

CASSATION PARTIELLE

M. GUÉRIN président,

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

A U N O M D U P E U P L E F R A N Ç A I S

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE CRIMINELLE, en son audience publique tenue au Palais de Justice à PARIS, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par :

- La société Vectora, partie civile,

contre l'arrêt de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de RENNES, en date du 6 février 2015, qui, dans l'information suivie, sur sa plainte, contre personne non dénommée des chefs de majoration frauduleuse d'apports en nature et exercice des fonctions de commissaire aux apports malgré interdiction ou incompatibilité légale, a confirmé l'ordonnance de non-lieu rendue par le juge d'instruction ;

La COUR, statuant après débats en l'audience publique du 17 février 2016 où étaient présents dans la formation prévue à l'article 567-1-1 du code de procédure pénale : M. Guérin, président, Mme Chaubon, conseiller rapporteur, M. Soulard, conseiller de la chambre ;

Greffier de chambre : Mme Randouin ;

Sur le rapport de Mme le conseiller CHAUBON, les observations de la société civile professionnelle GASCHIGNARD, avocat en la Cour, et les conclusions de M. l'avocat général GAILLARDOT ;

Vu le mémoire produit ;

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué que, dans le cadre du rapprochement entre la société Larzul, ayant pour unique associé la société Vectora, et la société Française de gastronomie (FDG), la société UGMA, filiale de la société FDG, a fait apport des éléments incorporels de son fonds de commerce à la société Larzul ; que, préalablement, la société française de gastronomie a confié à la société In Extenso audit (IEA) une mission d'audit de la société Larzul ; que, par ordonnance du président du tribunal de commerce, la société IEA a été désignée en qualité de commissaire aux apports chargé d'apprécier la valeur de l'apport en nature fait par la société UGMA à la société Larzul ; que, dans son rapport du 22 décembre 2004, la société IEA, en la personne de M. Claude Assie, a entériné la valeur de 800 000 euros estimée par les parties au traité d'apport en date du 14 décembre 2004 ; que, le 30 décembre 2004, la société Vectora a approuvé les opérations d'apport ainsi que l'augmentation du capital et les modifications statutaires en résultant ; que suite aux difficultés rencontrées par la société Vectora, M. Larzul a demandé au cabinet d'expertise comptable Price Waterhouse Coopers d'établir un constat sur la valeur du fonds apporté par la société UGMA et l'éventuel préjudice subi par la société Larzul ; que ce cabinet a conclu que le fonds avait été sous-évalué et que la société Larzul avait subi un préjudice ; que M. Larzul a porté plainte avec constitution de partie civile des chefs susvisés ; que le juge d'instruction a rendu une ordonnance de non-lieu dont M. Larzul a fait appel ;

En cet état :

Sur le second moyen de cassation, pris de la violation des articles L. 242-2 et L. 244-1 du code de commerce et 591 et 593 du code de procédure pénale ;

“en ce que l'arrêt attaqué a dit n'y avoir à lieu à suivre contre quiconque du chef de majoration frauduleuse d'apport en nature ;

“aux motifs que la partie civile affirme encore que le rapport de la société In Extenso audit est frauduleux par l’absence de toute indication des méthodes, par lesquelles, elle est arrivée à l’évaluation qui s’est révélée supérieure à la réalité, comme l’a établi la société PWC, fraude en connaissance de cause expliquée par l’intérêt de la société nommée commissaire aux comptes de la société FDG quelques mois plus tard ; mais que quelles que soient les insuffisances reprochées par la suite au rapport de cette société émis, le 22 décembre 2004, aucun élément de l’information n’établit qu’il ait été volontairement frauduleux alors que la valeur de l’apport était déjà fixée dans le traité d’apport signé antérieurement le 14 décembre 2004, entre la société UGMA et la société Larzul, que ce traité signalait les déficits des années antérieures de la société UGMA, que le rapport se contentait de conclure que la valeur convenue de l’apport n’était pas surévaluée et qu’enfin le rapport de la société PWC, que les juridictions civiles ont d’ailleurs estimé peu sérieux, indiquait lui-même avec prudence qu’il était nécessaire d’accéder au dossier de travail du commissaire aux apports pour porter un jugement sur les méthodes d’évaluation retenues ; que, par ces motifs, et ceux retenus par le premier juge, l’information n’a pas mis en évidence d’éléments suffisants permettant de caractériser les infractions dénoncées par la partie civile ni une quelconque autre infraction et aucune investigation complémentaire n’apparaît susceptible d’être utilement ordonnée ;

“et aux motifs adoptés que les juridictions civiles et commerciales ont constaté que le rapport établi par M. Clause Assié, dirigeant de la société In Extenso audit, répondait parfaitement aux normes légales et professionnelles concernant l’évaluation des éléments incorporels du fonds de commerce de la société UGMA, filiale de la société FDG, que cette dernière devait apporter à la société Larzul ; que le simple fait que ce rapport soit contredit par celui réalisé par le cabinet d’expertise compte PWC à la demande de M. Larzul, dirigeant de la société Vectora et associé unique de la société Larzul, n’est pas suffisant à établir les faits de majoration frauduleuse ; que M. Larzul reconnaît, lui-même, s’être déplacé sur le site de production de la société UGMA et avoir pu constater le potentiel qu’il pouvait retirer d’un tel apport ; qu’il ressort des décisions de justice rendues au civil et au commercial que l’échec de l’apport envisagé apparaît avoir pour origine un manquement de la société Camargo dans son contrat d’approvisionnement en matière première, en l’espèce sur la qualité des escargots, et ce, indépendamment, de l’existence en sus d’éventuelles déloyautés ; que la mission de M. Assié, dirigeant de la société In Extenso Audit, réalisée en septembre 2004 a plutôt consisté à apprécier la santé de la société Larzul dont la société FDG allait recevoir des capitaux en échange de l’apport des éléments incorporels

du fonds de commerce de sa société UGMA ; que dès lors, ces faits n'étant pas établis, il ne peut qu'être ordonné un non-lieu dans la présente procédure ;

“1°) alors que constitue un délit le fait, pour toute personne, et notamment, pour le commissaire aux apports, de faire attribuer frauduleusement à un apport en nature une évaluation supérieure à sa valeur réelle ; qu'il résulte de l'ordonnance du président du tribunal de commerce du 28 octobre 2004 et du traité d'apport du 14 décembre 2004 que la société IEA avait été désignée, en qualité de commissaire aux apports pour évaluer les apports en nature devant être réalisés par la société UGMA et que le traité d'apport ne pouvait entrer en vigueur qu'après que l'associé unique de la société Larzul ait donné son consentement au vu du rapport de la société IEA ; qu'en s'abstenant de rechercher s'il ne résultait pas de ces dispositions que la société IEA devait fixer la valeur de l'apport et si, en entérinant la valeur de 800 000 euros déclarée par la société UGMA, elle n'avait pas conduit la société Larzul et son associé unique à s'engager définitivement dans le traité d'apport, alors que cette évaluation était supérieure à la valeur réelle du fond, la chambre de l'instruction a privé sa décision de base légale ;

“2°) alors que tout jugement ou arrêt doit comporter les motifs propres à justifier la décision ; que l'insuffisance ou la contradiction des motifs équivaut à leur absence ; que la société Vectora se prévalait du rapport établi par le cabinet d'expertise comptable Price Waterhouse Coopers le 20 juin 2007, qui indiquait que quelle que soit la méthode d'évaluation retenue, la valeur de la société UGMA était négative, tandis qu'il ne pouvait être attribué aucune valeur à son fonds de commerce, de sorte que la valeur de 80 000 euros, mentionnée dans le traité d'apport et confirmée par le rapport de la société IEA, commissaire aux apports, était largement surévaluée ; qu'en se bornant à affirmer que ce rapport n'était « pas suffisant », sans en examiner la teneur et les conclusions, ni le confronter au rapport du commissaire aux apports du 22 décembre 2004, et sans préciser en quoi il était insuffisant à démontrer le caractère excessif de la valeur de 800 000 euros prêtée à l'apport, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision” ;

Attendu que les énonciations de l'arrêt attaqué mettent la Cour de cassation en mesure de s'assurer que, pour confirmer l'ordonnance de non-lieu entreprise, la chambre de l'instruction, après avoir analysé l'ensemble des faits dénoncés dans la plainte et répondu aux articulations essentielles du mémoire produit par la partie civile appelante, a exposé, par des motifs exempts d'insuffisance comme de contradiction, que l'information

était complète, et qu'il n'existait pas de charges suffisantes contre quiconque d'avoir commis le délit de majoration frauduleuse d'apport en nature ;

Que, dès lors, le moyen doit être écarté ;

Mais sur le premier moyen de cassation, pris de la violation des articles 111-3 du code pénal, L. 242-5, L. 244-1, L. 225-147, L. 227-1, L. 822-10 et L. 822-11 du code de commerce, 591 et 593 du code de procédure pénale ;

“en ce que l’arrêt attaqué a dit n’y avoir à lieu à suivre contre quiconque du chef d’exercice des fonctions de commissaire aux apports nonobstant les incompatibilités ou interdictions légales ;

“aux motifs que la partie civile affirme que la nomination de la société In Extenso audit en tant que commissaire aux apports relève de l’article L. 242-5 du code de commerce qui réprime la violation des incompatibilités auxquelles elle était tenue ; que ce texte punit le fait d’accepter ou de conserver les fonctions de commissaire aux apports nonobstant les incompatibilités et interdictions légales ; que dans la rédaction en vigueur à la date des faits, l’article L. 225-147 du code de commerce énonce que les commissaires aux apports sont soumis aux incompatibilités prévues à l’article L. 822-11 ; que ce dernier texte renvoie au code de déontologie prévu à l’article L. 822-16, lequel lui-même renvoie à un décret en Conseil d’Etat approuvant le code de déontologie ; que ce code de déontologie a été approuvé par décret n° 2005-1412 du 16 novembre 2005 ; qu’ainsi, lorsqu’est intervenue la nomination de la société In Extenso audit par le président du tribunal de commerce de Quimper le 28 octobre 2004 et que celle-ci a exécuté sa mission de commissaire aux apports dont le rapport a été émis le 22 décembre 2004, les articles du code de déontologie traitant des principes fondamentaux de comportement ayant trait à l’intégrité, l’impartialité, l’indépendance et le conflit d’intérêts ne faisaient pas encore partie des textes énonçant les incompatibilités et interdictions légales ; que dès lors, si le défaut d’indépendance et d’impartialité devait être sanctionné sur le plan civil, l’infraction pénale n’était pas légalement constituée à la date des faits visés et, en application de l’article 111-3 du code pénal, il n’y a pas de poursuite possible ;

“et aux motifs éventuellement adoptés que, si d’un point de vue commercial et déontologique, les manquements de M. Assié sont avérés et incontestables, il en va différemment d’un point de vue pénal dans la mesure où une intention coupable doit être caractérisée ; qu’il doit être observé que M. Larzul a lui-même demandé la nomination de M. Assié au président du tribunal de commerce de Quimper en

qualité de commissaire aux apports au mois d'octobre 2004 ; que même s'il apparaît que cette demande lui a été suggérée par la société FDG (courrier du 25 septembre 2009), il n'y a pas moins consenti librement ;

“1°) alors que, selon l'article L. 225-147 du code de commerce, les commissaires aux apports sont soumis aux incompatibilités énoncées à l'article L. 822-11 du code de commerce qui, dans sa version issue de la loi du 1er août 2003, entrée en vigueur le 2 août 2003, renvoie, à la fois, aux dispositions contenues dans les livres II et VIII du code de commerce et au code de déontologie ; qu'il résulte de la combinaison de ces textes et de l'article L. 822-10 du code de commerce figurant au livre VIII, dans sa version également issue de la loi du 1er août 2003, que les fonctions de commissaire aux apports sont incompatibles avec toute activité ou tout acte de nature à porter atteinte à son indépendance à l'égard de l'une des parties à l'opération d'apport ou d'une personne qui la contrôle ou qu'elle contrôle, notamment, le fait de donner simultanément des conseils à la société, qui contrôle la société apporteuse ; qu'en vertu de l'article L. 242-5 du code de commerce, issu de l'ordonnance du 19 septembre 2000 et entré en vigueur le 21 septembre 2000, l'exercice de telles fonctions nonobstant cette incompatibilité constitue une infraction pénale ; qu'en affirmant que jusqu'à l'entrée en vigueur du décret n° 2005-147 du 16 novembre 2005 approuvant le code de déontologie, le principe d'indépendance n'était pas applicable aux fonctions de commissaire aux apports de sorte que ne pouvait être réprimé le fait d'accepter une mission de commissaire aux apports tout en délivrant des conseils à la société contrôlant la société apporteuse, la chambre de l'instruction a violé les textes susvisés ;

“2°) alors que le délit d'exercice des fonctions de commissaires aux apports nonobstant une incompatibilité ou interdiction légale est caractérisé dès lors que l'intéressé a accepté ou conservé ses fonctions alors qu'il avait connaissance de la situation d'incompatibilité dans laquelle il se trouvait ; qu'en affirmant que l'élément intentionnel du délit n'était pas établi, au motif inopérant que la nomination de la société IEA avait été demandée par M. Larzul, et sans rechercher, comme elle y était invitée, si celle-ci n'avait pas accepté sa désignation et exécuté sa mission en connaissance de la situation d'incompatibilité dans laquelle elle se trouvait, la chambre de l'instruction n'a pas justifié sa décision” ;

Vu les articles L. 225-147 et L. 822-11 du code de commerce ;

Attendu qu'il résulte de la combinaison de ces textes que le commissaire aux apports ne peut prendre, recevoir ou conserver,

directement ou indirectement, un intérêt auprès de la personne ou de l'entité auprès de laquelle il effectue sa mission, ou auprès de la personne qui la contrôle ou est contrôlée par elle ;

Attendu que, pour confirmer l'ordonnance de non-lieu du chef d'exercice des fonctions de commissaire aux apports nonobstant les interdictions ou incompatibilités légales, l'arrêt retient qu'à la date où la société In Extenso audit a exécuté sa mission de commissaire aux apports, le code de déontologie, prévu à l'article L. 822-16 du code de commerce, qui définit les liens personnels, financiers et professionnels, concomitants ou antérieurs à la mission, incompatibles avec l'exercice de celle-ci, approuvé par décret du 16 novembre 2005, n'était pas en vigueur ;

Mais attendu qu'en statuant ainsi, alors que les interdictions édictées par l'article L. 822-11 précité étaient applicables avant l'entrée en vigueur de ce décret, la chambre de l'instruction la violé les textes susvisés ;

D'où il suit que la cassation est encourue de ce chef ;

Par ces motifs :

CASSE et ANNULE l'arrêt susvisé de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Rennes, en date du 6 février 2015, mais en ses seules dispositions ayant confirmé l'ordonnance de non-lieu du juge d'instruction du chef d'exercice des fonctions de commissaire aux apports nonobstant les interdictions ou incompatibilités légales, toutes autres dispositions étant expressément maintenues ;

Et pour qu'il soit à nouveau statué, conformément à la loi, dans les limites de la cassation ainsi prononcée,

RENVOIE la cause et les parties devant la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Rennes autrement composée, à ce désignée par délibération spéciale prise en chambre du conseil ;

ORDONNE l'impression du présent arrêt, sa transcription sur les registre du greffe de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Rennes et sa mention en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement annulé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre criminelle, et prononcé par le président le six avril deux mille seize ;

En foi de quoi le présent arrêt a été signé par le président, le rapporteur et le greffier de chambre.