

LE COMMISSAIRE AUX COMPTES ET LE MINISTERE PUBLIC EN DROIT OHADA DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES

INTRODUCTION

La comptabilité et la gestion d'une société sont deux choses très complexes que l'assemblée générale des actionnaires n'est pas en mesure de contrôler efficacement par elle-même. C'est pour permettre une sérieuse et utile vérification que la loi française du 24 juillet 1867 relative à la création d'un ordre national des experts comptables et des comptables agréés et règlementant les professions d'expert-comptable et de comptable agréé et l'exercice du mandat de commissaire aux comptes (CC), avait imposé la nomination des commissaires aux comptes (CC) dans les sociétés anonymes et les avait chargé de présenter à l'assemblée générale un rapport sur la bonne marche des affaires de la société, sur ses comptes et son bilan. La profession, depuis 1867 jusqu'à nos jours a considérablement évolué dans le sens d'une plus grande rigueur et d'une conscience accrue de ses responsabilités. Remaniée profondément par le décret-loi du 8 Août 1935 concernant notamment le choix et les attributions des CC, l'institution a été conservée au Burkina Faso jusqu'en 2005¹.

¹Elle est actuellement régie par la loi n°048-2005 / AN du 20 déc. 2005 portant création d'un ordre national des experts comptables et des comptables agréés et règlementant les professions d'experts – comptables, et de comptables agréés et l'exercice du mandat de commissaire aux comptes. L'institution a été améliorée en France par la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales. A partir de cette époque, le contrôle des sociétés anonymes a pu servir de modèle au législateur qui l'a étendu à d'autres types de sociétés. La loi de

Cette réforme de 1935 retiendra ici notre attention. En effet, le décret-loi de 1935 est venu modifier l'ancien article 34 de la loi du 24 juillet 1867 et a posé ainsi une curieuse obligation à la charge des commissaires aux comptes, tenus désormais de révéler au Procureur de la République tous les faits délictueux dont ils auront connaissance, dans l'exercice de leur mission. L'accueil qui fut réservé à ce texte par les auteurs et commentateurs a été dans la plupart des cas, défavorable. Certains ont soutenu que la nouvelle loi tend à faire jouer aux CC le rôle particulièrement ingrat et souvent difficile de dénonciateurs ou d'auxiliaires du parquet, ou que la loi les transforme en collaborateurs de la police et en délateurs. D'autres parlent d'une innovation grave et très discutable et semblent regretter le fait que le décret de 1935 met à la charge du commissaire non seulement des obligations positives pour des faits qu'il aura perpétrés mais une responsabilité pénale très lourde pour fait négatif, autrement dit une réticence.

On ne peut manquer de se poser la question de savoir quel était au juste le but du législateur de 1935. Pour cela, il faut se

1966 a ainsi organisé un contrôle identique dans les sociétés en commandite par action ; il en de même dans les sociétés à responsabilité limitée. La présence d'un CC n'y est toutefois obligatoire que si le capital excède 300.000F. Par la suite, un décret du 12 Avril 1969 a organisé la profession pour renforcer la compétence et la moralité de ses membres.

rappeler que les décrets-lois du 8 Août 1935 avaient été pris en vue de la protection de l'épargne publique. Les dispositions pénales envisagées sanctionnent les délits des administrateurs et des commissaires, organes investis de la confiance des épargnants. Le législateur par l'annonce même de la sanction a voulu certainement décourager les personnes malhonnêtes qui avaient trouvé l'extraordinaire facilité d'exploiter frauduleusement le système des sociétés anonymes. Ne dit-on pas que la crainte du gendarme est le commencement de la sagesse ! Mais ces mesures pénales ne peuvent pas empêcher radicalement toutes les fraudes et il existera toujours des dirigeants mal intentionnés. Or le commissaire a précisément pour mission de contrôler la gestion des administrateurs au moyen des comptes de la société. S'il constate donc au cours de l'exercice des irrégularités, il doit intervenir pour les faire cesser immédiatement. Mais de quelle façon peut-il intervenir efficacement vis-à-vis des administrateurs malhonnêtes ? Certes, il devra rendre compte des irrégularités à l'assemblée générale. Mais cette assemblée générale aura lieu dans quelques mois seulement probablement et les administrateurs auront eu le temps de continuer leur manipulation malhonnête impunément. Il est vrai que le CC peut user de son droit de convoquer en cas d'urgence l'assemblée générale, droit que lui donne la loi. Seulement, il s'agit là d'un moyen relativement dangereux² et qui n'aboutit pas à coup sûr³. De plus, il ne

²Les résultats obtenus peuvent être bien éloignés de ceux poursuivis par le C.C., notant au cas où, les dirigeants concernés ont su se concilier la complicité (bienveillante ou malveillante) des associés ou d'une partie d'entre eux

faut pas oublier que l'assemblée générale ne saurait se réunir avant l'expiration du délai qui est prévu par les statuts entre la convocation et le jour de la réunion et qu'une telle convocation occasionnera des frais dont le commissaire devra faire l'avance.

C'est pourquoi, l'appel à l'assemblée générale ne peut être considéré ni comme un moyen rapide ni comme un moyen efficace pour remédier à la situation signalée. Il fallait donc munir le CC d'un autre moyen opérant promptement et sans frais à déboursier et le recours au Parquet a semblé tout indiqué. Aujourd'hui d'ailleurs cette disposition ne rencontre plus seulement des hostilités mais enregistre aussi des échos favorables.

Certes l'intervention du Ministère Public dans la gestion des sociétés laisse toujours perplexe en raison du principe classique de la non immixtion des Autorités Publiques dans la gestion des sociétés privées. Mais de nos jours, une telle intervention du Parquet est largement justifiée. Tout d'abord il faut préciser que déjà dans la deuxième moitié du 20^e siècle, le principe de non immixtion perdait un peu de sa rigidité. Cette période marque en France et au Burkina Faso par mimétisme législatif, le point de départ des politiques véritablement dirigistes, qui, dans le souci de planification économique ont conduit l'Etat à intervenir dans la vie économique en général, donc, dans les sociétés privées en particulier. De plus, la nature juridique du commissariat aux comptes a évolué. En effet, conformément à la théorie institutionnelle de la société anonyme, le commissaire n'opère plus seulement comme mandataire des actionnaires dans l'intérêt exclusifs de ces derniers et de la

société qu'ils ont formée. Le CC, appelé encore contrôleur des comptes (à cause de sa mission de contrôle des comptes sociaux) est chargé d'une fonction publique de surveillance et de contrôle des sociétés dont l'exécution intéresse au plus haut point également les tiers créanciers des sociétés et l'épargne publique dans son ensemble. Si le CC était un mandataire ordinaire des actionnaires tout simplement, l'obligation de révélation ne se concevrait pas. Le contrôleur des comptes devrait se contenter de voir régler la question litigieuse dans le sein même de la société au lieu d'en faire l'objet d'une poursuite publique éventuelle. Or, le commissaire étant chargé d'un mandat public qui dépasse le mandat ordinaire, il devra donc faire primer l'intérêt de la collectivité sur celui des particuliers. Ainsi, en imposant l'obligation de se référer, pour décision au gardien des intérêts public, c'est-à-dire au Procureur de la République, le législateur a, par-là, consacré la théorie de l'institution fonctionnelle de la société anonyme. Mais n'aurait-il pas mieux valu dans ce cas, laisser au commissaire la faculté de dénoncer au parquet au lieu de lui imposer une obligation impérative. Seulement, en le faisant, on aurait acculé le commissaire dans une terrible situation en le laissant en prise avec des considérations d'opportunité de dénonciation de la gravité des faits, de promesses de ne plus recommencer et même de promesses tout court, de la part des administrateurs fautifs ou non. Or, en lui imposant l'obligation de dénoncer les irrégularités relevées, la loi coupe court à toutes ces considérations et permet au commissaire de s'en décharger entre les mains du Procureur de la République, mieux qualifié et du reste mieux armé que lui pour leur donner la suite qu'elles

doivent avoir dans l'intérêt des actionnaires, de la société et des tiers.

En tout cas, malgré l'hostilité des professionnels, l'obligation de révélation et la responsabilité pénale qui sanctionne le non-respect de cette disposition ont été maintenues. En effet, l'article 716 al2 de l'A.U révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE, adopté le 30 janvier 2014⁴, se lit ainsi : « En outre, il (le CC) révèle au ministère public les faits délictueux dont il a eu connaissance dans l'exercice de sa mission, sans que sa responsabilité puisse être engagée par cette révélation ». De son côté, l'art.899 punit d'une sanction pénale « tout CC qui, soit en son nom personnel, soit à titre d'associé d'une société de commerce, a sciemment donné ou confirmé des informations mensongères sur la situation de la société ou qui n'a pas révélé au ministère public les faits délictueux dont il a eu connaissance. »

L'existence d'un texte comparable en droit commun des sanctions pénales semble avoir été l'un des arguments principaux en faveur du maintien de cette obligation. En effet, l'article 352 du Code pénal impose à toute personne ayant connaissance d'un crime dont il est encore possible de limiter les effets ou dont on peut craindre le renouvellement, d'avertir les autorités administratives ou judiciaires. Seulement en maintenant l'obligation de révélation, la loi laisse le CC dans une situation inconfortable. N'y a-t-il pas là un conflit de devoirs si l'on sait que conformément à l'article 717, le CC est

⁴ Cet acte uniforme a été adopté à OUAGADOUGOU, capitale du Burkina Faso et a été publié au J.O OHADA. Spéciale du 4 février 2014

astreint au secret professionnel pour les renseignements dont il a pu avoir connaissance à raison de ses fonctions. L'obligation au secret professionnel se justifie dans la mesure où le contrôleur des comptes ne saurait être à la fois celui qui reçoit les confidences des dirigeants et celui qui va les divulguer. Aussi, les CC sont-ils partagés entre des devoirs antagonistes qui leur imposent tout à la fois de parler et de se taire. Le législateur n'a pourtant pas ignoré cet aspect du problème et il a tranché en faveur de l'obligation de dénonciation puisque le contrôleur des comptes ne verra pas sa responsabilité pénale engagée pour la violation du secret professionnel. Aussi, sous aucun prétexte, ne peut-il refuser de révéler sinon il engage sa propre responsabilité : l'obligation de révélation est une obligation impérative. Le CC ne peut s'y dérober. Le législateur a par-là, instauré une sorte de collaboration forcée entre l'organe de contrôle des comptes des sociétés et le Ministère Public représentant l'intérêt général, chargé par conséquent de la défense de l'Ordre Public répressif. Mais, de nos jours les données ont évolué. Les crises économiques en se succédant avec une ampleur plus ou moins grande, ne sont pas venues sans conséquence sur la vie des sociétés ; leurs difficultés ne cessent de s'accroître sans cesse. On note ainsi la disparition de nombreuses entreprises et le nombre d'entreprises en difficultés, donc menacées de disparition augmente de jour en jour.

Ainsi, l'Ordre Public est « troublé » en raison des problèmes sociaux que la disparition des entreprises crée. Que faire ? Il a fallu étendre la mission du Ministère Public, défenseur de l'ordre public. Désormais, il peut intervenir dans les

procédures collectives. Sa mission ne se limite plus à la défense stricte de l'Ordre Public répressif mais s'étend à celle de l'Ordre Public économique et social. Par ailleurs, on cherche aussi à étendre la mission des CC pour en faire des « guetteurs économiques ». Ils sont ainsi tenus de relever les faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation.

Cette évolution des rôles respectifs du CC et du ministère public dans le sens de la prise en considération de l'ordre public économique et social amène à revoir la collaboration entre le commissariat aux comptes et le Ministère Public. Le législateur cherche à les impliquer davantage non plus dans un but purement répressif mais plutôt dans un but salvateur économique. Il s'agit désormais d'une part, d'éviter la disparition des entreprises en favorisant leur redressement et d'autre part, de sauvegarder par-là les emplois.

Il s'agira donc pour d'analyser dans une première partie la collaboration « forcée » entre le commissariat aux comptes et le ministère public dans un but répressif (I) et dans une deuxième partie, nous envisagerons la corrélation de leur nouvelle implication dans la vie des sociétés avec la prise en considération de l'ordre public économique et social (II). Par cette démarche, nous tenterons de montrer l'évolution des rapports entre l'organe de contrôle des sociétés et le parquet d'un plan de vue strictement juridique vers un autre purement économique.

I. Une collaboration bien affirmée en matière de répression des faits délictueux : l'obligation de révélation

Aux termes de l'article 716 al2 de l'A.U / D.S.C et des GIE relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE « En outre, il (le C.C.) révèle au ministère public les faits délictueux dont il a connaissance dans l'exercice de sa mission, sans que sa responsabilité puisse être engagée par cette révélation. »⁵ Ainsi est bien affirmée la collaboration entre les commissaires aux comptes, organe légal de contrôle des sociétés par actions et le ministère public, organe légal représentant de l'intérêt général. Il faut rappeler que de telles relations n'existaient pas avant l'ancien article 33 de la loi française de 1867. Elles ont été en quelque sorte imposées aux commissaires aux comptes (C.C.), eu égard à l'hostilité manifestée alors par les membres de la profession qui ne voulaient pas d'une telle obligation qui, selon eux avilissait leur profession. Et il s'agit bien d'une collaboration « forcée » puisque même l'opportunité de la dénonciation n'est pas laissée au C.C. qui doit révéler chaque fois qu'il découvre un fait délictueux dans l'accomplissement de la mission au risque de voir sa responsabilité pénale engagée. En effet, aux termes l'article 899 du même acte uniforme, « Encourt une sanction pénale,

⁵In J.O OHADA spéciale précité . C'est presque dans les mêmes termes que le code français de commerce pose l'obligation de révélation du C.C. au procureur de la République (cf. art. L.823-12, al 2). Il est difficile de ne pas voir là, une manifestation de ce « mimétisme juridique » dont fait si bien état Dj. ABARCHI dans son article « Problématique des réformes législatives en Afrique : le mimétisme juridique comme méthode de construction » in Revu. Niger. Du droit n°20, 1999 p.53 et s.

tout C.C. qui, soit en son nom personnel, soit à titre d'associé d'une société de C.C....n'a pas révélé au ministère public les faits délictueux dont il a eu connaissance.»⁶

Dans ces conditions, une telle obligation ne peut que susciter des réflexions. On ne peut manquer de s'interroger en effet sur les raisons de cette intervention législative dans la vie des sociétés commerciales. La raison principale se trouve dans le souci de moraliser la pratique des affaires en ce sens que l'épargne publique, massivement investie à l'époque dans les sociétés par actions avait besoin d'une protection accrue. On trouvait déjà une telle préoccupation dans la loi française de 1867 sur les sociétés commerciales. Mais c'est plus précisément avec les décrets lois de 1935 et 1937 que l'idée d'assainissement des pratiques d'affaires apparaît très nettement à la suite de nombreux scandales financiers. Désormais, le C.C. doit exercer un authentique contrôle, non seulement sur la régularité et sur la sincérité des comptes mais encore sur le fonctionnement des organes sociaux. Il doit appeler les dirigeants au respect des textes légaux, s'assurer du maintien de l'égalité entre les actionnaires et signaler les irrégularités ou inexactitudes qu'il a constatées. Enfin, il doit s'adresser au Procureur de la République lorsque ces irrégularités constituent des délits.

C'est donc dans ce contexte général qu'il faut essayer de comprendre l'obligation de révélation. D'ores et déjà, on peut affirmer à coup sûr et sans risque d'erreur que cette disposition législative a, avant tout, un but répressif : le législateur a

⁶In J.O précité

voulu organiser une véritable répression des infractions dans les sociétés en attribuant aux commissaires aux comptes le rôle d'une véritable vigie, d'un véritable censeur. Il alerte les dirigeants, informe les actionnaires et il s'adresse enfin au parquet. Certes, on ne peut méconnaître l'intérêt économique qui est derrière cette obligation dans la mesure où après tout, il s'agit de protéger l'épargne publique, voire l'économie nationale en maintenant les sociétés en « bonne forme ». Mais il semble que traditionnellement, cet intérêt économique n'apparaissait qu'au second plan ; c'est la raison pour laquelle on peut dire que l'obligation de révélation remplit une double fonction :

- tout d'abord, une première fonction essentiellement juridique et qui consiste à réprimer les délits du droit des sociétés. Il s'agit de découvrir les infractions et d'en punir les auteurs.
- ensuite, une deuxième fonction moins juridique et plus économique que la première. Il s'agit d'une fonction plus préventive dans la mesure où elle a un rôle persuasif, dissuasif. On suppose que la connaissance de l'obligation de révélation est de nature à susciter la crainte, la peur des dirigeants sociaux et à les décourager d'une éventuelle commission des infractions.

A cette étape de notre raisonnement, une question essentielle surgit à l'esprit. Il s'agit de savoir laquelle de ces deux fonctions prime l'autre. A vrai dire, on ne saurait répondre à cette question de façon tranchée car justement, à ce propos, s'est

instaurée, en doctrine une très vive controverse, entérinée par la jurisprudence.

- Selon une première théorie qui considère le commissariat aux comptes comme une institution d'intérêt général devant servir la collectivité, l'obligation de révélation se conçoit comme un lien entre le commissariat aux comptes et le Ministère public débouchant sur une collaboration dans la lutte contre la délinquance d'affaires. L'obligation de révélation dans ce cas, comme l'a fort justement souligné M. BOULAY⁷ est perçue comme « le premier maillon de la répression pénale des infractions et le délit de non révélation comme le moyen de s'assurer que le premier maillon ne fera pas défaut ». Ainsi, cette première thèse met l'accent sur le caractère répressif de la collaboration. L'intérêt économique n'apparaît pratiquement pas ou du moins, est négligé.
- Par contre, pour une deuxième théorie, selon laquelle le commissariat aux comptes, n'est qu'un organe de la société, investi d'une mission d'intérêt privé et devant se comporter comme un allié des associés, voire des dirigeants, l'obligation de révélation et le délit pénal qui la sanctionne prennent une coloration différente. La coloration dans ce cas, est une arme de dissuasion. On

⁷ Jean Charles BOULAY, L'obligation du commissaire aux comptes de révéler les faits délictueux. Revue des sociétés 1980, p.443

espère que la connaissance d'une telle obligation faite au C.C. de dénoncer les délits devra persuader les dirigeants à ne pas commettre d'infractions.

Seulement en dehors de quelques différences fondamentales, ces deux conceptions ont un point commun non négligeable. Dans l'une comme dans l'autre, il y a indiscutablement une interaction profonde entre la conception que l'on se fait de la mission du C.C. et la portée que l'on reconnaît à l'obligation de révélation. Ainsi, la première théorie, en confiant au C.C. une mission d'intérêt public, adopte une conception très large de l'obligation de révélation qui remplit pour ainsi dire une fonction répressive. Par contre, dans la deuxième théorie, le commissariat aux comptes étant un organe de la société, chargé d'une mission d'intérêt privé, la répression n'est plus systématique puisque l'intérêt public n'est plus par hypothèse mis en jeu. On met l'accent beaucoup plus sur la dissuasion voire la régularisation. C'est ce raisonnement qui guidera notre démarche. Ainsi, nous analyserons dans un premier temps, la fonction répressive de l'obligation de révélation (A) et dans un deuxième temps, nous développerons le rôle dissuasif de la révélation (B). En tout état de cause, il s'agit en réalité, d'examiner tour à tour les deux dimensions complémentaires de la collaboration imposée par le législateur.

A) Une collaboration avec une mission et une fonction répressives

Si le législateur OHADA oblige le C.C. à révéler les faits délictueux au ministère public, c'est pour que celui-ci en protecteur légal, donc naturel de l'intérêt

général, puisse poursuivre les auteurs de ces faits et les punir en conséquence, en raison du trouble qu'ils causent ainsi à l'ordre social en s'adonnant à de tels comportements. La mission répressive de la collaboration établie n'en est que plus évidente.

S'agissant de la fonction répressive, elle transparait du postulat de départ qui est posé ici à savoir que la collaboration entre le C.C. et le ministère public est un instrument de répression contre les infractions dans les sociétés commerciales. En partant de l'idée que le commissariat aux comptes est une institution légale d'intérêt collectif, donc destinée à protéger l'intérêt général et pas seulement les intérêts privés (des associés notamment) dans les sociétés, sa collaboration avec le ministère public représentant de ce même intérêt général ne peut que viser la protection de cet intérêt⁸. Ce faisant, la mission du contrôleur des comptes ne déborde-t-elle pas le seul cadre de la société contrôlée ! En tout état de cause, une double conséquence découle de ces observations :

- la première concerne les relations qui existent entre le commissariat aux comptes et le parquet et plus précisément l'obligation de révélation : elle est perçue alors comme un instrument de lutte contre la délinquance d'affaires ;
- la deuxième est relative à l'étendue, à la portée de l'obligation de révélation. Puisque

⁸ C'est la raison pour laquelle, certains auteurs, en France, analysant les articles 233 al2 et 457 de la loi du 24 juillet 1966 ont estimé qu'ils avaient pour but exclusif d'assurer la répression des infractions commises dans les sociétés.

la collaboration est d'ordre public, l'obligation de révélation a une force impérative. En réalité, cette conséquence découle de la première : dans la mesure où l'intérêt général est menacé ici, on ne peut tolérer des erreurs, des négligences ou des complaisances de la part du contrôleur des comptes. Ceci va entraîner une conception extensive du délit de non révélation et par conséquent, une extension de la responsabilité pénale du C.C. considérée alors comme un véritable moyen de coercition à l'égard de celui-ci. Ces deux conséquences vont permettre d'analyser d'abord, la collaboration entre le C.C. et le ministère public comme un moyen de lutte contre la délinquance d'affaires (1). Ensuite, il sera envisagé l'extension de la responsabilité pénale du C.C. L'obligation de révélation apparaît alors comme un moyen de coercition sur le C.C. (2) à travers sa responsabilisation au plan pénal.

1) L'obligation de révélation : un moyen efficace de lutte contre la délinquance d'affaires.

Tout d'abord, il convient d'observer qu'une telle affirmation peut paraître curieuse voire même troublante. En effet, on ne voit pas comment le C.C., membre d'une profession libérale peut participer avec le parquet à la lutte contre la criminalité d'affaires. Le C.C. n'est-il pas un allié de la société et des actionnaires devant au contraire, aider la société à sortir des difficultés qu'elle peut rencontrer ? Le contrôleur des comptes n'est-il pas le mandataire de la société ? On ne peut dans

ce cas comprendre comment il peut alors lutter contre la société et les actionnaires qui l'ont désigné. Ces interrogations suscitées par la mission du commissariat aux comptes aux côtés du parquet, mission encore critiquée par certains professionnels montrent la complexité du problème. En effet, si le C.C. est un mandataire de la société, alors, le rôle de délateur qu'on lui fait jouer est critiquable à plus d'un titre. Mais la question se pose de savoir si le C.C. n'est pas autre chose qu'un simple mandataire. A la vérité, la participation du contrôleur des comptes à la lutte contre la délinquance ne peut être acceptée que si cette collaboration peut s'expliquer, peut rentrer dans le cadre de la mission générale que la loi lui a assignée.

Or, la détermination de la mission de l'organe de contrôle des sociétés est un problème lié à la nature juridique de la fonction de contrôleur. En France, après une longue controverse à propos de la nature juridique de la fonction de C.C. et qui a entraîné bien des incertitudes sur les contenus de l'obligation de révélation, la compagnie nationale des commissaires aux comptes, à travers une recommandation du 12 septembre 1985 et la Chancellerie, à travers une circulaire du 23 octobre 1985, ont mis fin aux incertitudes en affirmant : « la mission fondamentale du C.C. est de garantir la fiabilité des informations comptables et financières données par les responsables sociaux. La révélation ne peut être dissociée de ce principe et c'est par rapport à celui-ci que son champ doit être déterminé... » Comment justifier alors l'incrimination qui doit sanctionner l'obligation de révélation ? C'est qu'en réalité, la mission du C.C. est double.

Il est en effet, d'une part, mandaté par la société contrôlée, avec laquelle il entretient des relations de clientèle ainsi que de nécessaires rapports de confiance et de confidentialité, d'autre part, titulaire d'un mandat général assorti de prérogatives déléguées de puissance publique, avec les garanties et la sécurité qui en résultent. Le législateur OHADA semble en tout cas, s'être accommodé de cette vision de l'obligation de révélation⁹. Si l'on éclaire ainsi l'aspect de service à la collectivité que peut revêtir la mission du C.C., l'aspect d'intérêt général, la collaboration établie entre le C.C. et le parquet par le canal de l'obligation de révélation va trouver dans la révélation même des faits délictueux par ce professionnel un des instruments les plus efficaces dans la lutte contre la délinquance financière. En effet, aucune infraction dans ce domaine ne va rester occulte. Le contrôleur des comptes participe pleinement à la lutte contre la délinquance d'affaires aux côtés du parquet. N'est-ce pas là, faire de lui, un véritable auxiliaire du parquet ? N'est-ce pas le transformer en un véritable agent de police judiciaire ? Cette idée est pourtant, à première vue, troublante, voire en contradiction avec l'esprit qui doit animer une profession libérale comme celle des C.C.

En tout état de cause, un tel infléchissement vers une fonction censoriale du commissariat aux comptes va entraîner une conséquence lourde : une interprétation extensive de la portée de l'infraction prévue à l'article 899 de l'A.U. / D.C.G pour la non-révélation. La responsabilité pénale des C.C. va être de

⁹ Voir, pour plus de détails, Lamy droit pénal des affaires 2014 n°2235 et s.

plus en plus engagée puisqu'il ne faut tolérer aucune négligence, aucune erreur, aucune indulgence ni aucune complaisance de leur part, au nom de la nécessaire protection de l'intérêt général. La responsabilité pénale devient un véritable moyen de coercition sur eux.

2) L'obligation de révélation : un moyen de contrainte sur le C.C.

La collaboration entre le C.C. et le ministère public à la mise en œuvre du droit pénal des sociétés est commandée, en grande partie par la responsabilité pénale que le contrôleur des comptes encourt en cas de manquement à ses obligations, notamment à celle de révélation de faits délictueux dont il a connaissance. La violation de cette obligation est sanctionnée à l'article 899 de l'A.U. / D.S.C + GIE. On peut observer qu'il s'agit d'un délit bien singulier dans la mesure où il sanctionne une obligation de révélation, rare en droit pénal et qu'il semble heurter l'obligation au respect du secret professionnel du C.C. Il se justifie cependant dès lors que le C.C. est investi d'« une mission d'intérêt général ».¹⁰ Le délit de non-révélation suppose, outre l'existence de faits délictueux et leur connaissance par le C.C. (conditions préalables à l'infraction), la réunion d'un élément matériel (le défaut de révélation) et d'un élément moral (la mauvaise foi du commissaire).

¹⁰ C'est du reste pourquoi la profession, en France, n'en a pas critiqué le principe mais seulement l'interprétation qui en a été faite par les tribunaux. Voir, à cet effet, le C. déontol. CAC. Art. 1^{er}

a) *Les conditions préalables à l'infraction*

S'agissant de la première condition de l'infraction, à savoir l'existence de faits délictueux, une première difficulté va concerner le caractère délictueux de l'irrégularité relevée. A vrai dire, il appartient à l'accusation de prouver ou d'établir le caractère délictueux du fait constaté. Et d'une façon générale, est délictueux le comportement ou le fait qui contrevient à une disposition légale pénalement sanctionnée. Le problème survient lorsqu'il s'agit d'un délit intentionnel qui exige la preuve d'un élément moral tel que la mauvaise foi. Plus concrètement, il s'agit de savoir si le commissaire est fondé à opposer aux poursuites diligentées contre lui pour non-révélation son ignorance légitime de cet élément intentionnel chez l'auteur du fait.

Pour Hémard, Terré et Mabilat¹¹, lorsque le C.C. aux comptes découvre des faits qui constituent l'élément matériel d'une infraction, il n'a pas à s'interroger sur la psychologie de l'auteur ; il doit révéler des faits objectivement délictueux, que l'élément moral soit ou non constitué. En ne révélant pas, le C.C. risque qu'au cours du procès, le ministère public apporte la preuve de l'élément intentionnel et de sa connaissance. La prudence commande donc au C.C. de révéler ce qui lui paraît suspect. Et puis, les faits délictueux concernés doivent s'entendre de faits susceptibles d'une qualification pénale au moment où le C.C. en a connaissance. Il importe peu en effet que

celui-ci puisse en l'état, être défini avec précision par le C.C.¹².

Aucune autre condition n'est exigée à partir du moment où l'existence de ces faits délictueux ou susceptibles de l'être, est établie. En premier lieu, peu importe l'auteur, le co-auteur ou le complice de l'infraction, dans la mesure où la loi impose de révéler les faits et non de dénoncer des personnes¹³. En conséquence, il peut s'agir indifféremment de faits commis par les dirigeants sociaux, par un employé, par un autre C.C., par le liquidateur ou même par un tiers. En second lieu, le décès de l'auteur principal d'une infraction ne peut dispenser valablement le C.C. de toute révélation. En effet, cette cause d'extinction de l'action publique opérant in personam, ne profite nullement aux complices et aux co-auteurs¹⁴. Pas davantage, malgré quelques décisions contraires de juridictions du fond¹⁵ ; la régularisation des faits délictueux par leur auteur ne peut faire obstacle à leur révélation par le C.C. En effet, la régularisation ne constitue tout au plus en droit pénal qu'un repentir actif¹⁶ ; il ne peut en conséquence, supprimer l'infraction et reste soumis à la seule

¹¹ V. Hémard, Terre, Mabilat, Sociétés commerciales, t2 1974, 1021.

¹² Dans ce sens, Cass. Crim, 15 septembre 1999, Bull. crim 1999 n°187 ; R.T.D. com. 2000 p475, obs-B. Bouloc ; Bull.joly sociétés 2000 p. 25§3, note J. – F. Barbiéri.

¹³ V. Cass. Crim, 2 mars 1961 D. 1962 p 121, note P. Bouzat ; J.C.P.G. 1962 II 12092, note J. Larguier.

¹⁴ Pour plus de détails ; v. P. CONTE et P. Maistre du Chambon, Procédure pénale, A Colin, coll. « U », 4^{ème} éd. 2002 n° 163.

¹⁵ V. notamment C.A. Caen, 14 mars 2000, Bull – CNCC 2000 n°118.

¹⁶ V. sur cette notion, P. Conte et P. Maistre du Chambon, op. cit. n°248 ; J. Lervy, Droit pénal Gl, 2^{ème} éd. 2006, n° 3.47

appréciation du parquet, investi du monopole de l'opportunité des poursuites.¹⁷

Enfin, le C.C. est tenu de révéler les faits délictueux qui, en cas d'établissement des comptes consolidés, ont été commis dans des entreprises comprises dans la consolidation¹⁸. Il en est de même en l'absence de consolidation pour des faits commis au sein d'une filiale ou de la société mère. S'agissant en ce cas d'une hypothèse de secret partagé, le C.C. doit, avant toute révélation, prendre contact avec son confrère et lui confirmer par écrit ses constatations. En tout état de cause, puisque la qualification est de la seule compétence du parquet et des juridictions pénales, la responsabilité du C.C. ne peut être engagée du fait d'une révélation portant sur des faits pour lesquels l'auteur est ensuite relaxé par la juridiction pénale. A l'inverse, il ne peut être reproché au C.C. de n'avoir pas révélé des faits pour la réalisation desquels une relaxe définitive a été prononcée à l'encontre de leur auteur. La relaxe signifiant en effet que lesdits faits n'ont pas un caractère délictueux, il faut en déduire que la juridiction saisie d'une non-révélation doit surseoir à statuer

¹⁷ C'est dans le même ordre d'idée que M. COZIAN, A. Viandrier et F. Deboissy (Droit des sociétés, éd. Lexis Nexis 2013 p.450) proposent de rapprocher de l'obligation de révélation, l'obligation de déclaration exigée par le dispositif français de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme dit Tracfin, o travers l'art. L 561 du code monétaire et financier. Les C.C. doivent déclarer ainsi à la cellule « les opérations dont ils savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou participent au financement du terrorisme »

¹⁸ V.B.- H. Dumortier, jcl. Sociétés, Traité, Fasc 134- 30, n° 102

dans l'attente d'une décision définitive sur la qualification pénale des faits en cause.¹⁹

La deuxième difficulté à propos de l'existence des faits délictueux, a trait à leur nature et leur gravité. Faut-il effectuer des distinctions suivant la nature des faits ou leurs effets sur la personne ou sur l'entité concernée ? La question demeure controversée tant en doctrine qu'en jurisprudence. Si bon nombre d'auteurs, soutenus en cela par une certaine jurisprudence²⁰ estiment que les faits que doit révéler le C.C. doivent être « significatifs » et « délibérés », d'autres, également confortés par certaines jurisprudences n'entendent pas « limiter » l'obligation à ces seuls faits, fussent-ils plus « significatifs » que d'autres²¹ les textes concernés n'ayant au demeurant, opéré aucune distinction à cet égard. A vrai dire, un C.C. ne risque guère de découvrir des crimes à l'occasion de ses fonctions et même si le cas se présentait, le droit commun de l'art.352 du code pénal suffirait à lui imposer déjà l'obligation de dénoncer. N'y a-t-il pas lieu ici, de faire un clin d'œil bienveillant à M. Larguier lorsqu'il écrivait que « si la profession en

¹⁹ En ce sens, obs. Barbiéri J.- F, in Bull. joly sociétés 2000 p. 901 ;

²⁰ V. notamment Bull. CNCC 1985 n° 59 ; Goyet Ch. La révélation des faits délictueux : remarques sur une pratique négociée de l'action publique, J.C.P.G. 1989 I, n° 3370 ; C.A Besançon 18 déc ; 1987, Bull. CNCC A988 n° 69 p ; 68, note du Pontavice E. ; également CA Caen, 14 avril 2000, Bull. CNCC 2000 n° 118 p. 202, note Merle Ph. ; et C.A. Besançon 11 avril 2000, Bull CNCC 2000 n° 119 §123.

²¹ V. Mémento F. Lefebvre, Audit et commissariat aux comptes, 2007-2008 n°61618 ; également, Touffait, Robin, Audureau, Lacoste, Délito et sanctions dans les sociétés 1973 ; également, Forum de la compagnie régionale de Versailles sur la révélation des faits délictueux, juillet 2006 ;

effet est la source de la responsabilité, elle doit également en marquer la limite »²² ! En pratique, la révélation portera le plus souvent sur des délits. En tout état de cause, le parquet ne peut sérieusement requérir la responsabilité pénale du contrôleur des comptes sur la base de l'article 899 de l'A.U / D.C.G tant que le fait délictueux présente peu de rapport avec la vie sociale dont il s'occupe ou pas d' « incidence significative sur les comptes annuels de la société ».²³

S'agissant à présent de la 2^e condition préalable au délit de non-révélation, à savoir la connaissance des faits délictueux, il est unanimement admis que le délit de non-révélation est un délit intentionnel. En pratique, la connaissance des faits délictueux suffit. Peu importe le mobile du C.C. notamment son désir de ne pas porter préjudice au crédit de la société par une révélation. Seulement, il faut distinguer deux aspects de la connaissance : la connaissance de la loi pénale qui réprime le fait et la connaissance de la matérialité des faits. Sur le premier point, les auteurs sont d'accord pour reconnaître que la connaissance de la loi pénale par le C.C. est présumée de manière irréfragable ; le principe selon lequel « nul n'est censé ignorer la loi » doit s'appliquer avec une

²² Cfr. M. Larguier, Droit pénal des affaires, 3^e éd. P. 300

²³ C'est pourquoi en France, le délit d'ingérence, devenu depuis le délit de prise illégale d'intérêts n'entre pas dans le champ d'application du délit de non-révélation des faits délictueux parce que l'infraction ne présente pas d'incidence sur les comptes annuels ? Au demeurant, toute présomption de connaissance des faits délictueux est écartée en jurisprudence dans les matières sortant des limites ordinaires de la révision des comptes (droit pénal du travail, infractions relatives à la coordination des transports, etc.

rigueur particulière à ce professionnel qui a précisément pour mission de contrôler l'application du droit des sociétés.

Dans l'affaire du Comptoir national du logement²⁴, la Cour de Paris se prononçait en ce sens : « le C.C. étant par définition un spécialiste du droit pénal des sociétés, il ne saurait être moins que quiconque admis à faire état de son ignorance de la loi, pas plus que de l'interprétation de cette loi par les tribunaux ». A vrai dire, comme c'est à l'accusation d'apporter la preuve de la connaissance du caractère répréhensible des faits par le commissaire, la maxime « nul n'est censé ignorer la loi » ne semble pas suffisante à elle seule pour justifier la condamnation en l'état de complexité de la législation pénale en matière des sociétés et de l'incertitude des solutions en certains domaines du droit des affaires. C'est pourquoi, il ne faut pas systématiser à l'excès la portée de cette jurisprudence. Sur le deuxième point, il est admis que la connaissance des faits délictueux est un élément fondamental. D'une façon générale, on ne discute pas sur la nécessité de démontrer que le commissaire savait, qu'il était informé et qu'il n'a pas dénoncé. Mais le problème va se poser à propos de la preuve à administrer car savoir et « ne pas pouvoir ignorer » ou « ne pas devoir ignorer » sont deux choses différentes. Certains auteurs se contentent d'indices, de simples présomptions.

Aussi, la responsabilité pénale du commissaire se trouve-t-elle largement accrue.

²⁴ Paris 15 Janvier 1964, R.T.D.com 1964 p.335, obs. R.Houin ; également Cass. Crim. 25 février 2009, Dr. Sociétés 2009, comm. 103, obs. R. Salomon, Bull. joly sociétés 2009 p.792, note E- Dezeuze.

Un certain nombre de décisions statuent en ce sens, favorable ainsi à une conception laxiste des exigences de preuve. On peut citer un jugement du tribunal du Havre²⁵ selon lequel le C.C., gardien de la légalité et jouissant d'une position importante au sein de la société aurait dû révéler les faits reprochés. Or, il n'est pas certain pour autant qu'il ait su que le délai de six mois pour tenir l'assemblée générale (en l'espèce, c'était le fait reproché) n'avait pas été judiciairement prolongé. Certaines décisions invitent²⁶ simplement à dénoncer tous les faits qui peuvent présenter un caractère suspect au regard de la loi pénale sans pouvoir se retrancher derrière l'ignorance de la qualification.

D'autres relèvent une incontestable carence du commissaire voire des négligences ou des fautes caractérisées. Un jugement du tribunal de grande instance de Toulouse²⁷ a condamné un C.C. qui se contentait d'examen superficiels, sans procéder à des vérifications élémentaires alors que le président dilapidait les fonds sociaux dans les casinos et qu'à son instigation, le comptable falsifiait les bilans. La Cour d'appel de Paris²⁸ avec l'autorité qu'on lui reconnaît a renchéri pour ce courant jurisprudentiel en condamnant un commissaire bien que celui-ci n'ait pas connu les faits reprochés

²⁵ Tribunal correctionnel du Havre, 23 Juin 1975
Revue des sociétés 1975 page 151.

²⁶ Tribunal correctionnel de Besançon 3 Janvier 1975 Bulletin de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes (C.N.C.C) n°20 page 436.

²⁷ Tribunal correctionnel de Toulouse, 10 Janvier 1977.

²⁸ Cour d'appel de Paris 12 Juillet 1979, Bulletin de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes n°35 page 323.

dans la mesure où cette ignorance provenait de son impéritie et de sa méconnaissance complète de ses obligations professionnelles. Selon les termes mêmes de l'arrêt, « le prévenu se devait de dénoncer au parquet le délit d'abus de biens sociaux qu'un peu plus d'efforts de sa part l'eût mis en mesure de déceler ».

b) L'élément matériel de l'infraction : l'absence de révélation

La révélation matérielle du délit suppose que le C.C. n'ait pas informé le ministère public des faits délictueux dont il a pourtant eu connaissance dans l'exercice de sa mission ; il s'agit donc d'un délit d'abstention justifié par l'obligation particulière qui pèse sur ce professionnel investi, il faut le rappeler, d'une mission « d'intérêt général »²⁹. Il appartient ainsi au seul C.C. de décider s'il doit ou non révéler et il ne peut déléguer cette responsabilité. Même lorsqu'il y a plusieurs commissaires (au moins deux), celui qui a connaissance de l'infraction doit, préalablement à toute démarche auprès du ministère public, en conférer avec son ou ses confrères. La révélation doit être si possible, conjointe ou, en tout état de cause, être faite au nom de tous les commissaires aux comptes³⁰. En cas de désaccord entre eux, celui qui procède à la révélation doit préciser dans sa démarche que son confrère a été informé. Si le commissaire qui révèle le fait délictueux

²⁹ Cfr. Art. ...et l'art 1^{er} du Code français de déontologie des C.C

³⁰ Ainsi, un C.C ne peut être condamné pour être abstenu de révéler un faux en écritures dans le bilan de la société, dès lors que ces faits avaient été réalisés ...par l'autre CC au nom des 2 (C.A Besançon 11 avril 2000, pré-cité

est interrogé à ce sujet par le procureur du Faso, il ne doit pas lui cacher que son confrère estime lui, que les éléments de l'infraction ne sont pas constitués. En tout état de cause, dès qu'il a connaissance du fait délictueux, il doit révéler sans attendre l'ouverture d'une procédure collective³¹, l'issue d'une procédure en cours³², la saisine du parquet par la commission des opérations de bourse³³ ou encore le dépôt d'une plainte.³⁴

Quant à la question du destinataire de la révélation, c'est le ministère public qui est légalement seul destinataire de la révélation faite par le C.C. Doit-il s'agir du chef du parquet en personne ou peut-il s'agir de ses substituts ou même d'autres membres du parquet ? Le bon sens semble commander qu'à défaut du chef du parquet lui-même, il puisse s'agir de ses substituts ou d'un autre membre, mais spécialement habilité à cet effet.³⁵

S'agissant de la forme de la révélation, ni l'art.716 al2, ni l'art 899 de l'A.U / D.S.C +GIE, n'apportent de précision à cet égard. Une ancienne norme professionnelle, en France, demandait au C.C. de formaliser par écrit sa révélation et de garder trace écrite de son intervention ;

³¹ V. C.A. Paris, 9^e Ch. ; 3 déc. 1990 n° RG 90/243

³² V. C.A. Paris, 1^{er} juin 1992, Dr. Sociétés 1992 n° 253

³³ V. C.A. Paris, 15 février 1979, Bull. CNCC 1979 n° 34 p. 197

³⁴ V. Cass. Crim., 27 juin 1983, Bull. CNCC 1983 n°52 p. 462 ;

³⁵ La question du destinataire de la révélation prend une dimension particulière si on la rattache à l'obligation de déclaration de soupçon pesant, dans le cadre de la lutte anti blanchissement sur le C.C. concomitamment à son obligation de révélation. Pour plus de détails, v. Lamy droit pénal des affaires 2014, n°2246.

il faut en déduire que la révélation se fera de préférence, par courrier avec demande d'avis de réception ou par remise directe au secrétariat du parquet qui l'enregistrera et délivrera un reçu. Dans le cas où le commissaire s'est entretenu oralement avec le parquet, il peut à l'issue de l'entretien, et dès lors qu'il décide de procéder à la révélation, lui remettre une lettre de révélation en prenant soin là encore, de garder trace de la remise. En toute hypothèse, le parquet accusera réception du document et lorsqu'il envisagera de lui donner une suite pénale, prendra le soin de recueillir l'avis du C.C. sur les risques que peuvent comporter de telles poursuites au plan économique. La collaboration entre le C.C. et le parquet n'en continue que plus belle³⁶.

Dans le silence également des textes, il y a lieu de penser que la révélation soit faite en principe au parquet dans le ressort duquel se trouve le siège social de la société contrôlée ou à celui du lieu de l'établissement où a été commis le faits délictueux si cet établissement est distinct du siège social.

Le problème le plus important ici va concerner le moment de la révélation, autrement dit, son délai. En l'absence de précision des textes, faut-il déduire que le C.C. doit révéler les faits délictueux aussitôt qu'il en a eu connaissance ? En dépit de l'opinion contraire de certains auteurs pour qui « aujourd'hui, la solution de principe est que les (C.C.) doivent

³⁶ Et puisque la révélation des faits délictueux est suffisante en elle-même, le parquet ne peut exiger du C.C. la remise d'un rapport sur la situation de la société (CA Paris, 22 févr. 1988, Bull. joly 1988 p. 589, Bull. CNCC 1988, n° 71p.308, note du Pontavice E.).

immédiatement révéler les faits délictueux dont ils eu connaissance³⁷, la plupart des auteurs et la jurisprudence s'accordent pour reconnaître au C.C., « un délai raisonnable ». Le C.C. n'a pas « à se précipiter dans le bureau du procureur » reconnaît un auteur. En tout cas, il vaut mieux que le C.C. révèle dès que possible, sans trop tarder au risque de tomber dans la dénonciation tardive assimilée elle, à un défaut pur et simple de dénonciation.³⁸ L'appréciation du caractère « raisonnable » du délai étant une question de fait laissée au pouvoir souverain du juge du fond, a donné lieu à une jurisprudence jugée « très empirique » mais qui n'en prête pas à trop grosse conséquence. Ainsi, il a pu être jugé qu'un délai d'un mois n'était pas excessif³⁹ alors que de nombreuses décisions ont pu juger que des révélations intervenues après plusieurs mois, voire plusieurs années étaient tardives et inefficaces.

Quant aux domaines et à la diversité des faits délictueux concernés par la révélation, la question se pose de savoir si les faits à révéler sont ceux qui concernent « la (seule) constitution ou la gestion de la société contrôlée », qui sont « en rapport avec le fonctionnement de la société ». Il semble, en dépit de quelques petites controverses que doivent être révélées les infractions qui, au-delà du seul domaine du droit des sociétés, ont une « incidence significative sur les comptes annuels de la société ou de l'entité »⁴⁰. Dans la pratique,

³⁷ Dans le même sens, Mihman A. et Lucas de Leyssac M.-P. op. cit p.378 n°596

³⁸ Dans le même sens, C.A. Dijon 27 nov. 1985, Bull. CNCC 1986 n° 62 p. 179

³⁹ V. notamment Trib. Corr. Laval 13 oct. 1978

⁴⁰ L'expression est tirée des études juridiques. CNCC sur la responsabilité pénale des C.C. p.96

les condamnations les plus fréquentes de C.C. ont été, tout d'abord, prononcées à raison de diverses carences de la part des dirigeants sociaux dans la tenue de l'Assemblée Générale (AG), dans les six (6) mois de la clôture de l'exercice, dans la convocation de l'AGE aux fins de se prononcer sur le sort de la société après des pertes conséquentes ou dans la désignation d'un second C.C. ou d'un commissaire aux apports ; ensuite, à raison de nombreux délits d'actions commis par les dirigeants : tenue fictive de l'AG, inexactitude des bilans, défaut de provision et importantes manipulations comptables, infractions aux règles de facturation, répartition de dividendes fictifs, tenue d'une comptabilité fictive, abus de biens sociaux, infractions de droit commun telles que l'escroquerie, l'abus de confiance, le faux et usage de faux, infractions fiscales, douanières ou cambiales et même infractions au droit du travail et de la sécurité sociale.⁴¹ Finalement, en l'état actuel des textes, seuls les faits absolument étrangers à la société n'ont pas à être dénoncés.

c) L'élément moral de l'infraction : l'abstention en connaissance de cause de révéler les faits délictueux connus.

L'art.716 al.2 de l'A.U / D.S.C et du GIE fait obligation au C.C. de révéler les faits délictueux dont il « a eu

n°1100. En conséquence de cela, les auteurs ont proposé l'extension du délit aux infractions boursières et fiscales en relevant que la mission de certification du C.C. est assortie de missions spéciales « qui sont ouvertes sur la protection d'intérêts publics » (Delmas – Marty M. et Guidicelli – Delage G., Droit pénal des affaires, P.U.F 2000 p. 360.

⁴¹ Pour plus de détails des cas jurisprudentiels, v. Lamy sociétés commerciales 2013 n° 1392

connaissance » ...La jurisprudence reprend clairement cette exigence en affirmant que le délit suppose « de la part d'un C.C. une connaissance personnelle de ... faits délictueux et une volonté consciente de ne pas révéler ». ⁴² Et une telle connaissance des faits doit être « réelle », « concrète » et « effective ». ⁴³ S'il est bien évident qu'on ne peut révéler que ce qu'on sait, il y a cependant des choses qu'un professionnel ne doit pas ignorer. En qualité de professionnel investi d'une mission de contrôle et de vérification et par définition, spécialiste du droit pénal des sociétés, il ne peut invoquer son ignorance de la loi pénale. Mais peut-il invoquer son ignorance du fait de sa négligence ou d'un défaut de diligence ? Le principe est que le C.C. peut arguer de son ignorance mais à la condition que son manque de diligence n'ait pas été quelque peu excessif. La connaissance des faits délictueux doit donc s'entendre des faits connus par lui mais aussi des faits qu'il devait connaître en sa qualité de professionnel exerçant avec diligence. Au demeurant, cet exercice diligent de sa mission n'emporte pas pour lui, obligation de résultat puisqu'il pourra s'exonérer de sa responsabilité en démontrant que l'exercice normal de la mission ne lui a pas permis d'avoir connaissance de l'infraction. ⁴⁴

Une fois établie la connaissance par le C.C. des faits délictueux, il faut montrer qu'il s'est volontairement abstenu de les

révéler avec la volonté de dissimuler les agissements en cause. L'appréciation de cette mauvaise foi du C.C., qui échappe au contrôle de la Cour de cassation peut résulter des circonstances de fait telles que le fait pour le C.C. de ne pas répondre aux demandes du parquet alerté par des créanciers de la société ou d'entretenir des liens étroits avec le dirigeant fautif et de se satisfaire de régularisations partielles et tardives faites par ce dernier ou même de l'avouer lui-même. Les juges du fond ont parfois hésité quant à la solution à adopter lorsque le C.C. a négligé l'accomplissement de ses contrôles. Si certaines décisions ont refusé d'assimiler les négligences, mêmes graves à la mauvaise foi ⁴⁵, d'autres ont adopté la position contraire ^{46, 47}.

A ce stade de l'examen de la collaboration imposée au C.C. et au parquet dans la responsabilisation pénale du C.C., on peut se demander, à force de l'amener à dénoncer au maximum les infractions dans les sociétés si cela ne va pas entraîner des conséquences incontrôlables sur la vie des sociétés, par l'introduction notamment d'un certain facteur d'insécurité. N'eût-il pas été préférable d'établir des relations plus souples, plus informelles entre le C.C. et le parquet, à travers une meilleure circulation de l'information entre ces entités en vue d'une meilleure collaboration qui allègerait

⁴²Cfr. C.A. Montpellier, 3^{ème} ch 23 oct. 2003 n° RG 03 / 00313

⁴³ V. C.A. Nancy, 13 Janvier 1983 Bull. CNCC 1983 n° 57 p. 97 ; également C.A. Bourges, 24 févr. 1983. Bull. CNCC 1983 n°50 p. 237.

⁴⁴ V. l'intéressant arrêt de la C.A. Poitiers ? 15 Janvier 2008, Bull CNCC 2008 n° 149 p.94, note Merle Ph. Sur la question

⁴⁵ Cfr. C.A. Paris 15 janvier 1964 précité ; également C.A. Lyon 13 déc. 2000, Bull. joly sociétés 2001. P.147, note Barbiéri J-F

⁴⁶Cfr. C.A. Paris, 12 juillet 1999, Bull. CNCC 1999 n° 35p.323, note E. du Pontavice

⁴⁷ En la matière, la C. Cassation veille seulement à contrôler que les carences du C.C. ne constituent pas de simples négligences (Cass. Crim. 18 juin 1990, Rev. sociétés 1990 p.637, note B. Bouloc ; Bull. joly sociétés 1990 p.867)

le dispositif pénal en éliminant les incriminations vétilleuses et redonnerait à la révélation des faits délictueux une plus juste importance et à son auteur toute la mesure de sa responsabilité ⁴⁸ ! La collaboration n'aurait-elle pas aussi une mission et une fonction davantage dissuasives !

B) Une collaboration avec une mission et une fonction également dissuasives.

Il faut prendre ici, pour point de départ la volonté du contrôleur des comptes de s'intégrer à la vie sociale, de se comporter en partenaire loyal et coopératif des autres organes sociaux. Le caractère institutionnel de l'organe de contrôle est toujours affirmé. Mais il s'agit cette fois d'un véritable organe, d'une structure publique plus vaste, c'est-à-dire la société.

Dans cette perspective, le commissaire se sent beaucoup plus proche de la société et des dirigeants ; ceci entraîne une double conséquence : d'une part, l'obligation de révélation est perçue autrement.

Elle ne constitue plus une arme de lutte contre la criminalité des affaires mais plutôt une menace destinée à dissuader les délinquants potentiels, voire à permettre une régularisation. Cette vision contribue à accroître en définitive l'autorité du contrôleur des comptes au sein de la société (1) ; l'obligation de révélation devient une véritable arme de persuasion ; d'autre part, puisque l'intervention du contrôleur légal a un rôle bénéfique pour la société, un effet moralisateur, on a proposé

⁴⁸ Les professionnels aspirent en tout cas de telles relations pendant qu'au même moment, les magistrats du parquet se plaignent des contacts trop peu fréquents qu'ils ont avec les contrôleurs des comptes.

une appréciation plus souple des éléments constitutifs du délit. Ainsi, à travers sa sanction, l'obligation de révélation devient un simple rappel à l'ordre (2).

1) L'obligation de révélation : un moyen de persuasion des potentiels délinquants.

La question qui mérite d'être posée ici est de savoir quel est l'impact de la nouvelle conception de la mission du commissaire sur les relations qu'il doit entretenir avec le parquet. Puisque le commissariat aux comptes est un organe de la société, donc appelé à collaborer plus avec les dirigeants sociaux et donc, éventuellement à leur communiquer les irrégularités et à en demander la régularisation, l'obligation de révélation est ressentie comme un moyen dissuasif que l'on brandit devant les délinquants éventuels et les dirigeants négligents. Cette thèse amène à se demander s'il ne fallait pas accroître ce rôle organique vers des fonctions d'assistance et de conseil ceci, afin de mieux prévenir les infractions.

a) L'avantage de la thèse examinée

Le fait de donner une fonction dissuasive à l'obligation de révélation favorise la régularisation et limite de loin la responsabilité pénale du contrôleur légal des comptes. Seulement, il faut bien mesurer la portée de cette thèse. Elle ne signifie nullement que le commissaire ne doit pas dénoncer ; il peut être amené à intervenir en présence d'irrégularités sérieuses et répétées. Il n'est donc pas question ici d'éliminer la responsabilité pénale du C.C., d'absoudre toute carence ou tout refus de révélation. Dans la pratique, la dissuasion s'exerce au fil de

différents degrés prévus par la loi. Dans un premier temps, l'irrégularité est signalée au Conseil d'Administration ou à l'administration générale. Ensuite, elle sera communiquée à la prochaine assemblée générale. Enfin, on la révélera, si elle présente un caractère délictueux au ministère public. Comme l'écrivait un auteur « la menace de cette dénonciation constitue en quelque sorte le dernier recours, l'ultimum subsidium devant la résistance des auteurs de l'infraction à amender leur comportement ». On peut donc supposer qu'à la suite des entretiens entre l'organe de contrôle et les dirigeants sociaux, ceux-ci régularisent.

On aurait pu penser que le commissaire serait déchargé de l'obligation de dénonciation. Mais, il ne faut pas perdre de vue qu'en droit pénal, le repentir actif ne fait pas, sauf exception disparaître l'infraction. Et puisque le commissaire n'a pas l'opportunité des poursuites, il doit saisir le parquet même en cas de régularisation. Toutefois, le Ministère public est libre de ne pas poursuivre en présence d'une régularité⁴⁹. Ne conviendrait-il pas de généraliser cette pratique, l'institutionnaliser ou en faire un principe de sorte qu'une fois la régularisation faite, le ministère public renonce aux poursuites ! A la vérité, le principe de la dissuasion ne peut avoir de sens pour les dirigeants c'est-à-dire ne peut jouer son rôle que dans la mesure où les dirigeants sont convaincus qu'il n'y aura pas de poursuite si la régularisation intervient. Un auteur, M. Boulay a même proposé qu'on élimine du champ de la

⁴⁹ V. Lacoste, table ronde du 20 Nov. 1974 la révélation des faits délictueux publiée par la compagnie nationale des commissaires aux comptes page. 35

révélation les hypothèses de régularisation. On peut souhaiter que le législateur tienne compte de ces remarques dans l'avenir.

D'une façon générale, cette thèse propose une appréciation trop souple des conditions de mise en œuvre du délit de sorte que dans beaucoup de cas, la responsabilité pénale du contrôleur négligent sera écartée. Pourtant, l'obligation de révélation telle qu'elle est perçue a le grand mérite de faire effectivement réfléchir les délinquants éventuels et affermit l'autorité du commissaire au sein de la société. Aussi très souvent, les dirigeants, pour éviter les difficultés, demanderont-ils des conseils sur telle ou telle autre attitude à adopter devant un problème. C'est pourquoi, on peut se demander si dans un but de meilleure prévention, il ne faudrait pas étendre le rôle organique du commissariat aux comptes vers des fonctions d'assistance et de conseil au profit de la société et de ses dirigeants.

b) Des souhaits pour un rôle de conseil ou d'assistant au C.C.

Aujourd'hui, la tendance de solliciter les conseils du C.C. est très fréquente. Les chefs d'entreprise sollicitent, à titre préventif, les conseils du commissaire afin de s'assurer que les projets en cours d'élaboration ne seront pas jugés par ce professionnel irréguliers ou délictueux. Mais est-ce que le commissaire doit ou peut accepter ce rôle de conseil ? Si oui, quelles en sont les limites ? Selon l'article 715 alinéa 5 de l'A.U / D.S.C et du GIE, les C.C. portent à la connaissance du Conseil d'administration « les conclusions auxquelles conduisent les observations et rectification ci-dessus sur les résultats de

l'exercice comparés à ceux du précédent exercice ». A partir de ce texte général, on peut soutenir que les C.C. pourraient donner des avis au Conseil d'administration.⁵⁰ M. Postel Vinay⁵¹ alors président de la commission des opérations de bourse a déclaré : « il est bon qu'un C.C. d'une société la fasse bénéficier de ses conseils dans les domaines où il est principalement compétent, par exemple, en matière d'organisation comptable. Sans doute ne faut-il pas qu'il se transforme en collaborateur permanent de cette société, mais la règle actuelle pourrait certainement être accomplie sans aller jusque-là ».

Du côté de la doctrine, beaucoup d'auteurs se déclarent favorables à ce rôle de conseil du C.C.⁵². Reste alors à se demander quel est le sentiment des professionnels eux-mêmes à propos de ce rôle. Il est certain que ce sentiment ne peut qu'être positif. Un C.C.⁵³ rompu aux pratiques anglo-saxonnes observait que « le C.C. français ne sera accepté dans les groupes de sociétés comme le sont ses homologues que s'il a la notion de service. Il ne doit pas seulement concevoir sa mission comme une mission répressive, une mission de critique. Il doit comme les anglo-saxons adresser aux dirigeants de la société des « letters of recommendation » par lesquelles, il donne des conseils sur l'amélioration du contrôle interne, notamment ».

⁵⁰ V. E. DUPONTAVICE Revue des Sociétés 1973 page. 599.

⁵¹ V. Postel Vinay 21 juin 1973, Revue Française de comptabilité de Nov. 1973 page. 471.

⁵² Comme auteur, on peut citer J. Foyer, discours d'Angers du 29 octobre 1966 ; Terre, cahiers de l'Institut français des experts comptables 1973 n°6 page 71 et suivantes.

⁵³ Cité par E. DU PONTAVICE dans la note précédente.

L'extension du rôle du C.C. fait naître cependant une inquiétude. On se demande si le contrôleur des comptes ne risque pas de perdre son indépendance pour avoir « participé » à la gestion de l'entreprise. C'est pourquoi, il faut déterminer les limites au-delà desquelles, le censeur ne doit pas aller. Où finit le conseil et où commence la responsabilité de gestion ?

A vrai dire, la responsabilité de gestion commence lorsque l'expert s'est ou semble s'être tellement impliqué dans la gestion du client qu'il ne peut plus en être écarté. Le conseil national des commissaires aux comptes à sa session du 21 décembre 1972 avait dégagé trois limites importantes :

- les avis et conseils doivent rester en relation directe avec la mission du commissaire ;
- le commissaire ne doit pas devenir un conseiller permanent de l'entreprise ;
- le commissaire ne peut recevoir des honoraires distincts pour les avis et les conseils.

Une telle position va permettre au commissaire de se rendre utile à la société sans pour autant qu'il y ait immixtion dans la gestion. Cela va permettre une meilleure prévention tout en réduisant les cas de révélation au parquet. Le rôle organique du commissariat aux comptes et son éventuelle extension vers des fonctions d'assistance et de conseil au profit de la société amènent à conclure que dans cette hypothèse, la responsabilité pénale du C.C. ne doit être qu'un simple rappel à l'ordre adressé au C.C.

2) *L'obligation de révélation : un rappel à l'ordre adressé au C.C.*

Tout de suite, il faut commencer par remarquer que la responsabilité pénale du C.C. qui sanctionne l'obligation de révélation n'a pas la même valeur ici que dans la thèse précédente. Dans la première, la responsabilité pénale est une mesure de coercition. En revanche, dans le contexte actuellement analysé, la responsabilité pénale est considérée comme un simple rappel à l'ordre. Tout d'abord, on veut éviter des négligences et des complaisances de la part des commissaires peu scrupuleux tout en écartant du champ de la révélation des attitudes du contrôleur jugées « bénéfiques » pour l'entreprise. Ensuite, la responsabilité pénale est une menace qui va permettre de garantir l'indépendance du C.C. C'est enfin, un moyen de résistance aux pressions des dirigeants.

a) *Les divergences entre les deux thèses*

Tout d'abord, en ce qui concerne la nature des faits délictueux à révéler, contrairement à la première thèse, extensive, les partisans de la conception souple enseignent que seuls doivent être révélés les faits délictueux concernant la constitution et le fonctionnement des sociétés.⁵⁴ Cette opinion se fonde sur le fait que l'obligation de révélation est le corollaire des pouvoirs et des devoirs d'investigation attribués au C.C. A vrai dire, cette thèse semble plus justifiée que la précédente. En effet, on ne peut raisonnablement soutenir que l'on oblige le contrôleur des comptes à dépasser sa

⁵⁴ Comme auteurs, on peut citer Constantin, Pinoteau, Largueir.

mission en relevant par exemple, une contravention ou un crime. Seulement, les tenants de la thèse souple, restrictive ne limitent pas l'obligation de révélation aux seules infractions à la législation des sociétés ; il peut s'agir d'infractions de droit commun ou d'infractions à des textes spéciaux. A ce propos, on peut dire avec Y. Guyon que seuls les faits absolument étrangers à la société n'ont pas à être dénoncés. Ainsi, évite-t-on les inconvénients de la thèse extensive poussée dans ses conséquences extrêmes.

Venant au deuxième élément, à savoir la connaissance des faits délictueux, il est inutile de revenir sur la nécessité de prouver que le commissaire savait et qu'il n'a pas dénoncé. Seulement ici, la preuve doit être claire. On ne doit pas se contenter de simples indices, de simples présomptions de même qu'il ne faut pas se contenter d'invoquer la notion d'ignorance illégitime. En droit commun⁵⁵, l'erreur de fait entraîne la disparition de l'intention coupable. Ainsi, selon certains auteurs⁵⁶, l'ignorance du fait délictueux exclut la mauvaise foi du commissaire. Mais une telle solution est dangereuse car elle présente l'inconvénient de privilégier le C.C. négligent.

En tant que professionnel, le commissaire ne doit pas pouvoir arguer de sa propre négligence pour échapper à la répression. Ce n'est seulement que dans le cas où il a normalement accompli sa mission que son ignorance pourrait être prise en considération. Ici, les partisans des

⁵⁵ Merle et Vitu, Traité de droit pénal général, Tome 2, n°522

⁵⁶ Bernard Bouloc, note sous tribunal du Havre 23 Janvier 1975, Revue des sociétés 1976, page 150.

relations souples entre le ministère public et l'organe de contrôle exigent une preuve formelle. Ainsi, dans l'affaire des frères Willot⁵⁷, malgré de graves négligences, les commissaires ont été relaxés en première instance, à défaut de preuve formelle qu'ils aient sciemment certifié un bilan inexact. Malheureusement, la conviction différente des juges d'appel allait entraîner leur condamnation.

Dans une autre affaire⁵⁸, le tribunal correctionnel de Chalons sur Marne, puis, à sa suite, la Cour d'appel de Reims constatent que le C.C. ne connaissait pas les faits délictueux et ont pour cette raison, refusé d'entrer en condamnation contre lui. La Cour ajoute même qu'on ne peut affirmer que le C.C. « aurait dû...avoir connaissance » de l'inexactitude du bilan. La chambre criminelle de la Cour de cassation française a, à plusieurs reprises rappelé la nécessité de prouver la connaissance des faits délictueux. Le 14 janvier 1980, elle a statué sur un pourvoi mentionnant clairement que la responsabilité pénale du commissaire ne peut être engagée que s'il connaissait de façon effective et certaine le caractère mensonger des informations sur la société et si c'est en pleine connaissance et de mauvaise foi, qu'il s'est abstenu d'en informer le Procureur de la République. Or, selon le contrôleur des comptes, la Cour d'appel n'avait relevé à sa charge que des négligences susceptibles le cas échéant, d'engager sa responsabilité civile mais insuffisantes à caractériser la mauvaise foi. La Haute juridiction a pris

⁵⁷ Cour d'appel de Paris, 3 Mai 1975, G.P. 1976, 1, page 8

⁵⁸ Tribunal Correctionnel de Chalons sur Marne 6 Octobre 1976 ; Cour d'appel de Reims 10 Mars 1977 des Sociétés 1978, page 123.

nettement partie en relevant, au contraire des prétentions du commissaire qu'il « savait que la comptabilité sociale était mal tenue et que notamment l'écriture à l'actif figurant sur les bilans concernant une somme de 1.800.000 F était fausse » ; d'où, le rejet de son pourvoi.⁵⁹ Enfin, la même chambre criminelle dans son arrêt GEEP Industrie⁶⁰ a également relevé la connaissance par les contrôleurs des faits avant d'approuver la décision les ayant condamnés.

De façon générale, le plus souvent, les C.C. poursuivis chercheraient à se placer davantage sur le terrain de la mauvaise foi que sur celui de la connaissance des faits. Mais les tribunaux refusent de suivre les commissaires sur ce raisonnement au risque d'aboutir toujours à des relaxes, d'autant plus qu'il serait facile au contrôleur des comptes d'affirmer que s'il n'a pas révélé, c'était dans l'intérêt de la société.

A la suite de cet exposé, deux possibilités se présentent : soit accentuer le caractère d'intérêt général du C.C. et en faire un agent au service de l'intérêt économique, soit lui conserver le rôle organique qui est, en fait, le sien dans la vie sociale et même accroître ce rôle vers des fonctions de conseil et d'assistance. Mais à vrai dire, plutôt que d'opérer un choix systématique, ne peut-on pas tenter

⁵⁹ Arrêt cité par E. DUPONTAVICE, Revue Sociétés 1982, page 841, dans le même sens, V. Cass. Crim. 8 avril 1991, Bull.crim n°166, Rev. Sociétés 1991 p.776, note Bouloc B. ; Cass. Crim. 18 juin 1990, Bull.crim. n°88 p.550 ; également, Cass.crim. 25 févr. 2009, J.C.P.E 2009, 1841, chronique. E. Fortis

⁶⁰ Cassation criminelle 12 Janvier 1981 D. 1981p. 348

une conciliation entre ces deux conceptions, autrement dit, adopter une thèse intermédiaire !

b) La thèse intermédiaire

Des auteurs ont déjà abordé cet aspect du problème.

A propos de l'intervention du parquet, M. Boulay ⁶¹ écrivait qu'« il faudrait élaborer et imposer une gradation dans l'intervention du parquet, consécutive à la révélation. Du rappel à l'ordre voire de la simple consignation sur une fiche à la mise en œuvre de l'action publique, le commissaire aurait l'assurance que sa démarche revêt pour l'entreprise un caractère du moins autant dissuasif que répressif ». Un autre auteur, M. Viandier⁶² propose quant à lui, des limites à l'obligation de révélation. Pour cet auteur, la finalité de l'intervention du C.C. est la protection de la société et des actionnaires. C'est la raison pour laquelle selon lui, le contrôleur des comptes ne doit révéler que lorsque l'irrégularité porte atteinte aux intérêts des personnes protégées. Ainsi par exemple, la révélation s'impose-t-elle pour des infractions relatives à la tenue des assemblées générales et à l'exercice du droit de vote. M. Viandier conclut son article par une remarquable formule du rôle du contrôleur légal des comptes : « celui-ci n'est investi d'aucun office public. Il a seulement pour tâche de participer à la protection d'intérêts privés strictement définis à savoir de la société dont il contrôle et de ceux des actionnaires de ladite société. Tant que le réviseur légal

restera cet agent de surveillance privé, il n'y aura aucune raison de l'obliger à révéler les faits délictueux sans relation avec sa mission ». L'état actuel de notre droit ne lui donne-t-il pas raison !

A l'heure actuelle, nul n'ignore les difficultés auxquelles tentent vainement de faire face les entreprises. Les mesures sont prises par les autorités publiques pour y remédier mais ces mesures paraissent insuffisantes. On a pensé intervenir plus tôt pour prévenir les difficultés et éviter les cessations de paiements. A cet effet, l'A.U / D.S.C. et du GIE a étendu de façon considérable la mission du C.C. en lui confiant la surveillance des difficultés des entreprises et des sociétés en mettant notamment à sa charge une véritable obligation d'alerte de ces difficultés. Par ailleurs, l'A.U portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, en date du 10 avril 1998 (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1999) est venu lui, étendre les pouvoirs du ministère public dans le traitement même des difficultés des sociétés. On peut alors s'interroger de savoir si la collaboration établie entre le C.C. et le parquet au travers de l'obligation de révélation se poursuit ou non à travers ces extensions évoquées ci-dessus.⁶³

II. Une distanciation des liens en matière de prévention et de traitement des difficultés des sociétés commerciales.

Nul ne peut aujourd'hui contester que l'ordre public dont la défense incombe aux magistrats du parquet, inclut un véritable

⁶¹Boulay, article précité

⁶² A. viandier, sur les limites de l'obligation de révélation des faits délictueux, J.C.P 1982, n°3094

⁶³ Le même mouvement d'extensions s'est observé en France depuis plusieurs années sans toutefois aboutir ici également à un « resserrement » de la collaboration, tant souhaité pourtant par les différents projets de réforme des textes concernés.

ordre public économique et social. Le développement de la délinquance « en col blanc » a contribué à accroître le rôle que le ministère public est appelé à jouer dans le domaine du droit des affaires en dehors de toute poursuite pénale. Pendant longtemps, le rôle du parquet avait consisté à assurer seulement la défense de l'ordre public répressif. Cette fonction du parquet demeure plus que jamais.

Mais elle n'est plus suffisante avec le nombre de déclarations de faillites qu'on enregistre ces dernières années. C'est pourquoi, l'ordre public économique et social inspire de plus en plus l'action du parquet. Traditionnellement, on considérait la faillite comme d'intérêt privé. Mais ne peut-on pas dire que toute mise en faillite cause un certain trouble d'ordre public ? Il suffit de se référer à ses conséquences économiques sur l'économie nationale, à ces licenciements collectifs entraînant l'aggravation du problème du chômage. Il semble donc que l'ordre public économique et social légitime l'action du parquet dans les procédures collectives toutes les fois qu'il s'agit de sauvegarder les droits des créanciers, des fournisseurs et surtout, de prévenir le licenciement du personnel consécutif à une réduction d'activités voire à la fermeture de l'entreprise. Pourtant, certaines personnalités, hautement qualifiées s'y étaient déclarées hostiles en y voyant une intrusion des pouvoirs publics dans la gestion des sociétés en contradiction avec le principe de la libre entreprise. Dans son ouvrage paru en 1970, un magistrat consulaire⁶⁴ ayant exercé les plus hautes responsabilités écrivait à propos de la

présence du ministère public qu'elle « serait inutile et dangereuse » en concluant « qu'elle doit être raisonnablement repoussée ».

Ces appréhensions étaient quelque peu excessives dans la mesure où les parquets ne disposent pas de moyens suffisants en personnel pour exercer une surveillance permanente sur la conduite des entreprises. Tout au plus, on peut seulement concevoir une intervention ponctuelle du parquet quand il se trouve en possession de renseignements révélant que telle ou telle entreprise connaît des difficultés sérieuses ou préoccupantes. Cette éventualité n'est pas à écarter, ne serait-ce qu'en raison de l'obligation faite aux C.C. de lui révéler les faits délictueux dont ils ont eu connaissance au cours de leur mission, sous peine de sanctions correctionnelles. Par ailleurs, on a accru le rôle du C.C. dans la prévention des difficultés en exigeant qu'il alerte le parquet, chaque fois qu'il constate des faits présentant un danger réel pour la continuité de l'exploitation.

D'une façon générale, l'extension de la mission du ministère public dans les procédures collectives et l'extension de la mission du C.C. dans la prévention des difficultés amènent à réfléchir de nouveau sur les relations entre le Ministère Public et le Commissariat aux comptes. Ce qui est sûr, c'est que ces extensions des rôles respectifs dénotent une certaine volonté chez le législateur d'accroître leur rôle dans la prévention et le traitement des difficultés des entreprises.

Dans ce cas, faut-il s'obstiner à défendre qu'il existe aujourd'hui une tutelle étatique des entreprises ? En d'autres termes, même si la question prend

⁶⁴ Ithurbide, Histoire critique des tribunaux de Commerce 1970, P 180

l'allure d'une contradiction dans un pays à économie libérale, on se demande si l'interventionnisme de l'Etat n'est pas nécessaire. Mais à vrai dire, de fait, si tutelle il y a, celui-ci ne se concrétise ni ne se manifeste guère ou du moins que fort rarement tant que l'entreprise prospère. En revanche, l'intervention de l'Etat se fait plus sensible quand, à l'euphorie de la prospérité succède l'angoisse de jours plus sombres et souvent le traumatisme de l'échec. Pourtant, le ministère public, autorité publique, intervient de plus en plus même dans les sociétés qui ne sont pas en difficultés. C'est ce qu'a montré l'analyse de l'obligation de révélation des faits délictueux. Mais l'intervention du parquet devient plus justifiée lorsque l'entreprise connaît des difficultés.

L'observation des extensions des rôles respectifs du C.C. et du ministère public semble révéler, plutôt qu'un resserrement de la collaboration entre ces deux entités, une certaine distanciation dans leur collaboration au travers du cantonnement de leur domaine respectif d'intervention, à celui de la prévention des difficultés pour le C.C. (A) et à celui du solutionnement des difficultés pour le ministère public (B). Pour le C.C., il s'agit, bien avant la cessation de paiements, de déceler les difficultés premières de la société et d'éviter justement la cessation et ses conséquences. Pour le ministère public, il s'agit, avec la cessation, d'éviter le pire qui est la liquidation des biens de la société.

A) Une extension du rôle du C.C. dans la prévention des difficultés des sociétés : l'obligation d'alerte

La situation économique actuelle est extrêmement préoccupante d'autant plus

que les défaillances s'accroissent, de manière très sensible. Ceci entraîne des conséquences bien connues.

Face à ces difficultés, des mesures ont été prises par les pouvoirs publics dans plusieurs domaines. Il s'est agi de faire prendre conscience au plus tôt aux dirigeants d'une évolution préoccupante de leur entreprise, car la sauvegarde d'une entreprise dépend en premier lieu, de la connaissance par les responsables, de la situation réelle de celle-ci. Mais il semble que l'on puisse douter de l'importance de cette première cause. En effet, peut-on poser en postulat qu'à chaque fois qu'une entreprise se trouve en difficulté la situation est due à une mauvaise appréciation ou à des erreurs de stratégie ? Cette première explication n'est que partiellement vérifiée. Par contre, la vulnérabilité financière comme cause est beaucoup plus fréquente. Aujourd'hui, dans la conjoncture économique difficile, la sauvegarde des entreprises est une question primordiale tant sur le plan purement économique que sur le plan de l'emploi.

A cette fin, le législateur français a étendu le rôle du C.C. pour en faire « la conscience juridique et morale de la société » exerçant ainsi une sorte de « magistrature du chiffre ». ⁶⁵ Celui-ci se voit confier un rôle déterminant qui dépasse largement ce qui a pu être jusque-là sa mission traditionnelle aux motifs suivants. « En raison de la mission permanente d'investigation et de contrôle qui leur est confiée et de leur triple

⁶⁵ Selon les expressions Pielievre in Des entreprises en difficultés et des réformes en cours, G.P. du 6-7 juillet 1983, doct. P.2

compétence financière, comptable et juridique, les C.C. sont en effet, à même de relever, à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions, les indices de la dégradation de la situation de la société. » Le législateur OHADA, emboitant le pas à son homologue français, a retenu la procédure d'alerte en vue de réveiller les dirigeants insouciants de l'état périlleux de leur entreprise. Il en a fait une véritable obligation.⁶⁶

Les art.150 à 152 de l'A.U / D.S.C +GIE décrivent la procédure lorsqu'elle concerne les sociétés commerciales autres que les sociétés anonymes et les sociétés par actions simplifiées (depuis la réforme du 30 janvier 2014) et qui, elles, la trouvent aux art.153 et suivants dudit Acte. D'entrée de jeu, il convient de signaler que la procédure d'alerte ainsi instaurée, constitue une innovation incontestable pour la plupart des Etats-parties au Traité OHADA parce qu'elle vient pallier une carence des législations africaines antérieures qui ignoraient une telle mesure préventive. L'ajout de cette nouvelle tâche au rôle du C.C. n'en est que plus remarquable. Pour en arriver là, le législateur OHADA s'est inspiré de cette bonne technique du droit français, en vue de permettre aux sociétés commerciales de lutter efficacement et précocement contre les difficultés dans deux directions, à savoir l'avertissement d'une part, et l'empêchement d'autre part. Son inspiration n'a malheureusement pas été au bout de la logique du législateur français puisqu'il a limité non seulement les initiateurs de la procédure mais aussi les

sociétés concernées.⁶⁷ Ainsi, il n'a organisé que des alertes internes en n'habilitant que deux initiateurs de la procédure : d'une part, le C.C. qui a à sa charge, une véritable obligation d'alerte ; d'autre part, les associés qui ont eux, à leur disposition une procédure facultative.⁶⁸ D'ores et déjà, la question de l'efficacité réelle de l'alerte peut être ici posée si tant est que peut se poser déjà celle de l'existence ou non de garanties suffisantes à cet effet.

L'alerte par le C.C. n'a rien que de très normal puisque c'est lui qui suit de manière très attentive la vie économique de la société, étant investi d'une mission légale de certification des comptes. Il présente donc des atouts incontestables

⁶⁷ Il n'a pas opté en effet pour l'admission de plusieurs organes pour le déclenchement de la procédure à l'instar du droit français ou une pluralité de personnes internes et externes peuvent y procéder (C.C. ; actionnaires ou associés, comité d'entreprise, président du tribunal ou groupement de prévention agréé) ou encore du droit américain où même un salarié peut déclencher la procédure à travers le système d'alerte éthique, ou whistleblowing, dès lors qu'il a connaissance de pratiques professionnelles prohibées (V.C. Merle, l'alerte éthique, LPA. 2007n°60)

⁶⁸ Il s'agit pour le C.C. d'un véritable devoir d'alerte même si aucune sanction n'est prévue pour sa défaillance. La réparation d'une telle défaillance ou de sa négligence ne réside-t-elle pas du reste dans le droit d'alerte créé parallèlement au profit des associés ? Il est permis de le penser puisque la procédure d'alerte des associés s'apparente à une procédure subsidiaire à l'alerte du C.C., qui n'intervient qu'en cas de défaillance ou de négligence de celui-ci (V. notamment P.G. Pougoué et a., OHADA. Sociétés Commerciales et GIE, Bruylant, Bruxelles, 2002 p. 304). En France, des auteurs ont même contesté la qualification de « procédure » à l'alerte des associés. Le droit OHADA, sans être plus précis sur la qualification n'a pas moins inséré l'article 158 de l'A.U. / D.S.C +GIE qui traite de la question dans un chapitre intitulé « Alerte par les associés ».

⁶⁶ Selon les expressions mêmes de A.S. Algadi in l'alerte en droit OHADA des entreprises en difficultés, Droit et patrimoine 2012 n°211.

pour assurer une mission de détection des difficultés des entreprises.⁶⁹ En effet, d'un côté, l'alerte a toutes les chances d'être efficace, car étant déclenchée par un professionnel qui suit, de manière permanente l'évolution de la société et est alors à même d'agir dès les premiers indices de difficulté. Et d'un autre côté, elle a toutes les chances d'être déclenchée à bon escient et dans des conditions d'objectivité les plus grandes, même si l'indépendance du C.C. fait très souvent l'objet d'un scepticisme bien justifié.⁷⁰

En tout état de cause, l'alerte doit être déclenchée lorsque les circonstances l'exigent et elle obéit à une procédure variable en fonction de la nature de la société concernée.

1) Les modalités de déclenchement de la procédure d'alerte.

Pour pouvoir déclencher la procédure d'alerte et dans la mesure où l'obligation d'alerte ne pèse que sur le seul C.C., il va de soi que la société concernée en ait au moins un, qui soit en mesure de détecter des indices révélateurs de la situation préoccupante de l'entreprise.

⁶⁹ V. notamment J-F. Barbiéri, L'amélioration de la prévention et la procédure d'alerte : le rôle des C.C. ; LPA 1994 n°110 p. 40

⁷⁰ V. sur la question, A.S. Algadi, C.C et prévention des difficultés des entreprises dans l'espace OHADA, Penant 2010, spécial procédures collectives, p. 5 ; également , H. Matsopoulo, Le renforcement de l'indépendance du C.C., Rev. Sociétés 2003 p. 813 et s ; B. Bouloc, Le renforcement de l'efficacité des contrôles effectués par les C.C., Rev. Sociétés 2003 p.807

a) L'existence préalable d'un C.C.

Toutes les sociétés commerciales n'ont pas l'obligation d'avoir un C.C. Le droit OHADA ne l'impose qu'à certaines catégories de sociétés dont la dimension économique exige davantage de vigilance. Il s'agit des sociétés anonymes(art. 702 A.U/D.S.C et GIE), de sociétés de personnes remplissant certaines conditions (art. 289-1A.U/D.S.C et GIE), des groupements d'intérêt économique (art. 880 A.U / D.S.C et GIE), et des sociétés à responsabilité limitée dont le capital est supérieur à 10.000.000 de FCFA ou dont la chiffre d'affaire annuel est supérieur à 250.000.000 de FCFA, ou encore dont l'effectif permanent est de plus de 50 personnes (art. 376 AU/DSC et GIE). Ne sont donc pas concernées, les sociétés en formation, les sociétés en participation, les sociétés créées de fait, les sociétés de personnes autres que celles citées ci-dessus et les sociétés à responsabilité limitée de petite taille. Pour les deux dernières catégories citées, la raison en est qu'à défaut d'organisation de la gérance par les statuts, « tous les associés sont réputés être gérants » (art.276 AU/DSC et GIE in fine) et que les risques de fraudes et de malversations y sont quasi inexistant. Toutefois, elles peuvent en désigner, lorsqu'elles le souhaitent, même si elles ne remplissent pas les conditions. Dans ce cas, elles seront soumises aux mêmes obligations car la seule présence du C.C. leur rend la procédure d'alerte applicable. Sa tâche peut être alors rendue plus difficile, notamment au cas de tenue d'une comptabilité sommaire ; il ne sera pas pour autant déchargé de son obligation d'alerte.⁷¹

⁷¹V. J-F Barbiéri, op.cit

Quant à la nomination des C.C. dans les sociétés anonymes, bien que l'Acte uniforme l'exige, quelle que soit leur taille, il établit une distinction entre les sociétés anonymes ne faisant pas appel à l'épargne qui doivent avoir un C.C. et un suppléant et les sociétés anonymes y faisant appel, tenues d'en désigner au moins deux avec deux suppléants (AU/DSC et GIE art.702 al.1 et 2).

L'exercice de l'alerte par la C.C. ne peut cependant être efficace que si celui-ci jouit d'une totale indépendance, laquelle doit pouvoir être garantie depuis sa désignation. En droit OHADA, lors de la constitution de la société, le C.C. sont désignés par les statuts. Mais en cours de la vie sociale, ils le sont par l'assemblée générale ordinaire. Comment alors empêcher que les dirigeants n'influencent la désignation de tel ou tel C.C. puisque ce sont eux qui proposent leur nomination à l'assemblée ? Le plus souvent, l'assemblée ne fait qu'entériner les propositions des dirigeants qui y sont majoritaires. Dans ces conditions, la désignation du C.C. ne peut être absolument neutre puisque ce sont les dirigeants qui désignent en fait (mais indirectement) leurs contrôleurs, étant à la fois juges et parties. Une autonomie du C.C. est cependant indispensable pour garantir l'intérêt de l'ensemble des parties prenantes à l'entreprise, non seulement à travers la régularité et la sincérité des comptes mais aussi à travers l'image positive qu'il faut donner aux tiers. Il doit inspirer à tous une certaine crédibilité⁷², être incorruptible, pour ne pas se voir reprocher une complaisance, une connivence, voire une complicité

⁷² V. A.S.Algadi, C.C. et prévention des difficultés des entreprises dans l'espace OHADA, précité p.7

quelconque à l'occasion de l'une des infractions d'ordre comptable pouvant être imputée à un dirigeant.⁷³

Dans le même ordre d'idées, la question de la rémunération du C.C. a été soulevée car celui qui doit mettre en œuvre la procédure d'alerte, ne doit pas être sous la domination de celui qui l'a choisi et le paye. Sur ce point, le calcul des honoraires à la vacation selon le tarif fixé par arrêté ministériel a été suggéré pour résoudre le problème.

Pour permettre d'assurer à la procédure d'alerte une plus grande efficacité, l'idée de désignation judiciaire, défendue par certains auteurs n'a pas survécu aux violentes critiques corporatistes opposées à cette idée. Pourtant, ce n'est qu'au prix d'une véritable autonomie que le C.C. pourra se livrer à la recherche des indices susceptibles de révéler la dégradation de la situation de l'entreprise.

b) Les faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation.

Cette notion de « continuité de l'exploitation », retenue par le législateur OHADA qui l'a empruntée au droit français, lui-même reprenant le « goingconcern » du droit anglo-saxon⁷⁴, n'a pas été définie de façon précise ; il n'y a donc pas d'éventuels indicateurs d'alerte. Elle va être susceptible de se trouver dans des circonstances très variées et hétérogènes. Il faut retenir qu'il doit s'agir de faits constitutifs « d'évènements convergents suffisamment préoccupants »

⁷³ V. H. Matsopoulou, op. cit. p.814

⁷⁴ Cfr. En ce sens, C. st – Alary – Houin, Droit des entreprises en difficultés, Montchrstien, 6^e éd., 2009, n°146

compte tenu du contexte propre à l'entreprise. Le C.C. ne s'en tiendra pas pourtant à une approche seulement comptable ; il devra faire une appréciation in concreto, en prenant notamment en compte la situation financière et patrimoniale de l'entreprise ainsi que les faits fondés sur l'exploitation et / ou son environnement économique.⁷⁵ Il pourra ainsi faire référence à une variété d'indices liés à l'exploitation⁷⁶ mais aussi à des événements sociaux et environnementaux tels que les grèves importantes et incessantes, des bouleversements politiques, assez fréquents dans les pays de l'espace OHADA, et même des catastrophes naturelles pouvant amener la destruction de l'outil de production. Il convient de noter ici que tous ces indices, bien qu'annonciateurs de difficultés certaines, sont quelque fois trompeurs. Leur pertinence dans la perspective de la prévention des difficultés apparaît toute relative. En effet, la plupart des critères proposés jusqu'ici, sont en réalité des critères qui conduisent au constat d'une situation financière déjà profondément dégradée. Certains d'entre eux manquent de précocité et se révèlent peu efficaces dans la mesure où ils traduisent déjà « la présence » des difficultés telles que la cessation des paiements ou sa survenance imminente. Le fait qu'une difficulté reçoive une traduction comptable est souvent le signe qu'on a dépassé le stade de la prévention. Il peut en être ainsi du non-paiement des cotisations fiscales ou sociales, du report renouvelé d'échéances

⁷⁵ Dans ce sens, M. Jeantin et P. Le Cannu, *Droit Commercial, Entreprises en difficultés*, Dalloz, 7^e éd., 2006, n°32

⁷⁶ Sur une longue liste d'indices, voir A.S. Algadi, *op. cit.* p.4

ou d'achat pour revendre à un coût plus bas.

D'autres, a contrario peuvent ne pas traduire l'existence de difficultés sérieuses en raison de circonstances particulières : ainsi, la non-certification des comptes peut résulter de simples erreurs dans la confection des comptes alors que l'entreprise ne connaît pas de difficulté particulière, notamment à la suite de l'entrée en vigueur d'un nouveau plan comptable, par exemple.

Certains indices doivent même être interprétés avec prudence, car, tel élément défavorable peut être contrebalancé par tel autre élément, plus favorable (ex. d'une baisse du chiffre d'affaires qui s'accompagne cependant de la conclusion de marchés importants dans d'autres domaines). Dans le même sens, une entreprise saine peut se trouver en difficulté pour des questions de simple trésorerie. De ce fait, il faut bien apprécier la situation avant de déclencher l'alerte pour ne pas jeter un « discrédit erroné » sur la situation de l'entreprise. Un auteur estime, à ce propos qu'il ne serait pas convenable de prendre en considération des faits qui, dans l'avenir seulement, seraient susceptibles de compromettre l'exploitation, tels que l'âge des dirigeants, l'absence d'un successeur éventuel ou quelques dissentiments entre associés.⁷⁷

Une autre préoccupation demeure : la détermination du moment de l'alerte. La question est très complexe, eu égard à la délicatesse de la situation qui impose au

⁷⁷ V. P. Le Cannu, *Prévention et règlement amiable des difficultés des entreprises*, Bull. Joly sociétés 1988, n°96

C.C. une attention plus soutenue sans pour autant qu'elle prenne l'allure d'une véritable tutelle grevant, par une révélation prématurée, les efforts de redressement déjà réalisés. En effet, comme l'a écrit B.Soinne⁷⁸, « hésiter devant une révélation publique, ce n'est pas seulement maintenir le moral d'un malade en situation difficile, c'est surtout éviter l'aggravation du mal par l'attitude de 1/3 parfois intéressés à la disparition de l'entreprise mais aussi par la prise de mesures salutaires urgentes rendues nécessaires par la situation. » A ce moment, le déclenchement de la procédure d'alerte n'est plus un préalable au prononcé d'une mesure urgente. C'est ce qu'a décidé la Cour d'appel de Cotonou dans une affaire opposant Dame KARAMATOU IBILEUNLE à la société Coda-Bénin et quatre autres, en affirmant : « lorsque le C.C. révèle des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, il y a urgence (d'alerter) et le juge des référés est compétent même si n'a pas été mise en œuvre la procédure d'alerte »⁷⁹

La question du nombre de faits à réunir pour déclencher la procédure d'alerte a été également posée. Même si l'Acte uniforme semble n'exiger qu'un seul fait, la prise en compte concomitante de plusieurs faits devrait être nécessaire pour assurer une véritable crédibilité à cette mesure de prévention, sans toutefois ignorer qu'un seul indice peut, dans certaines circonstances, être fatal à l'entreprise. La convergence des faits doit permettre d'apprécier globalement, car certains peuvent être neutralisés par d'autres. Ainsi,

⁷⁸Cité par A.S. Algadi, op. cit. p.4

⁷⁹ C.A. Cotonou 178/99, 30 sept. 1999, juriscope.org

il ne serait pas bon de déclencher une alerte sans indices révélateurs sérieux. La formule du législateur, volontairement vague laisse un large pouvoir d'appréciation au C.C., véritable spécialiste, tenu donc de mettre en œuvre ses compétences, sa lucidité et toute sa clairvoyance pour ne pas avoir à déclencher une procédure injustifiée.

En tout état de cause, les incertitudes constatées dans la procédure ne doivent pas conduire le C.C. à se substituer aux dirigeants de l'entreprise, ni même à porter un jugement d'opportunité sur la gestion ou sur la valeur des dirigeants.⁸⁰ Il n'est en aucun cas autorisé à participer à la gestion ou à influencer l'opportunité des décisions techniques ou commerciales.⁸¹ Aussi, doit-il suivre la procédure telle qu'imposée par le droit uniforme !

2) Les étapes de la procédure d'alerte.

Les étapes de la procédure varient en fonction de la forme de la société. Les sociétés par actions sont soumises à une procédure plus longue que les autres types de sociétés.

a) Sociétés autres que les sociétés par actions

Une procédure plus rapide est consacrée aux sociétés autres que les sociétés

⁸⁰V. J.-F Barbiéri, L'amélioration de la prévention de la procédure d'alerte : le rôle des C.C., op. cit. n°117 ; également D. Vidal, l'intervention du C.C. dans la gestion de l'entreprise qu'il contrôle, in Mélanges A. Honorat, éd. Frison-Rche, 2000 p.327

⁸¹V. E. du Pontavice, Le principe de non-immixtion des C.C dans la gestion à l'épreuve des faits, Rev. Sociétés 1973 p. 599 ; aussi D Gibirika, Droit des entreprises en difficultés, Défrénois, 2009 n°73

anonymes (SA) par les dispositions du droit uniforme. Ces sociétés n'étant en effet pas dotées de la même structure que les SA, certains organes n'existent pas, tels que le conseil d'administration, c'est ce qui explique la mise en place d'une procédure abrégée. La même procédure est prévue pour les SARL et les GIE. La procédure d'alerte se déroule ici en deux phases.

Elle commence par une demande d'explication que le C.C. adresse au gérant par lettre contre récépissé ou par lettre recommandée avec accusé de réception. Cette demande porte sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation qu'il relevé lors de l'examen des documents qui lui sont communiqués ou dont il a connaissance à l'occasion de l'exercice de sa mission (AU/DSC art. 150). Le gérant est tenu de répondre à la lettre du C.C. dans les mêmes formes dans le mois de la réception en donnant une analyse de la situation et en précisant, le cas échéant, les mesures envisagées (AU/DSC art. 151 al1). Dès réception de la réponse ou à défaut de réponse sous quinze jours, le C.C. informe la juridiction compétente de ses démarches. (art.151 al. 2). En cas d'inobservation des dispositions relatives à la réponse, ou si, malgré les décisions prises par le gérant, le C.C. constate que la continuité de l'exploitation demeure compromise, il établit un rapport spécial. Il peut demander par lettre au porteur, contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis d'accusé de réception que ce rapport spécial soit adressé aux associés ou qu'il soit présenté à la prochaine assemblée générale. Dans ce cas, le gérant procède à cette communication dans les huit jours qui suivent la réception de la demande (AU/DSC, art.152).

Le droit français impose aux C.C. d'informer immédiatement le président de la juridiction commerciale de l'existence de la procédure par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, si les décisions prises ne permettent pas d'assurer la continuité de l'exploitation. Le président du tribunal pourra alors décider de convoquer les dirigeants pour un entretien au cours duquel il leur demandera quelles sont les mesures de redressement qu'ils entendent prendre.⁸² Cette mesure supplémentaire est d'autant plus salutaire qu'elle incite à une plus grande prise de conscience du dirigeant. Sans aller aussi loin dans la démarche, le législateur OHADA impose, à ce stade au C.C. d'informer seulement la juridiction compétente de ses démarches. La procédure d'alerte dans ce type de sociétés est assurément moins longue que celle adressée aux sociétés anonymes.

b) Sociétés anonymes et sociétés par actions simplifiées.

Contrairement à la procédure précédente, celle-ci est composée de plusieurs étapes supplémentaires qui la rendent beaucoup plus longue et tatillonne.⁸³ Elle se déroule en trois étapes. Tout d'abord, une demande d'explication faite par le C.C. est adressée au président du conseil d'administration, au président directeur général ou à l'administrateur général ou au président. En droit français, cette première phase est précédée d'une phase informelle au cours de laquelle, le C.C. fera part aux dirigeants de l'entreprise de ses remarques sur des faits pouvant

⁸²Cfr. St – Alary- Houin, op.cit.n°152.

⁸³Cfr. F.M. SAWADOGO, Droit des entreprises en difficultés, Bruylant, Bruxelles 2002. P.37

entraîner le déclenchement de l'alerte. Ce premier entretien doit permettre d'éviter de lancer la procédure si la réponse des dirigeants dissipe les risques latents susceptibles d'affecter la continuité de l'exploitation.⁸⁴ Par ailleurs, la même remarque sur le destinataire de la demande d'explication peut être faite à la législation OHADA. En effet, la doctrine française avait, à juste titre, mentionné une certaine inadéquation entre la compétence des organes visés et leur rôle dans ladite procédure. En ce sens, si les fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général sont dissociés, il semble plus logique et opportun d'interroger le directeur général qui est alors l'organe exécutif de la société dans la mesure où le président du conseil d'administration n'a qu'un rôle d'animation et de contrôle du fonctionnement des organes sociaux.

La suite de la procédure prévoit qu'à défaut de réponse ou si celle-ci n'est pas satisfaisante, le commissaire invite, selon le cas, le président du conseil d'administration ou le président directeur général à faire délibérer le conseil d'administration, l'administrateur général ou le président à se prononcer sur les faits relevés.

Dans les quinze jours qui suivent la lettre du C.C., le conseil d'administration doit être convoqué en vue de délibérer sur les faits relevés, dans le mois qui suit la réception de cette lettre. Le C.C. est convoqué à la séance du conseil d'administration. Un extrait des délibérations du conseil d'administration ou de la décision de l'administrateur

général ou du président est adressé aux C.C. dans le mois qui suit la délibération du conseil ou la décision de l'administrateur général ou du président. En cas d'inobservation des dispositions citées ci-dessus ou si, en dépit des décisions prises, le C.C. constate que la continuation d'exploitation demeure compromise, il établit un rapport spécial qui est présenté à la prochaine assemblée générale ou, en cas d'urgence, à une assemblée d'actionnaires qu'il convoque lui-même pour soumettre ses conclusions, après avoir vainement requis la convocation du conseil d'administration, de l'administrateur général ou du président. Notons que les demandes d'éclaircissement ou de convocation de l'assemblée et les réponses des dirigeants doivent être faites par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (AUDSC, art. 153).

La procédure devant la société par actions est à l'évidence, assez longue, relativement complexe et formaliste. Elle s'étend sur plus de trois mois. La question qui se pose inéluctablement est celle de l'efficacité d'une telle procédure.

Alors que l'entreprise se dirige inexorablement vers une situation irrémédiable, un dépôt de bilan étant probable, est-il raisonnable de prévoir une procédure si complexe et lente ? La célérité des réactions n'est-elle pas un gage de sauvetage de l'entreprise ? Il serait préférable d'envisager des délais plus brefs à ce stade ; ceux-ci accroîtraient les chances de relance de la société, car au moment où la concurrence internationale s'accroît du fait de la mondialisation, seule la promptitude des réactions garantit

⁸⁴ Cfr. D. Vidal, Droit des sociétés, LGDJ 2006 n° 736

une certaine efficacité. Aussi l'inexistence de sanction en cas de défaillance du C.C. fragilise-t-elle davantage la procédure. La négligence du C.C. n'entraîne aucune sanction. Comme en droit français, l'abstention ou le déclenchement tardif du mécanisme d'alerte du C.C. n'engage pas sa responsabilité, sauf au cas d'erreur manifeste d'appréciation de la situation périlleuse de l'entreprise contrôlée. Il faudra cependant démontrer le lien de causalité entre la faute - l'absence de déclenchement d'alerte - et le préjudice - montant de l'insuffisance d'actif. Les tribunaux lui reconnaissent une nécessaire marge d'appréciation ; ce qui se justifie d'ailleurs totalement en raison du caractère limité de sa mission quine lui autorise pas une incursion dans la gestion de l'entreprise.⁸⁵

En revanche, le déclenchement erroné de la procédure exclut toute responsabilité. Celle-ci est écartée car « une fausse alerte vaut mieux qu'un dépôt de bilan ». ⁸⁶ Ainsi, cette irresponsabilité lui confère une sorte d'immunité même lorsque son initiative intempestive cause un préjudice à la société, sauf évidemment en cas de mauvaise foi, d'intention de nuire ou de

⁸⁵ V. J.-F. Barbiéri, Irresponsabilité de l'expert-comptable et du C.C. d'une entreprise dont les graves difficultés étaient cachées, Bull. Joly sociétés 2008 n°10 p. 774. Pour une opinion nuancée, v.P. Le Cannu, Responsabilité du C.C. pour défaut de déclenchement de la procédure d'alerte, BMIS 2008 n° 7 p.945. L'auteur souligne avec pertinence que la Cour de cassation n'écarte pas de manière péremptoire la possibilité d'une responsabilité du C.C. qui ne déclenche pas une alerte alors que les conditions sont remplies.

⁸⁶ V. Y. Guyon, Le rôle de prévention des C.C., J.C.P.E 1987 15066

faute lourde assimilable au dol.⁸⁷ La seule circonstance que l'alerte n'ait pas été suivie d'effet ne saurait caractériser la mauvaise foi du C.C. En cas de doute sur la nature des faits et leur incidence néfaste, le commissaire doit déclencher l'alerte. Il est néanmoins clair que l'immunité du C.C. devrait être interprétée de façon raisonnable afin que la mauvaise foi ne « prenne pas le masque facile de la bêtise »⁸⁸, même s'il n'est pas tenu d'une obligation de résultat. Au final, la mission d'alerte du C.C. est très délicate et l'oblige à des contrôles très fréquents.

Par ailleurs, on peut également s'interroger sur la nécessité d'informer (donc d'alerter) l'assemblée générale dès la 2^e étape pour les sociétés autres que les sociétés par actions et à la 3^{ème} étape, pour ces dernières. Autant le C.C. doit veiller à signaler à l'assemblée toutes les irrégularités qu'il a pu déceler et cela avec le maximum de précisions, de clarté et de loyauté, autant il paraît difficile de l'obliger à signaler à cette même assemblée les observations qu'il a pu amasser sur des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Une telle information va probablement ruiner le crédit déjà entamé par hypothèse, de la société. Est-ce bien normal d'exposer ainsi, sur la place « publique » ce qui pour le moment, ne constitue qu'un simple danger, un simple risque qui peut ne pas se réaliser dans le futur ? En outre, malgré l'obligation au secret, peut-on raisonnablement croire, si l'on considère la réalité concrète que ne filtreront pas des rumeurs compte tenu du

⁸⁷ V. en France, Cass. Com., 14 nov. 1995, Bull. CNCC n°101 p.99, note Ph. Merle.

⁸⁸ V.Y. Guyon, op. cit.

nombre de personnes ainsi informées ? Les banquiers, les fournisseurs ne voudront plus accepter de crédit en vertu du principe classique selon lequel, il n'y a pas de fumée sans feu ; ce qui faisait s'exclamer Piedelievre⁸⁹, « les chuchotements dans ce cas, ne sont-ils pas plus nocifs que les cris ? ». La solution trouvée tant par le législateur OHADA que par le législateur français pour le C.C., d'avoir à informer la juridiction compétente de l'état de l'entreprise est déjà salutaire en elle-même mais elle serait sans doute plus efficace encore si l'information était également portée à la connaissance du ministère public. Bien qu'il ne s'agisse pas forcément de faits délictueux, le ministère public peut légitimement intervenir au niveau de la procédure préventive dans la mesure où un fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation crée un problème d'ordre public, économique et social. Le législateur OHADA n'est pas allé aussi loin, sans doute par prudence, de sorte que l'extension du rôle du C.C. à travers cette délicate procédure d'alerte n'a pas été corrélée avec celle du rôle du ministère public dans le traitement des difficultés des entreprises à travers leur redressement et la sauvegarde des emplois.

B) Mais une extension non corrélée avec celle du rôle du ministère public dans le traitement des difficultés des sociétés commerciales.

L'obligation d'alerte du C.C. qui consacre l'extension du rôle de ce dernier dans la prévention des difficultés des entreprises prend fin avec la toute dernière

⁸⁹ V. son article « Des entreprises en difficultés et des réformes en cours, G.P. 1983, doct. P.2

étape de la procédure : l'information de la juridiction compétente et la communication des résultats de l'alerte. Bien évidemment, « dans un délai de six mois, à compter du déclenchement de la procédure d'alerte, le C.C. peut reprendre le cours au point où il avait estimé pouvoir y mettre un terme lorsque, en dépit des éléments ayant motivé son appréciation, la continuité de l'exploitation demeure compromise et que l'urgence commande l'adoption de mesures immédiates ». (AU/DSC+DIE art. 152 al.4 et art.156 al.4). Sa tâche ainsi remplie, la suite des opérations (de redressement ou de liquidation) ne lui incombe plus. Elle incombe désormais à la seule juridiction compétente pour diligenter les mesures nécessaires. Et comme par un paradoxe, alors que le C.C. ne peut plus rien faire, le ministère public, en droit OHADA, ne peut toujours pas intervenir tant que la cessation des paiements n'est pas déclarée.⁹⁰ La collaboration entre les deux n'en devient que plus difficile.

Au total, on peut observer que l'extension du rôle du C.C. recherchée et obtenue par l'obligation d'alerte en matière de prévention des difficultés des entreprises s'est accompagnée plutôt par une certaine limitation du rôle du ministère public dans ce domaine et par l'extension dans un autre domaine, celui du solutionnement des difficultés des sociétés.

⁹⁰ En droit français, le « règlement amiable » à qui est apparenté le « règlement préventif » de l'OHADA peut être provoqué soit d'office par le président du tribunal de commerce, soit par le procureur de la République.

1) La limitation du rôle du ministère public dans la prévention des difficultés

Cette limitation peut être perçue au travers de l'évaluation de l'étendue de la procédure d'alerte du C.C. mais aussi de celle de la restriction intervenue dans le rôle du ministère public à propos de cette procédure.

a) L'étendue de l'alerte par le C.C.

L'étendue de la procédure s'apprécie par la plus ou moins grande ouverture d'abord, de l'initiative de l'alerte, ensuite, de son objet, le type de société considéré étant sans réel enjeu.

S'agissant de l'initiative de l'alerte, il a été déjà indiqué que, contrairement au législateur français, le législateur OHADA ne l'a réservée qu'au C.C. et aux associés. Et comme l'alerte par ces derniers n'a qu'un caractère facultatif, l'initiateur réel devient le seul C.C. puisque les associés, même s'ils ont le droit et les moyens de suivre l'activité de leur entreprise, ne s'en soucient pratiquement que lorsque des personnes averties le leur suggèrent. C'est le cas des dirigeants et bien sûr du C.C.⁹¹ Toutefois, on peut s'étonner d'une telle restriction dans l'initiative de l'alerte. Même si elle peut se justifier (du moins en partie) par la faiblesse du tissu économique des entreprises dans la plupart des Etats de l'OHADA, elle ne peut se comprendre pour les représentants du personnel (comité d'entreprise, délégués du personnel) qui ont des intérêts à défendre dans la survie

⁹¹ A travers notamment leurs différents documents de gestion ou leurs rapports d'exercice.

de leurs entreprises (salaires, emploi...)⁹² ni pour le président de la juridiction compétente qui lui, ne défend pas ses propres intérêts privés mais doit défendre les intérêts de tous les autres acteurs de la vie des sociétés et par-delà, de l'économie nationale (fournisseurs, banquiers et même consommateurs). De lege ferenda, le législateur OHADA pourrait prendre cela en compte.

S'agissant de l'objet de l'alerte, il s'agit de faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation ». Cette notion, bien que relativement ancienne n'en est pas pour autant précise, ce qui peut même constituer une source de dommage pour la société. Elle n'est pas nouvelle dans la mesure où elle est un des principes fondamentaux du droit comptable, qui exige notamment que l'entreprise commerciale établisse ses comptes annuels dans une optique de poursuite de l'activité dans un avenir prévisible (sans oublier de tenir compte, le cas échéant, de prévisions à moyen et long terme) ou, à défaut, mentionne ses difficultés et établisse ses comptes annuels en valeurs liquidatives dans le cas où la continuité n'est plus assurée. La continuité de l'exploitation est donc le critère central auquel le C.C. doit se référer pour fonder son jugement et déclencher la procédure. Mais il est bien vague et a pu être retenu par

⁹² En France, la formulation n'est pas la même que celle utilisée pour le C.C. qui intervient « lorsqu'il relève, à l'occasion de l'exercice de sa mission, des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation » alors que le droit d'intervention n'est donné aux représentants du personnel que lorsqu'ils « ont connaissance des faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise ». Le critère n'est donc plus seulement comptable et financier (C. trav., art. L. 2323-78)

conséquent, dans une foule de circonstances aussi variées qu'hétérogènes.⁹³ La profession a même conçu à cet égard, un guide pratique mais sans aucun caractère obligatoire.⁹⁴ Et s'il est possible que le caractère vague de la notion ait des conséquences dommageables pour la société, il n'en demeure pas moins que l'imprécision de l'expression permet de couvrir un maximum de situations laissant craindre une rupture prochaine dans la poursuite de l'exploitation de l'activité des entreprises, tant le pouvoir d'appréciation du C.C. est délicat et large. L'objet de l'alerte par le C.C. pourra concerner les faits autres que délictueux mais qui peuvent compromettre la vie de l'entreprise et dont le sort ne va plus concerner le ministère public.

b) La restriction du rôle du ministère public dans l'alerte du C.C.

Tandis-que le rôle du C.C., en matière de prévention des difficultés des entreprises s'est accru à travers l'obligation d'alerte pour prendre en compte, au-delà des faits délictueux (ou susceptibles de l'être, tous les faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, celui du ministère public, au lieu de s'étendre, comme ce l'a été en France à travers l'adoption de la procédure de règlement amiable⁹⁵, s'est vu au

contraire, substitué celui de la juridiction compétente en matière commerciale. C'est cette dernière qui est le dépositaire des résultats des démarches du C.C. à la fin de la procédure d'alerte. C'est à elle désormais de prendre toutes les dispositions utiles pour le redressement de l'entreprise. En effet, le règlement amiable tout comme son répondant en droit OHADA, le règlement préventif sont destinés aux entreprises encore saines mais qui ne peuvent « se redresser » par leurs propres moyens. Est-ce bien sûr qu'elles le sont encore ? La réalité concrète est délicate à apprécier. Il faut cependant considérer que les entreprises en question ne doivent pas être en état de cessation des paiements, auquel cas, c'est le droit des procédures collectives qui doit être alors mis en œuvre. En d'autres termes, le règlement préventif doit s'appliquer à l'entreprise in bonis⁹⁶, qui n'est pas encore en état de cessation des paiements mais dont le redressement dépasse ses seules possibilités, ses comptes faisant apparaître des pertes qu'un financement adapté aux possibilités de l'entreprise ne peut couvrir.

Contrairement à la procédure du règlement amiable en France, qui est purement contractuelle et par conséquent, confidentielle, celle du règlement préventif, sans être trop formaliste, notamment par rapport à la saisine⁹⁷, a un caractère judiciaire, ne serait-ce que pour

⁹³ Voir à ce sujet, nos précédents développements sur « l'obligation d'alerte ».

⁹⁴ Cfr. CNCC, note n°8, sept. 1987.

⁹⁵ A travers la L. n°84-145, 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises. Contrairement à la volonté de ses initiateurs, la loi n'a pas donné le pouvoir de provoquer un règlement amiable ni au procureur de la République ni au président du tribunal (V. notamment Y. Chaput, la réforme de la

réforme de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises, JCF 1994 I 3786)

⁹⁶ Selon une expression bien chère au professeur F.M. SAWADOGO, AU/PPCAP, commentaire, Edicel 2000, Ed. FFA p. 30 et s.

⁹⁷ Elle est simplifiée parce que la requête du débiteur est adressée au président de la juridiction compétente et déposée au greffe de ladite juridiction contre récépissé.

vérifier que certaines conditions quelques peu rigoureuses sont remplies. On doit reconnaître avec le professeur SAWADOGO⁹⁸ que s'agissant d'une faveur faite au débiteur in bonis de ne pas payer ses dettes pendant une période plus ou moins longue, il est normal qu'on y mette des conditions. Cela procède sans nul doute du souci du législateur OHADA d'éviter le recours à des moyens ruineux qui, pour sauver les apparences, mettent davantage encore l'entreprise en péril. Désormais, le débiteur va obtenir du président de la juridiction compétente non seulement une décision de suspension des poursuites individuelles mais aussi la désignation d'un expert « pour lui faire rapport sur la situation économique et financière de l'entreprise, les perspectives de redressement compte tenu des délais et remises consenties ou susceptibles de l'être par les créanciers et toutes autres mesures contenues dans les propositions du concordat préventif » (A.U / O.P.C.A.P, art 8. Al. 1).⁹⁹ Le C.C. peut intervenir à ce moment-là, juste pour communiquer à l'expert tous « les renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière du débiteur » (AU/OPCAP, art. 12 al.2). Quant au ministère public, il doit se résoudre à son rôle traditionnel de recherche des infractions. Sa collaboration avec le C.C. s'en trouve d'autant, réduite. Son rôle ne s'élargira qu'avec le traitement

⁹⁸ V. F. M. SAWADOGO, op.cit. p. 31

⁹⁹ Le débiteur, demandeur d'un règlement préventif doit, en même temps sa requête, déposer un certain nombre de documents et au plus tard, dans un délai de 30 jours, à peine d'irrecevabilité de sa demande, « une offre de concordat préventif précisant les mesures et conditions envisagées pour le redressement de l'entreprise... ! (A.U. / OPCA P, art 7 al1)

des difficultés, c'est-à-dire qu'avec l'arrivée de la cessation des paiements, donc de l'arrêt de la prévention.

2) L'extension du rôle du ministère public dans le traitement des difficultés commerciales

La procédure du règlement préventif doit permettre à un ou des débiteurs en difficulté, d'en faire la déclaration, d'obtenir la suspension des poursuites individuelles et de proposer un concordat préventif destiné à éviter la cessation des paiements et à permettre le redressement de l'entreprise. Il est donc normal que le débiteur y joue le rôle de premier plan puisque l'entreprise n'est pas encore en cessation des paiements. L'intervention judiciaire, notamment celle de la juridiction compétente est relayée en arrière-plan tandis que celle du ministère public est réduite à sa portion congrue, à savoir la détection et la sanction des infractions et celle du C.C. réduite. Mais dès lors que la cessation des paiements est constatée, le ministère public va voir son rôle s'étendre avec le déclenchement des vraies procédures collectives.

a) L'opportunité de l'extension du rôle du ministère public dans le traitement des difficultés des sociétés commerciales.

Classiquement, les procédures collectives poursuivent trois¹⁰⁰ objectifs :

¹⁰⁰ Le professeur M. Jeantin a proposé d'y ajouter un 4^{ème} objectif, la restructuration de l'économie dans un contexte concurrentiel (Droit commercial ;...Entreprises en difficulté, Précis Dalloz 2^{ème} éd. n° 351). Le législateur OHADA n'a pas eu ce souci, eu égard probablement au développement encore trop faible du tissu des

- la protection des créanciers impayés et leur désintéressement dans les meilleures conditions possibles ;
- la punition, voire l'élimination des sociétés commerciales qui n'honorent pas leurs engagements ;
- enfin, la sauvegarde des seules entreprises redressables.

Un problème de compatibilité entre ces objectifs se pose dans la mesure où leur poursuite de front peut conduire à un échec de toutes ces procédures. Au-delà du problème de hiérarchisation ainsi posée, il y a plutôt lieu de s'interroger sur l'aptitude du droit des procédures collectives à atteindre les objectifs poursuivis. Pour le législateur OHADA, après la cessation des paiements, la priorité est au sauvetage de l'entreprise si la situation n'impose pas sa liquidation, sa disparition. Et à ce moment-là, le ministère public suit particulièrement les procédures en raison des implications économiques et sociales consécutives aux défaillances des entreprises mettant en cause l'intérêt général. On peut s'étonner ici que malgré la confirmation du caractère d'ordre public des procédures collectives se traduisant notamment par l'intervention croissante du ministère public, le législateur OHADA n'ait pas cru bon de prévoir une saisine directe de la juridiction compétente par le ministère public pour l'ouverture de la procédure de règlement judiciaire¹⁰¹. Elle présenterait l'avantage sur la pratique officieuse de l'information du président de la juridiction compétente,

sociétés commerciales dans les Etats-parties au traité OHADA.

¹⁰¹ En France, en la matière, le ministère public peut notamment solliciter l'ouverture judiciaire de la procédure (art. L 631-5, al1 et L640-5 al1 Code.Com.)

d'obliger le procureur à exposer le bien-fondé de sa demande comme tout plaideur. On a pu justifier cette solution par une référence à l'existence de la procédure d'alerte prévue par l'AU / DSC et GIE (art.150 et suivants) mais, en la matière ne vaut-il pas mieux plus que pas assez ?

En tout état de cause, la saisine est attribuée au créancier et à la juridiction compétente qui peut se saisir d'office, sur la base d'informations fournies tant par le ministère public, les C.C., les associés que par les institutions représentatives du personnel et cela, de manière non limitative¹⁰². La collaboration du ministère public et du C.C. à l'information de la juridiction compétente est ici notable.

b) L'étendue de l'extension du rôle du ministère public

Dans le traitement des difficultés des entreprises et sociétés commerciales, on assiste à une extension du rôle du ministère public à travers l'A.U. portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Si le législateur OHADA n'a pas jugé utile de permettre au ministère public de saisir la juridiction compétente aux fins d'ouverture de la procédure, comme c'est le cas en France depuis la loi du 15 octobre 1981 relative au droit d'action du ministère public dans les procédures collectives d'apurement du passif des entreprises, il a néanmoins prévu, à titre principal, un droit

¹⁰² A cet égard, les tribunaux de commerce belge ont organisé un service d'enquêtes commerciales dont l'utilité est évidente pour la saisine d'office alors qu'en France, l'art. 13 du décret d'application de la loi sur le redressement judiciaire permet au tribunal une enquête seulement facultative et non réservée à la saisine d'office avant de statuer.

de communication réciproque entre le ministère public et le juge commissaire.¹⁰³

A un titre plus secondaire, il a prévu, au profit de celui-ci les droits suivants :

- un droit d'informer la juridiction afin qu'elle se saisisse d'office (art. 29) ;
- l'obligation pour le greffier de lui adresser immédiatement un extrait du jugement d'ouverture (art.35) ;
- la possibilité d'assister à l'inventaire (art.63) ;
- l'obligation pour le juge-commissaire de lui transmettre avec ses observations le rapport établi par le syndic dans le mois de son entrée en fonction, sur la situation d'ensemble du débiteur et ses perspectives (art. 66) ;
- un droit de recevoir communication du rapport du syndic tendant à ce que la juridiction compétente autorise la poursuite d'activités en cas de liquidation des biens ainsi que les résultats de l'exploitation tous les trois mois (art.113) ;
- un droit d'assister à l'assemblée concordataire et d'y être entendu en ses conclusions orales ou écrites, avant le vote (art. 123 et 124) ;
- un droit exclusif d'action en nullité du concordat en cas de dol (art.140)

¹⁰³ Ainsi, le ministère public est informé du déroulement de la procédure par le juge commissaire. Il peut alors requérir communication à tout moment, de tous actes, livres et documents relatifs à la procédure collective. En sens inverse, le ministère public communique au juge commissaire, sur sa demande ou même d'office, les renseignements utiles à l'administration de ladite procédure et provenant de toute procédure pénale, nonobstant le secret de l'instruction.

- l'obligation pour le greffier de lui adresser un extrait de la décision de clôture de l'union (art.172) ;
- la mission de surveillance de l'application des dispositions relatives à la faillite personnelle ou de poursuite de son exécution (art.195) ; ainsi, lorsqu'il a connaissance de faits susceptibles de justifier la faillite personnelle, le syndic en informe immédiatement le ministère public (art.200) ; il peut interjeter appel (art.222) ;
- un droit de recevoir (avant de la communiquer à la juridiction compétente) toute demande de réhabilitation lorsque la cessation des paiements a été constatée (art.208) ;
- un droit de requérir la présence à la cause du syndic en cas d'appel par le débiteur ou par les dirigeants de la décision prononçant la faillite personnelle ou d'autres sanctions (art.223) ;
- un droit à intervenir dans la poursuite des infractions de banqueroute et infractions assimilées (art.234 à 237).

Ainsi et comme le fait observer fort justement le professeur F.M.SAWADOGO, « bien que moins doté en prérogatives que son homologue français, le ministère public peut contribuer directement ou indirectement à accélérer la procédure, à la rendre plus efficace et à assurer sa moralisation »¹⁰⁴.

¹⁰⁴ In « A.U. portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Commentaires » par F.M.SAWADOGO, EDICEF/EDITIONS FFA, 2000 p.61

CONCLUSION

Au moment de terminer ce travail, il n'est pas aisé de louer ou de blâmer une législation dont on n'a pu voir encore tous les effets. Certes, à l'élargissement de la mission du C.C., le législateur a établi d'une part, un renforcement des incompatibilités qui lui sont applicables et d'autre part, un aménagement important des conditions d'exercice de la profession. Exerçant pendant longtemps individuellement ou parfois groupés en sociétés civiles professionnelles, les C.C. peuvent désormais, se grouper en sociétés commerciales ouvertes en partie aux capitaux extérieurs. De même, la modification du régime de la récusation et de la révocation correspond également à l'étendue nouvelle de ses attributions. La révocation ne peut plus être prononcée que par décision de justice mais comme la récusation, elle peut être demandée par un grand nombre de personnes ou d'organismes : le ministère public, le conseil d'administration, l'administrateur général, l'assemblée générale ordinaire. Par ailleurs, en ce qui concerne les pouvoirs du ministère public dans les procédures collectives, on peut remarquer que le tribunal de commerce est la seule juridiction d'exception à avoir un ministère public doté de pouvoirs aussi importants.

Dans ces conditions, on peut se demander d'une manière plus générale si cette réforme n'est pas un pas décisif vers la transformation du tribunal de commerce de juridiction d'exception en juridiction de droit commun de l'entreprise comme le disait M. le Président CARCASSONNE dans son discours de la rentrée solennelle du 8 janvier 1982. Ce qui est sûr, c'est que certains aspects de l'intervention du

ministère public dans les procédures commerciales dépassent très largement la double fonction – répression et défense de l'ordre public, interprétation et défense des lois- qui définit habituellement le rôle du parquet. En effet, dans le cadre des procédures collectives, le ministère public, lorsqu'il intervient va prôner des solutions qui seront le plus souvent, dictées par des considérations d'ordre économique ou social, plutôt que juridique ou répressif. La sécurité de l'emploi, l'incidence de la décision sur l'économie seront pour lui des motivations essentielles. Par-là, se révèle la nouvelle mission du parquet dans l'ordre commercial plus volontiers tournée vers la prévention que vers la répression.

En réalité, cette évolution n'est pas propre au droit des procédures collectives. Elle se précise pour l'ensemble du droit commercial, du droit social, du droit des sociétés, du droit de la concurrence... Elle s'impose davantage ici en raison des graves conséquences économiques et sociales des difficultés en entreprises, et de la nécessité de canaliser les interventions de l'Etat. La concentration des entreprises, la planification, sont les causes directes de cette évolution du rôle du parquet. La question se pose savoir s'il faut aller au-delà et d'accroître encore les pouvoirs du parquet. Certains juristes souhaitent aller plus loin encore et qu'il soit permis au parquet d'intervenir sous la forme d'un visa préalable qui serait nécessaire à l'immatriculation de toute nouvelle société au registre du commerce et du crédit mobilier. Ainsi, le parquet participerait au contrôle a priori de la régularité de la constitution des sociétés et serait à même de déceler plus aisément les sociétés de façade ou de complaisance ou les domiciliations suspectes. Il serait peu

souhaitable voire même dangereux que la fonction du parquet se transforme en un contrôle rigoureux ou en autorisation préalable. En définitive, l'action du parquet dans notre droit doit avoir des limites : défense de la loi menacée, défense de l'ordre public troublé. Rien n'empêche le parquet de soutenir dans ce cadre, des solutions qui relèvent plus de la prévention que de la répression. Seulement, il ne faudrait pas que son rôle déborde ce cadre. M. Robert BADINTER n'avait-il pas raison lorsqu'il écrivait à propos de l'éventuelle extension du rôle du parquet : « que l'exigence légitime de sécurité n'engendre pas, là aussi des mesures insidieuses sur nos libertés »¹⁰⁵. Autrement dit, en voulant trop protéger la sécurité des affaires, l'action du parquet ne risque -t-elle pas de provoquer des investigations à l'encontre d'hommes simplement désireux d'entreprendre comme la loi l'autorise par ailleurs !

Enfin, on peut émettre une réflexion finale sur le sens de l'évolution de la collaboration entre le C.C. et le ministère public. A cause de l'imprécision des termes de la loi, il est difficile sur le plan économique de déterminer concrètement ce qu'est « un fait de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise ». C'est pourquoi, il est à craindre que le déclenchement de l'alerte qui peut être effectué par nombre de personnes ou d'organismes qui n'ont pas toujours la connaissance exacte de la réalité économique de l'entreprise n'aboutisse à des résultats qui ne répondent pas aux

vœux des rédacteurs de la loi. En raison de cette réserve, l'on peut sérieusement douter de l'efficacité réelle des nouvelles procédures. C'est pour cela que l'intervention des Pouvoirs publics semble indispensable pour la réussite totale de la mise en œuvre des mesures prévues. Nous pensons là aux éventuelles pressions que l'Etat peut faire pour aboutir à des règlements amiables aux difficultés des entreprises et sociétés commerciales.

¹⁰⁵ Robert BADINTER, Le Procureur et le Conseil, Revue de jurisprudence commerciale 1981, page 245.