

Compte-rendu :
Matinale de la Société Française des Evalueurs (SFEV)

La civile responsabilité de l'expert indépendant
11 mars 2008 – intervention de Marie-Manuèle Samion
Groupe de travail animé par Jean-Charles de Lasteyrie

A la suite de l'introduction de la nouvelle réglementation sur l'expertise indépendante, il est important pour les experts indépendants d'avoir une connaissance exacte de leur responsabilité dans ce nouveau cadre réglementaire.

Il en est d'autant plus ainsi que la question de la responsabilité du professionnel, à l'instar de celle du dirigeant d'entreprise, revêt, depuis une quinzaine d'années pour chacun une acuité certaine.

On connaît en effet depuis une quinzaine d'années un accroissement réel des actions en responsabilité contre les professionnels.

Or, connaître l'étendue et le contenu de sa responsabilité, c'est l'étape première et nécessaire permettant au professionnel de gérer son risque de responsabilité, c'est-à-dire d'une part, de le prévenir par la mise en place de moyens, de procédures et réflexes à même de limiter les cas de responsabilité et d'autre part, de le couvrir par l'assurance à un niveau qui soit en parfaite adéquation avec les risques encourus.

Quelques observations sur la nouvelle réglementation de l'expertise indépendante

- la nouvelle réglementation modifie profondément la nature de la mission dévolue à l'expert indépendant.

Alors qu'auparavant l'expert indépendant, auquel il n'y avait lieu de recourir de manière obligatoire que dans le cas de procédures de retrait, devait se prononcer sur le caractère convenable du prix proposé à des minoritaires au vu des travaux menés par les évaluateurs de l'initiateur, l'expert indépendant a désormais pour mission d'établir un rapport sur les conditions financières de l'offre ou de l'opération lequel contient **une évaluation** de la société concernée ou des actifs concernés et de toutes les contreparties de l'offre ou de l'opération concernée et dont la conclusion est présentée sous la forme d'une attestation d'équité sur le caractère équitable du prix, de la parité ou des conditions financières de l'offre publique ou de l'opération concernée.

Ainsi, l'expert indépendant ne vient plus seulement apprécier les travaux des évaluateurs de l'initiateur ou de la société concernée par une opération, il procède lui-même à une évaluation de la société concernée ou des actifs concernés.

- la nouvelle réglementation tend à une généralisation de l'expertise indépendante en étendant très largement le champ d'application de son recours à titre obligatoire (articles 261-1 et 261-2 du Règlement Général) et en invitant tout émetteur ou tout initiateur d'une offre publique d'acquisition à y recourir de manière facultative (article 261-3 du Règlement Général).
- la nouvelle réglementation ne modifie pas le principe posé par la COB en novembre 1995. La responsabilité du Conseil d'Administration ou du Conseil de Surveillance ou de l'organe chargé de rendre un avis motivé quant à l'information communiquée au public, est réaffirmée.

Bien au contraire, la nouvelle réglementation précise et encadre le rôle du Conseil d'Administration dans le cadre de l'expertise indépendante. Elle lui impose des obligations desquelles découlent bien évidemment une responsabilité tant lors du choix de l'expert indépendant que de la définition de sa mission, et du soutien à sa mission.

- Cette dernière disposition ne crée toutefois pas une irresponsabilité de l'expert. En effet, sauf dans les cas où la loi le prévoit expressément, les juges ne connaissent pas l'irresponsabilité. La jurisprudence en atteste, puisqu'on compte au moins deux décisions sur la responsabilité de l'expert indépendant dans lesquelles le juge n'a pas considéré l'expert comme irresponsable.
- La nouvelle réglementation en matière d'expertise indépendante se veut détaillée : elle précise notamment quand le recours à l'expert est obligatoire ou facultatif, ainsi que la diligence qui s'impose à lui. Cependant, elle n'aborde pas la question de la responsabilité de l'expert : celle-ci sera tranchée par la jurisprudence. C'est afin de tenter de lever l'incertitude liée à cette situation qu'a été constitué le groupe de travail présidé par Jean-Charles de Lasteyrie.

A l'égard de qui, l'expert indépendant peut-il être responsable ?

A l'égard de la société visée par une offre publique d'acquisition ou un retrait obligatoire, de l'émetteur réalisant une augmentation de capital ou de l'initiateur d'une offre publique d'acquisition

L'article 261-1 du Règlement Général de l'AMF énonce d'une part, « *la société visée par une offre publique d'acquisition désigne un expert indépendant....* » et d'autre part, « *la société visée désigne un expert indépendant préalablement à la mise en œuvre d'un retrait obligatoire...* ».

L'article 261-2 du Règlement Général stipule pour sa part « *Tout émetteur qui réalise une augmentation de capital réservée avec une décote par rapport au cours de bourse (...) désigne un expert indépendant qui applique les dispositions du présent titre* ».

L'article 261-3 du Règlement Général invite pour sa part tout émetteur ou initiateur d'une offre publique d'acquisition à désigner un expert indépendant.

Dans ces trois cas, une relation juridique s'instaure, du fait de l'acceptation de sa mission par l'expert indépendant, entre lui et la société visée, l'émetteur ou l'initiateur. Le contrat liant l'expert à la société qui l'engage, matérialisé par la lettre de mission fait naître des obligations et des droits pour les deux parties. L'expert indépendant est donc tenu contractuellement à l'égard de la société visée, l'émetteur ou l'initiateur de l'exécution de sa mission d'expertise indépendante.

Vis-à-vis des tiers : les actionnaires

Le rapport ou les conclusions du rapport de l'expert sont destinés, le plus souvent, à être publiés.

En conséquence, l'expert indépendant sait lorsqu'il accepte et surtout lorsqu'il exécute sa mission que son rapport est destiné à ne pas rester confidentiel entre les parties au contrat de mission.

Il accepte ce faisant que la société qui lui a confié la mission d'expertise indépendante se prévale, dans le cadre de l'opération concernée, de son professionnalisme à l'égard des tiers.

Or, la jurisprudence admet dans certains domaines que la faute contractuelle s'accompagne de faits générateurs d'une responsabilité civile quasi délictuelle à l'égard des tiers au contrat. Elle autorise alors le tiers au contrat, victime, notamment du fait de l'exécution du contrat, à engager la responsabilité civile quasi délictuelle du contractant fautif.

Les arrêts rendus en ce sens le sont souvent en matière de contrat d'entreprise. (Cass 1ère civ. 5 oct.1983, Bull. civ. I, n°219 ; Cass 3è civ. 11 oct. 1995 ; Cass. 2è civ. 17 mai 1995, RTD civ. 1995, p.896), mais elle

Mais il a été aussi jugé qu'un commissaire aux apports, dont on considère qu'il a la qualité de mandataire, était responsable du préjudice subi par des actionnaires en raison du caractère incitatif de l'estimation réalisée (T. com Paris, 24 juin 1974, Bull. CNCC 1975 n° 17 p. 95) ou de tout manquement dans l'exercice de sa mission à l'origine de préjudices distincts, individuellement et personnellement subis par les actionnaires (Cass. Com. 28 juin 2005, n° 03.13.112).

2. Quelle est la nature et le contenu de cette responsabilité ?

La responsabilité civile se divise en deux catégories : la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle.

La première concerne les dommages causés dans le cadre de l'exécution du contrat.

Elle est fondée principalement sur l'article 1147 du Code Civil : « *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution* ».

La responsabilité délictuelle existe pour sa part à chaque fois, au contraire de la première, où il n'existe aucun lien de droit entre l'auteur et la victime.

Elle est fondée principalement sur l'article 1382 du Code Civil : « *tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* »

La nature de la responsabilité à l'égard de la société visée, de l'émetteur qui réalise une augmentation de capital ou de l'initiateur de l'offre

L'expert indépendant est à l'égard de la société visée, de l'émetteur qui réalise une augmentation de capital ou de l'initiateur de l'offre, dans une relation contractuelle.

Reste à déterminer quelle est la nature de ce contrat.

La nature du contrat

Le groupe de travail a d'abord tenté de rechercher cette qualification par analogie avec d'autres situations juridiques proches, comme celle de l'arbitre de l'article 1592 du code civil, de l'expert de l'article 1843-4 du code civil ou du commissaire aux apports (L223-9, L225-8, L225-14, L225-147, L225-224). Mais cet axe de recherche s'est avéré infructueux tant dans les faits les situations sont différentes.

En effet, l'arbitre ou l'expert des articles 1592 et 1843-4 du code civil est lié aux parties qui l'ont désigné par un mandat d'une nature particulière, il s'agit d'un mandat commun irrévocable, en vertu duquel mission lui est conférée de dire le prix. La nature de la relation qui s'instaure entre l'arbitre ou l'expert et les parties à la vente est à l'évidence sans rapport avec celle qui lie la société visée, l'émetteur qui réalise une augmentation de capital ou l'initiateur d'une offre à l'expert indépendant, même si chacun d'eux, dans l'exercice de leur mission procède à des opérations d'évaluation.

La comparaison avec la situation du commissaire aux apports constitue également une fausse piste : le commissaire aux apports ne procède pas lui-même à une évaluation. De plus, la relation juridique le liant à la société est elle-même floue.

Dans un deuxième temps, le groupe de travail a procédé à une analyse du contrat en se penchant sur le contenu exact de la mission de l'expert indépendant. Celui-ci contient de nombreuses obligations de faire. L'expert indépendant doit notamment :

- procéder à l'évaluation ;
- analyser le travail d'évaluation réalisé par le ou les conseils de l'initiateur ;
- rédiger un rapport sur les conditions financières de l'opération ;
- conclure, par une attestation d'équité, sur le prix et les conditions financières de l'offre : sont-elles, oui ou non, équitables ?

Par ailleurs, l'expert indépendant est parfaitement autonome dans le cadre de sa mission : il n'entre dans aucun rapport de subordination.

Ces caractéristiques correspondent à deux types de contrats différents : le mandat et le contrat d'entreprise. Or, l'expert indépendant n'est clairement pas un mandataire. Il est de la nature même de l'expertise indépendante que l'expert indépendant exerce sa mission en son nom, et non pas au nom et pour le compte de la société visée, de l'émetteur qui réalise une augmentation de capital ou de l'initiateur.

Le contrat le liant à la société qui l'engage est donc **un contrat d'entreprise**, comme celui qui lie en général un avocat ou un expert comptable à son client.

Cela implique notamment que les tribunaux ne peuvent revoir sa rémunération, alors qu'ils y sont autorisés dans le cadre d'un mandat. Par ailleurs, contrairement au mandat qui peut être dénoncé à tout moment par le mandataire, le contrat d'entreprise lie les parties pour la durée pour laquelle elles ont considéré qu'elles devaient conclure.

Quel est le contenu de ce contrat ? Quelles sont les obligations réelles de l'expert indépendant ?

Pour apprécier le contenu de la responsabilité de l'expert indépendant, il convient de rechercher quelle est la nature de l'obligation souscrite par l'expert indépendant aux termes du contrat de mission.

Est-ce une obligation de résultat ou une obligation de moyens ?

Les **obligations de moyens** sont celles dans lesquelles le débiteur de l'obligation promet d'apporter tous ses soins et diligences à l'exécution de sa mission mais ne s'engage pas sur son succès. Il s'engage à mettre en œuvre tous ses moyens, de faire de son mieux, de respecter les règles de l'art pour parvenir à un résultat C'est le type d'obligations qui s'impose en général à un avocat ou un médecin.

Les **obligations de résultat** en revanche sont celles dans lesquels le débiteur de l'obligation s'engage à fournir un résultat. C'est par exemple le cas du transporteur exécutant une livraison de marchandises.

La distinction entre ces deux types d'obligation a un intérêt pour l'action en responsabilité. Elle est appliquée par les tribunaux dans l'analyse de la responsabilité des professionnels.

Dans le cas d'une obligation de résultat, d'après la jurisprudence de la Cour de cassation, la faute est présumée. La Cour a même considérée que le lien de causalité entre la faute et le préjudice subi était également présumé. Il suffit donc de prouver l'absence de résultat et le préjudice pour engager la responsabilité. Dans une telle situation, le seul moyen pour le débiteur de l'obligation de s'exonérer de responsabilité est d'établir l'existence d'un cas de force majeure.

Dans le cas d'une obligation de moyens, la mise en cause de la responsabilité est plus difficile : il faut prouver la faute, le préjudice et le lien de causalité entre les deux.

Toutefois, lorsque le débiteur de l'obligation est un professionnel, sa défaillance dans l'exécution du contrat est appréciée plus sévèrement par les juridictions.

La mission de l'expert indépendant s'inscrit dans un rapport contractuel. L'obligation à laquelle il est soumis est donc déterminée par le contrat. Ce principe est particulièrement important car le juge a l'obligation de respecter le contrat.

Gérer le risque de responsabilité implique donc pour l'expert indépendant de faire preuve d'une grande précaution dans la rédaction du contrat. En cas de silence de celui-ci sur le type d'obligation souscrite, deux critères permettent de déterminer l'existence d'une obligation de moyens :

- le caractère intellectuel de la prestation ;
- la notion d'aléa.

Sur la base de ces critères ont peut considérer que :

- l'expert indépendant est, s'agissant de la remise de son rapport, du calendrier de sa remise et de la conformité de son rapport aux prescriptions de la réglementation (article 2 de l'instruction) soumis à une obligation de résultat ;
- s'agissant de l'évaluation de la société visée ou des actifs concernés et des contreparties de l'offre ou de l'opération concernée, de l'analyse du travail d'évaluation réalisé par le ou les conseils de l'initiateur et de la conclusion auquel il aboutit sur le caractère équitable du prix, de la parité ou des conditions financières de l'offre ou de l'opération concernée, il est soumis à une obligation de moyens ;

Cette analyse a été confirmée par un arrêt de la Cour d'appel de Chambéry publié sous l'ancienne réglementation. La cour d'appel a en effet considéré que l'expert était soumis à une obligation de moyens en raison de la subjectivité et de l'aléa caractérisant la mission d'évaluation.

La responsabilité de l'expert pourra être engagée en cette matière lorsque l'expert aura eu un comportement moins diligent et moins prudent que le professionnel-type. La réglementation fournit au juge un moyen de connaître le niveau de prudence et de diligence attendu de ce professionnel-type. Il peut notamment reprocher à l'expert indépendant sa passivité face aux informations communiquées, et émet un jugement sur le caractère réfléchi de son action et sur sa vigilance.

L'action en responsabilité

Comme toute responsabilité, la responsabilité contractuelle de l'expert indépendant suppose la réunion de trois éléments : un manquement contractuel, un préjudice et un lien de causalité entre le préjudice et le manquement.

S'agissant du manquement, c'est-à-dire de la faute contractuelle, sa preuve dépendra selon que l'on est en présence d'un manquement de l'expert à une obligation de résultat (pour laquelle l'absence d'obtention de résultat crée une présomption de faute) ou une obligation de moyen (pour laquelle, le demandeur doit rapporter la preuve du fait fautif : incurie, imprudence, erreur technique, négligences ...).

En ce qui concerne le préjudice, le demandeur doit rapporter la preuve de l'existence pour lui d'un préjudice direct, actuel, certain et légitime.

Enfin, preuve doit être rapportée d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice, c'est-à-dire que le préjudice doit être une suite immédiate et directe de l'inexécution du contrat.

L'action en responsabilité contractuelle se prescrit par dix ans pour les contrats conclus entre commerçants et entre un commerçant et un particulier. (article L 110-4 du Code de commerce)

Seuls les contrats entre particuliers se prescrivent par trente ans (article 2262 du code civil).

La nature de la responsabilité à l'égard des tiers

A l'égard des tiers au contrat, la responsabilité quasi délictuelle de l'expert indépendant peut être recherchée, sur le fondement de l'article 1382 du code civil aux termes duquel tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.

La responsabilité de l'expert indépendant ne pourra être mise en cause par un tiers que si celui-ci prouve l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre l'un et l'autre.

L'action en responsabilité se prescrit par dix ans à compter de la manifestation du dommage ou de son aggravation.

Conclusion

Conclusion

La question de la responsabilité professionnelle est importante. Il faut l'aborder sous l'angle de la prévention, notamment au moyen d'une grande précaution dans la rédaction des lettres de mission. La lettre de mission constituera une fois acceptée par la société concernée, le contrat qui fera la loi des parties et s'imposera au juge, si ces dispositions sont claires, et si elles ne sont pas nulles.

Les lettres de mission peuvent rappeler que l'expert n'a pas la responsabilité d'apprécier l'exhaustivité des informations qui lui sont communiquées par l'émetteur, mais seulement leur cohérence et leur pertinence.

Un degré de précaution semblable doit présider à la rédaction des rapports : tous les obstacles et réserves, même mineurs, doivent y être présentés. Le choix d'écarter une méthode d'évaluation non pertinente doit y être parfaitement motivé.