appréciée pour ce qui concerne le contradictoire. Indépendamment de la simple question de **l'article 6 de la CEDH**, on peut également se poser une autre question : pour reprendre la métaphore ferroviaire relative au train, un train de droits fondamentaux peut en cacher un autre. Il est certain que si l'on parle de l'article 6, cet article n'est jamais en définitive que le **support de risque de violation du droit de propriété**, protégé par le protocole n° 1 de la convention et le respect de l'intimité de la vie privée de l'article 8. Dans le cadre des investigations qui peuvent être menées non contradictoirement en l'état actuel du droit positif, on risque tout simplement, s'il n'y a pas de contradictoire, de violer non seulement l'article 6 mais également l'article 8 et le protocole n° 1 si le droit de propriété se trouve ultérieurement compromis en raison des sanctions pécuniaires qui seront prononcées à l'encontre de l'expert et si des éléments confidentiels de sa vie privée, à l'occasion des investigations, venaient à être découverts.

M. KLING

Vous plaidez déjà ! Vous avez pris plus d'envolée encore. Vous abordez d'autres sujets. Un problème peut-il effectivement se poser à ce titre et une contestation pourrait-elle être soulevée à raison de la mission confiée à l'expert dans ce cas ?

Me BREMOND

Comme vous l'avez dit, mon confrère vient de le plaider remarquablement. Il y a effectivement un sujet.

M. KLING

La question précédente était du ressort de l'Ordre des experts-comptables ; la question suivante est d'une autre nature, c'est un problème juridique qui nous échappe ici.

Me BREMOND

Je ne sais pas si la Cour européenne des droits de l'homme s'est déjà prononcée strictement sur cette question. C'est un autre angle, plus lourd encore que celui de l'article 6.

M. FAURY

Je voudrais revenir sur la question très sensible du contradictoire. Nous savons tous ce qu'est le contradictoire formel. L'égalité des armes, nous comprenons ce que cela veut dire. En pratique c'est un peu plus difficile à définir. Le contradictoire n'est pas obligatoire dans ces procédures. Nous sommes persuadés qu'il faut en introduire une dose la plus importante possible mais d'un **contradictoire non formel** ; nous sommes un peu en terrain inconnu. Nous allons exercer notre esprit critique, essayer de savoir, dans les missions de mise en cause de responsabilité, ce qui risque de souffrir de l'absence de contradictoire ; c'est vis-à-vis de ces personnes que des pré conclusions devront être transmises. Tout cela est frappé au coin du bon sens.

Toutefois, au-delà de ce qui peut paraître comme des évidences, **qui jugera de la dose suffisante de contradictoire qui sera appliquée ?** Est-ce que l'on peut raisonner par analogie avec l'évolution du droit pénal ? En matière d'expertise pénale, comme tout le monde le sait, l'expertise pénale qui n'était pas du tout contradictoire l'est devenue un peu ; une loi relativement récente qui s'appelle « introduction du contradictoire dans la procédure pénale » a expressément prévu que le rapport provisoire de l'expert est communiqué à la partie civile, à la personne mise en examen, au témoin assisté. Evidemment il n'y a pas de parties dans ces procédures, mais il y a une personne susceptible d'être inquiétée. Est-ce que l'on peut raisonner par analogie avec ce texte ? D'une façon gé¬ nérale, est-il possible de définir objectivement un minimum de contradictoire au-delà du contradictoire formel, absolu, très lourd qui est la seule garantie totale du respect des droits de la personne qui sera inquiétée ?

M. KLING

Je n'ai pas la réponse évidemment. Je crois que tu as suggéré déjà les éléments qui consistent à dire « Si on introduit une petite dose de contradictoire, à tout le moins cela suppose, mais je peux me tromper, que toutes les parties à qui on pourra opposer éventuellement mes constatations soient entendues pour faire valoir leurs arguments et éventuellement apporter des compléments d'information qui viendraient modifier l'orientation de mes propres conclusions. » Mais je peux avoir des difficultés d'accès, ne pas voir comment sera utilisé mon rapport. Ce sera une dose de contradictoire qui limitera le risque de contestations ultérieures, mais je ne suis pas dans un litige dans des conditions telles que je puisse l'exercer de la même manière que dans un procès civil tel qu'il nous est habituel.

Me BREMOND

Nous sommes tous ici des auxiliaires de justice et ensuite, dossier par dossier, parfois nous avons des convictions ou des objectifs qui font que nous ne sommes plus, dossier par dossier, dans la recherche de l'intérêt général, mais nous devons garder en tête cette idée que nous sommes toujours des auxiliaires de justice. C'est aussi une question de bon sens et d'intérêt personnel. Il y a plusieurs angles de lecture.

Il n'y a rien de pire pour un avocat que de devoir se battre a posteriori, sans avoir pu discuter, sur un rapport faux. Cela arrive parce que nous sommes tous des êtres humains et surtout quand on travaille seul ; parfois on se trompe. La difficulté, quand on n'a pas eu l'occasion de débattre, de discuter, de dialoguer avec l'expert dans ces missions, c'est qu'une fois qu'il a rendu son rapport et que son rapport est faux, l'expert est obligé de s'accrocher dessus car il est très difficile de reconnaître que l'on a commis une erreur.

Si on a comme souci, à la fois de faire une vraie œuvre de justice et de renforcer la qualité de son travail en ayant les meilleures conclusions possibles, on a intérêt au **dialogue**. Qu'est-ce que vous craignez ? Qu'est-ce que vous risquez ? Pourquoi n'auriez-vous pas ce dialogue ? Je l'ai évoqué tout à l'heure, il y a l'attitude de l'avocat qui fait du blocage systématique ; si c'est cela, on rentre dans du formalisme et vous n'êtes pas tenus au contradictoire, donc vous pouvez vous en libérer. Que pouvez-vous craindre d'autre ? On n'est pas dans du droit pénal où le non-contradictoire est justifié par un intérêt supérieur, par le risque de détérioration des preuves, de fuites, etc. Là, de toute façon, à la fin, il faudra que le débat ait lieu. Votre rapport sera d'autant mieux préparé à la critique et d'autant plus solide que vous aurez su par avance sur quel angle précis il va être critiqué. C'est votre intérêt d'expert d'avoir eu ce dialogue avant, car derrière vos rapports seront beaucoup plus difficiles à critiquer. C'est aussi notre souhait, car derrière notre travail est plus intelligent que d'avoir à se battre contre un rapport d'expertise parfois erroné. Mon exemple est caricatural mais cela existe.

M. KLING

Je suis d'accord avec vous à ceci près. Je ne dirai pas que le rapport est faux mais qu'il est peut-être incomplet, car on n'a pas entendu toutes les parties

intéressées, on n'a pas pu disposer de tous les éléments d'information qui nous auraient été utiles. C'est ce que vous vouliez dire, j'imagine.

On est dans une situation qui n'est pas très facile à gérer. D'un côté, il y a des problèmes de rapidité, d'efficacité qui sont demandés par les administrateurs judiciaires, qui sont légitimes ; de l'autre je ne sais pas exactement quel est le contour, quel est le périmètre des personnes susceptibles d'être entendues. Cela étant, on peut progresser dans cette voie, je suis d'accord.

Merci.

Monsieur le rapporteur général. Je pense que l'on peut proposer à la salle de s'applaudir elle-même pour les questions pertinentes qu'elle a posées.

(applaudissements).

Je vous restitue, Monsieur le rapporteur général, le micro.

M. DUPONCHELLE

Je vais jouer le rôle du commissaire général. Vous êtes maintenant invités à déjeuner.

Claude Leroy, Dagmar Victor Pujebet, Bruno Duponchelle

2. LES MISSIONS DE TIERS EVALUATEUR (articles 1592 et 1843-4 du code civil)

Sous la présidence de Madame Claire FAVRE

Président de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation

INTRODUCTION DE

Monsieur Bruno DUPONCHELLE

Expert près la Cour d'appel de Douai, agréé par la Cour de cassation
Rapporteur général

M. DUPONCHELLE

Deux colloques, organisés conjointement par la section Paris Versailles de la Compagnie nationale des experts-comptables de justice, la Compagnie nationale des experts judiciaires en finances et diagnostic et la Compagnie nationale des experts judiciaires en gestion d'entreprise, se sont tenus à Paris les 25 janvier 2007 et 17 décembre 2008, sans avoir épuisé le sujet.

L'article 1592 organise un mécanisme de détermination du prix de vente par un tiers évaluateur qui vient l'arrêter. Le tiers évaluateur désigné en application de l'article 1843-4 est chargé de déterminer la valeur de droits sociaux dans un contexte de cession de ces droits, lorsque les parties n'ont pu s'accorder sur un prix. Dans les deux cas, le prix ou la valeur déterminé par l'expert s'impose aux parties sans intervention du juge.

Nous ne pouvons que constater que l'évaluateur désigné par le président du tribunal, dans le cadre de l'article 1843-4, intervient, dans la très grande majorité des cas, dans un contexte conflictuel : non seulement, les parties n'ont pas pu se mettre d'accord sur un prix, mais elles n'ont pas davantage trouvé un accord sur le choix de l'expert.

La conduite des missions visées aux articles 1592 et 1843-4 du code civil n'est pas soumise aux règles de l'expertise judiciaire civile. La Cour de cassation s'est prononcée dans plusieurs arrêts récents pour palier cette absence de procédure : statut du tiers évaluateur, choix de la méthode et de la date de l'évaluation. Il n'est pas toujours facile de distinguer les arrêts qui font jurisprudence de ceux qui ne visent qu'un cas d'espèce.

Le statut du tiers évaluateur est déterminant au regard de sa responsabilité civile. La Cour de cassation l'a défini comme mandataire commun des parties lorsqu'il est désigné en application de l'article 1592. Ce statut convient-il aussi lorsqu'il est désigné par le président du tribunal en application de l'article 1843-4 ? Sa mission se rapproche plus de celle d'un arbitre. Pour autant, il n'a pas de pouvoir juridictionnel.

Plusieurs questions font débat :

le choix de la méthode d'évaluation, en distinguant les conventions statutaires des conventions extra statutaires lorsqu'elles y font référence

le choix de la date de l'évaluation lorsque les parties sont en désaccord sur ce point

l'étendue de la responsabilité de l'expert, en distinguant le cas où il est relevé une faute grossière qui aboutit à l'annulation de son évaluation, des situations où l'une de parties conteste la valeur déterminée

Nous avons décidé de vous présenter la problématique de ces missions en plusieurs interventions suivi d'un débat auquel participeront Madame Claire FAVRE, président de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation et Monsieur Jacques MOURY, professeur à l'Université de Champagne Ardenne :

- le cadre juridique des missions de tiers évaluateur, présenté par Thierry SAINT-BONNET
- la nature de la mission de tiers évaluateur, par Monsieur le professeur Jacques MOURY
- la latitude du tiers évaluateur dans le choix des méthodes d'évaluation et de la date de l'évaluation, par Jean-Charles de LASTEYRIE
- la responsabilité du tiers évaluateur, par Jean-Luc FOURNIER
- la conduite de la mission et l'acte de mission, par Jean-Luc DUMONT
- Madame le président, je vous laisse présider les débats.

OUVERTURE DE LA SÉANCE PAR

Madame Claire FAVRE

Président de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation

Mme FAVRE

Monsieur le président merci.

Nous avons vu ce matin les missions dont Monsieur RÉMERY, conseiller à la Cour de cassation, vous a dit qu'elles étaient définies par plus de 30 articles du code de commerce, que ce soient des articles de nature législative ou réglementaire. Cet après-midi nous allons aborder les missions qui semblent très simples puisque nous n'allons parler que deux articles du code civil, les articles 1592 et 1843-4.

Ces articles ont donné lieu à une jurisprudence un peu plus abondante, sans être fleuve loin de là, que celle relative aux missions dans le cadre des procédures collectives. Mais la spécificité de cette jurisprudence est qu'elle a donné lieu à énormément de commentaires doctrinaux ; c'est ce qui doit bien nous faire prendre conscience de l'importance de ces missions, tant il est vrai que les enjeux économiques et financiers de ces missions de tiers évaluateur sont importants.

Cet après-midi va donc être consacré à un examen aussi bien juridique, pratique et concret de ces missions.

La première partie de l'après-midi va être consacrée à l'étude du cadre juridique et de la nature de ces missions. Je laisse la parole à Monsieur Thierry SAINT-BONNET pour nous parler du cadre juridique de ces missions.

LE CADRE JURIDIQUE DES MISSIONS DE TIERS ÉVALUATEUR

Monsieur Thierry SAINT-BONNET

Expert près la Cour d'appel de Paris

M. SAINT-BONNET

Merci Madame le président.

Il me revient donc de vous faire un exposé de cadrage. Cela sous-entend qu'il y aura quelques redites par la suite. Je serai également obligé de passer assez vite sur certaines questions essentielles qui seront reprises par les autres rapporteurs.

J'ai divisé en six points ce premier aperçu :

1 - le rappel du cadre juridique,

2 - l'utilisation des deux articles par les praticiens ; on verra qu'il n'y a pas que les évaluations de droits sociaux qui sont concernées,

3 - les points communs,

4 – la méthodologie à suivre par le tiers évaluateur

5 - les différences entre les deux missions,

6 - quelques observations finales.

1 - Le rappel du cadre juridique - articles 1592 et 1843-4 du Code civil : jumeaux ou faux-frères, voire frères ennemis ?

Ces deux articles, d'importance pratique considérable, tirent leur origine du Code civil mais sont de nature différente, même si la pratique tend à en faire une application relativement commune.

Les praticiens contribuent ainsi à un certain dévoiement de la mise en œuvre de ces deux articles en rédigeant des clauses parfois alambiquées.

1.1 - Quels sont les domaines respectifs de ces deux articles ?

J'ai choisi de suivre l'ordonnancement du Code civil.

A - L'article 1592

Il se situe au livre troisième « Des différentes manières dont on acquiert la propriété », au titre VI « De la vente » et au chapitre 1er « De la nature et de la forme de la vente ».

L'article 1592 est issu du Code civil de 1804 (Loi 1804 – 03.06 promulguée le 16 mars 1804).

Cependant, il faut se souvenir qu'il est précédé d'un article, par définition numéroté 1591, et on comprend mieux la nature de l'article 1592 en prenant connaissance de l'article précédent.

Que nous dit l'article 1591 ? « *Le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties*. »

L'article 1592 qui suit précise : « *Il peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers. Si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente* ».

B - L'article 1843-4

On le trouve également au livre troisième « Des différentes manières dont on acquiert la propriété », cette fois-ci au titre IX « De la société » et au chapitre 1er « Dispositions générales ». Il a été créé sous sa rédaction actuelle par la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978.

Il énonce : « *Dans tous les cas où est prévue la cession des droits sociaux d'un associé ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles par ordonnance du président du tribunal statuant la forme des référés et sans recours possible* ».

C - Premières observations

L'article 1592 est relatif au contrat de vente en général ; c'est-à-dire qu'il peut être utilisé pour fixer le prix de stères de bois, d'immeubles ou des troupeaux d'animaux. En somme, il s'applique à tous biens meubles et immeubles pour lesquels les parties veulent voir fixer un prix. Il n'est donc pas utilisé uniquement en matière de droits sociaux. En revanche, l'article 1843-4 est un texte spécifique qui ne concerne que les sociétés.

Le premier texte recherche en théorie la contrepartie d'une transaction équilibrée et d'un prix réel, sérieux et juste. C'est la raison pour laquelle les contractants recourent à un expert impartial et indépendant. Le second texte, plus pragmatique, évoque d'emblée une contestation entre les parties, ce qui est plus dans la nature humaine lorsqu'on parle en termes d'argent.

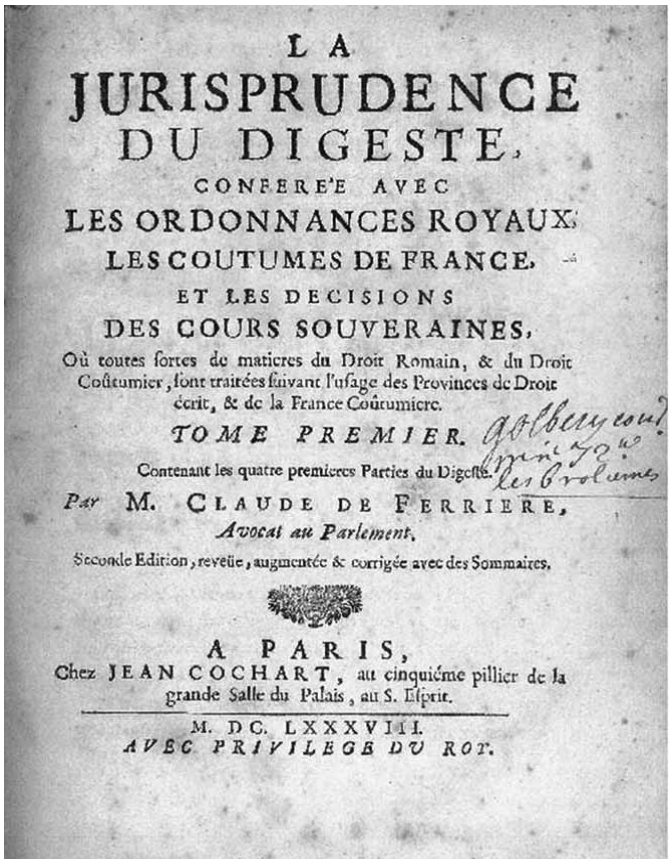
L'article 1592 fait référence au prix, alors que l'article 1843-4 évoque la valeur. Cette distinction de vocabulaire ne résulte probablement pas de l'anachronisme du législateur ni de son cartésianisme mais plutôt d'un simple choix de plume. Est-il volontaire ? Je ne sais pas si on peut répondre à cette question. En tout cas le subtil et inépuisable distinguo entre prix et valeur demeure un débat purement franco-français. Pour les anglo-saxons, seul le prix compte et c'est sa valeur.

Le droit délaisse le plus souvent la notion de valeur, qui n'est pas un fait mais une opinion aux dires de Messieurs J. BRILMAN et Cl. MAIRE[1], pour ne s'intéresser qu'au prix qui lui est un fait tangible, une donnée réelle. Nous étions assez en accord jusqu'au moment où la notion de « juste valeur » est venue brouiller les esprits.

1.2 – L'historique de ces deux articles

A - Article 1592

1) Le droit romain



LA
JURISPRUDENCE
DU DIGESTE,
CONFERE'E AVEC
LES ORDONNANCES ROYAUX,
LES COUTUMES DE FRANCE,
ET LES DECISIONS
DES COURS SOUVERAINES,
Où toutes sortes de matieres du Droit Romain, & du Droit Coûtumier, sont traitées suivant l'usage des Provinces de Droit écrit, & de la France Coûtumiere.
TOME PREMIER.
Contenant les quatre premieres Parties du Digeste.
Par M. CLAUDE DE FERRIERE,
Avocat au Parlement.
Seconde Edition, reveûe, augmentée & corrigée avec des Sommaires.
A PARIS,
Chez JEAN COCHART, au cinquiéme pillier de la grande Salle du Palais, au S. Esprit.
M. DC. LXXXVIII.
AVEC PRIVILEGE DU ROY.

J'avais pensé remonter aux Assyriens[2], 3000 ans avant Jésus-Christ mais Bruno m'a demandé de faire un peu plus court ! Je vais juste remonter au droit romain[3]. Le jurisconsulte GAÏUS, au IIème siècle après Jésus-Christ, dit que le prix doit être certain (*certum*) et en argent (*in numerata pecunia*).

Au Bas-Empire (IIIème - Vème siècles), on devait ajouter une qualité supplémentaire : le prix devait être juste (*justum*).

Dès cette époque on admet très bien que le prix soit indiqué comme devant être fixé ultérieurement par un tiers, à la condition que celui-ci soit bien identifié ; le plus souvent ce tiers sera un expert.

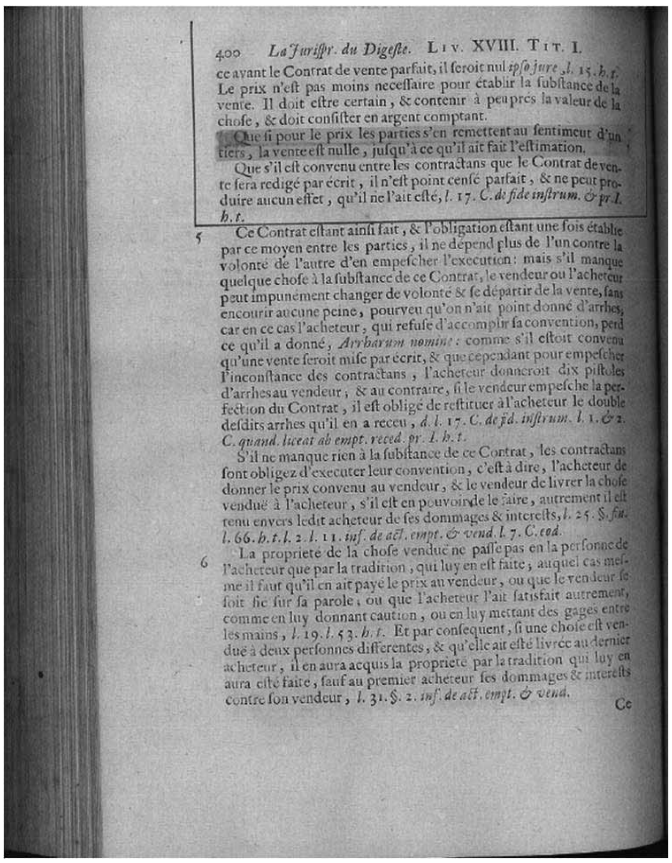
Après une courte controverse aux alentours de l'ère chrétienne, sa validité fut admise et expressément consacrée par l'empereur byzantin Justinien, au VIème siècle, auteur du Code éponyme et de recueils de jurisprudences qui ont traversé les siècles.

2) L'ancien droit

L'ancien droit s'est également intéressé au sujet ; les juristes des XVIIème - XVIIIème siècles ont repris cette pratique et l'ont consacrée.

C'est notamment le cas de Robert-Joseph POTHIER qui développera une théorie du droit civil fondée sur le droit moral.

Avant lui, un prédécesseur du professeur MOURY, Claude de FER-



400 *La Jurispr. du Digeste.* Liv. XVIII. Tit. I.
ce avant le Contrat de vente parfait, il seroit nul *ipso jure*, *l. 15. h. t.*
Le prix n'est pas moins necessaire pour établir la substance de la vente. Il doit estre certain, & contenir à peu près la valeur de la chose, & doit consister en argent comptant.
Que si pour le prix les parties s'en remettent au sentiment d'un tiers, la vente est nulle, jusqu'à ce qu'il ait fait l'estimation.
Que s'il est convenu entre les contractans que le Contrat de vente sera redigé par écrit, il n'est point censé parfait, & ne peut produire aucun effet, qu'il ne l'ait esté, *l. 17. C. de fide instrum. & pr. l. h. t.*
5 Ce Contrat estant ainsi fait, & l'obligation estant une fois établie par ce moyen entre les parties, il ne dépend plus de l'un contre la volonté de l'autre d'en empescher l'execution: mais s'il manque quelque chose à la substance de ce Contrat, le vendeur ou l'acheteur peut impunément changer de volonté & se départir de la vente, sans encourir aucune peine, pourveu qu'on n'ait point donné d'arrhes, car en ce cas l'acheteur, qui refuse d'accomplir sa convention, perd ce qu'il a donné, *Arrharum nomine*: comme s'il estoit convenu qu'une vente seroit mise par écrit, & que cependant pour empescher l'inconstance des contractans, l'acheteur donneroit dix pistoles d'arrhes au vendeur, & au contraire, si le vendeur empesche la perfection du Contrat, il est obligé de restituer à l'acheteur le double desdits arrhes qu'il en a receu, *d. l. 17. C. de fd. instrum. l. 1. & 2. C. quand. licear ab empt. reced. pr. l. h. t.*
S'il ne manque rien à la substance de ce Contrat, les contractans sont obligez d'executer leur convention, c'est à dire, l'acheteur de donner le prix convenu au vendeur, & le vendeur de livrer la chose vendue à l'acheteur, s'il est en pouvoir de le faire, autrement il est tenu envers ledit acheteur de ses dommages & interests, *l. 25. §. fin. l. 66. h. t. l. 2. l. 11. inf. de act. empt. & vend. l. 7. C. eod.*
6 La proprieté de la chose vendue ne passe pas en la personne de l'acheteur que par la tradition, qui luy en est faite, auquel cas même il faut qu'il en ait payé le prix au vendeur, ou que le vendeur se soit fié sur sa parole, ou que l'acheteur l'ait satisfait autrement, comme en luy donnant caution, ou en luy mettant des gages entre les mains, *l. 19. l. 53. h. t.* Et par consequent, si une chose est vendue à deux personnes differentes, & qu'elle ait esté livrée au dernier acheteur, il en aura acquis la proprieté par la tradition qui luy en aura esté faite, sauf au premier acheteur ses dommages & interests contre son vendeur, *l. 31. §. 2. inf. de act. empt. & vend.*
Ce

RIERE, avocat au parlement de Paris, professeur à la faculté de Reims, jurisconsulte de renom, a écrit dans les différentes éditions de (1677 – 1688) de son ouvrage « La jurisprudence du Digeste » : « *Le prix n'est pas moins nécessaire pour établir la substance de la vente. Il doit être certain et contenir à peu près la valeur de la chose et doit consister en argent comptant. Que si pour le prix les parties s'en remettent au sentiment d'un tiers, la vente est nulle jusqu'à ce qu'il ait fait l'estimation.* »

Ensuite, Jean DOMAT, avocat du roi à Clermont, davantage connu, qui a écrit le fameux traité sur « Les lois civiles dans leur ordre naturel », dans les années ultérieures (1689-1694), affirmait la prééminence du droit romain. Son œuvre préparera l'unification du droit français. Il écrit : « *Le prix de la vente est presque toujours certain et connu mais il peut arriver qu'il soit incertain et inconnu, comme si on remet à un tiers de régler le prix, ou si l'acheteur donne pour le prix l'argent qui lui reviendra d'une telle affaire. Dans ce cas et d'autres semblables, le prix ne sera certain et connu, que par l'estimation ou autre événement qui le fixera* ».

3) Le Code civil de 1804

[1] J. BRILMAN – Cl. MAIRE – Manuel d'évaluation des entreprises – Les éditions d'organisation 1988
[2] Ch. JARROSSON – La notion d'arbitrage – LGDJ 1987 et Th. CLAY – L'arbitre – Dalloz 2001
[3] J-Ph. LEVY – A. CASTALDO – Histoire du droit civil – Dalloz 2002

Depuis sa première édition, la rédaction de l'article en question n'a pas été modifiée. Ceci est remarquable eu égard à la production législative accumulée depuis deux siècles.

En résumé, les dispositions de l'article 1592 du Code civil existent et sont appliquées depuis l'origine du droit.

Les diapositives projetées reproduisent les articles des deux ouvrages et du Code civil de 1804 que je viens de vous lire.

B - Article 1843-4

En ce qui concerne l'article 1843-4, je ne suis pas remonté aussi loin dans le temps.

1) Avant 1966

Antérieurement à la loi du 24 juillet 1966 qui instaurera de nouvelles dispositions en la matière, l'article 1868 du Code civil concernait le dédommagement de l'héritier d'une société de personnes qui ne pouvait devenir associé.

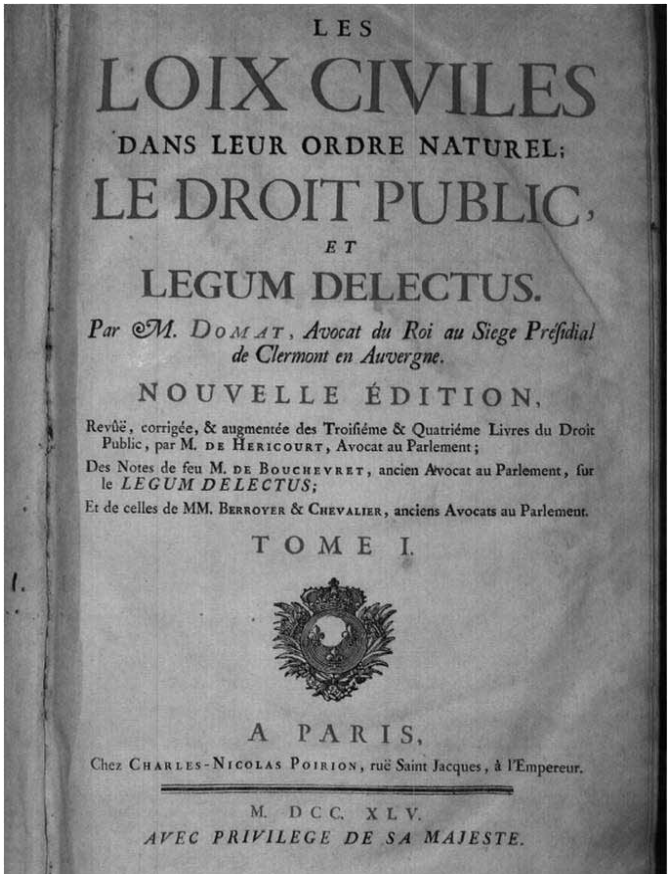
Quatre formes d'évaluation étaient généralement fixées dans les statuts :

- une évaluation forfaitaire,

- une évaluation annuelle résultant d'une délibération des associés,

- une évaluation en fonction des données du dernier inventaire,

- ou une évaluation à dire d'expert.


LES
LOIX CIVILES
DANS LEUR ORDRE NATUREL;
LE DROIT PUBLIC,
ET
LEGUM DELECTUS.
Par M. DOMAT, Avocat du Roi au Siege Présidial de Clermont en Auvergne.
NOUVELLE ÉDITION,
Revûë, corrigée, & augmentée des Troisiéme & Quatriéme Livres du Droit Public, par M. DE HERICOURT, Avocat au Parlement;
Des Notes de feu M. DE BOUCHEVRET, ancien Avocat au Parlement, sur le LEGUM DELECTUS;
Et de celles de MM. BERROYER & CHEVALIER, anciens Avocats au Parlement.
TOME I.
A PARIS,
Chez CHARLES-NICOLAS POIRION, ruë Saint Jacques, à l'Empereur.
M. DCC. XLV.
AVEC PRIVILEGE DE SA MAJESTE.

La dernière formule a été regardée par la doctrine comme « *de toute évidence la plus équitable puisqu'elle tendait à la fixation d'un prix correspondant exactement à la valeur de la part* ». C'est ce qu'écrivaient les professeurs ESCARRA et RAULT dans leur traité de droit commercial.

2) La loi n° 66-538 du 24 juillet 1966 et la rédaction de l'article 1868 du Code civil.

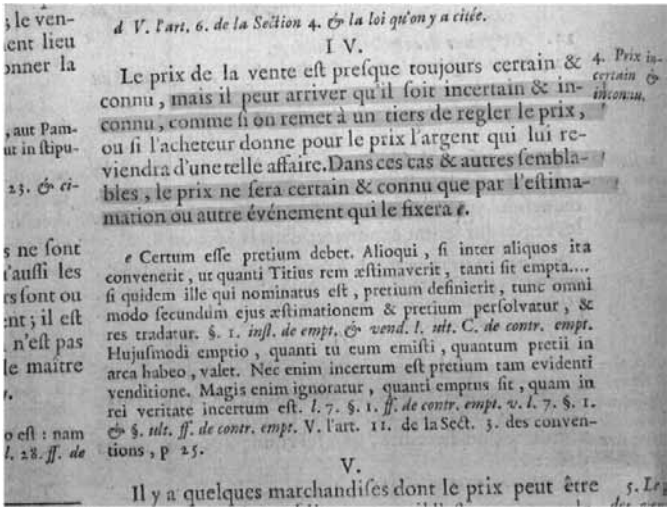
Aussi malgré quelques inconvénients (lenteurs et coûts inhérents à toute procédure d'expertise), le législateur a adopté en 1966 ce mode de détermination du prix comme procédé légal d'évaluation.

Visant les cas de refus d'agrément des héritiers d'associés décédés, la loi n° 66-537 du même jour étendait également ces dispositions à d'autres hypothèses : continuation de la société entre les seuls associés survivants, avec l'un ou plusieurs des héritiers de l'associé décédé, avec le conjoint survivant, avec toute autre personne en cas de refus d'agrément ou d'exclusion, suite à la révocation des fonctions de gérant ou la faillite, l'interdiction, l'incapacité des associés…

3) La loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 et le nouvel article 1843-4

La procédure d'évaluation à dire d'expert a été reprise dans ce qui est devenu l'article 1843-4 et a renvoyé à ce texte plusieurs dispositions relatives aux sociétés civiles.

Est par ailleurs venue s'ajouter au texte, la condition de « contestation » dont l'article 1868 ne faisait pas expressément mention, bien que la doctrine (en l'occurrence Messieurs HEMARD, TERRE, MABILLAT, les auteurs de la loi de 1966) supposait que les parties n'avaient pu s'entendre sur la valeur à donner aux droits sociaux.


d V. l'art. 6. de la Section 4. & la loi qu'on y a citée.
I V.
Le prix de la vente est presque toujours certain & connu, mais il peut arriver qu'il soit incertain & inconnu, comme si on remet à un tiers de regler le prix, ou si l'acheteur donne pour le prix l'argent qui lui reviendra d'une telle affaire. Dans ces cas & autres semblables, le prix ne sera certain & connu que par l'estimation ou autre événement qui le fixera e.
4. Prix incertain & inconnu.
e Certum esse pretium debet. Alioqui, si inter aliquos ita convenerit, ut quanti Titius rem æstimaverit, tanti sit empta.... si quidem ille qui nominatus est, pretium definierit, tunc omni modo secundùm ejus æstimationem & pretium persolvatur, & res tradatur. §. 1. inst. de empt. & vend. l. ult. C. de contr. empt. Hujusmodi emptio, quanti tu eum emisti, quantum pretii in arca habeo, valet. Nec enim incertum est pretium tam evidenti venditione. Magis enim ignoratur, quanti emptus sit, quam in rei veritate incertum est. l. 7. §. 1. ff. de contr. empt. v. l. 7. §. 1. & §. ult. ff. de contr. empt. V. l'art. 11. de la Sect. 3. des conventions, p 25.
V.
Il y a quelques marchandises dont le prix peut être

On verra que la différence entre désaccord, contestation et contentieux est parfois ténue.

En somme, l'article 1843-4 est de création assez récente et vise la protection des minoritaires.

C - Actualité des articles 1592 et 1843-4

Comme l'a indiqué Madame le Président en ouverture de la séance, l'actualité des articles 1592 et 1843-4 a été assez riche ces dernières années ; de nombreux professeurs ont publié des commentaires, que ce soit chez Dalloz ou dans le bulletin Joly.

A partir d'un texte simple et applicable à toutes les formes de vente et d'un texte destiné initialement aux sociétés de personnes, les praticiens ont utilisé ces articles pour d'autres situations et de surcroît en mixant parfois leurs dispositions.

Par ailleurs, si l'article 1592 ressort du domaine conventionnel, la finalité de l'article 1868 devenu 1843-4 est « de protéger le créancier » pour la détermination de la valeur des droits sociaux. Ces objectifs ne vont pas toujours de pair.

En outre, la jurisprudence a été particulièrement dense ces derniers temps.

1) Principaux arrêts récents concernant l'article 1843-4

Le professeur PORRACCHIA[4] a d'ailleurs écrit qu'il s'agissait d'une véritable « saga ». Je vais citer ces arrêts très rapidement, on y reviendra, je pense :

- Arrêt de la Cour de cassation du 4 décembre 2007

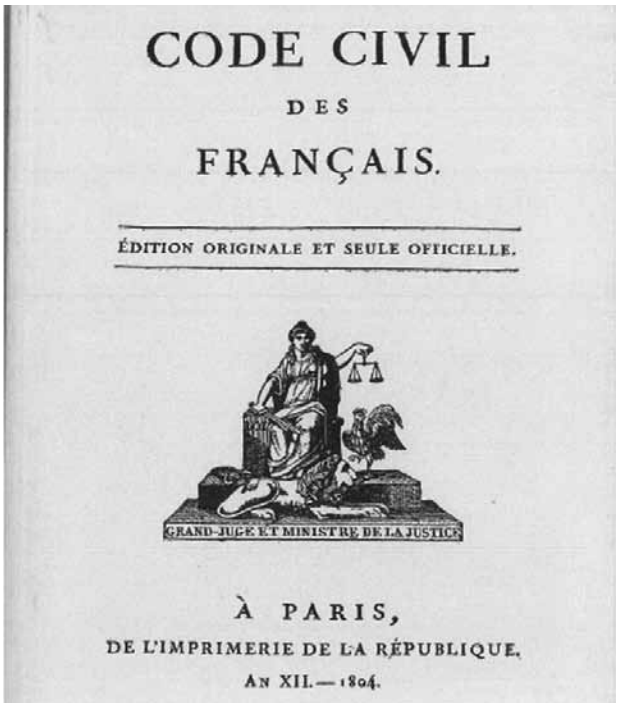
Dès lors qu'un associé est exclu, en application de dispositions statutaires, et qu'il existe une clause d'évaluation, ces règles ne l'emportent pas sur l'article 1843-4 et la désignation d'un expert est obligatoire. Primauté de la loi sur les statuts.

- Arrêts de la Cour de cassation du 5 mai 2009 et 16 février 2010

En cas d'application de l'article 1843-4 seul l'expert détermine les critères qu'il juge les plus appropriés pour fixer la valeur des droits, parmi lesquels peuvent figurer ceux prévus par les statuts. L'expert peut s'affranchir des méthodes convenues par les parties. Ce thème sera développé par Jean-Charles de LASTEYRIE.

- Arrêt de la Cour de cassation du 4 mai 2010

En l'absence de dispositions statutaires, la valeur des droits sociaux de l'associé qui se retire doit être déterminée à la date de celle du remboursement de la valeur de ces droits. On voit ici les difficultés, les statuts pourraient imposer la date de l'évaluation, mais pas la méthode de valorisation !


CODE CIVIL
DES
FRANÇAIS.

ÉDITION ORIGINALE ET SEULE OFFICIELLE.

GRAND-JUGE ET MINISTRE DE LA JUSTICE

À PARIS,
DE L'IMPRIMERIE DE LA RÉPUBLIQUE.
AN XII. — 1804.

Or les différences de prix ou de valeur pourraient varier à l'identique ; imaginez, entre le moment où un associé demande l'application de l'article 1843-4 pour obtenir l'évaluation de ses parts et le rapport de l'expert qui peut être rendu deux ans après. Là aussi on est dans l'incertitude, voire dans l'iniquité.

Je dois citer également un arrêt de la Cour de cassation sur l'applicabilité de principe de l'article 1843-4 à des promesses extrastatutaires.

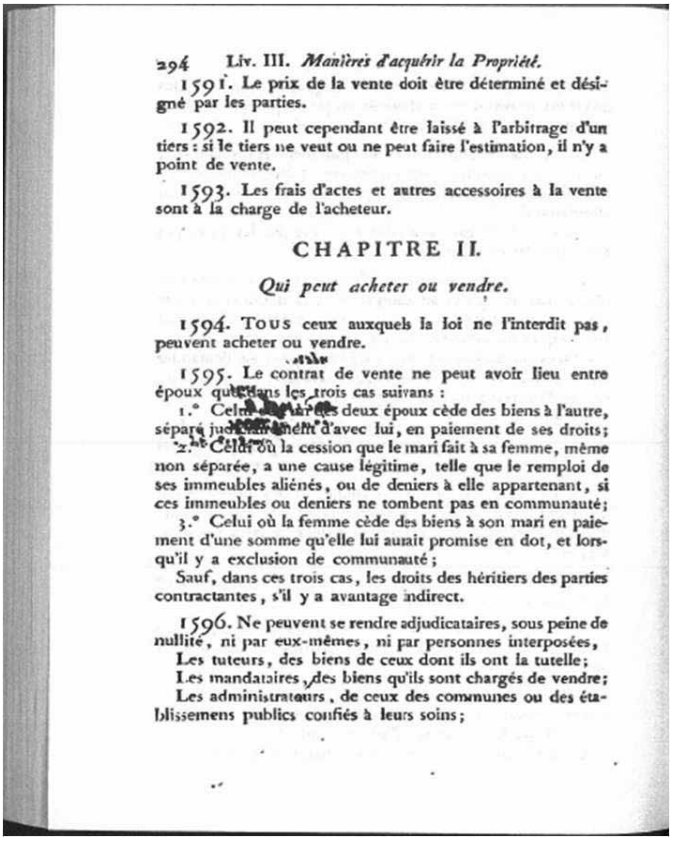
- Arrêt de la Cour de cassation du 24 novembre 2009

Cet arrêt semble sécuriser les promesses de vente en n'étendant pas celles-ci à l'empire de l'article 1843-4, mais …

Ayant relevé, par référence aux stipulations précisant les modalités de calcul du prix de cession incluses dans une promesse de vente, que ce prix était déterminable et que la cession était devenue parfaite dès la levée de l'option, une Cour d'appel qui a ainsi fait ressortir que le prix n'avait fait l'objet d'aucune contestation antérieure à la conclusion de la cession, en a exactement déduit que la demande de fixation du prix à dire d'expert devait être rejetée.

Le professeur LE CANNU[5] a exprimé d'importantes critiques sur la notion d'absence de contestation, notamment sur la chronologie de celle-ci ; vise-t-on le moment de la promesse, ou celui de l'option ? Dans les faits, les contestations ne surgissent qu'au moment où le cessionnaire cherche à se prévaloir de son droit.

La question n'est probablement pas définitivement tranchée en matière de promesses extrastatutaires malgré la reconnaissance de l'applicabilité de principe de l'article 1843-4 aux promesses extrastatutaires entre associés par l'arrêt du 24 novembre 2009 s'il n'existe pas de contestation.


294 Liv. III. *Manières d'acquérir la Propriété.*

1591. Le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties.

1592. Il peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers : si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente.

1593. Les frais d'actes et autres accessoires à la vente sont à la charge de l'acheteur.

CHAPITRE II.

Qui peut acheter ou vendre.

1594. Tous ceux auxquels la loi ne l'interdit pas, peuvent acheter ou vendre.

1595. Le contrat de vente ne peut avoir lieu entre époux qu'dans les trois cas suivans :

1.° Celui [illegible] des deux époux cède des biens à l'autre, séparé judiciairement d'avec lui, en paiement de ses droits;

2.° Celui où la cession que le mari fait à sa femme, même non séparée, a une cause légitime, telle que le remploi de ses immeubles aliénés, ou de deniers à elle appartenant, si ces immeubles ou deniers ne tombent pas en communauté;

3.° Celui où la femme cède des biens à son mari en paiement d'une somme qu'elle lui aurait promise en dot, et lorsqu'il y a exclusion de communauté;

Sauf, dans ces trois cas, les droits des héritiers des parties contractantes, s'il y a avantage indirect.

1596. Ne peuvent se rendre adjudicataires, sous peine de nullité, ni par eux-mêmes, ni par personnes interposées,

Les tuteurs, des biens de ceux dont ils ont la tutelle;

Les mandataires, des biens qu'ils sont chargés de vendre;

Les administrateurs, de ceux des communes ou des établissemens publics confiés à leurs soins;

[4] D. PORRACCHIA – Bulletin Joly Sociétés 2009, p. 543, § 108

[5] P. LE CANNU – H. MATHER – Bulletin Joly Sociétés 2010, p. 318, § 67

2) Arrêts récents relatifs à l'article 1592

L'article 1592 a été visé par un arrêt de la Cour de cassation du 16 février 2010, concernant la SAS HOLESCO.

Le tiers désigné en application de l'article 1592 du Code civil n'est pas assimilable à un arbitre ; il est le mandataire commun des parties. Si le tiers a reçu des parties mission de procéder à un constat s'imposant aux parties et non d'exercer un pouvoir juridictionnel, cette décision n'est pas une sentence arbitrale susceptible d'appel mais s'impose aux parties qui ne peuvent la contester.

Il ne faut donc pas mélanger les genres.

2 - L'utilisation des articles 1592 et 1843-4 par les praticiens du droit

2.1 - Les textes concernant les sociétés avec renvoi à l'article 1843-4

1) L'article 1860 du Code civil est relatif au remboursement des droits sociaux d'un associé d'une société civile en cas d'empêchement ;

2) L'article 1869 concerne le remboursement de la valeur des droits sociaux d'un associé en cas de retrait ou de décès.

Il y a également d'autres formes de sociétés qui sont concernées.

3) C'est ainsi de l'article L.221-15 et l'article L.221-16 du Code de commerce. Il s'agit des cas de décès ou d'empêchement d'un associé d'une société en nom collectif,

4) L'article L.223-14 relatif au refus d'agrément dans une SARL,

5) L'article L.227-18 énonce : « *Si les statuts d'une SAS ne précisent pas les modalités du prix de cession des actions, on recourt à l'article 1843-4* ». Il faut souligner cet article ; il s'agit là d'une **exception légale** à la règle générale. Le principe, dans le cas des SAS, est que les statuts peuvent fixer des méthodes d'évaluation, alors que l'on a vu que la Cour de cassation pouvait rejeter l'application des évaluations statutaires pour les autres sociétés. Mais la loi est ainsi faite.

6) L'article L.228-24 du Code commerce relatif au refus d'agrément dans une société par actions.

En résumé il s'agit des cessions d'actions ou de parts « forcées », dans lesquelles on peut penser que le législateur souhaite protéger le sortant par essence minoritaire.

2.2 - Les dispositions conventionnelles en matière de promesses de cession de titres de société

J'ai indiqué précédemment la position de la Cour de cassation sur ces dispositions et les critiques du Professeur LE CANNU concernant l'arrêt du 24 novembre 2009.

La vie des affaires offre un éventail de situations extrêmement large. Par ailleurs l'imagination des juristes étant particulièrement fertile, il est difficile d'établir des catégories de conventions standardisées. On peut cependant distinguer :

A - Les dispositions conventionnelles permanentes

1) Il s'agit les promesses statutaires ; elles sont publiques et non confidentielles ; ces promesses lient l'ensemble des associés.

2) Les pactes d'actionnaires qui sont confidentiels et n'ont de force qu'entre les parties signataires.

Les modalités de rédaction des promesses de cession sont variables : cessions pures et simples ou autres, échanges, fusions apports en société. Elles peuvent porter sur des titres ou leurs substituts (BSA, BCE, etc..).

Elles concernent deux, plusieurs ou tous les associés. Elles peuvent fixer le prix de cession (prix déterminé) ou les modalités de fixation du prix de cession, (prix déterminable).

Ces clauses peuvent renvoyer à un tiers estimateur intervenant directement ou en cas de contestation sur le prix (ce qui est le plus fréquent), selon que sa mission est encadrée ou pas par une formule de prix, selon également qu'il est fait renvoi à l'article 1592 ou 1843-4 du Code civil, pour déterminer les règles applicables à la valorisation par l'expert.

Sur ce point il existe une jurisprudence assez fournie pour déterminer le régime juridique applicable. Je vous renvoie aux publications du professeur MOURY qui, depuis 1997 (Revue des sociétés 1997, page 455), a écrit de nombreux articles sur ces questions. Nous verrons que l'expert ne dispose pas de la même liberté en fonction des deux articles susvisés.

B - Il existe également des dispositions conventionnelles spécifiques qui concernent plutôt l'article 1592.

1) Il s'agit **des clauses de fixation de l'ensemble du prix**. En pratique elles sont relativement rares. Elles ont concerné dans le passé les reclassements de titres dans les filiales, pour des préoccupations d'ordre fiscal, consistant à faire fixer le prix préalablement à la cession par un expert. Depuis qu'il y a exonération - pour le moment - de l'impôt sur les sociétés sur les plus-values de cessions de titres, la pratique est un peu déclinante, mais peut renaître en raison d'une prochaine loi de finances. En effet, en matière de preuve, l'avis de l'expert peut se révéler décisif dans un contentieux fiscal.

2) **Les clauses d'ajustement du prix définitif**

En revanche, leur application est très fréquente ; mais il faut aussi les réaliser dans un délai extrêmement court. Le prix est déjà fixé pour l'essentiel et on demande à l'expert de déterminer les 10 à 15 % du prix qui sont discutés.

C'est également le cas pour les ajustements du prix au vu de la situation réelle lors du closing.

3) **Les clauses de complément de prix**

Les clauses de complément de prix sont également assez fréquentes et décalées dans le temps, complément de prix en fonction de l'évolution de certaines variables (chiffre d'affaires, marge, résultat).

Le recours à l'expert de l'article 1592 évite le risque d'annulation de la vente car le prix reste déterminé, mais il faut prévoir expressément sa désignation, s'assurer de l'acceptation de sa mission ou prévoir sa désignation par le juge.

4) Quatrième cas, le recours à l'article 1592 dans le cadre des **garanties d'actifs et de passif**

Ce sujet avait déjà été évoqué l'an dernier dans le cadre de notre congrès annuel.

Le plus souvent une clause stipule qu'à défaut d'accord entre les parties, le montant de l'ajustement du prix de cession sera fixé dans les termes de l'article 1592 du Code civil par un « expert » désigné soit d'un commun accord entre les parties, soit à défaut d'accord par ordonnance du président du tribunal compétent et sans recours possible.

Pour compléter l'énumération des missions, on peut relever que **certaines d'entre elles combinent les deux articles**, ce qui peut entraîner une certaine confusion dans les esprits et dans les conventions.

Par exemple certains praticiens peuvent être tentés de convenir dans leurs actes que l'expert désigné au titre de l'article 1592 accomplira sa mission dans les termes de l'article 1843-4.

Cet aménagement purement conventionnel est pour le moins dangereux. La Cour de cassation chaque fois qu'elle a admis l'application conventionnelle d'un régime d'ordre public, a jugé que ce régime devait s'appliquer pleinement, même si les parties n'y avaient fait qu'un renvoi partiel.

Reste néanmoins à savoir si, dans les cas où les parties auraient fait directement référence à l'article 1592 pour établir le prix futur, la Cour de cassation fera prévaloir, en cas de conflit, la demande de désignation d'un expert sur le fondement de l'article 1843-4 sur celle d'un tiers arbitre tenu par les méthodes de valorisation contractuellement prévues.

La question, à mon avis, reste ouverte.

3 – Quels sont les points communs entre les deux missions ?

3.1 - La nature extrajudiciaire des deux missions légales

L'*« arbitre »* de l'article 1592 n'est pas un arbitre.

L'*« expert »* de l'article 1843-4 n'est pas un expert, en tout cas pas un expert judiciaire.

Il existe également un autre article du Code civil, l'article 1644, assez méconnu, qui évoque l'arbitrage par experts. Mais la jurisprudence est extrêmement rare. Ce qui est intéressant c'est que j'ai trouvé cet article en fin de travail mais je n'ai pas relevé beaucoup de jurisprudence.

Je ne sais si les services de documentation de la Cour de cassation de Madame FAVRE se pencheront un jour sur cette recherche. Cela concerne les produits défectueux. Il est indiqué en fin d'article qu'il y a lieu à « *arbitrage par experts* ». De plus experts est écrit au pluriel. Je vous laisse imaginer les querelles entre experts !

Le tiers est le mandataire des parties, mais pas seulement un mandataire, car s'il effectue un acte juridique pour autrui, **le mandat**, il réalise aussi un acte matériel, une prestation intellectuelle préalable à l'acte, **la fixation du prix**.

Certains auteurs évoquent aussi un ***« mandat d'intérêt commun mâtiné de contrat d'entreprise »***. Mais, ils s'entendent tous sur le qualificatif de tiers estimateur pour les deux missions.

Monsieur le Professeur MOURY vous éclairera sur la nature de la mission du tiers estimateur.

3.2 - Le caractère irrévocable de la décision du tiers estimateur

La détermination du prix par le tiers a pour conséquence, pour les parties, de faire de la décision du tiers leur loi définitive.

Cette décision ne peut donc être modifiée par les parties ou par le juge.

En revanche si le principe est le même pour l'article 1843-4, le cédant peut, dans certains cas, faire jouer son droit de repentir.

La décision du tiers estimateur s'impose au juge. La Cour de cassation a cependant tracé quelques limites qui entraînent la nullité de celle-ci en cas d'erreur sur la substance, de dol ou de violence, si le tiers a excédé ses pouvoirs ou en cas **d'erreur grossière.**

Si les deux premiers griefs sont connus en matière contractuelle, le troisième mérite quelques observations, d'autant qu'il peut concerner la substance.

La Cour de cassation n'a pas défini l'erreur grossière mais c'est celle qu'un technicien normalement soucieux de ses fonctions ne saurait connaître.

Jean-Luc FOURNIER abordera spécifiquement la responsabilité du tiers évaluateur.

4 - La méthodologie à suivre par le tiers évaluateur

Jean-Charles de LASTEYRIE développera la latitude du tiers évaluateur dans le cadre spécifique de l'article 1843-4 et les méthodes d'évaluation qui peuvent être utilisées par l'expert.

En revanche en matière d'article 1592, la démarche de l'expert peut être encadrée par des dispositions conventionnelles. On s'aperçoit qu'il est essentiel pour l'expert de voir définies les règles du jeu.

Jean-Luc DUMONT vous exposera les précautions à prendre et insistera sur le contenu de la mission et de la lettre de mission qu'il nous apparaît fondamental de faire signer par les parties et par l'expert.

5 – Les différences entre les deux missions

Je vous propose de suivre le plan classique entre la théorie et la pratique.

5.1 - En théorie

1) Article 1592

Le recours au procédé de l'article 1592 résulte d'une manifestation de volontés parfaitement libres de la part des parties à une vente, quelqu'en soit l'objet, droits sociaux ou autres biens, dont seul le montant du prix reste à arrêter.

Aussi les parties auront en principe spontanément désigné l'arbitre visé par l'article, encore que le juge puisse, en cas de difficulté, y pourvoir si la convention l'y autorise.

La décision du tiers estimateur s'impose définitivement aux parties qui l'ont voulue ; encore faut-il qu'elle existe ; rappelons le texte qui énonce *« ne veut »* ou *« ne peut »*. En conséquence, il y a vente ou il n'y a pas vente.

2) Article 1843-4

La détermination qu'organise l'article 1843-4 de la valeur des droits sociaux, dont la loi impose qu'ils soient cédés ou rachetés, présente, en revanche, un caractère obligatoire parce qu'elle répond alors à une impérieuse nécessité, dès l'instant que s'élève une contestation sur cette valeur.

Aussi est-ce le juge qui procèdera à la désignation de l'expert si les parties ne parviennent pas à s'accorder sur un nom.

L'article 1843-4 a été instauré pour sortir d'une impasse éventuelle (désaccord) auquel ne peut faire obstacle, ni la résistance d'une partie, ni le refus ou l'empêchement du tiers.

Il déterminera une valeur, il y aura une cession ou un rachat.

5.2 - En pratique

On ne retrouve pas la distinction conceptuelle. Si en théorie on oppose la demande volontaire des parties de l'article 1592 à la situation contentieuse qui résulte de l'absence de consentement sur le prix de l'article 1843-4, on

s'aperçoit rapidement que, si les parties à la vente ne s'opposaient pas sur le prix, il n'y aurait pas recours à l'arbitrage d'un tiers.

N'oublions pas que l'article 1592 n'est pas spécifique aux cessions d'actions mais, en matière financière et d'évaluation de droits sociaux, la situation devient quasi contentieuse si les parties ne s'accordent pas sur la valeur de ceux-ci ou plutôt sur leur prix.

En réalité, les praticiens constatent que le désaccord sur le prix est prépondérant et **qu'il ne s'agit pas, comme le pense la majorité des juristes, de compléter simplement un contrat**.

6 – Quelques observations pour conclure cette présentation générale

La jurisprudence récente a mis à mal les clauses contractuelles librement consenties et formant pourtant la loi des parties.

Certes, il s'agit de défendre les intérêts du minoritaire mais cela ne peut, par un effet inverse, conduire à l'iniquité.

Certains auteurs considèrent que les conventions extra- statutaires sont des outils de modulation de la rémunération des associés, c'est le cas notamment du Professeur PASQUALINI[6]. Celles-ci concourraient à la paix sociale et seraient au service commun des associés.

Bien mieux que les statuts, elles seraient le siège de la définition d'une stratégie de rémunération du capital en prenant en considération la situation de l'associé dans la société et les rapports de force qui animent la vie de la collectivité.

Comment l'expert évaluateur va-t-il faire pour distinguer la valeur des actions rémunérant les associés dirigeants de celles représentatives du capital alloué aux actionnaires ?

Les praticiens sont dans l'expectative et attendent d'être fixés par de nouveaux arrêts de la Cour de cassation.

Certains d'entre eux imaginent déjà des **solutions de contournement.**

1) Le premier de ces moyens est, comme je l'ai évoqué précédemment, d'**utiliser davantage la SAS**

L'article L.227-18 du code de commerce, déjà cité, stipule : « *Si le statut ne précise pas les modalités du prix de cession des actions lorsque la société met en œuvre une clause introduite en application des d'article L.227-14, L.227-16 et L.227-17, ce prix est fixé par accord entre les parties ou à défaut déterminé dans les conditions prévues à l'article 1843-4 du code civil.* ».

[6] F. PASQUALINI, Revue des Sociétés 2010, p. 79

En d'autres termes l'article 1843-4 n'est plus d'ordre public en la matière. Les SAS peuvent fixer les règles d'évaluation des droits sociaux.

On comprend mal au plan économique que ce qui est permis aux SAS soit refusé aux S.A. ou aux SARL, mais c'est ainsi !

2) Deuxième possibilité : **recourir plus souvent à l'article 1592** dont la supériorité sur l'article 1843-4 serait, en la matière, consacrée

La guerre aura-t-elle lieu entre les deux articles ? S'agissant d'un encadrement contractuel, il est en effet possible de donner à l'expert une règle de jeu librement arrêtée.

3) Troisième hypothèse : **localiser la société hors de France ou appliquer un droit étranger**

Cette parade conduit à une perte d'attractivité du droit français sur le plan international et va à l'encontre des efforts accomplis par les juristes français.

4) Quatrième solution, opter pour des solutions alternatives ou **formules de prix dans les promesses de cessions**.

Il semblerait que les dernières jurisprudences excluent les promesses des dispositions statutaires mais ce n'est pas du tout certain.

On pourrait alors instaurer la pratique d'un prix plancher et d'un prix plafond, développer le « management- package » mais non sans risques lors des sorties des dirigeants, attribuer des BSA, BSE, voire des obligations convertibles car ces instruments financiers sont hors du champ d'application de l'article 1843-4.

5) Enfin modifier les textes et **instaurer un nouveau statut pour le tiers** ainsi que le connaissent le droit suisse et le droit allemand, avec **l'expertise arbitrage**. (*schiedsgutachten*).

Après tout l'ancien droit connaissait **l'arbitre**, chargé de trancher un différend et **l'arbitrateur** chargé de compléter le contrat.

Mais cela n'est pas du pouvoir des magistrats et encore moins des experts !

Je vous remercie de votre attention.

(applaudissements).

Mme FAVRE

Merci Monsieur SAINT-BONNET. Vous nous avez, avec brio, brossé le cadre juridique de ces missions 1592 sur prix de vente et 1843-4 sur la valeur, l'évaluation de parts sociales et surtout la contestation et non plus l'accord des parties pour recourir à cette mission de tiers évaluateur.

Est-ce pour autant que la nature de cette mission sera différente ? C'est la question que je vais vous poser Monsieur le professeur MOURY.

LA NATURE DE LA MISSION DE TIERS ÉVALUATEUR

Monsieur Jacques MOURY

Professeur à l'Université de Champagne-Ardenne

M. MOURY

Madame le Président je vous remercie de me donner la parole.

Je suis extrêmement gêné parce que Thierry a fait un exposé singulièrement sur le terrain de l'histoire à faire pâlir un universitaire.

M. SAINT-BONNET

On n'a pas le droit de rendre le droit mais on peut faire un peu d'histoire du droit !

M. MOURY

Je vais donc, me faisant tout petit, dire quelques mots sur la nature juridique de la mission du tiers estimateur.

Avant que de resserrer la question de la qualification de cette mission autour de tel ou tel contrat spécial, le mandat essentiellement, mais aussi l'entreprise, il n'est pas inutile de s'attarder un instant sur ce rapport de droit qui existe entre le tiers et les parties à l'opération pour le parachèvement de la formation de laquelle il intervient.

Le caractère contractuel du lien de droit qui unit aux parties à une vente le tiers qu'elles requièrent d'en fixer le prix, en application de l'article 1592, ne souffre aucune discussion ; l'on est en matière contractuelle.

La situation du tiers de l'article du 1843-4 mérite peut-être qu'on s'y arrête un peu plus quoique, me semble-t-il, il n'y ait pas non plus matière à hésitation. Lorsque l'expert de l'article 1843-4 (lorsque je parle d'expert, il faudrait le mettre entre guillemets, car ce n'est pas du tout un expert) est saisi par les parties elles-mêmes, la question ne paraît pas devoir se poser dès l'instant qu'il accepte la mission qui lui est proposée. La situation, lorsque ce sont les parties qui l'ont désigné et sollicité, ne se présente pas différemment de celle qui résulte de l'acceptation d'une offre de contracter, les parties ayant agi ici directement en qualité de pollicitants.

Quant à l'hypothèse de la désignation du tiers estimateur par ordonnance du président du tribunal, elle doit être abordée en conservant présent à l'esprit son caractère supplétif. Une telle désignation n'a lieu qu'à défaut d'accord entre les parties. Même si dans 90 % des cas peut-être, c'est le président du tribunal qui désigne le tiers parce que les parties n'ont pu s'entendre sur un nom, le principe demeure que ce sont elles qui le désignent. Ce n'est qu'à défaut d'accord entre elles qu'il appartient au juge de le faire. L'observation est importante.

Sans doute, la nomination à laquelle va procéder le juge va s'imposer aux parties mais, disais-je, il y a un instant, l'homme de l'art n'est pas pour autant tenu d'accepter. Premièrement.

Sans doute la nomination à laquelle s'emploie le président s'impose-t-elle aux parties. Mais l'homme de l'art n'est pas tenu d'accepter la mission. Par ailleurs, il ne saurait être regardé comme, s'il accepte, comme ayant été investi de ses pouvoirs par le juge au sens où l'est un expert judiciaire, c'est-à-dire au sens des articles 232 et suivants du Code de procédure civile. En effet, le pouvoir du président statuant sur le fondement du 1843-4 est exclusivement un pouvoir de désignation, désignation avec laquelle s'épuise l'office du juge à qui il n'appartient en rien de définir la mission du tiers estimateur, non plus que d'exercer un quelconque contrôle sur son accomplissement par celui qu'il aura désigné.

En outre, cependant que l'expert judiciaire verra sa rémunération fixée par le juge et que sa responsabilité ne pourra être recherchée que sur le terrain de la responsabilité civile délictuelle, il ne paraît pas que la rétribution du tiers estimateur de l'article 1843-4, serait-il désigné par le juge, puisse - tout à fait indépendamment, naturellement, d'une action *ex contractu* introduite ultérieurement, selon le droit commun, parce que le tiers estimateur ne serait pas payé - être fixée par ce dernier, comme c'est le cas pour l'expert judiciaire. Et il ne paraît pas davantage que sa responsabilité puisse être engagée, par les parties tout au moins, qui sont ses cocontractants, sur un fondement délictuel.

Ainsi, la nature juridique du rapport de droit qui s'instaure entre les parties à la cession ou au rachat des droits sociaux et le tiers estimateur de l'article 1843-4 ayant accepté la mission n'est pas différente selon qu'il a été désigné par les parties ou par le président du tribunal.

Ce lien ne semble pouvoir prendre place que dans l'ordre contractuel, à cette nuance près que l'on est – dans les deux cas de figure d'ailleurs, c'est-à-dire y compris dans l'hypothèse où les parties se sont mises d'accord sur le nom du tiers estimateur – en présence de ce qu'un auteur, appelait voici quelques décennies une « situation contractuelle d'origine légale ». En effet, même si ceux sont les parties qui désignent le tiers, ce n'est pas moins le législateur qui leur aura imposé, dès l'instant qu'une contestation s'élève sur la valeur des droits sociaux devant être cédés ou rachetés, d'en abandonner la détermination à un tiers.

Que le tiers estimateur agisse parce que vendeur et acheteur ont fait appel à lui, comme le leur permet l'article 1592, ou que son office s'inscrive dans le dispositif installé par le législateur avec l'article 1843-4, sa mission est bien spécifique. Si la nature exacte de cette mission est évidemment déterminante de la qualification de l'intervention de l'homme de l'art, sa délimitation devra parfois passer, en raison de la confusion à laquelle aura pu conduire l'utilisation inconsidérée par certains praticiens des termes les uns pour les autres, par une recherche d'intention. Cette recherche prendra alors appui sur les circonstances de l'intervention du tiers et les fins pour lesquelles les parties l'ont sollicité de procéder. Une partie importante du contentieux se nourrit de ce désordre dans les qualifications.

Passé ces propos liminaires, commençons par envisager **ce que n'est pas le tiers estimateur. L'homme de l'art**, tout d'abord**, n'est pas un expert.** Point n'est besoin de s'attarder longuement sur cette question. La décision de l'expert, qu'il agisse en qualité d'expert conventionnel ou d'expert judiciaire, n'est jamais qu'un avis qui ne lie pas celui qui a sollicité le technicien en cette qualité, que ce soit le juge, ou les parties par l'intermédiaire du juge, ou que ce soient les parties directement dans le cadre d'une convention. **La décision du tiers estimateur en revanche est absolument obligatoire pour les parties**, sous la seule réserve de sa possible invalidation par le juge sur le fondement d'une erreur grossière. Le critère de distinction est simple ; il paraît péremptoire. Le tiers estimateur de l'article 1843-4, qui est fréquemment désigné par le président du tribunal, n'est ainsi, en aucune manière, un expert judiciaire. En d'autres termes, les articles 143 et suivants et 232 et suivants du Code de procédure civile ne sont pas applicables au tiers estimateur de l'article 1843-4 désigné par le juge.

Deux observations valent d'être faites.

Tout d'abord, le faux « expert » de l'article 1843-4 n'assiste pas le juge dans l'exercice de sa *jurisdictio*. Il n'est pas l'œil du juge comme l'est un expert judiciaire et **ne participe en rien de près ou de loin à l'élaboration d'un acte juridictionnel**. Aussi la récusation –au sens que le droit judiciaire confère à ce terme, et qui intéresse le juge et l'expert judiciaire – ne saurait-elle lui être applicable. Je ne pense pas que puisse être invoqué, à l'appui des règles qui gouvernent la révocation *stricto sensu,* l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme pour cette raison que l'on est en dehors de tout procès, de toute instance devant un « tribunal ».

En suite et s'agissant toujours de l'article 1843-4, le juge n'a quant à lui aucune part dans la détermination du prix. C'est *a fortiori* le cas avec l'article 1592, pour cette raison qu'en droit français de la vente il n'y a pas de fixation judiciaire du prix.

Le tiers estimateur n'est donc pas un expert, judiciaire ou conventionnel. La confusion résulte de ce que, très souvent, le président du tribunal aura puisé, pour le désigner, dans la liste des experts judiciaires, à partir de laquelle il est en principe certain de trouver une personne ayant les compétences requises.

La seconde distinction qui s'impose, intéresse l'arbitrage. Le législateur a emprunté un terme aussi malheureux en 1966, puis en 1978 avec l'expert de l'article 1868 ancien, puis de l'article 1843-4 qu'il l'avait fait en 1804 avec l' « arbitre » de l'article 1592 ; **le tiers estimateur n'est pas plus un arbitre qu'il n'est un expert.**

Sans doute le tiers tient-il, dans l'un et l'autre cas, ses pouvoirs des cocontractants. Sans doute son intervention conduit-elle dans les deux situations à l'émission d'un acte dont l'auteur est indépendant. Sans doute cet acte revêt-il pour les parties un caractère obligatoire. Mais les similitudes s'arrêtent là. L'arbitrage est le produit de deux composantes indissociables qui lui confèrent une nature hybride.

La décision du tiers s'imposant, dans l'une et l'autre situation, la première des composantes, contractuelle, invite certes à établir un parallèle entre le mécanisme de l'article 1592 et l'arbitrage. Mais les figures s'écartent dès l'instant que l'on s'attarde sur la seconde composante, juridictionnelle, de l'arbitrage. Cette considération que c'est un défaut d'accord, en l'occurrence sur un prix ou sur une valeur, qui est à l'origine de la convention par laquelle les intéressés ont investi le tiers de sa mission ne suffit pas pour que soit retenue la qualification d'arbitrage. Il faut pour cela qu'existe un litige au sens où l'entend le droit judiciaire, ce qui implique une dimension juridique. L'acte juridictionnel se définit, laconiquement mais rigoureusement, comme étant celui par lequel le juge dit le droit, le pouvoir juridictionnel celui par lequel le juge exerce sa *jurisdictio*.

L'office premier du juge est - je cite ici CORNU et FOYER - de « *résoudre le litige en constatant le droit du cas concret litigieux* ». S'il est vrai que le juge est parfois saisi d'une contestation portant uniquement, *prima facie*, sur des points de fait, s'il est vrai que le juge du fond dispose d'un pouvoir en principe souverain pour apprécier les faits qu'il a constatés, il convient de pas perdre de vue qu'il s'agit en toutes hypothèses d'une appréciation de ces faits au regard de la règle de droit, singulièrement au regard des catégories juridiques, quand bien même l'application de la règle de droit ou l'appartenance à telle ou telle catégorie, ne seraient pas discutées entre les parties. Aussi bien, les cocontractants du tiers doivent-ils avoir été animés de la volonté de lui concéder un pareil pouvoir, qui impose à celui qui l'exerce de tirer les conséquences juridiques des faits qu'il est appelé à constater et sur lesquels il est invité à porter une appréciation, pour que l'on soit en présence d'une convention d'arbitrage.

La Chambre commerciale en a donné une très nette illustration avec un arrêt rendu le 16 février 2010 relativement à la détermination d'un complément de prix – pour lequel, lorsqu'il s'agit bien d'un complément de prix et non point d'une garantie de passif *stricto sensu,* l'article 1592 peut parfaitement trouver à s'appliquer. La convention litigieuse stipulait que, en cas de désaccord entre les parties sur le calcul du complément de prix de cession d'actions, et en particulier sur l'appréciation de la poursuite des relations commerciales entre une tierce société et les sous-filiales de la société dont les titres étaient cédés, poursuite à laquelle était subordonnée ce complément de prix, le « différend serait tranché » par un tiers désigné « **en qualité de mandataire commun** conformément aux dispositions de l'article 1592 du Code civil » et la décision lierait définitivement les parties.

La cour d'appel est censurée qui avait vu dans cette décision du tiers une sentence arbitrale. La Chambre commerciale juge que **la mission qu'avait reçue le tiers n**'était pas *« **d'exercer un pouvoir juridictionnel mais de procéder, sur des éléments de fait, à un constat s'imposant aux parties** »* **lesquelles** « ***en avaient préalablement tiré les conséquences juridiques*** ».

En l'espèce, le regard que devait porter le tiers sur la poursuite de relations commerciales entre diverses sociétés, et sur les conditions d'exclusivité et autres dans lesquelles ces relations devaient s'être maintenues, dépassait la simple constatation. Aussi bien, le constat sur les éléments de fait s'imposant aux parties dont la haute juridiction admet que le faux arbitre de l'article 1592 peut être chargé doit-il s'entendre de l'opération pouvant consister non seulement à relever l'existence d'un fait mais encore à caractériser une situation. Ce qui comporte une marge irréductible d'appréciation.

L'arrêt du 16 février 2010 est intéressant à un autre titre. La Chambre commerciale précise **qu'il importait peu que l'intervention du tiers fût soumise à la constatation d'un désaccord entre les contractants relativement aux éléments de fa**it. Autrement dit, la subordination de cette intervention à la constatation d'un désaccord entre les parties sur de tels éléments n'est pas déterminante du caractère juridictionnel du pouvoir que les parties ont souhaité confier au tiers. La précision est salutaire. Elle répond à la logique même de l'article 1592. On ne peut parler en effet de litige lorsque les parties recourent au mécanisme prévu par ce texte. Une simple opposition d'intérêts - qui se rencontre habituellement dans tous les contrats synallagmatiques - le vendeur, par exemple, cherche à vendre le plus cher, l'acheteur à acheter le moins cher – ne traduit qu'un désaccord, ou serait-il plus juste de dire l'absence d'accord spontané, sur la contre-prestation pécuniaire. Une telle opposition d'intérêts est insuffisante pour caractériser le litige. Pour que soit constitué le litige qu'un acte juridictionnel a pour objet d'éviter, il faut que le différend reçoive une solution par application de la règle de droit. Or **il s'agit avec l'article 1592 d'une absence d'accord portant uniquement sur les éléments de fait, à l'exclusion de toute appréciation en droit**.

Le tiers estimateur, qui n'est pas un expert, ce n'est ainsi pas davantage un arbitre. **Qui est-il donc ? Il est un mandataire**, qualification que retient la jurisprudence Mais cette qualification est lacunaire. L'acte consécutif, pour reprendre le jargon du droit du mandat, est un acte juridique – et non point « matériel », le qualificatif englobant le cas échéant, pour s'opposer à l'acte « juridique », des prestations intellectuelles – que passe le mandataire au nom et pour le compte de son mandant.

Or en notre matière, l'acte consécutif n'est pas réductible à ce qu'effectue un mandataire. A la décision du tiers, qu'il s'agisse du faux arbitre de l'article 1592 ou du faux expert de l'article 1843-4, décision qui va produire effet sur la tête des parties parce que le tiers la rend, en un trait de temps, effectivement en qualité de mandataire, aura préludé un long travail d'évaluation d'un bien dont la fixation du prix ou de la valeur n'est que l'aboutissement.

La tâche s'avère souvent, vous le savez mieux que moi, complexe. Elle requiert alors singulièrement lorsque l'évaluation porte sur des droits sociaux, les compétences d'un technicien rompu à ce genre d'exercice. Envisagée sous cet angle, la mission du tiers est celle d'un homme de l'art. Elle ressortit, tout au moins lorsque le tiers est rémunéré au **louage d'ouvrage**, en d'autres termes, au **contrat d'entreprise**. C'est méconnaître cet aspect – je m'adresse ici tout particulièrement à Madame la présidente de la Chambre commerciale de la Cour de cassation, laquelle , je souhaite, procèdera un jour ,au redressement de qualification - que de retenir la seule qualification de mandat réduisant ainsi la prestation d'évaluation au rang de l'accessoire. Ceci, alors pourtant que l'erreur grossière qu'exige la jurisprudence pour que puisse être invalidée la décision du tiers estimateur, la faute nécessaire pour que puisse être retenue sa responsabilité, traduiront le plus souvent, non point un dépassement des pouvoirs qui lui ont été conférés, mais l'exécution défaillante d'une prestation purement technique qui consistait pour le technicien, avant que de délivrer son oracle, dans la mise en œuvre de méthodes d'évaluation et de paramètres de calcul appropriés.

Aussi **le tiers estimateur n'est pas seulement,** me semble-t-il, **un mandataire**. Vous êtes mandataires un instant de raison : lorsque vous arrêtez et fixez le prix de la chose vendue ou la valeur des droits sociaux devant être cédés ou rachetés. . Mais pour ce faire vous avez préalablement, longuement, travaillé sur le dossier : vous l'avez fait en qualité d'entrepreneur. Aussi la convention unissant les parties au tiers estimateur ma paraît-elle **un contrat complexe associant l'entreprise au mandat**, contrat complexe appelant une qualification distributive.

Il est bien certain - que l'on ne me fasse pas dire ce que je n'ai pas dit ! - que cette convention a pour souche le mandat : l'effet de représentation qui est spécifique à ce contrat n'autorise pas l'effacement du mandat derrière une autre qualification exclusive. Mais elle pousse de très importantes ramifications dans l'entreprise.

Une minute enfin, sur le terrain du vocabulaire. Tiers estimateur ou tiers évaluateur, peu importe. Mais il est indispensable d'évacuer les termes d' « expert » et d' « arbitre ». Pourquoi avais-je choisi la locution « tiers estimateur » lors de mes premiers travaux sur le sujet ? Je m'étais appuyé avant tout, sur le Vocabulaire juridique de l'Association Henri CAPITANT, au regard duquel le terme d' « estimation », rapporté à notre matière, est plus approprié que celui d' « évaluation ». C'est ainsi que l'appellation de tiers estimateur, m'avait semblée opportune, prévenant toute confusion avec les institutions voisines, pour désigner ce tiers auquel est confiée, par renvoi des parties à l'article 1592 ou par la vertu de l'article 1843-4, une mission à laquelle ne correspondent ni l'arbitrage, ni l'expertise mais qui déborde le simple mandat.

Il est d'ailleurs, et cela sera ma dernière observation, un cas de figure dans lequel le mandat ne peut même pas être retenu : lorsque le tiers estimateur de l'article 1843-4 intervient à la suite d'un refus d'agrément. Le cédant peut en effet exercer son droit de repentir à tout moment, c'est-à-dire même après que le tiers estimateur a arrêter la valeur recherchée, ce qui est incompressible avec la qualification de mandat.

(applaudissements).

Mme FAVRE

Merci beaucoup, Monsieur le professeur, pour cette analyse délicate, difficile et brillante.

En cette matière les textes sont assez muets ; la jurisprudence est très peu construite puisque (et c'est un des éléments qui ressort de l'exposé de Monsieur MOURY) nous ne sommes pas dans le cadre d'un contentieux, d'un litige. C'est ce qui explique que les juridictions et notamment la Cour de cassation aient très peu souvent l'occasion de s'exprimer sur la nature, sur le contenu de ces missions. Une fois que le tiers évaluateur est désigné, la décision rendue par le président du tribunal a épuisé ses effets et il n'y a pas de contentieux ; en principe c'est cela.

Sur la nature de la mission, je n'ai trouvé que deux arrêts qui ne sont relatifs qu'à l'article 1592 du code civil : un arrêt du 2 décembre 1997 qui est un arrêt de la première chambre civile et un arrêt du 4 février 2004 de la chambre commerciale dont nous reparlerons peut-être parce qu'il s'est exprimé à propos de la responsabilité de ce tiers évaluateur. Dans ces deux arrêts, la qualification est très nette : *« Le contrat de vente conclu entre le cédant et l'acquéreur et le mandat donné par ceux-ci à un tiers pour évaluer le prix sont distincts. »* C'est la formule de l'arrêt du 2 décembre 1997 et dans l'arrêt du 4 février 2004, la chambre commerciale dit : « … *le tiers investi par les parties à un contrat de vente du mandat de procéder à la détermination du prix. »* Nous nous rejoignons me semble-t-il, Monsieur le professeur, au moins dans la partie la plus facile de l'analyse qui est nécessairement « la mission procède d'un mandat » même si vous voyez dans ce mandat une partie de mission qui pourrait être élargie et qui pourrait être qualifiée de « contrat d'entreprise ».

Avant de nous reposer un peu, peut-être Monsieur de LASTEYRIE pourriez-vous entrer encore dans une partie très sensible de cette analyse qui est relative à la latitude du tiers évaluateur dans la conduite des missions.

LA LATITUDE DU TIERS ÉVALUATEUR DANS LA CONDUITE DE LA MISSION

Monsieur Jean-Charles de LASTEYRIE

Expert près la Cour d'appel de Paris

M. DE LASTEYRIE

Merci beaucoup, Madame la présidente.

Permettez-moi, avant d'entrer dans le détail des méthodes d'évaluation applicables, de vous dire que j'ai été très impressionné par l'exposé du professeur MOURY. Très impressionné car au plan juridique, il est complètement incontestable. Il a décrit quelque chose qui est une réalité juridique telle qu'elle existe aujourd'hui. Pourtant en l'écoutant je mesurais à quel point le droit et les faits sont, en l'occurrence, très largement éloignés, très largement opposés. Il a indiqué que l'arbitrage était la noce du juridictionnel et du contractuel. Il faut bien dire que, dans nos missions du 1843-4 nous sommes plutôt dans le cadre du divorce entre associés et généralement ce n'est pas un divorce par consentement mutuel.

M. MOURY

Je pense surtout que vous n'êtes pas à la noce !

M. DE LASTEYRIE

Nous ne sommes pas à la noce du tout, tu as raison de le dire.

Est-on dans le cadre d'un procès ? Au plan juridique, manifestement pas ; au plan pratique, manifestement oui. Cela a toute l'apparence d'un procès ; cela a le contenu d'un procès et à la fin on rend une décision, on fixe un prix et cela a l'apparence d'une décision.

On n'est pas dans le cadre d'un arbitrage, car il n'y a pas de compromis d'arbitrage. On est juridiquement dans un contrat complexe, que tu as décrit. De mon point de vue, on n'est certainement pas dans le cadre d'un mandat commun qui suppose que deux parties aient un intérêt commun ; là les deux parties n'ont pas un intérêt commun ; elles ont un intérêt opposé. Donc le mandat ne peut pas être commun. Cette difficulté, cet écart entre le droit et le fait, explique peut-être beaucoup des difficultés que nous avons dans l'application de l'article 1843-4.

Cela étant dit, je vais en venir aux méthodes d'évaluation proprement dites.

Jusqu'à 2007, nous étions dans un cadre juridique qui était relativement clair et dans lequel nous ne nous posions qu'une seule question sur la méthode d'évaluation : de deux choses l'une, ou bien il y avait une clause statutaire et on l'appliquait ; ou bien il n'y en avait pas et on recherchait la valeur réelle.

Nous avions plus de difficultés sur la date d'évaluation parce que nous avions des jurisprudences qui étaient un peu contradictoires et notamment, la chambre civile de la Cour de cassation n'était pas toujours d'accord avec la chambre commerciale. Est-ce qu'il fallait prendre la date à laquelle l'associé sortait ? Est-ce qu'il fallait prendre la date à laquelle sa sortie était acceptée ? Est-ce qu'il fallait prendre la date de paiement ? C'était une question qui restait ouverte. Nous avions une difficulté sur la date, mvais les choses paraissaient simples en matière de méthode d'évaluation.

Depuis 2007, on a assisté à une évolution jurisprudentielle extrêmement profonde qui n'a pas toujours été bien comprise. Je crois qu'elle ne l'a pas été parce que, comme Madame le président FAVRE le soulignait à notre précédent congrès, une décision de cassation, avant d'être un texte normatif, est d'abord la réponse à une question. La Cour de cassation répond aux moyens dont elle est saisie. Ce n'est que le temps, l'éloignement et, d'une certaine manière, la multiplication des décisions, qui permettent de comprendre l'ensemble de l'œuvre et l'ensemble de la construction jurisprudentielle. L'évaluation est sûrement un des domaines dans lequel la jurisprudence a le plus fait avancer et modifier de façon positive le droit.

Quels sont ces arrêts ? Le premier coup de tonnerre, dans le ciel bleu des clauses statutaires, a été l'arrêt du 4 décembre 2007 qui a indiqué que lorsqu'il y avait des clauses statutaires il y avait néanmoins une primauté des dispositions de l'article 1843-4 et que la cour d'appel qui avait écarté l'article 1843-4 pour appliquer les clauses statutaires avait tort.

L'orage tropical, si j'ose dire, s'est déchaîné le 5 mai 2009 de façon d'autant plus violente qu'il faut souligner que l'arrêt du 5 mai 2009 est un arrêt de cassation ; c'est un arrêt qui est précédé d'un attendu de principe, c'est un arrêt qui a été publié dans le bulletin et mentionné dans le rapport annuel de la Cour. C'est dire à quel point la chambre commerciale a souhaité donner une valeur particulière à cet arrêt du 5 mai 2009 qui indique que « ***seul l'expert détermine les méthodes d'évaluation appropriées parmi lesquelles peuvent figurer celles prévues par les statuts*** ».

Il y a eu un certain nombre de décisions par la suite. Je ne citerai que celle du 16 février 2010 qui nous intéresse particulièrement parce qu'elle indique que **l'expert peut écarter les dispositions des statuts et du règlement intérieur sans commettre une faute grossière**. Du point de vue de notre sécurité, c'est quelque chose qui est tout à fait significatif.

Quel est le cadre juridique aujourd'hui ? Il est complètement modifié par rapport à celui de 2007.

En matière de méthodes d'évaluation, **l'expert n'est plus tenu par les clauses statutaires ou extra statutaires**. En matière de date d'évaluation, un arrêt du 4 mai 2010 indique que la date à retenir est la date la plus proche possible de celle du remboursement de la valeur des parts.

Examinons peut-être le problème de la date d'évaluation avant de revenir au problème plus fondamental des méthodes d'évaluation. Jusqu'à cet arrêt du 4 mai 2010, on avait donc quelques incertitudes jurisprudentielles.

Qu'est-ce que nous indique la chambre commerciale de la Cour de cassation ? **En l'absence de dispositions statutaires, la valeur des droits sociaux de l'associé qui se retire doit être déterminée à la date la plus proche possible de celle du remboursement de la valeur de ces droits**. On a maintenant une règle claire. Cette règle claire est cohérente avec le principe selon lequel la perte de la qualité d'associé intervient à la date du paiement des droits de l'associé.

On peut souligner que cette situation juridique présente quelques caractéristiques un peu étonnantes. La plus étonnante est qu'elle laisse l'associé soumis au risque social pendant la période intermédiaire entre le moment où il se retire et le moment où, en définitive, après par exemple une expertise de détermination de prix, son retrait intervient. Le fait de le laisser soumis au risque social peut paraître étonnant, notamment quand la cause de son retrait est un désaccord sur la gestion de l'entreprise. Si l'entreprise ensuite périclite, il ressentira certainement comme injuste le fait que l'on ait continué, pendant toute la période de l'expertise ou de la détermination du prix, à lui faire supporter le risque social.

Quel est le champ d'application de cet arrêt du 4 mai 2010 ? Est-ce que cela s'applique dans tous les cas ? Ce n'est pas complètement sûr aujourd'hui. Le texte même de l'arrêt indique qu'il concerne un associé qui se retire. On peut se demander si la solution serait identique pour un associé exclu. Est-ce que l'on considérerait que, pour l'associé exclu, c'est à la date de l'exclusion qu'il doit être déchargé du risque social ? On peut se poser la même question en cas de décès d'un associé.

On notera aussi sur le plan juridique un autre élément important de la Cour de cassation sur l'autonomie de la volonté des parties : **l'expert ne peut pas écarter les règles statutaires en matière de date**. L'arrêt précise bien que c'est en l'absence de dispositions statutaires. Ceci signifie que si une disposition statutaire indiquait qu'une autre date d'évaluation devait être retenue, l'expert devrait évidemment s'y soumettre.

Nous pouvons maintenant revenir sur **la question de la détermination du prix** et sur l'arrêt « tropical » du 5 mai 2009 : « *Seul l'expert détermine les critères qu'il juge les plus appropriés pour fixer la valeur des droits, parmi lesquels peuvent figurer ceux prévus par les statuts* ». On a donc une situation qui est maintenant largement clarifiée. **La Cour de cassation veut protéger l'associé exclu**, et donne à l'expert le droit, et même le devoir, de rechercher une valeur équitable et souligne que **les dispositions de l'article 1843-4 sont des dispositions d'ordre public**.

Une fois qu'on a dit cela on se demande : **comment faut-il appréhender les clauses statutaires** ? Est-ce que l'expert est tenu d'écarter les clauses statutaires ? Est-ce qu'il est tenu de les appliquer ? Est-ce qu'il doit en tenir compte ? Il doit en tenir compte, c'est ce que nous écrit la Cour. Mais comment le faire ?

Je dois dire que nous avons eu beaucoup de débats dans le groupe de travail pour préparer ce congrès, entre les experts qui étaient présents, sur la lecture qu'il fallait donner à cette décision. **Il y a deux lectures possibles**. Selon la première, les clauses statutaires doivent être retenues quand elles donnent une valeur qui est complètement différente de la valeur réelle. Dans ce cas, tenir compte des clauses statutaires cela veut dire : appliquer les clauses statutaires. Dans la seconde lecture, il ne faut retenir les clauses statutaires que lorsqu'elles donnent une valeur proche de la valeur réelle. Comme vous le constatez ce sont deux interprétations malheureusement incompatibles et contradictoires.

Je voudrais prendre un exemple proche de ceux d'entre nous qui ont par ailleurs le statut de l'expert-comptable : les statuts des sociétés d'expertise comptable. On trouve les deux situations dans les statuts des cabinets concernés ; beaucoup prévoient que, s'il y a une cession de parts entre associés ou avec un nouvel associé, les éléments incorporels doivent être valorisés selon des règles prédéterminées, par exemple, X mois de chiffre d'affaires ou un coefficient appliqué au résultat du cabinet. Dans d'autres statuts, il est au contraire prévu que les éléments incorporels ne seront pas valorisés et que les cessions auront lieu sur la base de la situation nette. On se trouve devant deux principes complètement différents.

On s'aperçoit que ce qui est complètement différent, au-delà de la clause statutaire ou de la méthode de calcul de départ**, c'est le projet d'entreprise**. Dans un cas on a un projet d'entreprise qui consiste à dire « Je rachète un fonds de commerce qui existe, j'en deviens propriétaire, je le valorise le mieux du monde avec mes associés et je le revends lors de mon départ à la retraite ». Dans un autre cas, un groupe d'associés décide de faire entrer un nouvel associé sans valoriser le fonds de commerce, de telle manière que la valeur du fonds de commerce ne soit pas un obstacle à son arrivée, qu'on puisse attirer de nouveaux talents sans que le problème d'argent soit un obstacle. Le fonds de commerce existant appartient à une sorte d'association ; on crée une sorte de cathédrale à laquelle on ne peut pas toucher : le fonds de commerce ; chaque associé profite des fruits, mais n'a pas accès au fonds de commerce lui-même. On est devant deux projets d'entreprise complètement différents.

Est-ce que l'un est plus raisonnable que l'autre ? Je ne saurais pas répondre à cette question. On voit bien que ces deux projets différents ont chacun une logique complète.

Comment devons-nous réagir dans le cas où le fonds de commerce n'est pas valorisé, où les clauses statutaires prévoiraient que les transmissions se font sans valorisation à la situation nette ? Comment devons-nous réagir devant un associé exclu qui nous demanderait de valoriser ses parts à la valeur réelle et non pas sur la base de la situation nette ?

Quelle serait cette valeur réelle ? Nous le savons tous, une valeur réelle, c'est ce qui résulte de la mise en œuvre des méthodes d'évaluation habituelles, des méthodes multicritères ; on regarde le chiffre d'affaires, la rentabilité, les comparables, les prévisions de chiffre d'affaires et de résultat de l'entreprise. On regarde les transactions comparables et on constate un ensemble de valeurs dont on essaie de faire la synthèse. J'insiste sur le fait que c'est la synthèse, et non pas la moyenne, parce que la vraie valeur ajoutée de l'expert est de chercher quelle est la signification exacte de chacune des méthodes, ce qu'elle mesure, pourquoi une méthode est différente d'une autre, pourquoi le prix issu d'une méthode est supérieur au prix issu d'une autre et de rechercher le prix qui représente véritablement la valeur de l'entreprise. Ensuite il devra prendre en compte un ensemble d'éléments spécifiques, par exemple, le contrôle (est-ce minoritaire, majoritaire ?), la liquidité des actions concernées, les synergies éventuelles avec un acheteur. En définitive il fixera le prix.

Est-ce que l'on peut combiner la valeur statutaire et la valeur réelle ? On s'aperçoit que la valeur issue des formules statutaires de calcul donne des résultats extrêmement différents de la valeur réelle. **La valeur réelle est généralement beaucoup plus élevée que la valeur statutaire. Souvent, il n'existe aucun moyen de les combiner**. **En réalité il ne faut pas combiner, il faut choisir**. Est-ce que l'on se met dans un système ou dans un autre système ? Mais il est difficile de se mettre dans les deux systèmes à la fois. D'où une interrogation fondamentale qui reste à la fin de cet exposé sur la signification réelle de l'arrêt du 5 mai 2009 ? C'est une question qui, de mon point de vue, reste ouverte. J'espère que le débat tout à l'heure permettra de faire avancer cette question.

De quoi faut-il tenir compte ? Est-ce qu'il faut tenir compte de l'équité ? Si on tient compte de l'équité, faut-il tenir compte de la durée dans l'association ? Est-ce que l'on va dire que, dans une société où il y a un fondateur et de jeunes associés, les parts du fondateur devront être évaluées par une méthode différente de celle des jeunes associés ? Est-ce que l'on devra tenir compte des transactions passées qui ont été faites à la situation nette ? Est-ce que l'on devra tenir compte des contraintes juridiques ? Si on devait en définitive dire « J'écarte les méthodes statutaires mais je constate que c'est une société dans laquelle il y a une clause d'agrément et donc, finalement, personne ne peut entrer s'il n'a pas l'accord des autres actionnaires ». Et puis « Les transactions précédentes se sont faites sur la base de la situation nette.

Donc j'aboutis de nouveau à la valeur prévue par les statuts, c'est-à-dire zéro », est-ce que je ne fais pas un abus d'expertise pour ne pas dire un abus de droit ? Donc comment est-ce que l'on doit appliquer ces clauses ?

On voit que l'on est sur quelque chose de compliqué. On a une situation qui est nouvelle. On a un très grand pouvoir qui nous a été donné par la Cour de cassation, mais il nous manque encore un mode d'emploi pour savoir dans quels cas il faut appliquer telle méthode et pourquoi.

Je vais rester quelques secondes sur le champ d'application de cette jurisprudence pour dire qu'il y a un domaine d'application qui est complètement évident, ce sont **les clauses statutaires et les clauses extra-statutaires**. A l'opposé, il est tout aussi évident que les clauses bilatérales ne sont pas concernées. Par exemple, une promesse bilatérale d'achat et de vente d'actions n'est pas concernée par cette jurisprudence parce que c'est un contrat, et qu'il convient d'appliquer les cośntrats. Mais on voit bien qu'il y a d'autres situations qui vont être plus compliquées. Par exemple, quid d'un ensemble de promesses bilatérales qui reviendrait à avoir en quelque sorte des statuts, puisque chacun des actionnaires aura signé la même clause ? Est-ce que ce ne serait pas une sorte d'abus de droit ? Quid du contrat de travail ? Si le prix de cession des actions est prévu dans le contrat de travail d'un salarié, faut-il appliquer ce contrat bilatéral, sachant que l'on est peut-être dans le cas où l'objectif même de la jurisprudence de la Cour de cassation, c'est-à-dire protéger l'actionnaire minoritaire, est le plus nécessaire ?

En tout cas, il y a une chose tout à fait claire et je reviens à l'exposé du professeur MOURY. On voit bien aussi que le régime juridique sur lequel repose l'article 1843-4 considère que l'expert est en quelque sorte un technicien ; il fait un travail d'évaluation ; il fait 2 + 2 et il essaie de trouver 4 ; il n'a pas d'interprétation ; il ne fait pas de droit ; le prix fixé est un prix arithmétique ; il fait une erreur grossière s'il fait une erreur de calcul.

En réalité les difficultés d'appréciation de mise en œuvre que nous rencontrons, montrent qu'il y a d'énormes marges d'analyse, de discussion, d'appréciation, de jugement qui sont laissées à l'expert. C'est la raison pour laquelle nous ne sommes pas du tout à l'aise dans le cadre du régime du mandat.

Et on n'est pas du tout à l'aise dans le cas du régime du mandat car une autre question se pose derrière, celle de la responsabilité. Cette question sera traitée après la pause par mes collègues. *(applaudissements)*

Mme FAVRE

Merci Monsieur l'expert pour cet exposé.

Je sens bien votre difficulté, mais n'est-elle pas inhérente à cette mission, cette mission dans laquelle le juge ne peut pas entrer puisque le juge n'a pas de regard sur votre travail ? Donc, lorsque je lis notre dernière décision, que seul l'expert détermine les critères qu'il juge les plus appropriés pour fixer la valeur des droits, parmi lesquels peuvent figurer ceux prévus aux statuts, je ne sais pas si un jour la chambre commerciale de la Cour de cassation pourra vous dire quelque chose de plus précis. Je n'en suis pas certaine.

M. MOURY

Madame le président, je vole à votre secours. Je ne suis pas d'accord avec tous les arrêts de la Cour de cassation et d'autres. Mais la chambre est d'une mauvaise foi carthaginoise ! Lorsqu'on lit cet arrêt : « *l'expert détermine les critères qu'il juge les plus appropriés pour fixer la valeur des droits* (on a eu souvent cette discussion) *parmi lesquels peuvent figurer ceux qui sont dans les statuts »,* vous êtes parfaitement libres. Le critère qui est retenu par les statuts vous conduit à la détermination d'une valeur objective, parce que c'est ce qu'on vous demande.

Dans l'article 1592, c'est un prix, c'est une notion subjective. Ce n'est pas uniquement du caquetage de juriste ce que je dis. L'article 1592 c'est un prix, notion subjective, ce que veulent les parties ; alors que dans l'article 1843-4 c'est une valeur économique.

La Faculté vient au soutien de la Cour de cassation ; je pense que pour une fois, Madame le président, (on peut en sourire) l'arrêt est parfaitement clair. On ne vous demande pas d'écarter les statuts. Vous faites ce que vous voulez ; vous devez arriver à une valeur objective, à une valeur économique. Nous sommes d'accord, Madame le président ?

M. DE LASTEYRIE

Jacques, tu as entièrement raison. Je ne suis pas sûr que tu aies le monopole de la bonne foi. Toutefois je partage entièrement ce que tu dis sur ce que l'on doit faire. On doit chercher la valeur équitable ; on doit rechercher la valeur qui préserve l'équité dans une situation. Mais je pense que le statut qui est le nôtre ne permet pas de le faire.

Mme FAVRE

Nous allons pouvoir nous reposer quelques instants. Monsieur le président, à quelle heure voulez-vous que nous nous retrouvions ?

M. DUPONCHELLE

Il faudrait absolument que nous nous retrouvions dans la salle à 16 h 20

LA RESPONSABILITÉ DU TIERS ÉVALUATEUR

Monsieur Jean-Luc FOURNIER

Expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation

Mme FAVRE

Je vous invite à reprendre nos travaux. Monsieur de LASTEYRIE nous a montré la difficulté et ses interrogations sur la méthode et les critères qu'il devait retenir pour procéder à l'évaluation qui lui est demandée.

Je crois qu'une autre question vous préoccupe tous beaucoup ; c'est celle de votre responsabilité dans le cadre de cette mission spécifique. M. Jean-Luc FOURNIER va vous parler de cette question.

M. FOURNIER

Merci beaucoup Madame la Présidente.

Je vais donc traiter de la responsabilité du tiers évaluateur dans le cadre des articles 1592 et 1843-4 du code civil.

Qu'il soit désigné par l'autorité judiciaire ou d'un commun accord entre les parties, le tiers évaluateur répond personnellement des fautes commises dans le cadre de sa mission et peut donc voir sa responsabilité civile personnelle mise en cause.

Nous n'aborderons ici que le cadre de la responsabilité civile de l'expert, tiers évaluateur, désigné au visa des articles 1592 et 1843-4 du code civil, et non la responsabilité de l'expert judiciaire même si certains aspects de cette responsabilité civile sont communs.

L'article 1592 [1] prévoit, pour la détermination du prix de vente et l'évaluation de droits sociaux la faculté de recourir à un arbitre tandis que l'article 1843-4 [2] rend obligatoire l'intervention d'un expert pour fixer la valeur des droits sociaux.

Le tiers évaluateur statuera en principe sans recours possible et de manière souveraine.

L'article 1592 utilise le terme « d'arbitre », tandis que l'article 1843-4 celui « d'expert ». La jurisprudence et la doctrine utilisent les termes de « tiers évaluateur », « tiers arbitre », « expert », « collège d'experts », etc… Les termes de tiers évaluateur et d'expert seront ici utilisés.

La mise en cause de l'évaluation du tiers évaluateur a été admise par la jurisprudence [3] qui a permis l'annulation du rapport du tiers évaluateur (dans le cas d'erreur grossière de l'expert, de dol et de défaut d'indépendance de l'expert).

Un arrêt de la cour de cassation du 4 février 2004 [4] est venu rappeler que l'éventuelle faute de l'expert peut toujours être poursuivie sur le fondement légal de la responsabilité contractuelle.

Ainsi, ce que les parties ne peuvent obtenir par une voie (l'annulation du rapport), l'action en responsabilité contre l'expert lui-même leur permet de tenter d'atteindre leur objectif en demandant directement à l'expert la réparation du préjudice qu'elles estiment avoir subi. Comme Blaise Pascal l'écrivait dans ses *Pensées* [5], « *la tyrannie est de vouloir avoir par une voie ce qu'on ne peut avoir que par une autre* ».

Cette mise en cause du tiers évaluateur est le corollaire de l'évolution constante de la jurisprudence des cours et tribunaux donnant au tiers évaluateur le pouvoir, qui peut être considéré comme « exorbitant » de fixer une valeur en dernier ressort, le juge ne pouvant s'immiscer dans les modes de détermination de ladite valeur. L'expert n'acquiert-il pas son *imperium* propre dans la mesure où il statue en dernier ressort ? En effet, dès 1985, la Cour d'appel de Paris [6] avait considéré que les dispositions de l'article 1843-4 étaient d'ordre public et faisaient échec à l'application de clauses contractuelles qui étaient alors réputées non écrites. La Chambre commerciale de la cour de cassation, a, depuis son arrêt du 4 décembre 2007, rappelé que l'expert a toute «*latitude pour déterminer la valeur des actions selon les critères qu'il juge opportuns* » [7] lors de l'évaluation de droits sociaux dans le cadre de l'article 1843-4 du code civil. D'autres arrêts de la même chambre sont venus préciser cette position avec, en particulier, celui du 5 mai 2009 dans lequel la cour indique, dans un attendu de principe, que « seul l'expert détermine les critères qu'il juge les plus appropriés pour fixer la valeur des droits, parmi lesquels peuvent figurer ceux prévus par les statuts ». Elle réaffirme ainsi le principe qu'il appartient au juge de désigner l'expert mais que le juge ne peut fixer les méthodes de valorisation des droits sociaux qui sont de la seule responsabilité de l'expert. Dans un arrêt récent de rejet du 16 février 2010 [8], la Cour a confirmé sa position et a jugé que « *que la Cour d'appel a pu en déduire que le tiers estimateur désigné en application de cet article n'avait pas commis une erreur grossière en écartant les directives d'évaluation contenues dans les statuts et le règlement intérieur ; que le moyen n'est pas fondé…* ».

---

[1] Article 1592 du code civil : « *Il peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers ; si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente.* »

[2] L'article 1843-4 du code civil dispose que « *dans tous les cas où sont prévus la cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible* ».

[3] Com. 4 nov. 1987, n° 90-10.027

[4] Com. 4 fév. 2004, n° 01-13.516

[5] Blaise Pascal - *Pensées* - Sel 91

[6] CA Paris 25ème chambre A 10 mai 1985 n° L06547 sur appel d'un jugement du TGI de Paris (4ème ch. -2ème sect. du 13 janvier 1984)

[7] en particulier arrêt Com. 19 avril 2005 n° 03-11.790

[8] Com. 16 fév. 2010, n° 09-11.668

Nous rappellerons donc dans une première partie les fondements de la responsabilité civile applicable au tiers évaluateur, puis dans un deuxième temps les possibilités offertes à cet expert de se prémunir contre d'éventuelles mises en cause. Je n'aborderai pas ici la responsabilité pénale du tiers évaluateur.

I. Les fondements de la responsabilité civile du tiers évaluateur

1.1 Définition de la responsabilité civile

La responsabilité civile est l'obligation de réparer le préjudice, appelé aussi dommage, que l'on a causé à autrui qui a la possibilité d'engager une action en responsabilité, généralement devant les tribunaux civils.

Cette responsabilité civile est soit :

contractuelle lorsque le dommage résulte de l'inexécution d'un contrat (articles 1147 et suivants du code civil).

délictuelle (appelé aussi extra contractuelle) lorsqu'elle ne peut être rattachée à un contrat (articles 1382 et suivants du code civil).

Ces responsabilités sont exclusives l'une de l'autre.

1.2 Le triptyque de la responsabilité

Pour que la victime puisse obtenir réparation, la victime doit apporter :

la preuve d'une faute

la preuve d'un dommage

et un lien de causalité entre la faute et le dommage.

Le dommage est généralement réparé sous forme de dommages-intérêts. La réparation doit, en principe, être intégrale.

Dans le cas de la responsabilité contractuelle, les parties au contrat peuvent convenir de clauses limitatives de responsabilité (selon le principe de la volonté souveraine des parties). Ces clauses ne pourront pas s'appliquer lorsque l'inexécution est due à la faute lourde ou dolosive du débiteur. Nous verrons que ces clauses limitatives de responsabilité sont insérées dans les lettres ou conventions de mission signées entre le tiers évaluateur et les parties.

1.3 La responsabilité du tiers évaluateur : contractuelle ou délictuelle ?

Il est nécessaire de faire la distinction entre le tiers évaluateur désigné en accord avec les parties et celui désigné par décision de justice.

Dans le cas où le tiers est désigné en accord avec les parties, cette désignation se fait généralement sur la base d'une convention. Le tiers évaluateur est mandaté pour fixer le prix. Le cadre légal est le contrat ; la responsabilité sera donc contractuelle. L'arrêt du 4 février 2004 de la Cour de cassation, déjà cité, qualifie la relation de mandat : le tiers évaluateur est le mandataire commun des parties.

Dans le cas où le tiers évaluateur est désigné par une décision de justice, la qualification du lien entre cet expert et les parties est plus délicate et doit donc être précisée. Rappelons que la responsabilité de l'expert judiciaire désigné par les tribunaux est une responsabilité civile délictuelle. Aucun contrat ne le lie à la juridiction qui l'a nommé et aux parties. Il est donc responsable civilement de ses fautes sur la base de l'article 1382 du code civil.

La nature de la responsabilité du tiers évaluateur de l'article 1843-4 (mais le même raisonnement pourrait être tenu pour l'expert désigné au visa de l'article 1592) désigné *par ordonnance du tribunal* [9] *statuant en la forme des référés et sans recours possible,* n'est pas à ce jour clairement définie par la jurisprudence.

La doctrine semble retenir la notion de mandat dans le cadre de « *contrat complexe* », le professeur Jacques MOURY parlant même de « mandat frotté d'entreprise ». Dans la Gazette du Palais du 17 avril 2008 n° 108 page 35, il écrivait toutefois que cette qualification exclusive de mandat lui paraissait insuffisante.

Il n'existe donc aucune jurisprudence apportant une réponse précise au statut de l'expert de l'article 1843-4 désigné par le juge et ce malgré les recherches faites par les services de documentation de la Cour de cassation à l'occasion du présent congrès. Peut-on parler de mandat entre un expert désigné par le juge (sans l'avis ou l'accord des parties) et lesdites parties qui sont en conflit ? Cette question n'est donc pas tranchée actuellement.

La responsabilité du tiers évaluateur désigné au visa des deux articles 1592 et 1843-4 est donc une responsabilité contractuelle lors qu'il est désigné par les parties.

Lorsqu'il est désigné par le juge, cette responsabilité reste encore imprécise et non définitivement tranchée par la jurisprudence.

1.4 Les obligations du tiers évaluateur et la lettre de mission

Le tiers évaluateur a alors deux obligations principales :

il doit exécuter sa mission ; il a une obligation de moyens

il doit aussi rendre compte de sa mission par la remise de son rapport, il s'agit alors d'une obligation de résultat, sauf à justifier qu'il ne peut fixer le prix (non communication de documents par les parties, etc…). Il doit alors en avertir les parties.

Il a une obligation de moyens tant sur le plan procédural (respect de la contradiction) que technique (méthodes d'évaluation retenues et justification de sa démarche intellectuelle). Il devra donc conserver la preuve de ses diligences tout au long de sa mission.

La signature d'une lettre de mission entre le tiers estimateur et les parties prend ici son importance. La mission de l'expert doit donc être définie avec la plus grande précision. Cette lettre de mission est en fait le cadre qui permettra au juge, saisi dans le cadre d'une action en responsabilité, d'apprécier souverainement les diligences de l'expert évaluateur et les limites de sa mission. Ce document revêt une importance primordiale pour l'expert et doit être rédigé avec le plus grand soin.

1.5 La mise en cause de l'expert : annulation du rapport

La partie s'estimant lésée peut chercher à faire annuler le rapport de l'expert.

L'annulation du rapport peut être demandée sur la base de l'erreur grossière, du dol et du défaut d'indépendance de l'expert.

L'erreur grossière

Le professeur A.VIANDIER décrivait l'erreur grossière comme l'erreur « *qu'un technicien normalement soucieux de ses fonctions ne saurait commettre* » [10].

L'arrêt du 4 novembre 1987 [11] de la Chambre commerciale de la Cour de cassation a ouvert la voie à la possible annulation d'un rapport en précisant

[9] i.e. le président du Tribunal ou le juge délégué
[10] JCP E 1988, I, 15212, 421
[11] Com. 4 nov. 1987, n° 90-10.027

qu'« à défaut d'erreur grossière, il n'appartient pas aux juges, en modifiant le prix, d'imposer aux parties une convention différente de celle qu'elles avaient entendu établir ».

Aucune définition légale n'existe de l'erreur grossière et la Cour de cassation en fait une appréciation au cas par cas.

Deux exemples d'erreurs grossières.

Un arrêt de la Cour de cassation [12] a retenu une erreur grossière car l'expert s'était mis dans le cadre d'une liquidation de société et non dans celui de la poursuite de l'activité sociale. Dans une autre décision, la Cour de cassation [13] a jugé aussi qu' « *en établissant lui-même le bilan, la cour d'appel a pu retenir que l'expert avait commis une erreur grossière car il avait modifié le sens de la mission qui lui avait été confiée et était sorti du cadre juridique qui en était le fondement* ».

En revanche, trois arrêts nous précisent ce qui n'est pas une erreur grossière.

Le fait pour un expert de ne pas retenir l'impôt sur les sociétés (erreur matérielle) dans la valorisation, n'est pas considéré comme une « erreur grossière » [14].

Une cour d'appel [15], « *qui a retenu que compte tenu de ce que les enfants de M. Dominique X... avaient acquis la nue propriété des parts sociales dont il conservait l'usufruit, il n'était pas établi que l'appréciation de l'expert quant au caractère artificiel de l'abattement qui lui était demandé soit constitutif d'une erreur grossière, a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision de ce chef* » ;

L'expert désigné est libre d'utiliser les méthodes d'évaluation selon les critères qu'il détermine et qu'il estime valables. Aussi, ne pas retenir les dispositions statutaires ne peut être considéré comme une erreur grossière de la part de l'expert. Cette position a été réaffirmée par la Cour de cassation dans son arrêt du 16 février 2010 [16].

A noter qu'un arrêt d'une cour d'appel [17] qui constate une erreur grossière dans le rapport d'un expert et fixe elle-même la valeur des parts, encourt la cassation car il appartient « *au seul expert désigné en application de l'article susvisé (1843-4 du code civil) de déterminer la valeur des parts* ».

L'expert qui ne retient qu'une seule méthode de valorisation commet-il une erreur grossière ? La question n'a pas été tranchée à ce jour.

Le dol

L'article 1116 du code civil dispose que « le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une ou l'autre des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. Il ne se présume pas, et il doit être prouvé. »

Dans un arrêt du 5 octobre 2004 [18], la Chambre commerciale de la Cour de cassation a considéré que « *le silence d'une partie dissimulant à son cocontractant un fait qui, s'il avait été connu, l'aurait empêcher de contracter* » n'est pas constitutif du dol.

Le dol, même s'il est difficile à établir, peut donc être une cause d'annulation du rapport du tiers évaluateur.

Le défaut d'indépendance

L'expert doit être indépendant et doit rester impartial tout au long de son expertise. Il ne peut donc avoir entretenu des relations avec l'une des parties ce qui le conduirait à refuser alors la mission. « *Il est nécessaire, pour fonder la récusation de l'expert, que celui-ci ait entretenu personnellement avec l'une des parties des relations de nature à faire naître un doute légitime et actuel sur son impartialité* »[19].

Si l'absence d'indépendance et/ou la partialité de l'expert étaient avérées au cours de la mission, la récusation de l'expert peut-elle être envisagée ?

« *L'expert se trouve ainsi soumis à des obligations comparables à celles incombant au juge et doit, comme celui-ci, non seulement faire abstraction de ses éventuels préjugés dans la conduite de ses investigations, mais en outre éviter de se trouver confronté à une circonstance pouvant faire douter objectivement de son impartialité.* »[20]

Certes, le rapport de 2005 de la Cour de cassation concerne l'expertise judiciaire, mais on peut raisonnablement penser qu'elle pourrait s'appliquer à toute forme d'expertise d'autant plus qu'il se fonde sur l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme dans le cadre des règles d'un procès et d'une expertise équitables. L'expertise équitable concerne tous types d'expertise et non pas uniquement l'expertise judiciaire.

Mais, certains considèrent que la désignation d'un tiers évaluateur ne se situe pas dans le cadre du procès et que l'article 6-1 précité ne peut donc trouver application.

Cependant, la Cour d'appel de Versailles [21] dans un arrêt de 2007 concernant un expert désigné au visa de l'article 1843-4 et dont la récusation avait été demandée, indiquait que :

« *selon l'article 234 du NCPC, les techniciens peuvent être récusés pour les mêmes causes que les juges telles qu'énumérées par l'article 341 du même code. Toutefois, l'article 341 susvisé qui prévoit des cas de récusation n'épuise pas nécessairement l'exigence d'impartialité requise de tout expert judiciaire conformément à l'article 6-1 de la CEDH.* »

La Cour rappelait que :

« *si les causes de récusation sont communes aux magistrats et aux techniciens, en revanche la procédure spécifique de récusation des magistrats des articles 341 et suivants du NCPC n'est pas* [22] *applicable aux techniciens* ».

Elle concluait enfin que « *c'est à bon droit que le premier juge a rejeté la demande de récusation à l'encontre* » du tiers évaluateur.

Cette décision sur la possibilité de récusation de l'expert nommé au visa de l'article 1843-4 est la première connue à ce jour. Le juge saisi en première instance était celui du service du contrôle des expertises ; il ne semble pas, dans cette affaire, que ce soit le même juge qui ait désigné le tiers évaluateur.

Les juristes sont donc partagés sur la procédure à suivre pour demander la récusation du tiers évaluateur pour défaut d'indépendance ; il sera donc nécessaire d'attendre la position de la Cour de cassation sur ce point particulier.

L'annulation du rapport peut avoir pour conséquence d'une part le remboursement par l'expert des honoraires perçus mais aussi une action en responsabilité civile pour le préjudice éventuel subi par l'une ou l'autre des parties.

1.6 L'action en responsabilité civile contre l'expert

La Chambre commerciale, par une décision du 4 février 2004[23], a considéré que, même en absence d'erreur grossière, la sous-évaluation fautive du prix par l'expert autorise la recherche de sa responsabilité en réparation du préjudice subi par une des parties. Cet arrêt a été rendu au visa de l'article 1592 du code

[12] Com. 19 déc. 2000, n° 98-10.301
[13] Civ. 1ère , 25 nov. 2003, n° 00-22.089
[14] Com. 4 nov. 1987 n° 86-10.027
[15] Civ. 3ème , 23 janv. 2002, n° 00-16.703
[16] Com. 16 fév. 2010, n° 09-11.668
[17] CA Rennes 16 février 2001 – Civ. 1ère , 25 janv. 2005 n° 01-10.395
[18] Com. 5 oct. 2004, n° 03-12.006

[19] Com. 5 oct. 2004, n° 02-21.545 - décision rendue pour un expert choisi par les parties
[20] Rapport annuel de la Cour de cassation 2005 -Innovation technologique et expertise
[21] CA Versailles 1ère Ch-1ère section 7 juin 2007, n° 07/00720
[22] Articles 341 à 355 du CPC
[23] Com. 4 févr. 2004, n° 01-13.516

civil et pourrait s'appliquer dans le cadre de l'article 1843-4 du même code. Cependant, la Cour d'appel de Versailles [24], saisie comme cour de renvoi, a examiné les méthodes utilisées par le collège d'experts et considéré « *qu'il ne saurait dès lors être imputé une faute au collège des experts* ». La simple erreur n'est pas constitutive d'une faute ; elle a donc débouté le demandeur dans sa recherche de responsabilité. La Cour de cassation n'a pas été saisie de ce nouvel arrêt.

Il n'en demeure pas moins que la recherche de la responsabilité civile professionnelle de l'expert est un moyen de contourner la procédure stricte de mise en cause liée à l'erreur grossière.

Nous n'avons pas trouvé à ce jour de décisions concernant la responsabilité civile de l'expert désigné au visa de l'article 1843-4 du code civil en particulier au motif d'une «*sur ou sous évaluation*» des titres évalués. Rappelons que la jurisprudence que nous venons d'examiner précise que l'expert est libre de choisir la ou les méthodes d'évaluation, qu'il statue en dernier ressort et que le juge ne peut intervenir dans la fixation du prix.

Face à une action en responsabilité fondée sur une «*sur ou sous-évaluation*» des titres, le juge ouvrirait alors le débat sur la «valeur véritable des parts» afin de déterminer si le tiers évaluateur a exécuté correctement sa mission. Il désignerait alors un autre expert, certainement un expert de justice qui devra donner un avis, un de plus, sur cette valeur tant discutée. Le juge se trouverait alors dans la situation de prendre position sur les méthodes utilisées et de fixer le juste prix ce que l'article 1843-4 et la jurisprudence constante lui interdisaient.

Il n'est pas sûr que la Cour de cassation accepte de voir détourner les dispositions d'ordre public de l'article 1843-4 par le biais d'une action en responsabilité sauf à vouloir remettre en cause sa propre jurisprudence. La Cour de cassation pourrait considérer que si les trois voies possibles d'annulation du rapport n'ont pas prospéré, c'est que le tiers évaluateur a rempli correctement sa mission. Autant le débat sur la liberté du tiers évaluateur dans le choix des méthodes pourrait s'apaiser, autant le débat sur l'action directe en responsabilité contre le tiers évaluateur reste d'actualité.

1.7 Responsabilité civile de l'expert et délai de prescription

Avant la loi du 17 juin 2008 [25], l'action en responsabilité contre l'expert évaluateur était trentenaire (10 ans pour l'expert de justice).

Depuis la loi du 17 juin 2008, promulguée le 19 juin 2008, l'action en responsabilité (selon le nouveau régime de droit commun) tant pour l'expert évaluateur que l'expert de justice se prescrit par cinq ans [26] à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer l'action en justice [27]. Toutefois, le délai butoir pour agir en responsabilité est de 20 ans à compter de la naissance du droit [28].

Le titulaire du droit sera en général une des parties à l'expertise. La difficulté est de déterminer à partir de quel moment la victime peut prétendre avoir connaissance du préjudice causé par une erreur du tiers évaluateur. Ainsi, en matière d'expertise immobilière, un expert a vu sa responsabilité engagée plus de 20 ans après le dépôt de son rapport [29].

Face à ce point de départ « *glissant* » [30], le professionnel se trouve face à une insécurité juridique préjudiciable.

[24] CA Versailles 27 sept 2005 n° 04-02.244

[25] loi n°2008-561 du 17 juin 2008

[26] délai qui se décompte en jours, sauf suspension et interruption de la prescription

[27] article 2224 du code civil : *Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer.*

[28] article 2232 du code civil : Le report du point de départ, la suspension ou l'interruption de la prescription ne peut avoir pour effet de porter le délai de la prescription extinctive au-delà de vingt ans à compter du jour de la naissance du droit.

[29] Civ.3ème, 22 oct.2008, n° 07-15.583 et 07-15.692

[30] Les experts de justice et la prescription civile – Dominique LENCOU - Revue Experts n° 81 - décembre 2008 page 21

L'expert devrait donc notifier aux conseils mais aussi aux parties son rapport afin de fixer un premier point de départ relatif à la prescription. Le juge saisit de l'action dispose d'un pouvoir souverain d'apprécier le point de départ effectif du délai de prescription en fonction des éléments de preuve communiqués. Toutefois, le juge, en fixant le point de départ de la prescription extinctive au jour où la victime aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son droit, permet de sanctionner éventuellement la carence ou la mauvaise foi du titulaire du droit. La loi du 17 juin 2008 permet conventionnellement de réduire les délais de prescription. Dans la lettre de mission, le tiers évaluateur et les parties ne pourraient-elles pas prévoir de manière conventionnelle que le délai de prescription soit réduit à 5 ans à compter du dépôt de rapport ? Les juristes sont partagés sur cette possibilité.

En tout état de cause, le tiers évaluateur devra donc conserver ses archives pendant un délai minimum de 20 ans afin de pouvoir répondre à toute action en responsabilité.

II. Comment le tiers évaluateur peut-il essayer de se prémunir contre une action en responsabilité ?

Comme nous venons de le voir, l'évaluation du tiers évaluateur peut être remise en cause soit par l'annulation du rapport soit directement par une action en responsabilité civile.

Le professionnel n'est toutefois pas désarmé face aux risques de sa mission.

Sa défense peut s'articuler selon trois axes :

le respect de la procédure et les garanties contractuelles

sa compétence technique

une couverture d'assurance complémentaire.

2.1 Le respect de la procédure et les garanties contractuelles

Le respect de la procédure contradictoire

Le tiers évaluateur (généralement expert de justice) désigné dans le cadre de l'article 1843-4 du code civil, devra appliquer et faire respecter la procédure contradictoire tout au long de sa mission.

Certes, dans un arrêt de la Chambre commerciale du 19 avril 2005[31], la haute juridiction avait considéré que l'expert disposait de toute latitude pour procéder à cette estimation selon les critères qu'il jugeait opportun sans avoir à respecter le principe de la contradiction. De cet arrêt de rejet, certains avaient alors considéré que le tiers évaluateur pouvait s'affranchir du principe de la contradiction.

Cette décision ne peut raisonnablement être considérée comme une décision de principe car le respect de la procédure contradictoire est élevé par l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme au rang des principes fondamentaux dans le cadre d'un procès et par extension d'une expertise équitable.

Le respect de la contradiction permet à l'expert de réduire les risques de mise en cause. Elle permet tout d'abord de régler l'organisation de sa mission, d'opérer un examen croisé par les parties des pièces communiquées, de débattre des méthodes d'évaluation, de comprendre le contexte général de la mission et confirmer directement auprès des parties les informations contenues dans les pièces versées aux débats.

Cette écoute des parties est primordiale car elle évite au tiers évaluateur des erreurs d'interprétation.

[31] Com 19 avr. 2005, n° 03-11.790

Cette procédure permet en outre à l'expert de pouvoir justifier ses diligences en cas de mise en cause ultérieure. Il est nécessaire d'appliquer la procédure prévue en matière expertale en retraçant le détail des opérations réalisées par l'expert, les notes aux parties, les observations des parties, le document de synthèse avant le rapport final, etc…

Ainsi dans l'arrêt de Versailles du 7 juin 2007 déjà cité, la cour a détaillé les diligences de l'expert, « *dès lors, l'expert qui a entendu les parties en leurs explications et observations, sollicité et obtenu les documents nécessaires à sa mission, expliqué les différentes méthodes de calcul à sa disposition et celles retenues par lui, communiqué son avis circonstancié dans un pré-rapport et sollicité les observations des parties auxquelles il a répondu, n'a méconnu aucune des obligations lui incombant.* »

L'expert a une véritable obligation de moyens et seul le respect de cette procédure contradictoire permet de conforter sa position et de justifier la bonne exécution de sa mission.

La lettre de mission

Il est admis et même recommandé que le tiers évaluateur, avant d'accepter sa mission, signe une lettre de mission. Elle doit être rédigée avec soin, en y intégrant des clauses permettant à l'expert d'interpréter les contrats, les comptes et autres documents communiqués, en prévoyant des clauses limitatives de responsabilité et le cas où une des parties refuse de signer la convention mais participe aux opérations d'expertise, les honoraires et l'échéancier de règlement, la date à laquelle l'évaluation est faite et sur quels documents comptables, etc…

Pour certaines affaires délicates, l'expert peut devoir augmenter le plafond de sa couverture d'assurances et il est alors possible de mettre à la charge des parties tout ou partie de cette prime supplémentaire. Il peut être aussi indiqué, à la demande d'une partie, que l'expertise se poursuivra même si l'autre partie envisage de contester la désignation du tiers évaluateur, etc…

2.2 La compétence technique

Les méthodes retenues

Le raisonnement du tiers évaluateur doit être bien compris. Il devra expliquer les hypothèses retenues et les justifier en indiquant la raison pour laquelle il a éventuellement écarté telle méthode non adaptée à la situation. Lors des réunions avec les parties et leurs conseils financiers, le débat sur les méthodes envisageables et leur pertinence permet généralement d'obtenir un certain consensus. Il sera alors plus délicat pour une des parties de venir contester ultérieurement les méthodes retenues dans la mesure où un débat contradictoire a eu lieu. L'expert reste bien sur libre du choix des méthodes sélectionnées.

Le rapport et sa motivation

Les parties peuvent mettre en cause le rapport de l'expert et tenter d'obtenir son annulation sur le fondement jurisprudentiel de l'erreur grossière. Comme en expertise judiciaire, le rapport devra être le plus complet possible, reprenant les débats au cours des réunions en particulier sur les méthodes retenues, les observations des parties et la suite qui en a été donnée par le tiers évaluateur. La liste des documents communiqués et utilisés devra être dressée avec précision. Le tiers évaluateur s'assurera tout au long de la mission que les parties ont bien eu accès à l'ensemble des documents.

Il ne faut pas sous-estimer la rédaction du rapport final. C'est le « produit fini » du tiers évaluateur, le seul outil sur lequel il peut s'appuyer en cas de mise en cause. Pour éviter tout litige et obliger les parties à signaler des erreurs et ainsi prendre position, l'établissement d'un document de synthèse [32] (par similitude avec l'expertise judiciaire) qui reprend in extenso l'ensemble des opérations et des documents, permet au tiers évaluateur de valider d'une certaine manière ses hypothèses. Les dernières observations des parties permettront alors de déposer le rapport définitif.

Le débat technique a eu lieu pendant la mission d'expertise, pourquoi le prolonger devant le juge qui ne peut, sauf cas précis, intervenir dans la détermination du prix ?

2.3 Une couverture d'assurance complémentaire

Même si la responsabilité de l'expert est rarement mise en jeu, il ne doit pas sous-estimer ce risque.

Une étude faite par le courtier AON [33] sur une centaine de dossiers traités sur la période de 2002 à 2006, révélait que le coût moyen des sinistres se situait entre 2 735 € pour les contestations d'honoraires (qui représentaient 68% des dossiers [34]) à 11 865 € pour les erreurs de diagnostic ou d'interprétation. Une autre étude, réalisée par le courtier Sophiassur sur la période 2002-2008 et portant sur 197 sinistres, confirmait globalement ces chiffres et indiquait que le coût moyen des sinistres était de 5 162 €.

Le montant des sinistres peut être beaucoup plus important dans le cas de missions d'évaluation de titres (article 1843-4 du code civil) ou de détermination du prix de vente (article 1592 du code civil). En effet, une des parties peut avoir intérêt à rechercher la responsabilité de l'expert évaluateur au motif que le prix fixé par l'expert en dernier ressort lui porte préjudice. Dans une affaire de détermination du prix au visa de l'article 1592, une des parties réclamait au collège d'experts plusieurs centaines de milliers d'euros au motif d'une sous-évaluation du prix fixé. La Cour d'appel de Versailles [35], désignée comme cour de renvoi par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, a jugé que la responsabilité du collège d'experts ne peut être retenue.

Il est donc important que les experts n'hésitent pas à souscrire une assurance responsabilité civile avec, si nécessaire, une couverture d'assurance complémentaire pour certaine affaire.

Ainsi, par exemple, une couverture complémentaire et spécifique liée à une mission ponctuelle représente un coût égal à 0,02% du montant garanti, soit environ 400 € pour une couverture d'assurance de deux millions d'euros.[36]

III. Conclusion et perspectives

L'évaluation à dire d'expert dans le cadre des articles 1592 et 1843-4 du code civil connaît depuis quelques années un engouement lié à l'augmentation des cessions de titres mais aussi du fait que les juristes ont cru, en insérant ces clauses types dans les contrats et les statuts, que les problèmes d'évaluation seraient résolus. Les difficultés sont intervenues lorsque les méthodes statutaires ou extra-statutaires de valorisation se sont éloignées fortement des valeurs économiques, et que les dispositions d'ordre public des articles 1592 et 1843-4 du code civil sont venues rappeler aux juristes que l'on ne peut vendre un titre à un prix dérisoire même si l'associé avait donné son consentement lors de l'acquisition de ses titres. Le droit protecteur des petits associés l'emporte alors sur la liberté contractuelle.

---

[32] en matière d'expertise judiciaire, « autrefois » pré-rapport et intitulé « document de synthèse » après la convention sur « l'étape conclusive du rapport d'expertise en matière de procédure civile » du 8 juin 2009 entre la Cour d'appel de Paris, les barreaux de Paris et de la région parisienne et l'Union des Cie d'experts de la Cour d'appel de Paris

[33] journée de formation des experts CA Besançon 5 octobre 2007. Relevons un coût moyen de 10 497 € pour non-respect du contradictoire (3 dossiers) et de 7 623 € pour le non-respect des délais (1 dossier).

[34] ces montants comportent en grande partie les frais de défense des experts mis en cause

[35] CA Versailles 27 sept 2005 n° 04-02.244

[36] Contrat Covea Risks-Sophiassur

Toutefois, la jurisprudence a reconnu l'erreur grossière, le dol, l'indépendance, etc…, comme motifs d'annulation du rapport, manière de régler les cas délicats sans remettre en cause le code civil. Les parties obtenaient l'annulation du rapport mais le juge n'intervenait pas dans la détermination de la valeur, position renforcée par les dernières jurisprudences de la Haute juridiction.

L'inventivité des juristes et avocats n'ayant pas de limites, certains ont considéré que la théorie de la responsabilité était suffisamment souple pour obtenir par une voie détournée (l'action en responsabilité civile de l'expert) ce que l'on ne pouvait guère avoir par la voie jurisprudentielle (l'annulation du rapport du fait de l'erreur grossière).

Ainsi, est apparue l'action en responsabilité du tiers évaluateur, rappelée par un arrêt de la Chambre commerciale de 2004, qui a ouvert une première brèche refermée l'année suivante, par la cour d'appel de Versailles. Le juge de renvoi a alors vérifié le respect de la procédure contradictoire et s'est appuyé sur la théorie de l'erreur grossière pour rejeter l'action en responsabilité de la partie s'estimant lésée par une sous-évaluation des titres.

Autant le débat sur les méthodes de valorisation et la liberté laissée à l'expert semble s'apaiser présentement, autant le débat sur l'action directe en responsabilité contre l'expert devient d'actualité avec le risque que les tiers évaluateurs refusent certaines missions considérées comme présentant trop de risques. On assisterait alors un déni de justice. Le respect de la procédure contradictoire, la discussion sur les méthodes et la souscription d'une assurance spécifique complémentaire pour certaines affaires permettraient à l'expert d'accepter et réaliser plus sereinement sa mission.

Il sera intéressant d'analyser, dans les prochains mois, les décisions judiciaires en ce domaine pour connaître la position des cours et tribunaux en vue de limiter les procédures de mise en cause d'experts.

Je vous remercie.

(applaudissements)

Mme FAVRE

Merci, Monsieur l'expert.

Vous avez bien mis en évidence la grande différence qui existe en cette matière entre l'erreur grossière et la faute. C'est ce que nous avons dit le 4 février 2004, l'erreur grossière est une condition de la remise en cause de la détermination du prix et non de la responsabilité du mandataire. Donc, je crois que le raisonnement est tout à fait distinct ; la faute grossière est la seule qui permette de remettre en cause l'évaluation, la valeur telle qu'elle a été déterminée par le tiers évaluateur. En revanche, la responsabilité de ce tiers peut être recherchée sur le terrain du droit commun du mandat, c'est-à-dire en démontrant l'existence d'une faute et d'un préjudice en lien de causalité avec cette faute. Je ne dis pas cela pour vous inquiéter, mais nous sommes dans une société où la notion de risque, de responsabilité et d'indemnisation est partout présente. Nous la trouvons notamment dans le domaine du droit des sociétés, de la responsabilité des conseils d'administration et de l'éventuelle prise en compte de cette responsabilité par le biais d'une assurance.

Il ne faut pas exclure que l'on puisse mettre en œuvre votre responsabilité ; ce n'est pas pour autant que l'on pourra facilement vous imputer une faute. Il me semble, pour parler de ce qui vous inquiétait, sous-évaluation sur-évaluation, qu'il faudrait qu'elle soit fautive. Or, dès lors qu'il vous appartient de déterminer les critères les plus appropriés d'évaluation, j'ai du mal à voir comment on pourrait dire que cette évaluation procède d'une sur ou d'une sous-évaluation. Je serais, me semble-t-il, assez optimiste sur ce terrain.

En revanche, on peut peut-être imaginer une faute de calcul qui n'a pas été qualifiée d'erreur grossière de nature à rendre nulle votre évaluation ; elle pourrait peut-être être qualifiée de faute.

Cela dit, je ne veux pas répondre à toutes ces questions tout à fait passionnantes parce que l'heure n'est pas encore au débat. Nous avons encore un certain nombre d'intervenants à écouter. Je donne la parole à Monsieur DUMONT qui va nous entretenir du contenu de la mission et de la lettre de mission.

LE CONTENU DE LA MISSION ET LA LETTRE DE MISSION

Monsieur Jean-Luc DUMONT

Expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation

M. DUMONT

Maintenant que nous savons tout ou à peu près des missions de l'article 1592 et de l'article 1843-4 et tout de notre responsabilité de tiers évaluateur qui peut être quand même assez vaste, comme l'a indiqué Jean-Luc FOURNIER, je vais parler de ce que nous avons envisagé pour essayer de réduire les risques et cadrer la mission du tiers évaluateur. Nous avons travaillé sur la proposition d'une lettre de mission (ou acte de mission).

Pourquoi une lettre de mission ? Pour déminer les problèmes que l'on a vus, problèmes sur la nature de la mission ; problèmes sur la méthodologie à mettre en œuvre par le tiers évaluateur, dont on a vu qu'elle pouvait être très vaste ; problèmes sur sa responsabilité, sur ses honoraires dont on n'a pas encore parlé mais il faut quand même y penser. Et puis, plus classiquement, comme on le trouve dans les missions d'expertise judiciaire, pour fixer le cadre procédural de la mission, son calendrier, la transmission des mémoires et des pièces, l'organisation des réunions. Pour rédiger cette lettre de mission, bien que je sache, qu'en principe, il s'agit de deux mondes quo n'ont rien à voir, nous nous sommes inspirés un peu de ce qui se fait en matière d'arbitrage avec les compromis d'arbitrage.

C'est un travail qui a été fait conjointement par les trois Compagnies d'experts judiciaires qui ressortent de la branche économie et finance. Donc, outre les experts-comptables de justice, les experts en finance et en diagnostic et les experts en gestion d'entreprise. Nous avons prévu un acte de mission couvrant neuf sujets.

le rappel du contexte et de la désignation du tiers évaluateur.

l'objet de la mission.

l'enjeu de la mission du tiers évaluateur et sa responsabilité.

les grandes lignes de la méthodologie à mettre en œuvre par le tiers évaluateur.

la procédure à suivre.

la conclusion de la mission et le rapport du tiers évaluateur avec la fixation du prix.

les honoraires.

l'impartialité et l'indépendance du tiers évaluateur.

la signature de la lettre de mission.

Revenons plus en détail sur chacun de ces neuf chapitres. J'indique qu'en annexe aux actes du congrès, seront proposés deux modèles de lettres de mission ; l'une portant sur l'article 1592, l'autre sur l'article 1843-4, étant précisé que sur bien des chapitres ces modèles sont largement identiques.

S'agissant du premier chapitre, le **rappel du contexte de la désignation**, c'est identique pour les missions relevant des deux articles du code civil. C'est assez classique par rapport à ce qui peut se faire en expertise judiciaire. On rappelle le nom des parties, de leurs conseils. On indique les documents de référence qui sont à l'origine de la désignation du tiers évaluateur, que ce soit la loi (l'article 1843-4), que ce soient les statuts ou que ce soient des pactes d'actionnaires ou toutes conventions entre les parties. On rappelle les circonstances dans lesquelles le tiers évaluateur a été désigné, que ce soit une nomination conventionnelle ou une nomination par décision de justice.

Le deuxième chapitre (**l'objet de la mission**) doit viser à identifier précisément les droits sociaux à évaluer. Ce peuvent être purement et simplement des parts ou des actions, mais quelquefois, ce sont des instruments de capital plus complexes, des bons de souscription, des options, etc... Il faut alors entrer dans le détail et bien indiquer quel pourcentage du capital cela peut représenter s'ils sont mis en œuvre, à quelles conditions, etc…

Pour ce qui concerne plus particulièrement l'article 1592, on a vu avec Thierry SAINT-BONNET que l'on pouvait avoir des missions ressortant de conventions beaucoup plus vastes. Là, il importe de faire référence aux données contractuelles qui sont à l'origine du recours au tiers évaluateur et de bien préciser sur quoi porte exactement la mission du tiers évaluateur et ce qu'il a à évaluer en définitive.

Enfin un point très important, notamment depuis la récente décision de la Cour de cassation du 4 mai 2010, il convient ici de préciser **la date à laquelle on doit se situer**, surtout si les parties et le tiers évaluateur entendent **déroger** à la date qui a été fixée par la Cour de cassation qui est, je le rappelle, la date la plus proche possible du paiement des parts ou des actions, en fait la date la plus proche possible de la remise du rapport du tiers évaluateur. Si les parties entendent déroger à cette date, il importe de le rappeler à ce niveau dans l'acte de mission et de le faire acter par l'ensemble des parties.

Troisième chapitre, **l'enjeu de la mission**. C'est un chapitre identique pour l'article 1843-4 et l'article 1592. C'est pour répondre aux préoccupations qu'a développées Jean-Luc FOURNIER. Il faut bien rappeler qu'il s'agit d'une fixation définitive du prix. Elle ne peut être remise en cause qu'en cas d'erreur grossière du tiers évaluateur ou de dol. Nous recommandons chaudement d'assortir à ce niveau l'acte de mission d'une clause limitative de responsabilité.

Il faut rappeler que le tiers évaluateur doit se comporter en bon professionnel, qu'il est redevable d'une obligation de moyens, sa seule obligation

de résultat étant de parvenir à fixer un prix. La mission du tiers évaluateur ne comporte pas la vérification des données, notamment des données chiffrées, que ce soient des comptes ou du plan d'affaires, des prévisions, et encore moins, l'élaboration de ces données prévisionnelles, etc. Cela a été rappelé par la jurisprudence.

Il faut, autre point très important, bien indiquer que la responsabilité du tiers évaluateur ne pourra pas être recherchée pour des faits, des arguments, des pièces qui n'auraient pas été portés à sa connaissance par les parties au cours de la mission. Il faut en effet éviter de se trouver dans une situation où quelques mois ou quelques années après, on dise au tiers évaluateur « Il y avait une société tout à fait comparable, la société X…, vous n'en avez pas tenu compte. Si vous en aviez tenu compte vous seriez arrivé à une valorisation sensiblement différente de celle à laquelle vous êtes arrivé ». Il faut se prémunir de ce danger et bien dire que si les arguments, les références comparables et tous les facteurs qui peuvent jouer sur l'évaluation n'ont pas été portés à la connaissance du tiers évaluateur, on ne pourra pas rechercher sa responsabilité du fait de ne pas les avoir trouvés lui-même. En tout état de cause nous recommandons une **limitation de la responsabilité sauf faute lourde de la part du tiers évaluateur**.

S'agissant du chapitre sur la **méthodologie à mettre en** œuvre, on ne peut pas épiloguer beaucoup par rapport à ce qu'a dit la Cour de cassation en matière de l'article 1843-4 : le tiers évaluateur a une très large latitude pour choisir les critères à retenir, y compris ceux qui peuvent figurer dans les statuts.

En ce qui concerne l'article 1592, on est dans des situations très diverses et qui dépendent largement des dispositions contractuelles en vertu desquelles on a été nommé, des clauses de complément de prix, des clauses d'ajustement de prix, des clauses de garantie d'actif ou de passif.

Lors de la rédaction de la lettre de mission, je sais que l'on est très en amont dans la mission mais il importe d'essayer d'aller le plus en aval possible et, pour déminer le maximum de problèmes à cet égard, de rentrer le plus possible dans les critères qui pourront être utilisés, les méthodes, les décotes éventuelles qui seront à prendre en considération par le tiers évaluateur, etc...

Un point à mentionner dans ce domaine : on est souvent en présence de données contractuelles, de définitions de variables contractuelles qui ne sont pas toujours précises. Par exemple, dans certaines clauses de complément de prix ou d'ajustement de prix, on peut utiliser des notions de marge, de résultat courant, de cash-flow, de dette nette, etc.. Il importe, si l'on peut, de préciser à ce stade le sens de ces définitions, et si on ne le peut pas, de dire que le tiers évaluateur **aura toute latitude pour les interpréter** de la manière qui lui semblera la plus appropriée.

S'agissant du chapitre sur **la procédure**, c'est un chapitre identique pour les articles 1592 et 1843-4.

Il faut, dans toute la mesure du possible, bien qu'on n'y soit pas tenu juridiquement, **respecter le contradictoire**, bien indiquer le calendrier de fourniture des mémoires par les parties, bien préciser qu'elles doivent s'engager à fournir tous les éléments de référence et d'information. Notamment, elles doivent s'engager à fournir toutes les transactions qui ont pu avoir lieu sur les titres de même catégorie ou même sur des titres avoisinants au cours des années récentes. Il faut bien prévoir qu'elles s'engagent également à fournir tous éléments sur les sociétés comparables ou les transactions comparables dont elles ont pu avoir connaissance au cours des années récentes, et de façon générale qu'elles s'engagent à communiquer toutes informations de nature à influencer de manière significative l'évaluation.

Il faut évidemment dresser la liste des **pièces** qui sont à fournir par telle ou telle partie, fixer un calendrier de fourniture de ces pièces, prévoir, s'il y a lieu, la possibilité de se faire assister de collaborateurs, en précisant les modalités, prévoir, s'il y a lieu, la possibilité d'auditionner des sachants et selon quelles modalités, prévoir aussi le calendrier des réunions et leur ordre du jour.

J'en viens au sixième chapitre : **la conclusion de la mission** qui est identique pour l'article 1843-4 et l'article 1592. Bien prévoir s'il y a lieu une **réunion de synthèse**. En tout état de cause, s'il n'y a pas de réunion de synthèse, bien prévoir qu'il y aura émission d'un document de synthèse ou d'un **rapport d'étape** ou d'un projet de rapport, au vu duquel les parties pourront fournir leurs observations finales dans un délai imparti, de façon à ce que l'on ne puisse pas leur dire qu'on les a prises en traître. Evidemment, prévoir le rapport définitif au vu de ces observations finales qui, je le rappelle, ne doit pas fournir de fourchette mais **arriver à un prix précis**. Eventuellement on peut rappeler la date qui sera à prendre en compte pour le départ du délai de prescription.

Pour ce qui concerne les **honoraires**, là aussi c'est identique pour l'article 1843-4 et l'article 1592. Ce sont des honoraires qui sont hors procédure expertise judiciaire, hors consignation au greffe, hors fixation par le juge du contrôle. Il y a lieu d'indiquer comment ils seront calculés, de donner une estimation globale a priori du montant auquel on risque d'arriver. Il y a lieu de prévoir comment ils vont être répartis ; le cas échéant par référence au document contractuel s'il en existe à cet égard. Déterminer comment aura lieu le paiement des acomptes. Bien prévoir qu'il y ait eu le **paiement complet des honoraires avant la remise du rapport final**. C'est une précaution élémentaire qu'il importe de rappeler.

En ce qui concerne **l'indépendance et l'impartialité** du tiers évaluateur, il y a eu un débat sur la récusation. Pour déminer ce débat, on recommande qu'il y ait une **déclaration formelle d'indépendance et d'impartialité** dans l'acte de mission. Si le tiers évaluateur a pu réaliser directement ou indirectement des missions dans le passé pour l'une ou l'autre des parties en présence, il faut en faire un recensement exhaustif, que ce soit acté dans la lettre de mission et que, malgré cela, les parties acceptent que le tiers évaluateur accomplisse sa mission, considérant que ce n'est pas de nature à remettre en cause son impartialité et son indépendance.

Quant à la **signature de la lettre de mission**, pour nous il est essentiel que ces documents soient signés, non seulement par le tiers évaluateur mais aussi par chacune des parties en cause, pour que ce soit un document qui lie le tiers évaluateur et les parties.

On en vient alors à la question qu'a abordée Jean-Luc FOURNIER tout à l'heure : quid en cas de résistance de l'une ou de l'autre des parties ou des deux parties à la signature d'un tel acte de mission ? **En matière d'article 1592, le principe est le suivant : si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente**. A priori on est donc couvert un peu sur ce plan. Cependant il faut bien reconnaître que dans la pratique on est très rarement dans la situation de l'article 1592 pur évoquée ci-dessus, car on est très rarement amené à évaluer globalement une entreprise, ou la majorité des parts et actions qui conduit à une cession de contrôle. Le plus fréquemment on est nommé dans les cas que le professeur MOURY appelle l'article 1592 « dévoyé », c'est-à-dire que l'on est nommé dans des clauses d'ajustement ou de complément de prix ou des clauses de garantie d'actif et de passif, c'est-à-dire postérieurement à la signature du contrat lui-même et postérieurement à la passation de pouvoir dans l'entreprise. En fait il n'y a pratiquement aucune possibilité réelle de dénouer la vente, contrairement à ce que prévoit l'article 1592.

Néanmoins, notre position est de dire que **s'il n'y a pas d'accord minimum sur un acte de mission**, un consensus minimum entre ceux qui sont réputés être les mandants et le tiers évaluateur, en tant que mandataire, **il faut renvoyer les parties à une situation contentieuse** classique et qu'elles se tournent vers les tribunaux ou vers des arbitres si les accords prévoient des clauses d'arbitrage.

Lorsqu'on est en situation de l'**article 1843-4**, c'est une situation un peu plus complexe puisque le principe est que **la valeur des droits est déterminée en cas de contestation par un expert**. Comme cela a été dit fermement par Jean-Charles de LASTEYRIE, on est dans une situation le plus souvent, pour ne pas dire toujours, fortement contentieuse où le tiers évaluateur doit trancher un conflit. On est en situation de divorce entre associés le plus fréquemment. Est-ce que le tiers évaluateur, dans la situation où

l'une ou l'autre, ou encore **les deux parties refusent de signer la lettre de mission**, peut refuser de continuer la mission ou **constater l'impossibilité qu'il a de la réaliser,** car il n'y a pas un consensus minimum entre ceux qui sont réputés être ses mandants et lui en tant que mandataire ? Ceci notamment, lorsqu'il a été désigné par voie judiciaire et encore plus, lorsque la partie demanderesse par exemple est prête à signer la lettre de mission, et que c'est la partie défenderesse qui ne l'est pas. Est-ce qu'alors on ne risque pas d'aller vers une espèce de déni de justice ?

Inversement, du côté du tiers évaluateur, il faut voir que le seul recours pratique possible de la partie contestataire, sur un prix qui ne la satisferait pas, est d'engager une action en responsabilité pour faute contre le tiers évaluateur. Là, on a deux contraintes qui s'opposent : d'une part un risque éventuel de déni de justice, et d'autre part une très lourd enjeu pour le tiers évaluateur qui sait qu'il a de fortes chances, (même s'il n'est pas sûr que l'action de la partie contestataire puisse prospérer in fine), pour entrer dans des années et des années de contentieux, avec toutes les conséquences que cela peut comporter pour lui.

Qu'est-ce que l'on peut faire pour sortir de cette impasse juridique ? Serait-il possible de trouver de nouvelles solutions, de se tourner vers un juge d'appui qui serait capable d'imposer aux parties la signature d'un acte de mission raisonnable, du type de celui que l'on suggère ? Ou bien ne faudrait-il pas **faire évoluer le statut du tiers évaluateur vers un statut d'expert-arbitre**, à l'exemple de ce qui va se faire prochainement en Suisse. En effet, à partir du 1er janvier 2011, en Suisse, un système, appelé l'expertise-arbitrage, va être étendu au niveau fédéral, après avoir été expérimenté de longues années au niveau cantonal. C'est sur ces interrogations, cette impasse juridique que je vous laisse débattre. *(applaudissements)*

Mme FAVRE

Nous venons de voir que la mise en œuvre de cette lettre de mission est de nature à faciliter le travail du tiers arbitre mais malheureusement ne règle peut-être pas toutes vos difficultés.

C'est le moment de nous faire part de vos questions car en réalité nos divers intervenants, cet après-midi, n'ont peut-être pas montré que de telles missions étaient faciles. Ce matin il me semblait que nous étions dans un long fleuve tranquille ; encore qu'il n'était pas long, parce qu'il n'y avait pas beaucoup de missions. En revanche, cet après-midi, je pense que nous sommes sur un terrain où il y a et il y aura de plus en plus de missions, puisque l'évolution de nos sociétés et de la détention du capital social fait que, dès lors qu'un associé veut quitter une société, nous risquons d'avoir à mettre en œuvre les articles dont nous parlons.

Nous voyons malheureusement que la mise en œuvre de ces textes vous pose souvent des difficultés. Je crois que c'est le moment de vous exprimer.

Dominique LENCOU, président du Conseil national des compagnies d'experts de justice

Je voudrais faire trois remarques sur la **responsabilité** du tiers évaluateur.

Ma première remarque est qu'il faut faire très attention à ne pas confondre le tiers évaluateur et l'expert. Je crois qu'il y a confusion.

Le **statut** de l'expert est fixé par la loi 71-498 du 29 juin 1971 et le décret d'application qui a été réformé le 23 décembre 2004. Ici, les articles 232 et suivants du code de procédure civile ne s'appliquent pas, ni l'article 173 sur la notification du rapport. Cela veut dire que l'on sort complètement de l'expertise et on est dans un domaine qui est contractuel.

Deuxièmement, modification de la **prescription** : l'article 6-3 de la loi du 29 juin 1971 qui avait été introduit par la loi du 11 février 2004 ne s'applique qu'à l'expert. Cela veut dire que sur la prescription il n'y a aucun changement avec la loi du 17 juin 2008. Nous sommes en plein dans la prescription de l'action en responsabilité dans le droit commun. On revient à l'article 2224 : 5 ans à partir du jour où une éventuelle victime aurait connu ou connaîtrait.

On peut se poser la question, qui est une question de fond : à partir de quand la victime connaît ? Je pense que la question est tranchée ; c'est à partir du moment où elle a le rapport. Le rapport est à sa disposition ; elle peut l'analyser et voir s'il y a une éventuelle faute ou erreur.

Troisième point sur l'**assurance** : je vous rappelle que le Conseil national des compagnies d'experts de justice a mis au point un contrat d'assurance responsabilité civile professionnelle, bien sûr des experts, mais, même si on est tiers évaluateur, il y a une disposition qui prévoit la couverture des missions des articles 1592 et 1843-4.

Je vous remercie.

(applaudissements)

Mme FAVRE

Il ne s'agissait pas d'une question mais d'observations que je partage, à l'exception peut-être de la deuxième qui n'est pas aussi évidente que cela. A l'heure actuelle, le point de départ de la prescription, c'est-à-dire la connaissance du dommage comme nous le disons à la Cour de cassation, relève de l'appréciation souveraine du juge du fond. Fixera-t-il nécessairement cette connaissance au jour de dépôt du rapport ? Je ne peux pas vous répondre.

M. Dominique LENCOU

Quand il aura la connaissance, Madame.

Mme FAVRE

Ce n'est pas la révélation de la faute, c'est la révélation du dommage.

M. FOURNIER

A quel moment considère-t-on qu'une partie a eu connaissance du dommage ?

M. FAURY

J'ai une véritable question, très pratique ! Il n'aura échappé à personne que l'inquiétude qui perce de nos débats porte sur la responsabilité du tiers estimateur. On nous taquine, n'est-ce pas Monsieur le professeur, en nous disant « Finalement on vous donne dans ce domaine un droit de décider et vous n'êtes pas contents. » Non, nous ne sommes pas contents parce que ce que nous souhaiterions c'est que l'on tire toutes les conséquences de cette magnifique analyse juridique du mandataire commun, à supposer qu'elle s'applique aux deux articles.

Comme Jean-Luc l'a dit, s'il n'y a pas de doute pour l'article 1592, il n'y a pas de jurisprudence pour l'article 1843-4, mais, si dans les deux cas nous

sommes bien mandataire commun, cela veut dire qu'il faut qu'il y ait un contrat, un accord et que cet accord soit clair sur toutes ces dispositions. Sinon on ne fait pas la mission.

La lettre de mission revêt une importance considérable, avec les questions posées sur la non signature éventuelle par une des parties et la question du déni de justice. J'ai tendance à dire aujourd'hui, avec ce que l'on comprend, que la lettre de mission est indispensable. **Si une partie ne signe pas la lettre de mission, l'expert serait bien avisé de ne pas prendre la mission**.

Une question pratique : dans ces lettres de mission, nous en parlons depuis longtemps, Jean-Luc, tu as très clairement posé la question des clauses limitatives de responsabilité. Dans une autre enceinte, puisque le sujet alimente beaucoup de débats, lorsque j'avais également abordé cette question des clauses limitatives de la responsabilité, d'éminents juristes avaient paru extrêmement sceptiques. Cela dit, nous avons également aujourd'hui d'éminents juristes et même probablement de plus éminents juristes que ceux auxquels je fais référence. **Que pensez-vous de ces clauses limitatives de responsabilité ?** Sachant que pour nous c'est la seule façon de rétablir un équilibre qui a été rompu en 2004 puisque, probablement à tort avec les analyses juridiques, jusqu'en 2004 nous vivions heureux, ou presque, en pensant que notre responsabilité était liée à l'existence d'une erreur grossière ; or depuis 2004 on a bien compris que ce n'était pas le cas. On peut faire des clauses exonérant la responsabilité pour la faute légère et non pour la faute lourde, je crois. Mais est-ce que vous pensez que même ces clauses limitatives de responsabilité pour la faute légère peuvent être à bon droit insérées dans ces contrats ? Sachant que, je le répète au risque d'être un peu lourd, je préconise à mes confrères, si les lettres de mission ne sont pas signées, de ne pas accepter les missions parce que, pour les affaires les plus importantes où les enjeux financiers sont considérables, nous sommes quasi systématiquement menacés de tous les maux par la partie qui voit que le travail du tiers évolue dans un sens qui lui est défavorable. Sans être particulièrement craintif c'est extrêmement désagréable car, même si les actions ont peu de chances d'aboutir, on n'a pas envie de faire du contentieux pendant dix ans. *(applaudissements)*

M. MOURY

Il faut penser tout de même aux avocats !

Une petite remise des pendules à l'heure. Pour recevoir l'affectation des personnes il faut dire aussi les choses qui fâchent. Lorsque la Cour de cassation a rendu, il y a quelques années, un arrêt aux termes duquel elle posait le principe que la responsabilité du tiers estimateur pouvait être engagée sur faute, vous n'avez pas été très heureux, puisque avant vous viviez heureux, mais c'est quand même quelque chose qui, pour moi en tant que juriste, paraît tomber sous le sens, au risque de vous choquer. **Vous n'êtes pas obligés de contracter** ; il ne faut pas le perdre de vue. Donc cela me paraissait tout à fait normal.

Il y a **deux choses parfaitement distinctes**, des rapports de droit distincts : **l'erreur grossière**, et je ferai un tout petit détour, intéresse le rapport de droit qui existe entre les parties elles-mêmes, car s'il y a une invalidation c'est sur ce rapport de droit que cela va jouer. Après tout, une partie peut parfaitement invoquer une erreur grossière pour faire tomber la détermination et sur certains terrains (le 1592), sans aucune précaution, la vente ou la cession tombera, sans mettre en cause le tiers estimateur. On ne sait pas très bien pourquoi, mais c'est tout à fait possible. Or la responsabilité est un rapport de droit différent, c'est le rapport de droit qui existe entre le tiers estimateur et l'un de ses co-contractants qui n'est pas content.

Un mot sur **l'erreur grossière**. L'éminentissime professeur Alain VIANDIER a quand même donné une définition, que l'on reprend allègrement depuis, à une époque où la mise en cause de la responsabilité n'existait pas. Quand on regarde cette définition de près, et sans s'y attarder très longtemps, en définitive c'est le standard normal de référence pour une faute professionnelle. Point.

C'est la raison pour laquelle, dans les écrits que j'essaie de terminer, je propose le terme peut-être inadmissible car cette définition est la définition, c'est la *culpa levis,* **c'est la faute de nature en droit commun des contrats à engager la responsabilité du co-contractant**. Je pense tout d'abord qu'il faut vraiment une faute inadmissible. C'est sur ce point que j'en avais discuté avec Pierre LOEPER et j'avais été conforté par sa réaction, pleine de sagacité comme d'habitude. Je pense qu'en plus, il faut que ce soit **une erreur qui se traduise de manière significative sur le résultat**. On le perd un peu de vue, mais les choses qui vont sans le dire vont encore mieux en le disant. Imaginez, dans un rapport de tiers estimateur, une « ânerie » monumentale et finalement au résultat c'est trois fois rien du tout. Le fondement en droit de l'erreur grossière est extrêmement compliqué. C'est ce qu'évoquait un éminentissime juriste, Jacques MAISTRE, il y a quelque temps, c'était d'ailleurs à l'occasion de l'un de vos congrès : le seul fondement sérieux qu'on puisse lui reconnaître est le fait que la loi des parties est bousculée à ce point par une erreur qu'elle ne peut plus produire d'effet. On est dans un secteur très particulier avec toute notre matière. A partir du moment où la loi des parties n'est pas bousculée parce qu'il y a eu une erreur, certes importante pour un technicien, même impardonnable, mais qui ne se traduit que par des queues de cerises sur le résultat, je pense que l'on ne peut plus être dans le cas d'une erreur grossière. C'est important. Pourquoi ? Il ne faut pas qu'avec une erreur grossière l'une des parties qui n'est pas contente (c'est le cas à 90 %), on puisse faire tomber une évaluation alors que finalement le résultat est bon car c'est le résultat qui importe. C'est une petite parenthèse sur l'histoire de l'erreur grossière.

M. DUMONT

Un juge peut voir si l'erreur est grossière mais comment fait-il, sauf à refaire entièrement l'évaluation, pour en conclure que cela n'a pas d'incidence sur le résultat ? Il est obligé de refaire l'évaluation et à ce moment-là il sort de son rôle.

Mme FAVRE

C'est le rôle de l'avocat de venir plaider l'erreur grossière ; c'est bien l'erreur grossière qui va avoir une conséquence sur le résultat, c'est-à-dire sur l'évaluation, sur la valeur.

M. MOURY

Sur les **clauses limitatives de responsabilité**, je me souviens, Madame le président, que votre prédécesseur, Monsieur le président TRICOT, m'avait dit à l'occasion d'un colloque, qu'il n'était pas très chaud pour les clauses limitatives de responsabilité. J'avoue que je ne vois pas très bien ce qui s'y opposerait. Sur l'article 1592, c'est une évidence. Sur l'article 1843-4, comme je pense que l'on est en matière contractuelle, je ne vois pas pourquoi vous accepteriez une mission puisque vous avez contracté. Ne serait-ce que sur le terrain de vos honoraires, vous allez contracter. Que ce soit le juge qui désigne ou les parties qui soient d'accord, si vous ne voulez pas accepter la mission, comment est-ce que l'on peut vous y obliger ? Vous n'allez pas conduire la mission dans des conditions qui ne vous satisfont pas, singulièrement sur le terrain de vos honoraires projetés. Je ne vois pas comment on pourrait être en dehors d'une situation contractuelle. A partir de là, je ne vois pas pourquoi vous ne pourriez pas, c'est mon avis, insérer des clauses limitatives de responsabilité.

Il est bien certain que cela peut avoir une répercussion. Vous le disiez très justement, vous savez très bien qu'on ne peut pas faire jouer une clause limitative de responsabilité si la faute est lourde, incontestablement. C'est le droit commun. Naturellement **la question va se poser de savoir si la faute est lourde ou si elle est grossière**. Autant je ne vois pas qu'une faute grossière puisse se concevoir sans affecter sensiblement le résultat ; autant par ailleurs je ne vois pas qu'une erreur grossière puisse se concevoir sans qu'il n'y ait pas une faute de la part du tiers estimateur. On parle de bric et de broc, on peut très bien imaginer qu'un tiers estimateur ne commettant aucune erreur de raisonnement parvienne à un résultat extravagant. Même s'il n'a pas commis

d'erreur dans son raisonnement, si le résultat apparemment est extravagant, la faute ne sera pas dans le raisonnement mais dans le fait de ne pas l'avoir découverte. Je crois qu'il y a des hypothèses où on peut. Je ne vois pas comment il peut y avoir d'erreur grossière s'il n'y a pas de faute et s'il n'y a pas de faute une certaine gravité. Il est bien vrai qu'arrivera un jour dans un contentieux cette question : quel intérêt a le plaideur ? A mon avis les deux. Invoquer la faute grossière, invoquer la faute lourde, ce qui théoriquement n'est pas la même chose. **L'erreur grossière est quelque chose qui n'existe que dans notre matière**. Dans le droit cela ne me vient pas à l'esprit, l'erreur grossière ne vient pas dans la répartition tripartite dans le droit commun des obligations contractuelles, à savoir : la faute simple (il suffit d'engager la responsabilité de n'importe quel contractant), la faute lourde et la faute intentionnelle. L'erreur grossière ne s'insère dans aucune de cette hiérarchie ; c'est quelque chose de très particulier. Je pense que cela conduirait à ce problème. Je ne vois pas pourquoi vous ne pourriez pas le stipuler.

En remontant en amont sur le terrain du caractère contractuel ou pas, même si vous êtes désigné par le président du tribunal de commerce ou de grande instance, je ne vois pas comment on pourrait échapper au contrat. Je ne vois pas comment votre responsabilité, pour remonter dans des catégories juridiques plus vastes (encore une fois, c'est vraiment mon point de vue car il n'y a pas eu de contentieux) pourrait être une responsabilité délictuelle, vis-à-vis des parties en tout cas. **Je ne vois pas comment vous pourriez accepter une mission sans contracter avec les parties, même si vous avez été désigné par le président du tribunal**. Qu'est-ce qui vous oblige accepter votre mission ? Absolument rien. Vous n'êtes pas expert judiciaire. Le président du tribunal peut parfaitement désigner quelqu'un. On est hors expertise judiciaire. S'il y a un problème de gros sous qui se pose, et c'est important, il y a quand même le droit commun des contrats. Là on est en matière de vente, en matière de contrat d'entreprise, de mandat. Avec le mandat on sait qu'il y a la révision judiciaire des honoraires qui existe traditionnellement en droit français. Je pense que l'entreprise, c'est quand même extrêmement important. Dans l'hypothèse où une partie ne peut pas payer, vous avez une action ex contractu, tirée du contrat. Si la partie ne veut pas payer à la fin, vous allez voir le juge et lui dites qu'on n'a pas voulu vous payer. Je reste sur le droit commun.

En revanche une chose importe qui est la signature de la lettre de mission. Cela suscite quelques difficultés si elle ne l'est pas.

Mme FAVRE

Si la lettre n'est pas signée, vous ne pouvez pas accomplir votre mission.

M. DUPONCHELLE

Sur un autre sujet, nous sommes tous d'accord pour dire que **l'expert tiers évaluateur doit être indépendant et impartial**. Les exposés de cet après-midi nous ont confirmé que le code de procédure civile ne s'appliquait pas aux missions des articles 1843-4 et 1592 et, en particulier, l'article 234 relatif à la récusation des experts.

En l'absence de texte spécifique aux missions des articles 1592 et 1843-4 du code civil et devant les hésitations des juridictions (on l'a vu avec la Cour d'appel de Versailles), pouvez-vous nous dire si **l'expert désigné par le président du tribunal pour fixer un prix ou évaluer des titres est récusable ?**

Mme FAVRE

Je veux bien essayer de vous donner mon opinion personnelle. Je me garderai bien de parler au nom de la chambre commerciale de la Cour de cassation.

Je partage l'idée de Monsieur le professeur : nous sommes en matière contractuelle, me semble-t-il. En tout état de cause, dans **le cadre de l'article 1592 c'est le contrat**, il n'y a pas à discuter, le juge n'est pas intervenu. Je ne vois pas comment vous pourriez saisir un juge pour venir récuser un tiers évaluateur qui a été désigné d'une manière commune entre les deux parties. **Donc j'exclus la récusation**. Si au cours des opérations de la mission, une des parties se rend compte que le tiers évaluateur n'est pas celui qu'elle croyait, qu'il a peut-être une connaissance plus personnelle et un avis qui pourraient mettre en cause son impartialité, il me semble que **c'est sur le terrain de la révocation du mandat que l'on pourrait se placer**. Cette révocation est demandée par une partie ; l'autre partie en est d'accord ; si elle n'est pas d'accord à ce moment-là, se lie un contentieux mais un contentieux de droit commun.

Dans le cadre de la désignation par le juge sur le fondement de l'article 1843-4, cette désignation est faite en la forme des référés. C'est une expression très particulière qui ne veut pas du tout dire que nous sommes dans les conditions du référé ; ce n'est donc pas une décision provisoire qui est rendue par le juge. Ce n'est pas non plus une désignation sur requête, ce qui aurait permis une rétractation. C'est une décision, nous disent les auteurs et, je l'ai recherché notamment, c'est ce que nous dit Serge GINCHARD, c'est une décision de fond ; c'est une décision qui a autorité de chose jugée. **Ceci veut dire que lorsque le magistrat a désigné le tiers évaluateur il a épuisé sa mission et il ne va pas pouvoir revenir sur sa décision.**

Raisonner comme cela me paraît vous donner plus de poids dans cette mission. Je crois que c'est à vous, **lorsque vous avez des éléments qui vous permettent de sentir que votre objectivité et votre impartialité objective pourraient être mises en cause par une des parties, de ne pas accepter la mission**. Permettre à l'une des parties de venir rediscuter la désignation noue un contentieux qui ne doit pas exister.

Vous dites vous-mêmes que vous avez des difficultés à faire accepter une mission ; je crois que, déjà dans votre mission, le rôle essentiel est de faire accepter justement votre présence et votre rôle par les parties. Si les parties commencent et si on accepte cette discussion sur votre impartialité, nous avancerons encore moins vite que nous le ferons en n'ouvrant pas cette voie. C'est ce que je pense. Je crois que vous avez tout intérêt à refuser la mission si vous avez une crainte. **Sinon je vois trois risques** :

le premier est **l'annulation de votre rapport** lorsqu'il sera déposé parce qu'il sera partial ;

le deuxième est **la mise en cause de votre responsabilité** ; nous y revenons. Il me semble bien que c'est une faute professionnelle de poursuivre une mission alors que l'on sait que vous avez des raisons d'être suspectés de partialité ;

le troisième qui me paraît très importante : certes votre mission n'est pas une mission d'expertise judiciaire mais vous, vous avez cette qualité d'expert judiciaire. **Si dans le cadre de ces missions vous avez pu mettre en cause votre éthique et votre déontologie, il me semble que vous pourriez faire l'objet de poursuites disciplinaires.**

Pour ces trois raisons, vraiment pour moi, la logique est d'être très circonspect dans l'acceptation de ces missions.

M. MOURY

Un mot sur **la récusation**.

La récusation est un terme qui appartient au droit judiciaire ; ce n'est pas n'importe quoi.

Sur l'article 1592, c'est totalement impensable ; la question ne se pose même pas une seconde.

Sur l'article 1843-4, la récusation peut avoir deux fondements. Elle peut avoir comme fondement un des textes du code de procédure civile qui

intéresse les experts judiciaires et il s'agit déjà des textes qui concernent les magistrats et qui sont applicables éventuellement aux experts judiciaires parce que l'expert judiciaire, encore une fois, est l'œil du juge ; il participe à l'élaboration d'un acte juridictionnel. Ici, ce n'est absolument pas le cas. Donc je ne vois vraiment pas comment (il n'y a pas d'acte juridictionnel dans l'article 1843-4) le tiers estimateur serait nommé par le juge, par le président du tribunal ; il n'y a absolument pas d'acte juridictionnel, ni de sa part, ni de la part du juge. **Le juge a épuisé son pouvoir à partir du moment où il a désigné le tiers estimateur**.

L'autre fondement serait l'article 6-1 de la convention.

Mme FAVRE

Nous ne sommes pas dans un procès, Monsieur le professeur.

M. MOURY

Je suis tout à fait d'accord. Il n'y a pas d'instance, il n'y a pas de procès. Quelque large que puisse être l'acception que l'on donne au terme de procès d'instance, on n'y est pas. Donc **je ne vois pas comment il pourrait y avoir une récusation stricto sensu, une véritable récusation**. En revanche, ce n'est pas pour cela que vous ne devez pas être impartiaux et indépendants. Il suffit de songer un instant à ce qu'est devenue en matière d'arbitrage l'obligation de révélation ; elle est tellement importante qu'elle finit par presque avoir des effets pervers ; le mot est peut-être un peu fort, mais l'obligation de révélation est devenue terrible. Un jour ou l'autre, il y aura sûrement une contamination ; en effet lorsque vous intervenez, cela porte souvent sur des sommes extrêmement importantes. Cela ne veut pas dire que les parties n'ont pas d'armes. Je suis dans l'hypothèse où le tiers estimateur ferait la mauvaise tête, s'il a des raisons de se déporter, de se dessaisir et qu'il ne le fasse pas (et je pense toujours au droit commun). Les parties ont contracté avec vous, dans l'une ou dans l'autre hypothèse ; très simplement c'est le droit commun des obligations, la théorie du consentement, l'erreur dans la personne qui était l'élément essentiel que les parties avaient en vue lorsqu'elles ont contracté. Lorsqu'on parle de l'arbitre c'est exactement le même principe, l'indépendance d'esprit du tiers estimateur ou de chacun des tiers estimateurs.

Naturellement c'est une solution curative parce que cela passerait par la nullité du contrat intervenue entre le tiers estimateur et les parties et bien évidemment, la nullité de l'acte en serait le résultat.

Nous en parlions tout à l'heure avec Jean-Luc FOURNIER. Pourquoi ne pas songer (mais peut-être dis-je une ânerie, j'espère que non !) à l'article 809 du code de procédure civile, c'est-à-dire à la possibilité qui appartient au juge du référé de faire cesser un trouble manifestement illicite. Je n'ai pas du tout réfléchi à la question mais on n'oubliera pas que le juge du référé, sur le terrain de la cessation d'un trouble manifestement illicite, peut intervenir dans certaines conditions en matière contractuelle. Ce serait le cas ici.

Tout cela suppose quand même qu'un tiers estimateur, à qui l'une des parties reproche le risque de partialité, s'accroche. Soit, il sait pertinemment que tel n'est absolument pas le cas et il doit le « renvoyer sur les roses » me semble-t-il. Soit il a un doute, et il se dessaisit du dossier. Quand on songe aux raisons pour lesquelles l'obligation de révélation a pris de telles proportions en droit de l'arbitrage, ces raisons sont très simples. Il y a une telle amplification des réseaux de professionnels qu'il faut être extrêmement prudent. Mais il faut aussi savoir raison garder. Encore une fois le droit commun permet bien des choses.

Mme FAVRE

Merci Monsieur le professeur.

Cette question de tiers évaluateur est toujours vraiment sujette à question mais le temps passe. Je crois que nous allons devoir arriver à la dernière question que vous vouliez poser, Monsieur MATET.

M. Patrick MATET, président de la 1ère chambre de la Cour d'appel de Paris

C'était plutôt une observation à propos de **l'acte de mission.**

Je vois que c'est une inquiétude chez de nombreux experts. Je ne crois pas du tout que l'acte de mission, quand on est nommé dans le cadre de l'article 1843-4 soit une obligation parce que c'est un mandat commun qu'on tient de la loi. Que la désignation soit en vertu des parties ou par le juge peu importe, c'est un mandat commun. Dès lors que l'on a un mandat commun, on se retrouve dans la situation de l'arbitrage dont vous parliez tout à l'heure, Monsieur le professeur. Peu importe en matière d'arbitrage que les parties signent ou non un acte de mission. Dès lors qu'elles ont signé une convention d'arbitrage elles sont tenues. On assiste bien souvent, dans des arbitrages, à des situations où l'une des parties refuse de signer l'acte de mission. Pour autant cela ne met pas en péril l'arbitrage qui se déroulera. Vous bénéficiez en matière de l'article 1843-4 d'une grande liberté d'investigation. Il faut quand même le rappeler.

Quant à la **récusation** je partage absolument tout ce qui a été dit par Madame la présidente. J'ajouterai que là aussi, il faudrait peut-être emprunter à ce qui se passe en matière d'arbitrage. En matière d'arbitrage on laisse les arbitres travailler, en vertu d'un principe qui s'appelle *« compétence »*.. On leur dit « On vous fait confiance mais après on fera les comptes ». Et on fait les comptes au moment où la sentence est déposée et où le rapport est déposé. Si vous avez été partial, si vous avez été dépendant vous risquerez l'annulation du rapport d'expertise. Cela permet d'éviter toutes ces discussions byzantines sur la récusation car, pour les raisons exposées, on n'est pas dans un procès et donc je ne vois vraiment pas comment on pourrait faire jouer l'article 6-1 de la CEDH. En fait il faut prendre la responsabilité d'avancer dans ces expertises de l'article 1843-4 en rappelant tout de même, qu'à ma connaissance, il y a extrêmement peu d'actions en responsabilité. Il y a peut-être beaucoup de menaces, c'est vrai, c'est la situation actuelle. Mais la situation actuelle que vous rencontrez dans l'article 1843-4, est-ce que vous ne la rencontrez pas aussi dans vos opérations d'expertise judiciaire ? C'est à peu près la même chose.

M. FAURY

Non. Ce n'est pas la même chose car dans les opérations d'expertise judiciaire on donne un avis qui ne s'impose pas au juge, alors que dans l'article 1843-4 on donne un prix qui s'impose. C'est totalement différent.

D'où les menaces d'un niveau tout à fait différent pour les missions du tiers estimateur, qui ne sont pas toujours très agréables.

Mme FAVRE

Monsieur le président, je crois qu'il vous revient maintenant de faire la synthèse de tous les brillants exposés que nous avons entendus tout au long de cette journée.

RAPPORT DE SYNTHESE ET CLÔTURE DU CONGRES

RAPPORT DE SYNTHÈSE

Monsieur Bruno DUPONCHELLE

Expert près la Cour d'appel de Douai, agréé par la Cour de cassation

RAPPORTEUR GÉNÉRAL

M. DUPONCHELLE

Merci Madame le président.

La synthèse des exposés et des débats de cette journée est nécessairement riche. Nous avons choisi de proposer aux experts-comptables de justice quelques bonnes pratiques pour conduire ces missions non réglementées par le code de procédure civile, complétées par des propositions d'aménagement des textes qui les prévoient.

Bonnes pratiques et propositions relatives aux missions confiées aux experts par le code de commerce dans les procédures collectives

Le congrès nous a montré que la réforme de la procédure de sauvegarde voulue par le législateur, le 25 juillet 2005, en matière d'expertise dans les procédures collectives n'est pas, à ce jour, mise en application dans toutes ses composantes. Puisse cette journée d'étude mettre en évidence l'intérêt qu'il y a à s'entourer d'experts pour faciliter la procédure mais aussi pour procéder à des investigations difficiles qui font appel à leur compétence.

En raison de la spécificité des missions prévues par le code de commerce, nous proposons des règles de bonnes pratiques pour les experts-comptables de justice.

1. **lettre de mission**

Il est de bonne pratique, lorsque la mission d'assistance de l'administrateur judiciaire ou du dirigeant de l'entreprise est définie de manière générale, de conclure une lettre de mission fixant précisément les diligences attendues de l'expert et les conditions de réalisation de la mission (informations et pièces à communiquer à l'expert, calendrier prévisible des opérations, conclusion de la mission – rapport ou compte rendu de diligences, rémunération de l'expert), en particulier dans les cas de missions d'assistance :

- de l'administrateur judiciaire :
  - mission d'assistance pour dresser le bilan économique et social de l'entreprise
  - mission d'assistance à la gestion lorsque le débiteur a été dessaisi de l'administration de son entreprise
- du débiteur :
  - mission d'assistance, en l'absence d'administrateur judiciaire, pour l'établissement d'un projet de plan de continuation

Dans les autres cas, l'ordonnance de désignation de l'expert est généralement suffisamment précise quant à la mission qui lui est confiée et ne nécessite pas d'être complétée par une lettre de mission.

2. **délais d'exécution des missions**

Il est de bonne pratique que l'expert diligente les missions d'assistance et d'investigation qui lui sont données avec célérité :

- les premières, les missions d'assistance, parce qu'elles s'inscrivent dans le déroulement de la procédure collective et qu'elles sont nécessaires pour les prises de décision quant au redressement possible de l'entreprise,
- les secondes, les missions d'investigation, parce qu'il y a un risque de dépérissement des preuves lorsque le personnel administratif et financier est licencié, que des pièces sont susceptibles de disparaître et que les outils de gestion informatisés ne peuvent être consultés qu'avec l'assistance des personnes qui les utilisent habituellement.

3. **posture de l'expert**

Il est de bonne pratique pour l'expert désigné dans une mission d'assistance, portant notamment sur les possibilités de redressement du débiteur :

- d'obtenir des services de l'entreprise, des informations fiables sur l'origine des difficultés de l'entreprise, la formation de son résultat, ses forces et ses faiblesses,
- de s'entourer, si nécessaire, d'autres professionnels dans les domaines de compétence qui ne sont pas les siens : appréciation des performances de l'outil industriel, débouchés commerciaux, marché et concurrents, marketing, etc…,
- d'examiner avec prudence et rigueur la cohérence des prévisions, du business plan et du plan de financement qui lui sont présentés par le débiteur,
- de rappeler que le succès du redressement de l'entreprise passe impérativement par la confiance que voudront bien lui accorder ses partenaires : banquiers, principaux fournisseurs et principaux clients,
- d'observer strictement les règles de la confidentialité vis-à-vis des tiers.

4. **mise en œuvre de la contradiction**

En raison de la non application du code de procédure civile, l'expert désigné pour une mission prévue par le code de commerce, dans les procédures collectives, a l'entière maîtrise de la conduite de ses opérations.

Il est de bonne pratique que l'expert chargé d'une mission d'investigation entende les personnes qui pourraient être mises en cause en suite de ses

constatations, pour obtenir leur avis, confirmé par écrit, sur des actes de gestion ou des irrégularités qu'il a relevées.

5. **rémunération de l'expert**

Il est proposé, qu'en cas de contestation de la rémunération de l'expert, les recours soient portés devant le premier président de la cour d'appel

6. **désignation d'un expert pour l'assistance de l'administrateur lorsque le débiteur est dessaisi de l'administration de son entreprise (art. L 631-12 du code de commerce)**

Il est rappelé que l'article L 631-12 du code de commerce dispose que, lorsque l'administrateur judiciaire est chargé d'assurer seul et entièrement l'administration de l'entreprise du débiteur qui en a été dessaisi, le tribunal désigne un ou plusieurs experts aux fins de l'assister dans sa mission de gestion lorsque chacun des seuils mentionnés au quatrième alinéa de l'article L 621-4 est atteint, soit :

- chiffre d'affaires : supérieur à 3 000 000 €
- effectif du personnel : supérieur à 20

Dans les autres cas le tribunal a la faculté de désigner cet ou ces experts.

Bonnes pratiques et propositions relatives aux missions de tiers évaluateur visées par les articles 1592 et 1843-4 du code civil

Si la mission du tiers évaluateur, qu'il soit choisi dans le cadre de l'article 1592 ou de l'article 1843-4 du code civil, a la même finalité, savoir, fixer un prix pour parachever une vente ou donner une valeur à des titres de société, les débats de ce jour nous ont montré que les conditions d'exercice de ces missions sont sensiblement différentes. En particulier, lorsque les parties n'ont pas pu trouver un accord sur la valeur de droits sociaux et pas davantage sur le nom d'un expert pour les évaluer, force est de constater qu'elles sont en litige. Ce contexte nous a conduits à formuler des propositions tantôt communes aux deux catégories de mission, tantôt différenciées et à ouvrir la voie pour la définition d'un statut sui generis de cet évaluateur.

1. **acceptation de la mission - lettre de mission**

Il est de bonne pratique pour le tiers évaluateur de conclure avec les parties une lettre de mission fixant précisément l'objet de sa mission et les conditions de sa réalisation, qui pourrait être structurée comme suit :

- parties signataires
- indépendance et impartialité du tiers évaluateur
- rappel du contexte de la désignation du tiers évaluateur
- objet de la mission
- enjeu de la mission et responsabilité du tiers évaluateur
- méthodologie mise en œuvre par le tiers évaluateur
- date de l'évaluation
- procédure, calendrier des opérations, pièces à communiquer
- conclusion de la mission : rapport
- honoraires

S'il s'avère impossible d'obtenir l'accord des parties sur les conditions d'exercice de la mission, il est de bonne pratique, pour le tiers évaluateur, de constater l'impossibilité de remplir la mission et, s'il a été désigné par le président du tribunal (art. 1843-4), de renvoyer les parties devant le juge.

La rémunération du tiers évaluateur doit être fixée dans la lettre de mission. Il est recommandé au tiers évaluateur de ne pas engager la mission tant que les parties n'ont pas donné leur accord sur ses honoraires et ne lui ont pas versé la provision prévue dans ladite lettre. La partie qui souhaite poursuivre la mission peut se substituer à la partie défaillante pour le paiement des honoraires.

2. **posture du tiers évaluateur**

Le tiers évaluateur désigné doit pouvoir remplir sa mission avec conscience, objectivité et impartialité. Il lui est recommandé de refuser la mission lorsqu'il se trouve dans une situation où son indépendance pourrait être remise en cause.

3. **mise en œuvre de la contradiction**

Il est de bonne pratique que le tiers évaluateur mette en œuvre le principe de contradiction dans toute sa dimension :

- organisation de réunions contradictoires
- communication d'un projet d'évaluation aux parties en vue de recueillir leurs observations

4. **méthode et date de l'évaluation**

Il est souhaité que la plus grande latitude soit donnée au tiers évaluateur pour apprécier les critères d'évaluation les plus appropriés et la date à laquelle l'évaluation doit se faire en considération du cas particulier qui se présente à lui, le cas échéant, de l'accord des parties et, à défaut, de la jurisprudence en la matière.

5. **juge d'appui**

Il est proposé de compléter le code civil en ajoutant à l'article 1843-4 un alinéa qui pourrait être rédigé comme suit : « *Les parties sont tenues d'apporter leur concours à l'expert désigné. En cas de difficulté dans l'exercice de sa mission, celui-ci, lorsqu'il a été désigné par le président du tribunal, peut lui demander d'enjoindre à la partie récalcitrante de donner satisfaction à ses demandes, au besoin à peine d'astreinte, en fixant les délais et, s'il y a lieu, les modalités de communication des pièces et informations nécessaires à l'exercice de sa mission.* »

6. **statut du tiers évaluateur**

Il est souhaité que le statut du tiers évaluateur soit défini.

La jurisprudence de la Cour de cassation et une grande partie de la doctrine lui donnent le statut de mandataire commun des parties lorsque le tiers évaluateur est désigné en application de l'article 1592 du code civil.

Ce statut de mandataire commun peut se concevoir également lorsque le tiers évaluateur est désigné d'un commun accord par les parties pour évaluer les titres d'une société en vertu de l'article 1843-4 du code civil.

Le statut de mandataire commun présuppose que les parties ne sont pas en litige lorsqu'elles choisissent, d'un commun accord, le tiers évaluateur auquel elles accordent leur confiance pour fixer le prix d'un bien ou la valeur des titres d'une société.

En revanche, lorsque c'est le président du tribunal qui le désigne, en application de l'article 1843-4 du code civil, à défaut d'accord des parties entre elles, le statut de mandataire commun n'apparaît pas approprié en raison du climat conflictuel qui règne entre les parties dans ce cas. Notre expérience de praticien nous conduit à affirmer que, dans la très grande majorité des cas, un litige sous-jacent existe lorsque les parties, ou l'une d'elles, demandent au président du tribunal de désigner le tiers évaluateur.

Le contexte fréquemment conflictuel, sous-jacent à la mission du tiers évaluateur, nous amène à proposer un statut propre pour ce dernier ; il peut difficilement être le mandataire commun de parties qui ont des intérêts divergents ; il ne peut être un arbitre puisqu'il n'a pas de pouvoir juridictionnel.

Il apparaît nécessaire de créer un statut particulier qui s'articulerait sur une mission définie qui pourrait être l'« évaluation par un tiers » ou l'« expertise-arbitrage », appellation retenue par le législateur suisse:

- les parties doivent apporter leur concours aux opérations du tiers évaluateur qui doit pouvoir obtenir les moyens d'exercer sa mission, notamment les pièces qu'il estime nécessaire, le cas échéant par une ordonnance de communication de pièces émise par le président du tribunal qui l'a désigné ;

- il doit être possible à une partie d'exercer un recours contre la décision du tiers évaluateur en cas d'erreur grossière ; dans ce cas, le juge désigne un autre évaluateur ;

- la responsabilité du tiers évaluateur ne devrait pouvoir être mise en cause qu'en cas de faute professionnelle sur la base d'une obligation de moyens.

Il est proposé d'introduire dans le code un chapitre relatif à l'« évaluation par un tiers » ou à l'« expertise-arbitrage » comme cela a été fait dans le code de procédure civile suisse au nouvel article 189 :

« *1. les parties peuvent convenir que des faits contestés soient établis par un expert-arbitre*

2. la forme de la convention est régie par l'article 17 alinéa 2 (un acte de mission écrit)

3. le tribunal est lié par les faits constatés dans le rapport lorsque les conditions suivantes sont réunies :

a. le litige est à la libre disposition des parties ;

b. aucun motif de récusation n'était opposable à l'expert-arbitre ;

c. le rapport a été établi avec impartialité et n'est entaché d'aucune erreur manifeste. »

Il est rappelé ici que le droit suisse, tout comme le droit français est d'essence romano-germanique et qu'en conséquence, ce qui a été inscrit dans le code suisse peut l'être dans le notre.

Les commentaires de ce texte et la jurisprudence suisse apportent des compléments d'information :

1. on entend par expertise-arbitrage, une mission convenue par un acte écrit aux termes duquel un tiers est chargé d'établir des faits, mais non les conséquences juridiques qui en découlent, de manière à lier les parties à un rapport de droit ;

2. l'expertise-arbitrage peut être mise en œuvre hors procès ou dans un procès déjà pendant ;

3. le litige doit être à la libre disposition des parties, ce qui exclut par exemple l'expertise-arbitrage dans les causes relatives à l'état des personnes, mais pas pour liquider un régime matrimonial ;

4. par « erreur manifeste », la jurisprudence suisse retient un concept proche de celui de « l'erreur grossière » de la jurisprudence française, dont elle donne quelques exemples : erreurs de calcul, contradictions internes du rapport et situations dans lesquelles il apparaît à toute personne compétente que l'expert-arbitre s'est écarté de la réalité ;

5. pour ce qui concerne la détermination du prix de titres de société, la jurisprudence du tribunal fédéral suisse a établi que le juge ne revoit pas librement l'avis d'un expert-arbitre et que son rapport d'expertise-arbitrage ne peut être annulé qu'en objectant qu'il est manifestement injuste, arbitraire, négligé, déficient ou gravement contraire à l'équité ou encore qu'il repose sur un état de fait erroné.

Telles sont les propositions préparées par les rapporteurs de ce congrès, véritables exégètes des textes et de la jurisprudence mais aussi chercheurs de solutions, Olivier LE BERTRE, Pierre LOEPER, Didier KLING, Jean-Luc DUMONT, Jean-Luc FOURNIER, Jean-Charles de LASTEYRIE, Thierry SAINT-BONNET, que je remercie pour la qualité de leur réflexion lors de la préparation de cette journée d'étude.

Je remercie très sincèrement Monsieur Vincent LAMANDA et Madame Claire FAVRE qui ont présidé ce congrès ainsi que Monsieur Jean-Pierre RÉMERY, conseiller à la Cour de cassation, Madame Michelle SIMON qui représente la Conférence générale des juges consulaires de France, Monsieur le professeur Jacques MOURY, Maîtres Emmanuel HESS et Jean-Luc MERCIER qui représentent les administrateurs judiciaires et les mandataires judiciaires et Maître Guilhem BREMOND, avocat qui ont participé activement à la préparation de cette journée d'étude.

Je tiens aussi à remercier ici les membres du bureau de la chambre régionale Amiens-Douai-Reims, et plus particulièrement son président, Claude LEROY, commissaire général du congrès, qui se sont occupés de notre bien être pendant notre séjour à Reims et qui nous ont réservé des lieux d'exception pour nous retrouver en toute convivialité.

Madame le Président, il vous revient maintenant de clôturer ce congrès.

(applaudissements)

CLÔTURE DU CONGRÈS PAR

Madame Claire FAVRE

Président de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation

Madame Claire FAVRE

Mme FAVRE

Merci, Monsieur le président.

Je voudrais tout d'abord m'associer aux remerciements que vous venez d'adresser à l'ensemble des intervenants et à tous ceux qui ont participé à la préparation de ce congrès. Les travaux ont été denses, les travaux ont été sérieux et les travaux amènent nécessairement, me semble-t-il, la poursuite de notre réflexion, ne serait-ce qu'à entendre les propositions qui viennent d'être les vôtres.

C'est toujours pour moi un immense plaisir d'être parmi vous. Il faut que vous soyez convaincus que le juriste, notamment le magistrat et le magistrat de la Cour de cassation, n'est pas dans sa tour d'ivoire et s'il rend des décisions c'est bien parce qu'il veut qu'elles aient un sens, parce qu'il veut que le droit tel qu'il essaye de l'orienter soit à votre service, soit au service de l'économie, au service des justiciables. Or ce droit nous ne pouvons le dire, le créer que grâce à l'enrichissement que nous pouvons retirer de ces débats et de la confrontation de nos regards.

Je crois que Monsieur LAMANDA, notre premier président de la Cour de cassation ce matin a très bien rappelé, dans le cadre de ces missions très particulières que vous avez décidé d'examiner aujourd'hui, combien ce programme était ambitieux, parce que ce sont des missions hors expertise judiciaire donc par essence des missions qui ne sont pas spécifiquement définies et c'est bien pour cela que nous parlons aujourd'hui de statut.

Il a également mis en avant ceci qui me paraît essentiel : lorsqu'on voit l'évolution des textes et notamment l'importance de ces textes en matière de procédures collectives, si le législateur a pensé à vous c'est bien parce qu'il est persuadé de votre professionnalisme, du sérieux de la qualité de vos travaux et parce qu'il sait que vous êtes attachés à une éthique dans laquelle, bien sûr, la notion d'impartialité et d'indépendance est essentielle.

S'agissant des premières missions dont nous avons parlé ce matin, j'ai retenu deux choses.

A ce jour elles ne sont pas très développées, peut-être parce qu'elles appellent une réflexion commune entre des professionnels que sont les juges consulaires, les mandataires judiciaires et votre corps professionnel. Il faut que chacun trouve sa place dans ces procédures. Pour le moment on est encore dans un embryon de mise en route de ces missions, parfois d'après ce que j'ai compris dans un cadre qui n'est pas nécessairement celui voulu par le législateur ; il me semble que ce sont des missions qui doivent être données et définies soit par le tribunal, soit par le juge commissaire, qui, elles, sont bien délimitées. Ce sont des missions qui relèvent par ailleurs de la confidentialité, qui relèvent de l'efficacité, de l'efficience, de la rapidité.

Votre interrogation essentielle m'a paru être relative à l'introduction du principe de la contradiction dans ces missions. Il faut, et Monsieur RÉMERY vous l'a bien expliqué, être très pragmatique. Vous êtes nécessairement appelés à une certaine contradiction mais pas du tout à une contradiction dans le formalisme voulu par l'expertise judiciaire. Ici, il faut être rapide et donc il ne s'agit pas d'envoyer des convocations avec lettre recommandée, d'attendre des dires, d'y répondre et de déposer un pré-rapport ; ce n'est pas du tout ce qui vous est demandé. Cette contradiction doit avoir pour objectif de valider les éléments d'information que vous aurez obtenus. Lorsque ces éléments d'information vous permettent de penser que vous vous dirigez vers la mise en œuvre de la responsabilité des dirigeants, dans ces cas-là il y a un principe qui m'apparaît essentiel qui est le principe de loyauté. La loyauté veut à tout le moins que vous indiquiez aux dirigeants, au regard des éléments que vous avez recueillis, qu'il soit possible que leur responsabilité puisse être mise en œuvre.

Voilà très rapidement ce que je voulais vous dire sur ces missions.

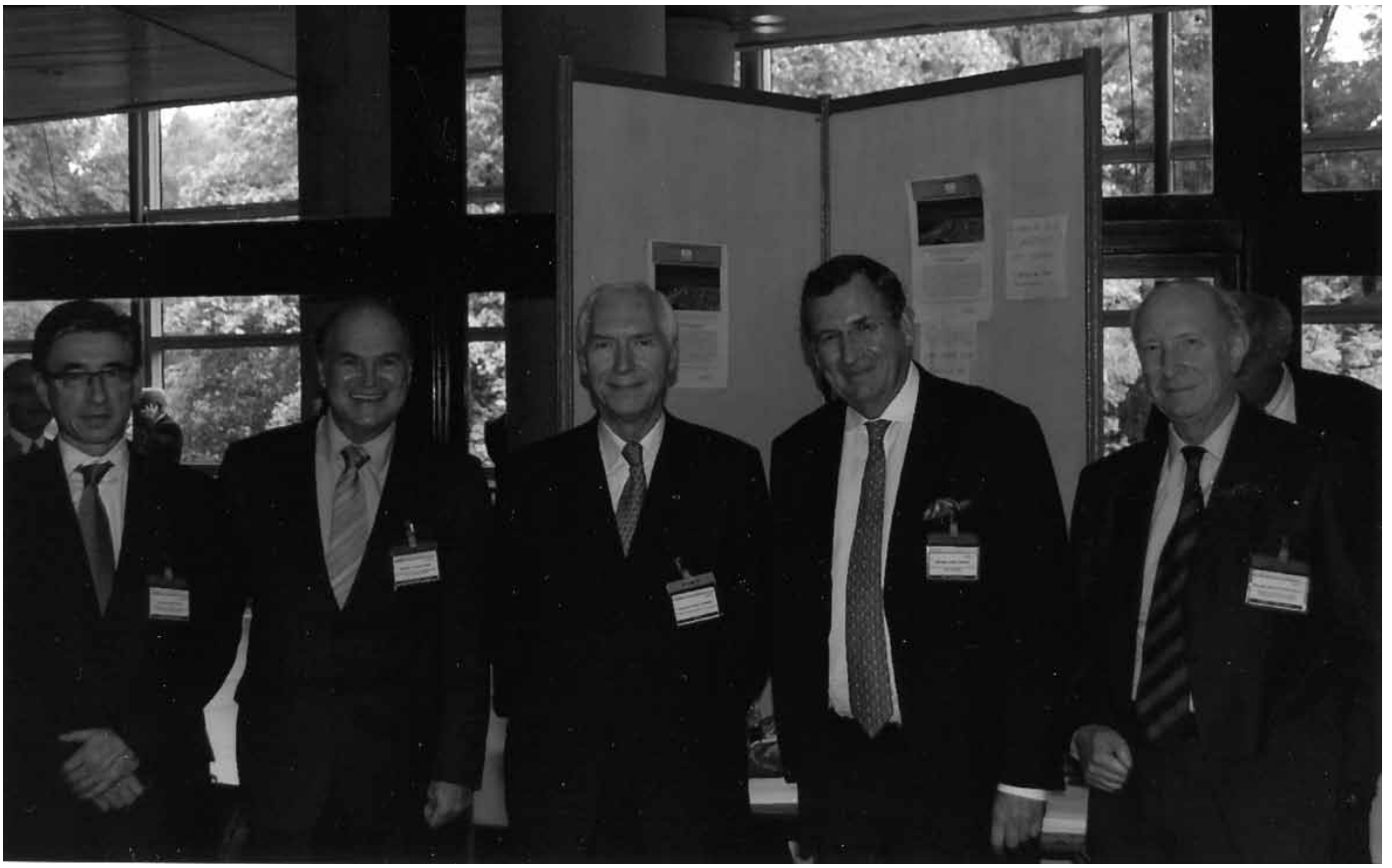
Mission de tiers évaluateur : je dois dire que depuis le mois de septembre 2007, où j'ai succédé à Monsieur le président TRICOT pour présider la Chambre commerciale, c'est un sujet qui passionne les experts, qui passionne les avocats, qui passionne la doctrine. Elle passionne la chambre commerciale, mais moins souvent. Si nous rendons deux arrêts par an, c'est un maximum.

Je pense qu'il faut être raisonnable. Que ce soit dans le cadre de l'article 1592 ou dans celui de l'article 1843-4, il me semble quand même que votre mission est similaire. Même si les difficultés ne sont pas les mêmes, vous avez une mission qui relève là encore d'une compétence complète puisqu'on vous laisse définir l'ensemble des critères ; vous avez une mission où vous devez agir en toute impartialité et en toute indépendance.

C'est vrai, je suis un peu réservée devant la proposition qui vous est faite de définir d'une manière particulière votre statut dans le cadre d'une mission article 1843-4. Je souris presque lorsqu'on veut vous appeler expert-arbitre, alors que nous venons de dire que, pour nous, vous n'êtes ni des experts ni des arbitres. Il me semble que raisonnablement, dans le cadre de la mise en œuvre du droit commun, nous pouvons arriver à résoudre vos difficultés. Par rapport à cette difficulté concrète on pourrait discuter, non pas d'un juge d'appui mais peut-être de la façon dont on pourrait vous aider à obtenir des documents si vraiment vous ne les obtenez pas. Mais là aussi j'ai un petit recul. Je me dis que s'il faut venir devant le juge pour obtenir ces documents, c'est quand même déjà envenimer peut-être les difficultés, le conflit qui existe avec les parties, alors que la première démarche, qui doit être celle dans le cadre de ces missions, est bien d'essayer d'aplanir cet aspect conflictuel pour arriver, en toute objectivité et avec les documents dont vous avez besoin, à remplir votre mission.

Compte tenu de ces propositions, il y aura sûrement d'autres lieux où nous devrons approfondir encore cette réflexion. Permettez-moi encore une fois de vous remercier de ce travail, de vous remercier de cette journée d'écoute. Ce sont maintenant les réjouissances qui vont s'ouvrir.

(applaudissements)



Didier Faury, Constant Viano, Vincent Lamanda, Didier Cardon, Bruno Duponchelle

DOCUMENT ANNEXE

Tableau général des missions des experts-comptables de justice dans les procédures collectives (présenté par Monsieur Jean-Pierre RÉMERY, conseiller à la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation)

BONNES PRATIQUES

Lettre de mission : assistance du débiteur sans administrateur judiciaire
(art. L 627-3 al. 1 et art. L 631-21 du code de commerce)

Lettre de mission : expert et administrateur judiciaire – assistance à la gestion dans le cas du dessaisissement du débiteur
(art. L 631-12 al. 2 du code de commerce)

Lettre de mission : tiers évaluateur désigné en application de l'article 1592 du code civil

Lettre de mission : tiers évaluateur désigné en application de l'article 1843-4 du code civil

TABLEAU GÉNÉRAL DES MISSIONS DES EXPERTS-COMPTABLES DE JUSTICE DANS LES PROCÉDURES COLLECTIVES

Type général de mission	**Nature de la procédure**	**Textes**	**Objet de la mission**	**Compétence**	**Résultat**
Missions d'investigation définies par les textes	Conciliation	L. 611-6, al. 5	Après ouverture de la procédure, désignation d'un expert pour établir un rapport sur la situation économique, sociale et financière du débiteur	Président du tribunal	Rapport communiqué à l'autorité judiciaire, au débiteur et au conciliateur (v. L. 611-7, al. 2 et R. 611-44, al. 1er)
	sauvegarde	L. 621-1, al. 3	Avant ouverture de la procédure, commission d'un juge pour recueillir tous renseignements sur la situation financière, économique et sociale de l'entreprise, qui peut se faire assister d'un expert de son choix	Juge commis	Rapport annexé à celui du juge, déposé au greffe, communiqué au ministère public et au débiteur
	redressement judiciaire	L. 631-7 (renvoi)			
	liquidation judiciaire	L. 641-1 I (renvoi)			
	responsabilité pour insuffisance d'actif, en cas de liquidation judiciaire	L. 651-4 et R. 651-5	Possibilité pour le président du tribunal de charger le juge-commissaire ou un membre de la juridiction d'obtenir tout document ou information sur la situation patrimoniale du dirigeant poursuivi, le juge commis pouvant se faire assister de toute personne de son choix		Constatations consignées dans le rapport du juge
Missions d'investigation non définies par les textes	sauvegarde	L. 621-4, al. 3	Dans le jugement d'ouverture, nomination d'un ou plusieurs experts en vue d'une mission que le tribunal détermine	Tribunal	
	redressement judiciaire	L. 631-9 (renvoi)			
	liquidation judiciaire	L. 641-1 II, al. 2 (texte spécifique)			
	sauvegarde	**L. 621-9, al. 2**	**Désignation d'un technicien en vue d'une mission que le juge-commissaire détermine**	**Juge-commissaire**	
	redressement judiciaire	**L. 631-9 (renvoi)**			
	liquidation judiciaire	**L. 641-11 (renvoi)**			
Missions d'assistance à la gestion	redressement judiciaire	L. 631-12, al. 2	Assistance obligatoire d'un expert (si chiffre d'affaires égal ou supérieur à 3.000.000 € et nombre de salariés égal ou supérieur à 20) ou facultative pour la gestion par l'administrateur chargé seul et entièrement de l'administration de l'entreprise	Tribunal	Rapport de gestion non prévu
Missions d'assistance pour élaborer la solution	sauvegarde	L. 623-1, al. 1er	Assistance par un expert de l'administrateur pour dresser le bilan économique et social dans un rapport	Administrateur ?	Pas de rapport distinct de celui de l'administrateur
	redressement judiciaire	L. 631-18 (renvoi)			
	sauvegarde	L. 627-3, al. 1er	Assistance du débiteur sans administrateur par un expert pour établir le projet de plan	Tribunal	
	redressement judiciaire	L. 631-21 (renvoi)			

LETTRE DE MISSION

(assistance du débiteur sans administrateur judiciaire)

(art. L 627-3 al. 1 et art. L 631-21 du code de commerce)

ENTRE LES SOUSSIGNES :

M. …, (qualité professionnelle)
domicilié à

Ci-après désigné(e)
« l'expert »

M. ...
dirigeant de la société (de l'entreprise) …
domicilié à

Ci-après désigné(e)
« le débiteur»

IL A ETE CONVENU CE QUI SUIT :

1. PREAMBULE ET DECLARATION LIMINAIRE DE L'EXPERT

M. …, dirigeant de l'entreprise (*ou* la société) … (*dénomination*), inscrite au registre du commerce et des sociétés de … sous le numéro … bénéficie d'une procédure de sauvegarde (ou) a été mis en redressement judiciaire par jugement du … du Tribunal de commerce de …

M. … a été désigné expert, par jugement du … du Tribunal de commerce de … avec mission d'assister le débiteur pour l'établissement d'un projet de plan de continuation, en application de l'article L 627-3 alinéa 1er (sauvegarde) (ou) de l'article L 631-21 (redressement judiciaire) du code de commerce.

L'expert déclare être indépendant. Il doit informer le débiteur de toute situation qui serait susceptible de mettre en cause son indépendance.

L'expert déclare, qu'à sa connaissance, pour diligenter la mission définie ci-après, il ne se trouve pas dans une situation susceptible de remise en cause de son impartialité.

2. OBJET DE LA MISSION

La mission porte sur l'entreprise décrite sommairement ci-après :
- dénomination :
- siège :
- activité :
- effectif du personnel :
- chiffre d'affaires du dernier exercice :

Il est convenu avec le débiteur que l'assistance de l'expert est limitée aux tâches ci après (*à titre d'exemple*) :

- prise de connaissance de l'entreprise, de son activité, de sa clientèle, de ses moyens de production, de ses canaux de distribution
- analyse de la situation économique, financière et sociale de l'entreprise
- identification des causes de ses difficultés
- examen du projet de redressement présenté par le débiteur, faisabilité, ressources nécessaires
- présentation d'un plan de continuation assorti d'un plan de financement
- consultation des banquiers et des principaux créanciers du débiteur sur les propositions du plan

3. DILIGENCES DE L'EXPERT

Selon la logique et les méthodes de travail propres à l'expert, les normes et les usages de sa profession, l'expert mettra en œuvre les diligences ci-après :

- étude de la documentation réunie,
- analyse de la situation de l'entreprise et de ses comptes
- revue finale des dossiers de travail,
- synthèse des travaux,
- préparation du plan de continuation et des prévisionnels

4. METHODE DE TRAVAIL ET CONDITIONS D'EXECUTION DE LA MISSION

4.1 - OBLIGATIONS DE L'EXPERT

L'expert contracte, en raison de la mission qui lui est confiée, une obligation de moyens et non de résultat.

Il peut se faire assister par des personnes de son choix.

Les documents établis par l'expert sont adressés au débiteur, à l'exclusion de tout envoi direct à un tiers.

A l'achèvement de sa mission, l'expert restitue les documents que lui a confiés le débiteur pour l'exécution de celle-ci.

L'expert est tenu au secret professionnel dans les conditions prévues à l'article 226-13 du code pénal.

4.2 - OBLIGATIONS DU DEBITEUR

Le débiteur s'interdit d'accomplir tout acte, ou d'adopter toute attitude, susceptible de porter atteinte à l'indépendance et à l'objectivité de l'expert, pendant comme à l'issue des opérations d'expertise.

Le débiteur s'engage à mettre à la disposition de l'expert, dans les délais convenus, l'ensemble des documents et informations que celui-ci juge nécessaires à l'exécution de la mission.

En tout état de cause, le débiteur informera l'expert, sans délai, de tout fait se rapportant directement ou indirectement à la mission de celui-ci.

5. RESPONSABILITE

L'expert assume dans tous les cas la responsabilité de ses travaux dans les conditions de droit commun.

6. REMUNERATION DE L'EXPERT

L'expert reçoit du débiteur des honoraires librement convenus qui sont exclusifs de toute autre rémunération, même indirecte.

1ère hypothèse :

Les honoraires et frais de l'expert sont arrêtés à la somme forfaitaire de …..€ hors TVA, à laquelle s'ajoute la TVA au taux en vigueur lors de la remise de la note d'honoraires de l'expert.

2ème hypothèse :

L'expert facturera ses honoraires sur la base d'un prix de l'heure de … € hors TVA, auquel s'ajoutera la TVA au taux en vigueur, sans que ses honoraires puissent dépasser la somme de … € hors TVA.

3ème hypothèse :

Les honoraires et frais de l'expert sont provisoirement évalués selon le budget présenté ci-après (*exemple donné à titre indicatif*):

budget des honoraires :	**estimation**	**prix unitaire**	**total hors TVA**
1ère réunion (présentation du dossier)	4 heures		
prise de connaissance de l'entreprise	10 heures		
prise de connaissance de la situation sociale	3 heures		
prise de connaissance de l'activité et de la clientèle	5 heures		
prise de connaissance des moyens de production	5 heures		
analyse de la situation économique et financière	10 heures		
identification des causes des difficultés	8 heures		
sous-total, prise de connaissance :			
examen du projet de restructuration présenté par le débiteur	10 heures		
présentation d'un projet de plan de continuation	10 heures		
présentation d'un projet de plan de financement	10 heures		
recherche d'un accord des banquiers et des principaux créanciers du débiteur	10 heures		
temps de déplacement	4 heures		
sous-total projet de solution :			
total hors TVA :			
TVA 19.60 % :			
total TTC :			

En cas de déplacement, l'expert est remboursé des débours sur présentation de justificatifs et de ses frais de voiture sur la base des indemnités kilométriques au prix de … € le km.

7. CONDITIONS DE REGLEMENT

Des provisions mensuelles seront versées à l'expert, sur présentation de ses rapports de diligences.

Le solde des honoraires de l'expert sera payé dans le délai de 30 jours de la date d'émission de sa facture.

En cas de retard de paiement, le débiteur encourt de plein droit un intérêt moratoire égal à trois fois le taux d'intérêt légal (art. L 441-6, alinéa 12 du code de commerce), avec un minimum de 150 €.

8. DISPOSITIONS GENERALES

En cas de litige portant sur l'exécution du présent contrat, l'expert et le débiteur s'efforceront de le régler à l'amiable, le cas échéant, par une médiation du président du tribunal de commerce. A défaut de solution amiable, les litiges seront portés devant le Tribunal de commerce de ….

La mission prendra effet à compter la signature du présent contrat par les parties.

Fait à …., le
en deux exemplaires

L'expert	L'entreprise
(qualité)	(qualité)

LETTRE DE MISSION

(expert et administrateur judiciaire – dessaisissement du débiteur)

(art. L 631-12 al. 2 du code de commerce)

ENTRE LES SOUSSIGNES :

M. …, (qualité professionnelle)
domicilié à

Ci-après désigné(e)
« l'expert »

Maître …, administrateur judiciaire
domicilié à

Ci-après désigné(e)
« l'administrateur»

IL A ETE CONVENU CE QUI SUIT :

1. PREAMBULE ET DECLARATION LIMINAIRE DE L'EXPERT

M. …, dirigeant de l'entreprise (*ou* la société) … (*dénomination*), inscrite au registre du commerce et des sociétés de … sous le numéro … a été dessaisi de l'administration de son entreprise par décision du … du Tribunal de commerce de …

Maître (ou M. …) a été désigné administrateur judiciaire, par jugement du … du Tribunal de commerce de … avec mission d'assurer seul et entièrement l'administration de ladite entreprise.

M. … a été désigné expert, par jugement du … du Tribunal de commerce de … avec mission d'assister l'administrateur judiciaire dans la gestion de ladite entreprise, en application de l'article L 631-12 alinéa 2 du code de commerce.

L'expert déclare être indépendant. Il doit informer l'administrateur judiciaire de toute situation qui serait susceptible de mettre en cause son indépendance.

L'expert déclare, qu'à sa connaissance, pour diligenter la mission définie ci-après, il ne se trouve pas dans une situation susceptible de remise en cause de son impartialité.

2. OBJET DE LA MISSION

La mission porte sur l'entreprise décrite sommairement ci-après :

- dénomination :
- siège :
- activité :
- effectif du personnel :
- chiffre d'affaires du dernier exercice :

Il est convenu avec l'administrateur judiciaire que l'assistance de l'expert est limitée aux tâches ci après (*à titre d'exemple*) :

- surveillance de la comptabilité établie par les services de l'entreprise
- prévisions de trésorerie à un mois, à six mois
- suivi hebdomadaire de la trésorerie
- établissement des tableaux de bord mensuels
- établissement de situations comptables trimestrielles
- établissement des comptes annuels (bilan, compte de résultat, annexe)
- fourniture des indicateurs de gestion nécessaires à l'administration de l'entreprise, savoir …

3. DILIGENCES DE L'EXPERT

Selon la logique et les méthodes de travail propres à l'expert, les normes et les usages de sa profession, l'expert mettra en œuvre les diligences ci-après :

- étude de la documentation réunie,
- analyse de la situation de l'entreprise et de ses comptes
- revue finale des dossiers de travail,
- synthèse des travaux,
- établissement des documents de gestion.

4. METHODE DE TRAVAIL ET CONDITIONS D'EXECUTION DE LA MISSION

4.1 - OBLIGATIONS DE L'EXPERT

L'expert contracte, en raison de la mission qui lui est confiée, une obligation de moyens et non de résultat.

Il peut se faire assister par des personnes de son choix.

Les documents établis par l'expert sont adressés à l'administrateur judiciaire, à l'exclusion de tout envoi direct à un tiers.

A l'achèvement de sa mission, l'expert restitue les documents que lui a confiés l'administrateur pour l'exécution de celle-ci.

L'expert est tenu au secret professionnel dans les conditions prévues à l'article 226-13 du code pénal.

4.2 - OBLIGATIONS DE L'ADMINISTRATEUR JUDICIAIRE

L'administrateur judiciaire s'interdit d'accomplir tout acte, ou d'adopter toute attitude, susceptible de porter atteinte à l'indépendance et à l'objectivité de l'expert, pendant comme à l'issue des opérations d'expertise.

L'administrateur judiciaire s'engage à mettre à la disposition de l'expert, dans les délais convenus, l'ensemble des documents et informations que celui-ci juge nécessaires à l'exécution de la mission.

En tout état de cause, l'administrateur judiciaire informera l'expert, sans délai, de tout fait se rapportant directement ou indirectement à la mission de celui-ci.

5. RESPONSABILITE

L'expert assume dans tous les cas la responsabilité de ses travaux dans les conditions de droit commun.

6. REMUNERATION DE L'EXPERT

L'expert reçoit du débiteur des honoraires librement convenus qui sont exclusifs de toute autre rémunération, même indirecte.

1ère hypothèse :

Les honoraires et frais de l'expert sont arrêtés à la somme forfaitaire mensuelle de …..€ hors TVA, à laquelle s'ajoute la TVA au taux en vigueur lors de la remise de la note d'honoraires de l'expert.

2ème hypothèse :

L'expert facturera ses honoraires sur la base d'un prix de l'heure de … € hors TVA, auquel s'ajoutera la TVA au taux en vigueur, sans que ses honoraires puissent dépasser la somme de … € hors TVA par mois.

3ème hypothèse :

Les honoraires et frais de l'expert sont provisoirement évalués selon le budget présenté ci-après (exemple donné à titre indicatif):

budget des honoraires :	**estimation**	**prix unitaire**	**total hors TVA**
1ère réunion (présentation du dossier)	4 heures		
prise de connaissance de l'organisation juridique	2 heures		
prise de connaissance de l'organisation fonctionnelle	2 heures		
prise de connaissance de la situation sociale	3 heures		
prise de connaissance de l'activité et de la clientèle	5 heures		
sous-total, prise de connaissance :			
surveillance de la comptabilité, par mois,	4 heures		
prévision mensuelle de trésorerie, par mois,	6 heures		
suivi hebdomadaire de la trésorerie, par mois	4 heures		
établissement des tableaux de bord mensuels, par mois	5 heures		
temps de déplacement, par mois	4 heures		
sous-total des diligences mensuelles :			
établissement des situations trimestrielles, par trimestre	15 heures		
sous-total des diligences trimestrielles :			
établissement des comptes annuels, pour un an	30 heures		
sous-total des diligences annuelles :			

En cas de déplacement, l'expert est remboursé des débours sur présentation de justificatifs et de ses frais de voiture sur la base des indemnités kilométriques au prix de … € le km.

7. CONDITIONS DE REGLEMENT

A l'issue de la mission, les honoraires et frais d'expertise, mis à la charge de la procédure, seront taxés par Monsieur le président du tribunal de commerce de …, sur mémoire présenté par l'expert, comme le prévoit l'article L 631-12 du code de commerce.

Des provisions mensuelles seront versées à l'expert, sur présentation de ses rapports de diligences.

Le solde des honoraires de l'expert sera payé dans le délai de 30 jours de la date d'émission de l'ordonnance de taxe.

En cas de retard de paiement, le débiteur encourt de plein droit un intérêt moratoire égal à trois fois le taux d'intérêt légal (art. L 441-6, alinéa 12 du code de commerce), avec un minimum de 150€.

8. DISPOSITIONS GENERALES

En cas de litige portant sur l'exécution du présent contrat, l'expert et l'administrateur judiciaire s'efforceront de le régler à l'amiable, le cas échéant, par une médiation du président du tribunal de commerce. A défaut de solution amiable, les litiges seront portés devant le Tribunal de commerce de ….

La mission prendra effet à compter la signature du présent contrat par les parties.

Fait à …., le

en deux exemplaires

L'expert	L'administrateur judiciaire
(qualité)	(qualité)

LETTRE DE MISSION

Tiers évaluateur désigné en application de l'article 1592 du code civil

1. **PARTIES**

Demandeur : Fonds communs de placement à risques
F……., (dits « les investisseurs »)
ayant pour avocat :
Maître …..

Défendeur : Monsieur B …..
(dit « le dirigeant »)
ayant pour avocat :
Maître …….

Tiers évaluateur : Monsieur …,
(*expert-comptable diplômé*), expert près la Cour d'appel de …,
domicilié à …
ci-après, désigné « l'expert »

2. **DÉCLARATION D'INDÉPENDANCE**

L'expert déclare être indépendant. Il doit informer les parties de toute situation qui serait susceptible de mettre en cause son indépendance.

L'expert déclare, qu'à sa connaissance, pour diligenter la mission définie ci-après, il ne se trouve pas dans une situation susceptible de remise en cause de son impartialité.

3. **RAPPEL DE LA PROCEDURE**

Sur demande des investisseurs, le Tribunal de commerce de … a rendu une ordonnance en la forme des référés, le ……, désignant Monsieur ..., comme expert, pour réaliser la mission définie ci-dessous § 4.

4. **DEFINITION DE LA MISSION (*exemple*)**

4.1 - *Monsieur B….. (le dirigeant), salarié de la société C ….(cible) depuis le ….. et qui exerçait jusqu'à son licenciement les fonctions de directeur général, est devenu, le ….., actionnaire de la société H……..*, société holding de *la société C , dans le cadre du LMBO réalisé par les actionnaires de la société C…* avec les investisseurs.

4.2 *La mission fait suite à l'exercice, le ……, par les investisseurs, de l'option d'achat des actions détenues par Monsieur B…., en cas de départ involontaire, en application de l'article 9 de la convention d'actionnaires du …...*

4.3 La mission de l'expert, telle que définie par l'ordonnance du tribunal, est la suivante :

« déterminer le prix de cession des droits sociaux détenus par Monsieur B…. dans le capital social de la société H…», étant précisé que, « dans le cadre de sa mission, l'expert devra se conformer aux dispositions de l'article 9 du pacte d'associés ».

4.4 *La désignation de l'expert et la définition de sa mission résultent de l'article 9 de la convention d'actionnaires de la société H….* en date du ….. qui stipule :

« En cas de levée d'une option, la cession des actions du dirigeant concerné au profit des investisseurs ou de la société, selon le cas, interviendra moyennant un prix calculé comme suit, …..

5. **OBJET DE LA MISSION (*exemple*)**

En pratique, l'évaluation porte sur … actions à bons de souscription (ABSA) représentant 15 % de cette tranche d'actions, et 5 %[1] *des droits de détention du capital entièrement dilué.*

Les conditions d'exercice des ABSA sont fixées par le contrat d'émission d'actions à bons de souscription d'actions signé en date du …...

6. **ENJEU DE LA MISSION ET RESPONSABILITE DE L'EXPERT**

6.1 En fonction de la jurisprudence, la détermination du prix fixé par l'expert ne peut être remise en cause qu'en cas d'erreur grossière de sa part ou de dol.

6.2 Nonobstant ce fait, pour limiter la responsabilité propre de l'expert, il est expressément convenu que :

- celui-ci doit se comporter en « bon professionnel » redevable d'une « obligation de moyens »,
- sa mission n'inclut pas la vérification des données, en particulier, chiffrées qui lui sont fournies, et notamment celle des comptes annuels des sociétés qui sont audités par leurs commissaires aux comptes.
- sa responsabilité ne pourra être recherchée sur des faits ou arguments ou pièces qui n'auraient pas été portés à sa connaissance par les parties au cours de l'expertise,
- en tout état de cause, sa responsabilité ne pourra être mise en cause que pour « faute lourde » de sa part.

7. **METHODE D'EVALUATION (*exemple*)**

7.1 – L'expert diligentera sa mission dans le respect du principe de contradiction.

7.2 – Les parties conviennent de demander à l'expert d'évaluer les actions détenues par les intéressés sur la base des comptes sociaux de la société … arrêtés à la clôture du dernier exercice, la date de leur évaluation étant fixée à la date de son rapport.

N.B. : *Il est conseillé d'obtenir l'accord des parties sur la date de l'évaluation.*

7.3 – (*exemple*) Les parties ont retenu, d'un commun accord, la méthode d'évaluation décrite à l'article 9 du pacte d'associés en date du…..

(à défaut) L'expert a rappelé aux parties qu'il a toute latitude pour décider de la méthodologie à suivre dans le cadre de son évaluation.

N.B. : *Il est conseillé d'obtenir l'accord des parties sur la méthode d'évaluation.*

7.4 – *(exemple)* Décotes de minorité et de non liquidité

L'expert est libre d'apprécier toute décote éventuelle susceptible d'être appliquée au prix des actions représentant une quote-part minoritaire du capital de la société ou encore pour tenir compte de la faible liquidité des titres.

[1] Après exercice des BSA, le nombre d'actions détenues par Monsieur B….. s'élèverait à …… actions, soit 5% des titres de détention du capital entièrement dilué (exercice des BSA et conversion des obligations)

8. CONDITIONS D'EXECUTION DE LA MISSION

8.1 - OBLIGATIONS DE L'EXPERT

L'expert contracte, en raison de la mission qui lui est confiée, une obligation de moyens et non de résultat.

Il peut se faire assister par des personnes de son choix.

Les documents établis par l'expert sont adressés aux parties et à leurs avocats, à l'exclusion de tout envoi direct à un tiers.

A l'achèvement de sa mission, l'expert restitue les documents que lui ont confiés les parties pour l'exécution de celle-ci.

L'expert est tenu au secret professionnel dans les conditions prévues à l'article 226-13 du code pénal.

8.2 - OBLIGATIONS DES PARTIES

Les parties s'interdisent d'accomplir tout acte, ou d'adopter toute attitude, susceptible de porter atteinte à l'indépendance et à l'objectivité de l'expert, pendant comme à l'issue des opérations d'expertise.

Les parties s'engagent à mettre à la disposition de l'expert, dans les délais convenus, l'ensemble des documents et informations que celui-ci juge nécessaires à l'exécution de la mission.

En tout état de cause, les parties informeront l'expert, sans délai, de tout fait se rapportant directement ou indirectement à la mission de celui-ci.

En cas de non respect de ces règles, l'expert se réserve la faculté de résilier à tout moment le présent contrat, et ce, sans qu'il puisse être invoqué un quelconque préjudice pour l'une ou l'autre des parties. Dans une telle hypothèse l'expert reçoit les honoraires correspondant aux vacations effectuées.

9. CALENDRIER

Le calendrier et les étapes de la mission présentés ci-après, à titre d'exemple, doivent être adaptés à son importance et à sa difficulté.

9.1 – Pièces complémentaires à communiquer pour le ….

Maître … doit adresser à l'expert, et à son contradicteur, les documents dont il a été fait état lors de la réunion d'expertise du … :

- comptes annuels des trois derniers exercices de la société A
- rapports des commissaires aux comptes se rapportant à ces comptes
- rapports des commissaires aux comptes sur les conventions réglementées
- comptes annuels des trois derniers exercices des filiales de la société A
- comptes consolidés des trois derniers exercices
- rapports de gestion présentés aux assemblées générales statuant sur ces comptes
- situations comptables de la société A et de ses filiales arrêtées au …
- comptes prévisionnels des exercices …
- business plan
- état des principaux actifs incorporels et corporels détenus par la société A et ses filiales
- objet des provisions pour risques, justification des reprises de provisions.
- toutes études, analyses et évaluations ayant pu être faites soit par la société A, soit par des tiers extérieurs à la société, dans le cadre de recherche de financements, d'acquéreurs ou autres
- toutes transactions sur les titres de la société A ayant eu lieu au cours des cinq dernières années
- etc …

Maître … doit adresser à l'expert, et à son contradicteur, les documents dont il a été fait état lors de la réunion d'expertise du … :

- comptes, états, actes …
- etc …

Il va de soi que cette liste n'est pas limitative et pourra être complétée en cours de mission.

De plus les parties s'obligent à communiquer à l'expert toute information dont elles auraient connaissance et qui serait de nature à influencer de manière significative l'évaluation.

9.2 – Réunion d'analyse

Une réunion d'expertise se tiendra le … pour analyser les documents communiqués à l'expert.

A l'issue de cette réunion, des pièces et/ou questions complémentaires pourront être demandées ou posées aux parties.

Les réponses devront être apportées au plus tard le …

9.3 – Réunion de synthèse

Une réunion de synthèse se tiendra le …

Au cours de cette réunion, l'expert fera part de ces premières conclusions.

Si celles-ci agréent les parties, un accord de conciliation entérinant l'évaluation pourra être signé entre les parties. Dans ce cas, l'accord mettra fin à la mission.

En cas de désaccord, chaque partie remettra à l'expert, sous quinzaine, un mémoire documenté sur la valeur qu'elle donne aux titres.

9.4 – Rapport d'étape de l'expert

A défaut de conciliation des parties, l'expert remettra aux parties (*ou à leurs avocats*), au plus tard le …, un rapport d'étape comprenant :

- un bref historique …
- une analyse des comptes de résultat retraités et des bilans pour servir de base à l'évaluation des actions de la société …
- un exposé de la méthode d'évaluation qui sera mise en œuvre
- un projet d'évaluation

9.5 – Observations des parties

Les parties (*ou leurs avocats*) disposeront d'un délai de trois semaines pour présenter leurs observations au vu du rapport d'étape de l'expert et des documents qui seront échangés, soit au plus tard le ….

Passé ce délai, aucun dire, aucune pièce, aucun argument ne sera pris en considération.

9.6 **– Rapport final de l'expert**

L'expert remettra son rapport d'évaluation des titres au plus tard le …., après paiement complet de ses honoraires.

Il est donc demandé aux parties (*ou aux avocats*) d'être particulièrement rigoureux sur le respect des dates arrêtées d'un commun accord.

10. HONORAIRES

10.1 – ***1er exemple :***

L'expert a indiqué aux parties qu'il applique un taux horaire de facturation de …€. hors TVA. Il est convenu que les honoraires seront facturés au temps passé.

En l'état, l'estimation indicative du temps nécessaire à la mission est la suivante :

- réunions d'expertise :	heures
- étude du dossier :	heures
- courriers, notes :	heures
- rapport d'étape :	heures
- étude des dires et observations :	heures
- rapport final :	heures
total :	heures

2ème exemple :

Les honoraires de l'expert sont arrêtés forfaitairement comme suit :

- honoraires pour étude du dossier, réunion d'expertise, rapport d'étape et rapport d'évaluation :	€
- secrétariat, photocopies, affranchissements, déplacements :	€
total hors TVA :	**€**
TVA 19.60 % :	€
total TTC :	**€**

10.2 **– Les parties conviennent de partager les honoraires selon la répartition suivante :**

(*ou*) Les honoraires seront répartis par moitié entre les parties.

En cas de défaillance de l'une des parties, l'autre pourra s'y substituer pour le paiement des honoraires.

10.3 **– 1er exemple :**

Les honoraires seront réglés par les parties, dans les 8 jours de la signature de la présente, soit … € TTC pour chacune des parties,

2ème exemple :

Les honoraires seront réglés par les parties, par virement au compte bancaire de l'expert, selon RIB joint, et selon le calendrier suivant :

- immédiatement à hauteur de … € TTC pour chacune des parties
- le solde, préalablement à la remise du rapport.

11. DISPOSITIONS GENERALES

En cas de litige portant sur l'exécution du présent contrat, l'expert et les parties s'efforceront de le régler à l'amiable, le cas échéant, par une médiation du président du tribunal de commerce. A défaut de solution amiable, les litiges seront portés devant le Tribunal de commerce de ….

Fait en trois exemplaires, à …, le …

pour la société …	M.	
M.	M.	
M.		
Me …	Me …	M. …
avocat	avocat	expert

LETTRE DE MISSION

Tiers évaluateur désigné en application de l'article 1843-4 du code civil

1. **– PARTIES**

Demandeurs :

La société …, dont le siège social est à … représentée par Monsieur …, président,

Monsieur …, domicilié à …,
Monsieur …, domicilié à …,
ayant pour avocat :
Maître …,
avocat au barreau de …

Défendeurs :

Monsieur …, domicilié à …,
Monsieur …, domicilié à …
ayant pour avocat :
Maître …,
avocat au barreau de …

Tiers évaluateur : Monsieur …. (expert-comptable diplômé), expert près la Cour d'appel de …, domicilié à ….

ci-après, désigné « l'expert »

2. – **DÉCLARATION D'INDÉPENDANCE**

L'expert déclare être indépendant. Il doit informer les parties de toute situation qui serait susceptible de mettre en cause son indépendance.

L'expert déclare, qu'à sa connaissance, pour diligenter la mission définie ci-après, il ne se trouve pas dans une situation susceptible de remise en cause de son impartialité.

3. **– RAPPEL DE LA PROCÉDURE**

Sur demande de la société …, de Monsieur …, de Monsieur … et de leur conseil, Monsieur le président du Tribunal de commerce de … a rendu une ordonnance en la forme des référés, le …, désignant Monsieur …, en qualité d'expert, pour réaliser la mission précisée dans ladite ordonnance.

Le cas échéant :

S'agissant d'une mission définie à l'article 1843-4 du code civil, Monsieur … a, lors d'une réunion qui s'est tenue … *(ou : par courrier du …)*, indiqué aux parties et à leurs avocats, que la mission ne devait pas être régie par les articles 232 à 248 et 263 à 284-1 du code de procédure civile, dans la mesure où il ne s'agissait pas d'une expertise judiciaire, ce qui a été confirmé par Maître … dans un courrier du … et par Maître … dans un courrier du …

4. **– DÉFINITION DE LA MISSION**

4.1 – *Le cas échéant :*

En conséquence de ce qui précède, la mission précisée par l'ordonnance se voit remplacée par celle définie à l'article 1843-4 du code civil qui stipule :
« Dans tous les cas où sont prévus la cession des droits sociaux d'un associé ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible ».

4.2 – La mission conférée à l'expert consiste à évaluer les actions de la société … détenues par les défendeurs, à savoir :

Monsieur … xxx actions
Monsieur … xxx actions

Le capital de la société … est composé de xxx actions de .. € de valeur nominale.

4.3 – Les cas d'application sont nombreux ; à titre d'exemples, deux cas de désignation d'un tiers évaluateur sont évoqués ci-après :

1er exemple :

Il est rappelé que les défendeurs ont été exclus de la société … par décision de l'assemblée générale ordinaire le ….

L'article … des statuts règle les conditions d'exclusion d'un associé et précise *« le prix de rachat des actions de l'associé exclu est déterminé d'un commun accord ou à défaut, à dire d'expert dans les conditions de l'article 1843-4 du code civil ».*

Les statuts n'indiquent pas la méthode d'évaluation de ces actions.

Les défendeurs n'ayant pas accepté le prix proposé par les demandeurs, ceux-ci, par l'intermédiaire de leur avocat, ont fait valoir les dispositions de l'article 1843-4 du code civil.

Maître … a alors saisi la juridiction aux fins de désigner un expert.

2ème exemple :

Les défendeurs, tous deux salariés de la société …, ont signé avec la société… des promesses croisées d'achat et de vente portant sur la totalité des actions ; aux termes de ces conventions, les promesses ont été levées dans certaines conditions.

Par ailleurs, il était indiqué que le prix des actions devait être déterminé selon une méthodologie figurant dans les actes. Enfin, les éléments comptables de la formule de détermination du prix devaient être issus de comptes sociaux de la société … les plus récemment approuvés par l'assemblée générale et certifiés par le commissaire aux comptes par rapport au jour de la levée de la promesse.

Les promesses ont été levées par lettre recommandée avec avis de réception le … au prix de …€ par action. Par l'intermédiaire de leur avocat, les deux salariés ont refusé la proposition faite par la société … et ont fait valoir les dispositions de l'article 1843-4 du code civil.

Maître … a alors saisi la juridiction aux fins de désigner un expert.

5. **– ENJEU DE LA MISSION ET RESPONSABILITE DE L'EXPERT**

5.1 – En fonction de la jurisprudence, la détermination du prix fixé par l'expert ne peut être remise en cause qu'en cas d'erreur grossière de sa part ou de dol.

5.2 – Pour limiter la responsabilité propre de l'expert, il est expressément convenu que :

a. celui-ci doit se comporter en « bon professionnel » redevable d'une « obligation de moyens »,
b. sa mission n'inclut pas la vérification des données, en particulier, chiffrées qui lui sont fournies, et notamment celles des comptes annuels de la société … qui sont audités par leur commissaire aux comptes,
c. sa responsabilité ne pourra être recherchée sur des faits ou arguments ou pièces qui n'auraient pas été portés à sa connaissance par les parties au cours de la mission.
d. en tout état de cause, sa responsabilité ne pourrait être mise en cause que pour « faute lourde » de sa part.

6. – RÈGLES PARTICULIÈRES APPLICABLES À LA MISSION

6.1 – L'expert diligentera sa mission dans le respect du principe de contradiction.

6.2 – Les parties conviennent de demander à l'expert d'évaluer les actions détenues par les intéressés sur la base des comptes sociaux de la société … arrêtés à la clôture du dernier exercice, la date de leur évaluation étant fixée à la date de son rapport. *(jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation – arrêt du 4 mai 2010)*

N.B. : *Il est hautement conseillé d'obtenir l'accord des parties sur la date de l'évaluation.*

6.3 – L'expert a rappelé aux parties les conséquences de l'arrêt de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation du 5 mai 2009, qui confirme que l'expert a toute latitude pour décider de la méthodologie à suivre dans le cadre de son évaluation selon les critères qu'il juge les plus appropriés parmi lesquels figurent ceux prévus par les statuts.

6.4 - (exemple) Décotes de minorité et de non liquidité

L'expert est libre d'apprécier toute décote éventuelle susceptible d'être appliquée au prix des actions représentant une quote-part minoritaire du capital de la société ou encore pour tenir compte de la faible liquidité des titres.

7. – CONDITIONS D'EXECUTION DE LA MISSION

7.1 - OBLIGATIONS DE L'EXPERT

L'expert contracte, en raison de la mission qui lui est confiée, une obligation de moyens et non de résultat.
Il peut se faire assister par des personnes de son choix.
Les documents établis par l'expert sont adressés aux parties et à leurs avocats, à l'exclusion de tout envoi direct à un tiers.
A l'achèvement de sa mission, l'expert restitue les documents que lui ont confiés les parties pour l'exécution de celle-ci.
L'expert est tenu au secret professionnel dans les conditions prévues à l'article 226-13 du code pénal.

7.2 - OBLIGATIONS DES PARTIES

Les parties s'interdisent d'accomplir tout acte, ou d'adopter toute attitude, susceptible de porter atteinte à l'indépendance et à l'objectivité de l'expert, pendant comme à l'issue des opérations d'expertise.

Les parties s'engagent à mettre à la disposition de l'expert, dans les délais convenus, l'ensemble des documents et informations que celui-ci juge nécessaires à l'exécution de la mission.

En tout état de cause, les parties informeront l'expert, sans délai, de tout fait se rapportant directement ou indirectement à la mission de celui-ci.

En cas de non respect de ces règles, l'expert se réserve la faculté de résilier à tout moment le présent contrat, et ce, sans qu'il puisse être invoqué un quelconque préjudice pour l'une ou l'autre des parties. Dans une telle hypothèse l'expert reçoit les honoraires correspondant aux vacations effectuées.

8. – CALENDRIER

Le calendrier et les étapes de la mission présentés ci-après, à titre d'exemple, doivent être adaptés à son importance et à sa difficulté.

8.1 – Pièces complémentaires à communiquer pour le ….

Maître … doit adresser à l'expert, et à son contradicteur, les documents dont il a été fait état lors de la réunion d'expertise du … :
- comptes annuels des trois derniers exercices de la société A
- rapports des commissaires aux comptes se rapportant à ces comptes
- rapports des commissaires aux comptes sur les conventions réglementées
- comptes annuels des trois derniers exercices des filiales de la société A
- comptes consolidés des trois derniers exercices
- rapports de gestion présentés aux assemblées générales statuant sur ces comptes
- situations comptables de la société A et de ses filiales arrêtées au …
- comptes prévisionnels des exercices …
- business plan
- état des principaux actifs incorporels et corporels détenus par la société A et ses filiales
- objet des provisions pour risques, justification des reprises de provisions.
- toutes études, analyses et évaluations ayant pu être faites soit par la société A, soit par des tiers extérieurs à la société, dans le cadre de recherche de financements, d'acquéreurs ou autres
- toutes transactions sur les titres de la société A ayant eu lieu au cours des cinq dernières années
- etc …

Maître … doit adresser à l'expert, et à son contradicteur, les documents dont il a été fait état lors de la réunion d'expertise du … :
- comptes, états, actes …
- etc …

Il va de soi que cette liste n'est pas limitative et pourra être complétée en cours de mission.

De plus les parties s'obligent à communiquer à l'expert toute information dont elles auraient connaissance et qui serait de nature à influencer de manière significative l'évaluation.

8.2 – Réunion d'analyse

Une réunion d'expertise se tiendra le … pour analyser les documents communiqués à l'expert.

A l'issue de cette réunion, des pièces et/ou questions complémentaires pourront être demandées ou posées aux parties.

Les réponses devront être apportées au plus tard le …

8.3 – Réunion de synthèse

Une réunion de synthèse se tiendra le …

Au cours de cette réunion, l'expert fera part de ces premières conclusions.

Si celles-ci agréent les parties, un accord de conciliation entérinant l'évaluation pourra être signé entre les parties. Dans ce cas, l'accord mettra fin à la mission.

En cas de désaccord, chaque partie remettra à l'expert, sous quinzaine, un mémoire documenté sur la valeur qu'elle donne aux titres.

8.4 – Rapport d'étape de l'expert

A défaut de conciliation des parties, l'expert remettra aux parties (ou à leurs avocats), au plus tard le …, un rapport d'étape comprenant :

- un bref historique …
- une analyse des comptes de résultat retraités et des bilans pour servir de base à l'évaluation des actions de la société …
- un exposé de la méthode d'évaluation qui sera mise en œuvre
- un projet d'évaluation

8.5 – Observations des parties

Les parties (ou leurs avocats) disposeront d'un délai de trois semaines pour présenter leurs observations au vu du rapport d'étape de l'expert et des documents qui seront échangés, soit au plus tard le ….

Passé ce délai, aucun dire, aucune pièce, aucun argument ne sera pris en considération.

8.6 – Rapport final de l'expert

L'expert remettra son rapport d'évaluation des titres au plus tard le …., après paiement complet de ses honoraires.

Il est donc demandé aux parties (ou aux avocats) d'être particulièrement rigoureux sur le respect des dates arrêtées d'un commun accord.

9. – HONORAIRES

9.1 **– 1er exemple :**

L'expert a indiqué aux parties qu'il applique un taux horaire de facturation de …€. hors TVA. Il est convenu que les honoraires seront facturés au temps passé.

En l'état, l'estimation indicative du temps nécessaire à la mission est la suivante :

- réunions d'expertise :	heures
- étude du dossier :	heures
- courriers, notes :	heures
- rapport d'étape :	heures
- étude des dires et observations :	heures
- rapport final :	heures
total :	heures

2ème exemple :

Les honoraires de l'expert sont arrêtés forfaitairement comme suit :

- honoraires pour étude du dossier, réunion d'expertise, rapport d'étape et rapport d'évaluation :	€
- secrétariat, photocopies, affranchissements, déplacements :	€
total hors TVA :	**€**
TVA 19.60 % :	€
total TTC :	**€**

9.2 – Les parties conviennent de partager les honoraires selon la répartition suivante :

(ou) Les honoraires seront répartis par moitié entre les parties.

En cas de défaillance de l'une des parties, l'autre pourra s'y substituer pour le paiement des honoraires.

9.3 **– 1er exemple :**

Les honoraires seront réglés par les parties, dans les 8 jours de la signature de la présente, soit … € TTC pour chacune des parties,

2ème exemple :

Les honoraires seront réglés par les parties, par virement au compte bancaire de l'expert, selon RIB joint, et selon le calendrier suivant :

- immédiatement à hauteur de … € TTC pour chacune des parties
- le solde, préalablement à la remise du rapport.

10. DISPOSITIONS GENERALES

En cas de litige portant sur l'exécution du présent contrat, l'expert et les parties s'efforceront de le régler à l'amiable, le cas échéant, par une médiation du président du tribunal de commerce. A défaut de solution amiable, les litiges seront portés devant le Tribunal de commerce de ….

Fait en trois exemplaires, à …, le …

pour la société …	M.	
M.	M.	
M.		
Me …	Me …	M. …
Avocat	avocat	expert

Tous droits de reproduction réservés
SARL - Revue EXPERTS
4, rue de la Paix
75002 Paris
N°ISSN : 0992-2873

db PRINT NORD S.A.R.L.
53, rue de la Lys, B.P. 68
59432 Halluin Cedex

de Douai, agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire et les droits des justiciables, vingt ans après.

XXIXe congrès national : Aix-en-Provence, 5 octobre 1990. Sous la présidence de M. Pierre BEZIO, procureur général près la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Claude BREVAL, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
La comptabilité dans la nouvelle législation sur la banqueroute.

XXVIIIe congrès national : Pau, 6 octobre 1989. Sous la présidence de M. R. DEFONTAINE, président de la chambre commerciale de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. André DANA, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire et l'application des clauses de garantie de passif.

XXVIIe congrès national : Rouen, 7 octobre 1988. Sous la présidence de M. Jean LEONNET, directeur des affaires civiles et du sceau. Rapporteur général, M. Pierre FEUILLET, expert près la Cour d'appel de Rouen, agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire et la quête documentaire.

XXVIe congrès national : Bordeaux, 16 octobre 1987. Sous la présidence de M. Jean-Marie GUTH, conseiller à la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Francis WINDSOR, expert près la Cour d'appel de Caen.
L'expert judiciaire face à la responsabilité civile des professionnels.

XXVe congrès national : Lyon, 7 novembre 1986. Sous la présidence de M. R. DEFONTAINE, conseiller à la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Jean BELOU, expert près la Cour d'appel de Toulouse.
L'expertise en diagnostic d'entreprise.

XXIVe Congrès national : Douai, 4 octobre 1985. Sous la présidence de M. R. DEFONTAINE, conseiller à la Cour de cassation. Rapporteur général, M. André HENROT, expert près la Cour d'appel de Metz.
L'image fidèle et l'application des nouveaux textes répressifs visant la présentation des comptes sociaux.

XXIIIe Congrès national : Colmar, 5 octobre 1984. Sous la présidence de Mme Simone ROZES, premier président de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Pierre FEUILLET, expert près la Cour d'appel de Rouen, agréé par la Cour de cassation.
L'expert judiciaire dans les pays de la Communauté européenne.

XXIIe congrès national : Palais des Papes, Avignon, 28 octobre 1983. Sous la présidence de M. ESCANDE, conseiller à la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Claude BREVAL, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
L'expert judiciaire face aux problèmes posés par la notion de cessation des paiements.

XXIe congrès national : Angers, 5 novembre 1982. Sous la présidence de M. Michel OLIVIER, conseiller à la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Jean CLARA, expert près la Cour d'appel de Douai, agréé par la Cour de cassation.
L'expert judiciaire face aux problèmes posés par l'informatique.

XXe congrès national : Nancy, 16 octobre 1981. Sous la présidence de M. Roger VIENNE, président de la chambre commerciale de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Pierre FEUILLET, expert près la Cour d'appel de Rouen, agréé par la Cour de cassation.
L'intervention de l'expert judiciaire en comptabilité en cas de mise en œuvre de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967

XIXe congrès national : Toulouse, 3 octobre 1980. Sous la présidence de M. Pierre CHABRAND, conseiller à la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Pierre HEME, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
L'expert judiciaire en comptabilité face à certaines dispositions du nouveau code de procédure civile.

XVIIIe congrès national : Versailles, 26 octobre 1979. Sous la présidence de M. Pierre BELLET, premier président de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Félix THORIN, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire face aux problèmes posés par les groupes d3e sociétés.

XVIIe congrès national : Caen, 3 novembre 1978. Sous la présidence de M. Guy CHAVANON, procureur général près la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Pierre DUCOROY, expert près la Cour d'appel de Montpellier, agréé par la Cour de cassation.
L'expertise judiciaire en matière d'abus de droit de majorité.

XVIe Congrès national : Reims, 4 novembre 1977. Sous la présidence de M. Albert MONGUILAN, premier président de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Jean CLARA, expert près la Cour d'appel de Douai.
Les problèmes posés à l'expert-comptable judiciaire devant les irrégularités commises en vue du maintien en activité des entreprises en difficulté.

XVe congrès national : Nice, 15 octobre 1976. Sous la présidence de M. CENAC, président de la chambre commerciale de la Cour de cassation. Rapporteur général, Mlle Simone DOYEN, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
La mission de l'expert en cas de poursuites du chef de majoration frauduleuse des apports.

XIVe congrès national : Grenoble, 21 novembre 1975. Sous la présidence de M. Adolphe TOUFFAIT, procureur général près la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Robert FOURNIER, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
Les infractions en matière immobilière.

XIIIe congrès national : La Baule, 4 octobre 1974. Sous la présidence de M. Michel OLIVIER, premier vice-président du Tribunal de grande instance de Paris. Rapporteur général, M. Gérard AMEDEE-MANESME, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
La nouvelle réglementation de l'expertise judiciaire en matière civile.

XIIe congrès national : Angers, 16 novembre 1973. Sous la présidence de M. BELLET, président de la 1re chambre civile de la Cour de cassation.
L'évaluation du préjudice de l'individu et de l'entreprise en cas d'accident corporel et de rupture de contrat.

XIe congrès national : Toulouse, 24 novembre 1972. Sous la présidence de M. FONADE, conseiller à la Cour de cassation.
La notion de bilan inexact.

Xe congrès national : Paris, 25 et 26 novembre 1971. Sous les présidences de M. Adolphe TOUFFAIT, procureur général près la Cour de cassation et M. AYDALOT, premier président de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Pierre GARNIER, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire et les droits des justiciables.

Liste des actes des congrès épuisés : années 1972, 1973, 1976, 1981, 1984, 1985, 1986, 1987, 1988, 1989, 1990, 1991, 1993, 1996 et 1997.