

Commentaire de l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 13 février 2004 (25^{ème} chambre, section B)

Les détournements par le ou la comptable salarié du client, sans être une cause de sinistralité fréquente pour les experts comptables et les commissaires aux comptes, est néanmoins un sujet récurrent. Selon les statistiques des assureurs de la profession, environ 10% des mises en cause, représentant certaines années jusqu'à 20% du coût des sinistres réglés) surviennent à raison de détournements de fonds non décelés.

Le débat porte sur le fait que les experts comptables et les commissaires aux comptes ne sont évidemment pas directement responsables mais sont souvent recherchés pour un défaut dans l'exécution de leurs missions, apparaissant comme étant les seuls solvables après la condamnation au pénal de l'auteur principal.

Deux moyens de défense sont alors possibles : la bonne exécution de leurs missions et la faute du client lui-même dans son défaut de surveillance du salarié.

Le premier moyen est exonératoire, le second conduit logiquement à un partage de responsabilité.

C'est à cette solution de partage qu'est arrivée la Cour dans l'arrêt ici commenté.

Il importe dès lors de voir les étapes du raisonnement au regard des obligations du professionnel, examen qui ne peut se faire qu'en envisageant la charge probatoire.

Dans l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 13 février 2004, une association a été victime de détournements de fonds, en 1994 et 1995, par l'une de ses salariées pour un montant total de 560 948 francs.

Après la condamnation pénale de l'auteur des détournements, l'association a recherché la responsabilité de son expert comptable alléguant : « (...) *qu'il n'aurait pas détecté en temps utile les malversations.* ».

Les juges de première instance ont décidé un partage de responsabilité entre le demandeur et l'expert comptable le condamnant au paiement de la somme de 42 757,99 €.

Aux motifs que l'expert comptable aurait commis une faute en ce qu'il aurait dû redoubler de vigilance dans l'exécution de sa mission après avoir mis en garde en 1999, le directeur de l'association sur les compétences professionnelles de la salariée indelicat.

Relevant toutefois que les dirigeants de l'association avaient commis une faute en maintenant la salariée au service comptabilité en dépit de l'avertissement du professionnel.

L'expert comptable a relevé appel de cette décision.

La Cour a confirmé le jugement déféré décidant le partage de responsabilité.

I L'appréhension des fonds

Très classiquement,

Le mode opératoire utilisé en l'espèce conduisait à inscrire à l'actif du bilan de l'association des créances sans existence.

Ce cas particulier de détournement est néanmoins facilement détectable par une simple révision des comptes de bilan.

Mais les détournements n'ont pas toujours une incidence sur le bilan de la société dans laquelle ils sont commis. Ils peuvent en effet se traduire par un alourdissement injustifié des charges, dans le cas par exemple de l'enregistrement de factures d'achat fictives. Ils peuvent même n'avoir aucune incidence sur les comptes que ce soit le bilan ou le comptes de résultat. Ce cas se rencontre lorsqu'il s'agit d'une fraude à la TVA par exemple.

II Les manipulations comptables pour couvrir les détournements

Le risque de non détection d'une anomalie significative résultant d'une fraude est important car la fraude implique généralement des moyens visant à la dissimuler. La collusion, le faux l'omission délibérée d'enregistrer des opérations ou les fausses déclarations faites intentionnellement à l'expert comptable en sont des exemples couramment utilisés. Sauf preuve contraire, l'expert comptable est en effet fondé à considérer les déclarations qu'il reçoit comme exactes, les enregistrements comptables comme corrects et les documents obtenus comme authentiques¹.

Pour dissimuler les montants des chèques qu'elle établissait à son ordre et qu'elle ne comptabilisait pas, la comptable salariée inscrivait les montants détournés qu'elle inscrivait au compte « *subventions à recevoir* ».

Il est relevé avec justesse par la Cour que l'expert comptable, étant donné sa mission, ne pouvait connaître les dates de versement des subventions, reçues souvent avec retard, en conséquence l'existence dans les comptes de subventions à recevoir ne présentait pas en soi un caractère anormal.

Mais, l'absence de vérification du dénouement de ces sommes dans ce compte d'un exercice sur l'autre constitue à l'évidence un manquement de l'expert comptable dans le cadre de sa mission d'établissement des comptes.

Ce que la Cour a stigmatisé : « *Mais considérant qu'il ne pouvait se borner, dans le cadre de sa mission, à vérifier la cohérence de ces résultats sans vérifier celle des principales composantes de ces résultats, au moins par sondages, de manière à s'assurer de la cohérence des résultats et de la vraisemblance des comptes, que de même, il ne pouvait se borner à vérifier la cohérence d'un exercice à l'autre, du ratio de subventions à recevoir au 31 décembre, avaient bien été encaissées au cours de l'exercice suivant, ne serait ce qu'aux fins de régularisations éventuelles ;* »

¹ « Toutefois, conformément à la norme ISA 200 « objectif et principes généraux d'une mission d'audit des comptes », l'expert planifie et conduit sa mission en faisant preuve d'esprit critique et en étant conscient que certaines situations ou événements peuvent laisser supposer l'existence d'une fraude ou d'une erreur non détectée », Les normes et le cadre conceptuel relatif aux missions normalisées de l'expert comptable.

Ainsi la Cour considère que les contrôles de l'expert ont été en l'espèce insuffisants, ce qui a contribué à la réalisation du dommage².

Par contre, comme le remarque la Cour, le contrôle des rapprochements bancaire ne pouvait faire apparaître la manipulation car il est, dans cette opération, seulement recherché la raison des écarts qui n'existaient pas ici, puisque ni le chèque reçu ni le chèque émis n'étaient enregistrés en comptabilité.

III Sur la faute de l'expert comptable

➤ Les missions de l'expert comptable

Depuis 1993, un référentiel technique reposant sur le concept de normes a été mis en place afin de favoriser un exercice plus transparent des missions.

Ce dispositif comporte deux niveaux : des normes générales concernant l'ensemble des missions, relatives au comportement, au travail et au rapport et des normes spécifiques pour un certain nombre de missions ayant fait l'objet d'une définition professionnelle.

Les diligences normales que l'expert comptable doit respecter sont définies selon la typologie suivante :

- Une mission de présentation
- Une mission d'examen
- Une mission d'audit qui a pour objectif de permettre à l'expert comptable d'exprimer une opinion indiquant si les comptes présentent sincèrement la situation financière de l'entité et le résultat de ses opérations conformément au référentiel comptable identifié.

D'une manière générale et sauf demande expresse du client, les vérifications ne comportent ni le contrôle de la matérialité des opérations ou des actifs, ni l'appréciation de l'opportunité des décisions de gestion.

Ainsi, aucune n'a pour vocation de principe de détecter les fraudes. Ce n'est pas le rôle de l'expert comptable et la plupart des missions ne lui en donne pas les moyens matériels. Et même lorsque contractuellement il effectue un audit, pour des questions de temps et de coût, celui-ci ne peut être intégral.

L'incertitude sur le résultat ne résulte pas seulement de cette volonté contractuelle mais surtout de l'existence d'un aléa : la technique des sondages. Ceux-ci ne permettent en effet de contrôler que la viabilité formelle des pièces justifiant les écritures comptables.

Par contre il n'est pas admis qu'il puisse, en prenant toutes les précautions contractuelles, descendre en dessous d'un certain degré de raisonnement sur les faits qu'il organise et partant de là, une vigilance minimale est requise.

C'est ainsi, qu'en fin de travail il doit examiner la cohérence et la vraisemblance des comptes qu'il a établis.

² Même solution dans CA de Paris, 22 mars 1990, D 1990 IR p 107, CA de Paris 25 janvier 1990, D 1990 IR p 65 dans les deux espèces relève que si l'expert comptable n'est pas tenue de refaire la comptabilité tenue par le client, il doit au moyen de sondages de sa régularité, l'insuffisance de ces derniers et particulièrement de rapprochement bancaire ayant permis aux détournements de perdurer dans le temps.

Si l'expert comptable constate des anomalies, il doit alors examiner les comptes internes de l'entreprise, d'abord par sondage puis de façon approfondie jusqu'à en découvrir l'origine et ce, même si les détournements s'avèrent difficiles à déceler.

Lorsque la société est soumise à l'obligation du commissariat aux comptes, la situation présente des particularités notables qui affectent évidemment la nature et surtout l'étendue de la mission de l'expert comptable. Néanmoins, la responsabilité du commissaire aux comptes est d'un niveau supérieur à celle de l'expert comptable qui n'a pas pour mission de certifier la régularité et la sincérité des comptes annuels.

En l'espèce ce défaut est stigmatisé dans le cadre d'une des missions les plus couramment pratiquées.

L'expert comptable avait une mission de présentation des comptes annuels de l'association sans qu'une lettre de mission n'ait pourtant été rédigée.

La lettre de mission définit contractuellement les obligations réciproques des parties. Ainsi, si une telle lettre a bien été établie, le juge pourra partir de celle-ci pour examiner lui-même, ou par voie d'expertise, la concordance des diligences réellement effectuées avec celles prévues au contrat.

Même si les normes professionnelles édictées par l'Ordre des experts comptables tendent à imposer l'établissement d'un écrit contractuel, il reste encore beaucoup de situations où le juge doit rechercher lui-même, ou bien par voie d'expertise, à partir des faits, qu'elle était la mission convenue entre les parties.

L'établissement du champ contractuel permet alors au juge de rechercher si les obligations, fussent-elles de moyens, ont été correctement accomplies³.

Ici, les magistrats, afin de déterminer l'étendue de la mission de l'expert comptable, se réfèrent au libellé des notes d'honoraires adressées par l'expert à son client⁴.

La Cour définit ainsi la mission de l'expert de la manière suivante : « *La mission (...) consistait pour ce qui concerne le présent litige, en l'établissement des comptes annuels, la surveillance et le contrôle de la comptabilité de l'association, ce qui est reconnu par les deux parties.* »

Ajoutant dans une formule de principe particulièrement claire : « *Que l'expert comptable étant tenu à une obligation de moyens et non de résultat, il ne peut être déduit de la seule réalité des détournements commis qu'il aurait manqué à son obligation de contrôle et de surveillance* ».

Ainsi, les omissions qui pourraient lui être reprochées le seront à deux titres. Le premier concerne la non détection de détournements commis par le salarié du client et le second correspond à toutes les obligations variées auxquelles l'expert comptable n'aurait pas apporté une réponse suffisante et qui seront sanctionnées sous le concept général d'obligation de conseil.

³ Sur une mission restreinte ne permettant pas la mise à jour des détournements : Cass. Civ.1^{ère}, 3 février 1993, n° 227.

⁴ En effet, dans le cas où aucune lettre de mission n'a été rédigée ou que celle-ci présente des lacunes, il appartient au client de démontrer que dans le cadre des rapports contractuels et compte tenu des honoraires demandés, l'expert comptable devait accomplir les actes qu'il lui est reproché de pas avoir effectués (CA Montpellier, 26 mars 2002, CA de Lyon, 23 mai 2002 et Cass Com, 5 mars 2002, JCP éd E 2003, n°27 page 1145)

➤ l'obligation de conseil

Au soutien de sa mission purement comptable, l'expert comptable est de plus en plus appelé à voir s'étendre son rôle de conseil. Il peut, en effet, effectuer toutes études, toutes consultations et tous travaux dans les domaines administratif, économique, juridique, fiscal pour ses clients ou en liaison avec ses missions comptables⁵.

Mais plus encore, l'obligation de moyen de l'expert comptable ne se limite pas à la seule mise en forme, conformément à la technique comptable des documents fournis par le client mais elle impose dans le cadre d'une mission générale de tenue de comptabilité ou d'une mission de révision et de centralisation un devoir de conseil⁶.

En l'espèce le devoir de conseil mis en avant par la Cour ne correspond pas aux griefs qu'elle formule finalement.

Un conseil avait été donné par l'expert comptable bien avant la découverte des détournements signalant aux dirigeants de l'association que le futur auteur des détournements se révélait incompetent dans les fonctions qui étaient les siennes. L'embauche d'une aide comptable avait alors été décidée et réalisée.

Les premiers juges avaient tiré de cette mise en garde des conséquences lourdes pour l'expert comptable. En effet, ils avaient considéré qu'après cette première alerte, l'expert comptable aurait dû redoubler de vigilance et aurait été tenu d'une obligation de surveillance et de contrôle renforcés.

Ce que la Cour sanctionne très clairement, considérant que : « (...) dès lors qu'il résulte de la lettre alors adressée par Alain Lauvray au directeur de l'association que ce n'était pas la probité de Christiane Massonet qui était en cause mais son incompétence, l'inadéquation du service comptable et la défaillance des procédures comptables de l'association ; que cet avertissement a été suivi d'effet puisqu'un nouveau comptable a été recruté par l'association » et que cette dernière s'était dotée de nouvelles procédures comptables.

Il faut considérer donc s'agissant du devoir de conseil du professionnel que ce dernier ne s'arrête pas à la mise en garde mais s'étend aussi à la vérification que ce dernier est suivi d'effet. C'était le cas en l'espèce et nul reproche ne peut être donc fait au professionnel. La défaillance qui lui est ainsi reproché ne touche pas à son obligation de conseil mais à l'absence de détection de détournements : « que l'expert comptable étant tenu à une obligation de moyens, et non de résultat, il ne peut être déduit de la seule réalité des détournements commis qu'il aurait manqué à ses obligations de conseils et de surveillance ».

⁵ Article 22 de l'ordonnance statutaire n° 45-2138 du 19 septembre 1945

⁶ Une analyse non exhaustive de la jurisprudence récente permet de constater une affirmation constante de l'existence d'un devoir de conseil, ainsi : CA de Versailles 1^{ère} chambre, 11 avril 2002, Bulletin Joly sociétés - Août, septembre 2002 n° 206 page 919. CA de Paris, 12 octobre 2001 Bulletin Joly 2002 p4255. CA de Rouen, 28 juin 2001, JCP éd E, 2002 page 979. CA de Paris, 26 mai 1999, GAZ PAL rec 1999, somm p 549, CA de Paris, 30 juin 1998, GAZ PAL, rec 1998, somm p 656, CA de Paris, 4 avril 1997, D 1997 IR p 202. un arrêt intéressant à relever est celui de la Cour d'Appel de Chambéry, 24 janvier 1991 qui examinant avec soin les conditions d'intervention de l'expert comptable et notamment le montant de ses honoraires a relevé : « Son obligation n'était que de moyens. Encore eut-il fallu que les moyens lui aient été fournis par son contrat pour mener à bien sa mission » CA de Chambéry, 24 janvier 1991, GAZ PAL, rec 1991, somm p 405.

Ce type d'affaire reste néanmoins très difficile à juger car la mise en jeu du professionnel dépendra bien évidemment de la sophistication des moyens employés pour effectuer les détournements et surtout de celle des moyens utilisés pour les dissimuler dans la comptabilité.

IV Le montant du préjudice et le partage de la responsabilité

➤ L'évaluation de la perte de chance subie

« Que l'expert comptable étant tenu à une obligation de moyens et non de résultat, il ne peut être déduit de la seule réalité des détournements commis qu'il aurait manqué à son obligation de contrôle et de surveillance ».

Cette formule de principe pose en partie le débat qui se déroule devant les magistrats, car bien souvent en pratique, l'expert comptable invoquera aussi en défense un défaut de contrôle interne qui a permis les détournements.

En effet, dans le cadre de la responsabilité professionnelle des experts comptables, assujettis à une obligation de moyens, qui par définition est aléatoire, on considère que le dommage réalisé peut être constitué par une perte de chance.

La perte de chance peut se définir comme la perte d'une possibilité de réaliser un profit ou d'éviter une perte.

L'acte ou l'abstention fautive a privé la victime de cette possibilité mais sans que le résultat escompté puisse être considéré comme certain.

La reconnaissance de ce type particulier de préjudice a fait l'objet d'un débat doctrinal qui s'est interrogé sur la possibilité d'indemniser ce dommage sur le fondement des principes de la responsabilité civile, néanmoins, le principe de l'indemnisation de cette perte de chance a été admise par le droit positif mais se pose alors la question de son évaluation.⁷

Dans l'évaluation de cette perte de chance, il faut tenir compte de l'aléa affectant la réalisation de la chance perdue, en effet, il ne faut pas considérer que l'indemnisation de la perte de chance constitue un mode de réparation partielle du préjudice subi.

Ainsi que le souligne la doctrine : *« Pourtant, l'indemnisation de la perte d'une chance est soumise au principe de la réparation intégrale, mais, comme celui-ci oblige à tenir compte de tous les éléments du dommage, les juges ne peuvent éviter de prendre en considération l'aléa qui affecte la réalisation de la chance perdue. C'est pourquoi l'indemnisation est nécessairement inférieure à celle qui aurait été due pour la perte de l'avantage escompté si cette perte était survenue alors que cet avantage avait déjà été obtenu. »*⁸

De la même manière : *« L'obligation d'effectuer un abattement par rapport à l'indemnisation du dommage non aléatoire explique que l'on ait pu parler de réparation*

⁷ Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, 2^{ème} édition, Geneviève Viney, Patrice Jourdain, page 73.

⁸ Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, 2^{ème} édition, Geneviève Viney, Patrice Jourdain, page 84.

partielle, mais en réalité, ce qui justifie cette différence c'est que « la perte de chance » constitue un dommage spécifique et autonome par rapport au dommage final.»⁹

Ce que le droit positif rappelle dans une formule de principe : « *La réparation d'une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée* ». ¹⁰

Toute la difficulté vient de ce qu'il s'agit d'évaluer la perte certaine en excluant le dommage incertain, qui par définition ne peut être réparé en droit civil français.

Ce que la Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler dans une espèce où les faits étaient bien différents de ceux évoqués dans cet article mais qui dans une formule très claire a exclu de la réparation : « *Un risque fût-il certain ne suffit pas à caractériser la perte certaine d'une chance, le préjudice en résultant est purement éventuel* ». ¹¹

La difficulté particulière de l'évaluation de ce préjudice de la perte de chance vient donc de ce que les juges doivent réparer de manière intégrale un dommage dont l'appréciation se fait par le degré d'aléa affectant sa réalisation.

Enfin, les juges dans leur évaluation du dommage spécifique que constitue la perte de chance, doivent tenir compte de l'existence d'un aléa mais aussi du degré de l'aléa.

Ce qui fera l'objet d'un examen au cas par cas par les juges, après que soit évidemment rapportée la preuve du lien de causalité entre le préjudice subi et les actes reprochés.

Seul un examen méticuleux des faits permet de déterminer la réparation possible de ce dommage.

En effet, le préjudice subi par la société par la faute de l'expert comptable, faute dont la preuve doit être rapportée par la société, est constitué par la perte de la chance de voir découverts les détournements dans de meilleurs délais.

En effet, le droit positif rappelle ainsi que : « *Ce préjudice qui s'analyse en une simple perte de chance est distinct de celui résultant des détournements eux-mêmes* ». ¹².

L'arrêt est peu éclairant sur cette question qui n'a pas dû lui être directement posée et reprend la solution des premiers juges qui pour décider un partage de responsabilité avait relevé un défaut de contrôle interne.

➤ **Le partage de responsabilité et le contrôle interne (défaut de surveillance)**

L'expert comptable ou le commissaire aux comptes peut exonérer partiellement ou totalement sa responsabilité en fonction d'une part de la nature des détournements et des modes de dissimulation comptables et d'autre part, des diligences techniques exécutées et des mises en garde éventuellement formulées ¹³.

⁹ Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, 2^{ème} édition, Geneviève Viney, Patrice Jourdain, page 85.

¹⁰ Voir pour des illustrations récentes, Cass 1^{ère} civ, 15 janvier 2002, Contrats, Concurrence et Consommation, mai 2002 ou Cass 1^{ère} civ, 9 avril 2002, RJDA n° 8-9/02 n° 853 à 855 page 732.

¹¹ Cass, 1^{er} civ, 16 juin 1998, Dalloz 1997, IR page 180.

¹² CA de Paris, 1^{ère} Chambre, 7 février 1997, Dalloz 1997, IR, page 61 et Cass. Com, 19 octobre 1999.

¹³ « *Le client a été négligent dans le contrôle hiérarchique du personnel : partage de la responsabilité 50% entreprise 50% expert comptable CA de Bordeaux 17 octobre 1990* » Maître MADDOLI RESTOUX, *Les détournements de fond*, in IFEC juin 1999 n° 207.

La Cour relève ainsi concernant la responsabilité de la direction de l'association : « *Que la surveillance du compte bancaire et de l'usage du carnet de chèque de l'association relevaient de la responsabilité du directeur de l'association, dont il n'est pas contesté qu'il était le signataire des chèques, à qui il appartenait de mettre en place des procédures de suivi du compte et d'émission des chèques et de s'assurer de leur respect.* »

Précisant qu' : « (...) *il n'entrait pas dans la mission [de l'expert comptable] telle que ci-dessus décrite, de surveiller les mouvements du compte bancaire de l'association et à quelles opérations ces mouvements correspondaient ;* »

Ce qui reste conforme aux solutions du droit positif.¹⁴

Enfin, au regard de la technique comptable et de l'obligation de moyen de l'expert comptable, il n'est fait aucune allusion aux volumes des montants détournés au regard du « *chiffre d'affaire* » de l'association, ni même à l'importance de ces derniers dans le compte de subventions à recevoir. Car l'appréciation de l'insuffisance ou non des contrôles ne peut se faire qu'en comparaison aux diligences normales qui auraient dû être accomplies en la matière¹⁵.

Or ici aucune indication n'est donnée sur les volumes et seuil des détournements, seul élément matériel qui permettrait in fine d'établir si des diligences normales auraient permis la détection.

Des questions restent néanmoins en suspens. Ainsi, il n'est fait aucune allusion au banquier en l'espèce, qui n'a pas été attrait à la cause. Néanmoins, s'agissant de chèques contrefaits, la responsabilité de ce dernier en l'espèce aurait pu être envisagée.

En effet, dans un grand nombre de sociétés le principe de séparation des fonctions n'est pas respecté, principalement pour des raisons matérielles (personnel insuffisant).

La sécurité de la procédure repose alors uniquement sur le fait qu'aucune personne du service comptable n'a la signature bancaire, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

Ainsi, avec un contrôle de la banque sur les signatures, le détournement n'aurait sans doute pas été possible.

14 Ainsi dans une espèce similaire, la Cour de céans a relevé que : « *les dirigeants sociaux qui conservent toujours la maîtrise et le contrôle de l'entreprise, comme le relève l'expert, auraient dû procéder à un examen attentif des relevés bancaires (...).* » (Cour d'appel de Paris, 1ere chambre, 25 septembre 1992, INFORES Rec XXIBV), Arrêt de la Cour d'appel de Chambéry précité et commenté aussi à la revue fiduciaire comptable, avril 1991, cité par Alain LEMAIGNAN, Profession comptable n° 13, avril-mai 1991 page 34.

¹⁵ La responsabilité du professionnel s'apprécie toujours au regard des diligences qu'auraient accompli en l'espèce un professionnel normalement diligent.(ajout de jp).