

L'EXPERTISE DE GESTION A LA SUITE DE LA LOI NRE : DE LA CHICANE AU DIALOGUE ?

Paul LE CANNU

Professeur à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne)

1. **Utile, mais conflictuelle.** - Créée par la loi du 24 juillet 1966, l'expertise de gestion n'a pas toujours bonne presse : elle fait entrer la société qu'elle vise dans une sorte de contentieux préparatoire, lourd de menaces, qui peut perturber les dirigeants, les associés et les tiers. De plus, la loi impose que le rapport établi par l'expert soit communiqué à l'extérieur de la société (ministère public, comité d'entreprise, et, dans les sociétés cotées, COB). Néanmoins, le procédé permet de mieux connaître la réalité de certaines opérations de gestion, sur lesquelles l'information n'a pas été livrée de façon loyale.

2. **Nouvelle rédaction.** - Cette double face apparaît sous des traits transformés par la loi du 15 mai 2001, relative aux nouvelles régulations économiques, dont l'article 114, 3°, réécrit le début ce qui était l'article 226 de la loi de 1966, devenu, par la grâce toute compta de d'un codificateur sur ordonnance, l'article L. 225-231 du code de commerce.

Désormais, les trois premiers alinéas de cet article L. 225-231 sont ainsi écrits :

« Une association répondant aux conditions fixées à l'article L. 225-120, ainsi que un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5 % du capital social, soit individuellement, soit en se groupant sous quelque forme que ce soit, peuvent poser par écrit au président du conseil d'administration ou au directoire des questions sur une ou plusieurs opérations de gestion de la société, ainsi que, le cas échéant, des sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article L. 233-3. Dans ce dernier cas, la demande doit être appréciée au regard de l'intérêt du groupe. La réponse doit être communiquée aux commissaires aux comptes.

« A défaut de réponse dans un délai d'un mois ou à défaut de communication d'éléments de réponse satisfaisants, ces actionnaires peuvent demander en référé la désignation d'un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion.

« Le ministère public, le comité d'entreprise et, dans les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne, la Commission des opérations de bourse peuvent également demander en référé la désignation d'un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion. »

Il n'est pas inutile de rappeler le reste de l'article, inchangé :

« S'il est fait droit à la demande, la décision de justice détermine l'étendue de la mission et des pouvoirs des experts. Elle peut mettre les honoraires à la charge de la société. »

« Le rapport est adressé au demandeur, au ministère public, au comité d'entreprise, au commissaire aux comptes et, selon le cas, au conseil d'administration ou au directoire et au conseil de surveillance ainsi que, dans les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne, à la Commission des opérations de bourse. Ce rapport doit, en outre, être annexé à celui établi par les commissaires aux comptes en vue de la prochaine assemblée générale et recevoir la même publicité. »

3. **Mise en vigueur.** - La mise en application du nouveau texte ne fait pas l'objet d'une disposition particulière. On peut donc penser qu'il va régir toutes les « procédures » non commencées, c'est à dire les demandes en justice non introduites, avant la date d'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2001. Il n'est donc pas nécessaire que le juge des référés saisi avant cette date impose le respect des deux premiers alinéas qui crée une phase préalable obligatoire pour certains demandeurs. En revanche, le juge saisi après cette date par ce type de demandeurs devra rejeter la demande, faute pour elle de remplir la condition préalable.

4. **Double sens.** - La direction générale suivie par le nouveau texte n'est pas exempte d'une certaine ambiguïté. Pour prendre une image, tout va comme si un coup d'accélérateur et un coup de frein étaient simultanément donnés :

- ❖ Le champ de la mesure s'agrandit : extension aux opérations des sociétés contrôlées, adjonction d'une nouvelle catégorie de demandeurs ;
- ❖ Les exigences imposées à certains demandeurs s'alourdissent : ils doivent respecter une phase préalable, susceptible – de leur point de vue au moins - de retarder le processus et de nuire à son efficacité.

5. **Déroulement.** - L'institution reçoit, au moins pour certains demandeurs, une **nouvelle structure**, de telle sorte qu'elle n'est plus seulement pour eux une procédure, mais qu'elle devient un processus, comportant plusieurs phases, à l'instar des procédures d'alerte :

- ❖ une **séquence préalable, interne**, pour certains demandeurs, avec :
 - en phase 1 une question écrite,
 - et en phase 2, une réponse ou l'expiration d'un délai ;
- ❖ le cas échéant, une **séquence judiciaire**, avec :
 - une phase 3, dans laquelle le juge se prononce sur la demande de nomination d'un expert,
 - une phase 4, dans laquelle l'expert établit son rapport,
 - et une phase 5, où le rapport, une fois établi, est communiqué à diverses personnes.

Ce sont essentiellement les phases 1 et 2 qui sont nouvelles, ce qui ne peut que retentir au moins sur la phase 3, et un peu sur la phase 5.

6. **Sociétés concernées.** - Le champ d'application de l'article L. 225-231 quant aux sociétés comprend les trois types de sociétés par actions : société anonyme, société en commandite par

actions, et société par actions simplifiée. En revanche, le régime de l'expertise n'a pas changé pour les SARL (1), dont les associés peuvent donc toujours directement saisir le juge, dans les conditions de l'article L. 223-37 du code de commerce (ex-art. 64-2 de la loi du 24 juillet 1966) (2).

7. **Démarche.** - Les originalités du nouveau texte semblent donc pouvoir être suffisamment évoquées par l'étude du principal phénomène nouveau, le processus (I), et, beaucoup plus rapidement (terrible entorse à la loi des volumes !), de la transposition de ce processus, conçu pour la société anonyme, aux deux autres types de sociétés par actions (II).

I. LE PROCESSUS

8. **Nouveauté.** - La nouveauté réside dans l'exigence, pour les actionnaires et les associations d'actionnaires, d'une phase préalable comportant une question et un délai pour répondre. La nature de cette phase préalable rappelle celle d'une obligation de négociation ; mais il ne s'agit pas exactement de cela, puisqu'à ce stade, en principe, on ne négocie pas : on cherche seulement à savoir ce que l'on ne sait pas. L'institution se rattache donc aux droits d'information des actionnaires – même si elle peut déboucher sur une information destinée à d'autres qu'aux actionnaires.

A. Phase 1 : La question préalable

9. **Une question de plus.** - Le préalable doit prendre la forme d'une **question écrite**. On n'en sait pas plus sur les caractéristiques formelles de cette question ; il ne serait pas inutile que le décret d'application donne quelques précisions (à qui et dans quelle forme notifier la question écrite ?).

Déjà usitée dans d'autres formes de société que les sociétés par actions (3), cette question écrite préalable à l'expertise de gestion s'ajoute à d'autres facultés du même genre ouvertes aux actionnaires :

(1) L. Godon, "La protection des actionnaires minoritaires dans la loi relative aux nouvelles régulations économiques" : *Bull. Joly*, juillet 2001, p. 728, § 166, n° 14.

(2) Un ou plusieurs associés représentant au moins le dixième du capital social peuvent, soit individuellement, soit en se groupant sous quelque forme que ce soit, demander en justice la désignation d'un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion.

Le ministère public et le comité d'entreprise sont habilités à agir aux mêmes fins.

S'il est fait droit à la demande, la décision de justice détermine l'étendue de la mission et des pouvoirs des experts. Elle peut mettre les honoraires à la charge de la société.

Le rapport est adressé au demandeur, au ministère public, au comité d'entreprise, au commissaire aux comptes ainsi qu'au gérant. Ce rapport doit, en outre, être annexé à celui établi par le commissaire aux comptes en vue de la prochaine assemblée générale et recevoir la même publicité.

(3) Le procédé est imposé dans d'autres formes de société ; par exemple, dans la société en nom collectif, Art. L. 221-8 (« Les associés non gérants ont le droit, deux fois par an, d'obtenir communication des livres et documents sociaux et de poser par écrit des questions sur la gestion sociale, auxquelles il doit être répondu également par

- la question écrite de l'article L. 225-108, dernier alinéa (4), qui apparaît comme une réaction aux documents soumis aux actionnaires avant une assemblée générale.
- celle de l'article L. 225-232 (alerte) : un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5 % du capital social ou une association répondant aux conditions fixées à l'article L. 225-120 peuvent, deux fois par exercice, poser par écrit des questions au *président du conseil d'administration* ou au *directoire sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation*. La réponse - là aussi - est communiquée au commissaire aux comptes. Les questions posées sur le fondement de l'article L. 225-231 ne devraient donc pas être comptées parmi les deux possibles au sens de l'article suivant, quand elle ne portent pas sur un fait de nature à compromettre la continuité de l'entreprise (5) - c'est à dire quand elles sont moins inquiétantes, ce qui est à certains égards paradoxal ;
- la possibilité pour tout actionnaire de poser des questions en séance d'assemblée.

10. **Finalité.** - Ce préalable, déjà spontanément pratiqué dans certaines affaires avant la réforme (6), semble fait pour écarter les demandes abusives ou les actions de nuisance. Pourtant, le but risque de ne pas être atteint (7) :

- ❖ la phase préliminaire est gratuite ;
- ❖ elle oblige les dirigeants à répondre ;
- ❖ il n'est jamais interdit à l'initiateur du processus de persévérer en soumettant au juge une demande prétendant que la réponse communiquée n'est pas satisfaisante.

De plus, le préalable ne rend pas à proprement parler l'expertise de gestion **subsidiare**, c'est à dire qu'il n'impose pas d'épuiser tous les autres moyens d'information (8) ; il oblige seulement une catégorie de demandeurs de passer par une phase de dialogue avant de former une demande en justice.

écrit. »), les associés commanditaires (Art. L. 222-7), les associés de SARL (Art. L. 223-26, al. 3 : « A compter de la communication prévue à l'alinéa précédent, tout associé a la faculté de poser par écrit des questions auxquelles le gérant est tenu de répondre au cours de l'assemblée. ») ; ces derniers ont également le droit d'alerter la gérance (Art. L. 223-36 : « Tout associé non gérant peut, deux fois par exercice, poser par écrit des questions au gérant sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. La réponse du gérant est communiquée au commissaire aux comptes. »)

(4) « A compter de la communication prévue au premier alinéa [documents à adresser u à mettre à la disposition des actionnaires avant une assemblée générale], tout actionnaire a la faculté de poser par écrit des questions auxquelles le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, est tenu de répondre au cours de l'assemblée. »

(5) En revanche, on peut imaginer des questions relevant à la fois de l'article L. 225-231 et de l'article L. 225-232 ; il ne devait pas être possible d'échapper à la condition des deux questions maximum en se bornant à dire que l'on cherche à obtenir, plus tard, une expertise de gestion.

(6) CA Paris, 14^e ch. A, 8 septembre 1999 : *Bull. Joly*, déc. 1999, § 271, note Th. Massart.

(7) On ne peut exclure que certaines espèces fassent apparaître des questionnements abusifs de la part de minoritaires.

(8) *Cass. com.* 21 octobre 1997 : *JCP* éd. G, 1998, II, n° 10036, note Y. Guyon ; *Bull. Joly*, 1998, p. 30, § 7, note P. Le Cannu.

1°. Qui peut poser la question ?

11. **Champ d'application quant aux initiateurs.** - Dans le nouveau texte, le préalable sous forme de question écrite s'applique-t-il seulement aux actionnaires et à leurs associations, ou aussi aux autres demandeurs potentiels que sont le ministère public, le comité d'entreprise et la COB ? Le texte permet de trancher en faveur de la première solution ; la phase de contradiction interne n'est en effet concevable que pour ceux qui font partie de la société – auxquels on assimile les associations (9) ; de plus, les autres demandeurs ne sont pas mentionnés dans les deux premiers alinéas – même si le mot « également » figure dans l'alinéa 3. Il semble donc que les intervenants extérieurs puissent directement saisir le juge des référés. On remarquera que le comité d'entreprise est placé dans cette catégorie, ce qui est assez étonnant dans le contexte de la loi NRE.

12. **Associations d'actionnaires.** – Le processus peut être initié par une association « répondant aux conditions fixées à l'article L. 225-120 », c'est à dire une **association d'actionnaires**. L'ouverture, on le sait, reste peu importante, en raison des nombreuses conditions imposées à ces associations pour pouvoir exercer les droits que leur reconnaît l'article L. 225-120 (10). Rappelons que ces associations ne concernent que les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé ; de plus, leurs membres doivent être des actionnaires justifiant d'une inscription nominative depuis au moins deux ans et détenant ensemble au moins 5 % des droits de vote. Enfin, ces associations doivent avoir communiqué leurs statuts à la société et à la Commission des opérations de bourse. Tout au plus peut-on observer que les conditions d'exercice de leurs droits par ces associations sont très légèrement assouplies à l'occasion du passage à l'euro par l'ordonnance du 19 septembre 2000 (v. art. L. 225-120, II). Les associations avaient reçu en 1994 le pouvoir de demander l'expertise de gestion. Il est significatif qu'elles soient assimilées aux actionnaires quant au respect de la nouvelle phase préalable.

13. **Initiateur actionnaire.** - Nouveauté moins symbolique, le **pourcentage de capital** détenu par l'actionnaire initiateur, ou par le groupe d'actionnaires initiateurs, est descendu de 10 à **5 %**. Toutefois, le législateur n'en a pas profité pour répondre aux diverses questions que l'on peut se poser, par exemple lorsque les actions sont en usufruit ou en indivision, ou lorsque les droits de vote sont décalés par rapport au capital social (11), ou s'agissant des porteurs de titre de capital non votant ou différé.

14. **Date à laquelle la condition doit être remplie.** - A quel moment les conditions de qualité (association, actionnaire) et de détention d'un minimum du capital, doivent-elles s'apprécier ? On peut sans trop hésiter répondre qu'elles doivent être satisfaites dès le début du processus, c'est à dire au moment où la question est posée, puisque la phase préalable est obligatoire pour

(9) Ce qui renforce la thèse soutenue par Benoit Le Bars, qui voit dans ces associations une sorte d'organe de la minorité ; v. B. Le Bars, Les associations de défense d'actionnaires et d'investisseurs, www.droit21.com (thèses).

(10) Sur l'ensemble de la question, voir l'ouvrage de référence de M. Benoit Le Bars, Les associations d'actionnaires et d'investisseurs, précité.

(11) La question peut être très sensible dans la SAS, puisque le vote plural n'y est pas interdit.

ce type de personnes (12). En revanche, la question du maintien de ces conditions paraît très délicate (v. plus loin, n° 25).

2°. A qui poser la question ?

15. Destinataire de la question écrite préalable. - Curieusement, la loi NRE désigne le président du conseil d'administration, sans distinction, qu'il exerce ou non les fonctions de directeur général. La solution n'est pas adaptée lorsque le président n'est pas directeur général ; ce « PNDG » (président non directeur général) devra en effet demander au directeur général de répondre ; à moins qu'une interprétation intelligente n'impose à l'auteur ou aux auteurs de la question de s'adresser directement au directeur général, qu'il soit président du conseil d'administration ou non. Dans les sociétés à directoire, c'est l'entier directoire qui reçoit la question ; concrètement, la condition est remplie par une lettre adressée au président du directoire.

16. Rôle des autres organes. – Ni le commissaire aux comptes, ni le conseil d'administration, ni le conseil de surveillance n'ont communication de la question posée, si l'on en reste à une vision étroite des textes. Toutefois, le pouvoir d'investigation de ces organes est suffisant pour qu'ils exigent efficacement cette communication. Encore faudrait-il qu'ils aient vent de l'existence même de la question, ce qui ne sera pas toujours le cas. Mais ne peut-on pas dire que l'existence de la question et même son contenu relèvent du droit d'information que l'article L. 225-35, alinéa 3, reconnaît désormais à chaque administrateur (13) ? Il semble que le président n'ait pas à fournir spontanément le texte de la question à chaque administrateur, puisque la réponse ne rentre pas dans la mission propre du conseil ; en revanche, le président ou le directeur général ne sauraient s'abriter derrière un droit au secret pour écarter une demande précise faite par un administrateur, en vertu de son pouvoir d'information et de sa mission générale de surveillance (14).

Le conseil d'administration dans son entier – par l'intermédiaire de son président ! - peut-il se saisir d'une question posée par un actionnaire ? On sait en effet que depuis la loi NRE, le conseil d'administration trouve parmi ses pouvoirs (Art. L. 225-35) le droit de « *se saisir de toute question intéressant la bonne marche de la société* », et de « *régler par ses délibérations les affaires qui la concernent* ». Mais le même texte précise que ces attributions doivent être exercées « *sous réserve des pouvoirs expressément attribués aux assemblées d'actionnaires et dans la limite de l'objet social* ». Cela signifie-t-il que le conseil est dessaisi de la question à partir du moment où celle-ci relève de la compétence de l'assemblée ? C'est un point de vue que l'on pourrait soutenir pour les questions auxquelles il doit être répondu en séance d'assemblée ; en revanche, il n'en va pas de même pour les questions écrites de l'article L. 225-231, car, par construction, l'intervention de l'assemblée ne figure pas au programme. En

(12) En ce sens, A. Viandier, Sociétés et loi NRE, Dossiers Francis Lefebvre, 2001, n° 354, pour qui "la solution n'est pas totalement satisfaisante pour l'esprit" (l'auteur semble viser le cas d'une évolution de la participation au cours du processus).

(13) « Chaque administrateur reçoit toutes les informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission et peut se faire communiquer tous les documents qu'il estime utiles. »

(14) Cf. à propos d'une demande d'expertise fondée sur l'article 145 NCPC : *Cass. civ. 2^e, 7 janvier 1999 : Bull. Joly, 1999, p. 666, § 148, note F.-X. Lucas ; D. Affaires, 1999, p. 294, obs. V.A.-R.*

revanche, il se peut que le président du conseil d'administration, surtout s'il est en même temps directeur général, n'ait guère envie de soumettre au conseil une question qui le met en difficulté. Les administrateurs devraient passer par une convocation de l'article L. 225-36-1 pour franchir l'obstacle ; or il faut que le conseil n'ait pas été réuni depuis plus de deux mois pour que cette convocation soit possible ; la condition sera difficilement remplie alors que la question écrite déclenche un délai d'un mois pour répondre... Mais il ne s'agit pas pour le conseil d'administration de répondre à la place de son président : il peut prendre d'autres mesures, soit des décisions de gestion, soit une décision de révocation, s'il l'estime nécessaire.

Dans une société anonyme avec directoire et conseil de surveillance, les nouveaux textes permettent de mettre en place une règle statutaire donnant au conseil de surveillance le pouvoir de tirer rapidement les conséquences d'une inaptitude du directoire à faire face à sa mission (art. L. 225-61, réd. loi du 15 mai 2001). Mais ils n'attribuent pas aux membres du conseil de surveillance les mêmes pouvoirs individuels d'information qu'aux administrateurs.

3°. Quelle question poser ?

17. Objet de la question écrite préalable. – L'objet principal de la question reste le même que celui de l'expertise : « *une ou plusieurs opérations de gestion* ». En revanche, ces opérations ne sont plus nécessairement celles qu'accomplit la société dont les initiateurs sont actionnaires : la question peut viser des opérations menées par une (ou plusieurs ?) des sociétés que la première contrôle "au sens de l'article L. 233-3". Dans ce dernier cas, la demande doit être appréciée au regard de l'intérêt du groupe.

18. Opérations de gestion. - Rien de neuf, donc, sur les « *opérations de gestion* ». La définition jurisprudentielle, qui se place sous l'influence de la répartition des pouvoirs entre organes sociaux (15), doit très probablement être conservée : seules les questions relevant de la compétence des organes de gestion *stricto sensu* sont admises, ce qui met hors de portée les opérations relevant de la compétence des assemblées d'actionnaires, même si elles sont exécutées par les organes de gestion. Par ailleurs, le pluriel « opérations » laisse entendre qu'une question peut... en comporter plusieurs ; mais il ne faut pas qu'elles portent sur l'ensemble de la gestion ou de la comptabilité. En outre, il n'est pas exclu que des questions différentes soient simultanément (ou en tout cas au cours du même mois) posées au président, par des actionnaires différents ; en principe, chacune devrait suivre son propre destin, sauf si leur connexité (16) autorise le président à répondre uniformément. Parmi les matières à question, les nouvelles règles relatives aux conventions réglementées et aux conventions

(15) *Cass. com.* 19 nov. 1991 : *Bull. civ.* IV, n° 355 ; *Bull. Joly*, 1992, p. 66, § 15, note Le Cannu ; *JCP* 1992. II. 21833, note M. Jeantin ; *Rev. sociétés* 1992. 510, note M. Marteau-Petit ; *RTD com.* 1992. 639, obs. Y. Reinhard ; 12 janv. 1993, *D.* 1993, 139, note Th. Bonneau ; *Petites Affiches* 1993, n°15, p. 17, note B.P. ; *Bull. Joly* 1993, 343, § 94, note Le Cannu ; *Dr. sociétés* mars 1993. n°58, obs. H. Le Nabasque ; *JCP éd. E* 1993. II. 415, note A. Viandier ; *Rev. sociétés* 1993, 426, note B. Saintourens ; *CA Paris*, 14^e ch. B, 4 septembre 1998 : *Bull. Joly*, février 1999, § 42, note F.-X. Lucas.

(16) On ne peut exclure, par exemple, qu'un actionnaire pose lui-même une question et qu'il suggère à une association de poser une question voisine.

courantes (17) sont de nature à stimuler les demandeurs (18). Cependant, l'extension du champ du contrôle opéré dans l'article L. 225-38 (conventions avec les sociétés actionnaires à 5 % ou les sociétés les contrôlant) ne coïncide que très partiellement (19) avec l'extension du champ de l'expertise (opérations avec les sociétés contrôlées).

19. Opérations de gestions des sociétés contrôlées. – C'est une extension importante que réalise la loi NRE en admettant que la question puisse être relative aux opérations de gestion des sociétés contrôlées au sens de l'article L. 233-3 (ex. art. 355-1). Schématiquement, cette extension appelle les observations suivantes :

- l'article L. 233-3 I, 2° et II faisant état des participations indirectes, il est possible de poser des questions concernant les **sous-filiales** auxquelles peuvent s'appliquer ces textes ;
- peu importe l'ordre juridique qui gouverne la société contrôlée : l'obligation pèse en effet sur la société contrôlante ; mais, en pratique, celle-ci pourra rencontrer des difficultés à obtenir l'information, car il n'est pas sûr que les associés, même de contrôle, d'une société étrangère, soient toujours fondés à communiquer les informations concernant cette société ;
- l'organe chargé de répondre semble être toujours le président du conseil d'administration de la société contrôlante, et non celui de la société dans laquelle le problème se pose, ce qui n'est peut-être pas toujours idéal ;
- à quel commissaire aux comptes la réponse doit-elle être communiquée ? Il serait opportun de le faire à la fois aux commissaires de la société contrôlante et au(x) commissaire(s) de la société contrôlée.

20. L'intérêt du groupe. – Un élément du nouveau texte retient plus particulièrement l'attention : « *la demande doit être appréciée au regard de l'intérêt du groupe* ». Cette phrase devrait aviver un contentieux fourni (20). Elle intervient dans l'alinéa relatif au champ d'application de la question (phase interne), et non dans celui qui évoque les pouvoirs du juge. L'intérêt de groupe pourra, semble-t-il, être invoqué par l'organe questionné pour répondre. Peut-il répondre que l'intérêt du groupe commande... de ne pas répondre ? C'est parfaitement douteux, étant donné la finalité d'ensemble du processus, qui est de fournir aux actionnaires

(17) Ph. Merle, "Les conventions au sein des groupes" : *Petites Affiches*, 4 mai 2001, n° 89, p. 49 ; P. Le Cannu, "Les conventions réglementées après la loi NRE" : *Bull. Joly*, juillet 2001, p.720, § 165.

(18) On sait en effet que l'approbation d'une telle convention n'exclut pas l'expertise de gestion : CA Versailles, 12° Ch., 27 février 1997 : *Bull. Joly*, juin 1997, p. 543, § 220, note P. Le Cannu et M. Menjucq ; CA Paris, 14° Ch. A, 20 mai 1998 : *Bull. Joly*, nov. 1998, p. 1159.

(19) Surtout dans la société contrôlée, puisque la contrôlante y détient, directement ou indirectement, plus de 5 % ; le reste relève des participations croisées et de l'autocontrôle.

(20) D'autres formules avaient été proposées au cours des débats parlementaires ; celle-ci a au moins l'avantage d'être déjà connue ; v. D. Bureau, "La loi relative aux nouvelles régulations économiques" : *Bull. Joly*, juin 2001, p. 553, § 149, n° 82 ; H. Le Nabasque, "Commentaire des principales dispositions de la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques intéressant le droit des sociétés" : *Petites Affiches*, 5 juillet 2001, n° 133, p. 3.

une information qui leur manque. En revanche, il semble bien que la précision s'applique à **la substance de la question**, c'est à dire au point de savoir si la ou les opérations de gestion visées étaient conformes à l'intérêt du groupe. Les acquis de la jurisprudence relative à l'abus des biens sociaux devraient là aussi être mis à contribution : une véritable groupe structuré peut donc justifier qu'une des ses unités soit désavantagée par rapport à une ou plusieurs autres, pourvu que ce soit l'intérêt de l'ensemble. Les actionnaires de la société qui contrôle cet ensemble devraient pouvoir en être convaincus ; il n'en ira pas de même des associés minoritaires de la société désavantagée ; mais ces derniers n'ont pas communication de la question, ni de la réponse : le dialogue se passe trop haut.

Incidentement, on eut observer que la précision relative à l'intérêt du groupe en quelque sorte confirme la jurisprudence selon laquelle la désignation de l'expert doit être guidée par l'intérêt social (21).

21. **Sanction indirecte.** – Parmi les thèmes de question pourraient figurer des demandes relatives aux rémunérations que les dirigeants perçoivent dans les sociétés contrôlées. Il n'est en effet pas certain que les nouvelles exigences relatives au rapport annuel de gestion (art. L. 225-102-1) soient sanctionnées par la nullité de l'assemblée générale ordinaire – décision qui, de toute façon, serait difficile à prendre. Une mauvaise information relative à la rémunération totale et aux avantages de toute nature versés, durant l'exercice, à chaque mandataire social, par la société ou les sociétés contrôlées au sens de l'article L. 233-16, devrait donc pouvoir amener des questions écrites et une expertise judiciaire en cas de réponse insatisfaisante.

B. Phase 2 : Le sort de la question

22. **Répondre ou se taire.** - « *A défaut de réponse dans un délai d'un mois ou à défaut de communication d'éléments de réponse satisfaisants, ces actionnaires peuvent demander en référé la désignation d'un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion.* »

Il était prudent de fixer un délai, sous peine de voir le problème s'enliser. La mécanique mise en place s'inspire de celle qui règle les procédures d'alerte. Deux possibilités sont envisagées :

- ❖ **l'absence de réponse dans le délai d'un mois** ; il convient, pour les auteurs de question, de s'assurer la preuve de la date de la notification au président du conseil d'administration (ou au directeur général) ;
- ❖ le « **défaut de communication d'éléments de réponse satisfaisants** » : c'est à l'auteur de la question de prendre ses risques dans ce domaine ; le seul moyen de départager celui qui répond et celui qui demande est de confier l'appréciation au juge. Ceci peut-il être fait immédiatement après la notification de la réponse ? Tout dépend du point de savoir si celui qui répond s'est donné jusqu'à la fin du délai pour compléter sa réponse, ce qui lui permet de gagner du temps en laissant espérer des compléments jusqu'à la fin du délai d'un mois

(21) Cf. *Cass. com.* 10 février 1998 : *Bull. Joly*, 1998, p. 468, § 161, note M. Menjucq.

23. Comment établir la réponse ? - Le président a-t-il un pouvoir propre, ou peut-il, voire doit-il saisir le conseil d'administration ? Le procédé paraît adapté à un PNDG, c'est à dire un président non directeur général, puisque, dans la plupart des cas, il ne dispose pas à lui seul des éléments permettant de répondre à une question relative à une « opération de gestion ». Mais dans ce cas, l'organe de gestion par nature est le directeur général, et non le conseil d'administration. Il faut donc admettre que le président du conseil d'administration peut exiger du directeur général qu'il établisse une réponse. Faute pour le directeur général de satisfaire à cette demande, le président du conseil d'administration est fondé à saisir le conseil d'administration.

Quand le destinataire de la question est un directoire, celui-ci doit impérativement se réunir (par les procédés admis dans les statuts ou le règlement intérieur de la société) pour prendre une décision collégiale sur la réponse. Le président du directoire se mettrait en faute s'il ne communiquait pas la question aux autres membres du directoire et / ou s'il traitait seul la question.

En la forme, et bien que le texte soit muet sur ce point, il semble que la réponse du président ou du directoire doive être établie et communiquée par écrit : c'est l'intérêt de la société qui l'exige, afin que la date de la réponse, et les diligences du président ou du directoire, soient faciles à démontrer. Faute de quoi, le risque se limite à une demande en référé.

24. Adjacences. - Le commissaire aux comptes (celui de la société, de la société contrôlante, ou de la société contrôlée...) peut-il s'emparer du problème pour déclencher la procédure d'alerte ? On peut répondre par l'affirmative, et même ajouter que le commissaire aux comptes a le devoir de déclencher lui-même une procédure d'alerte, si le processus fait apparaître un fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Le commissaire peut aussi se trouver dans le cas de devoir dénoncer au Procureur de la République des faits délictueux que révéleraient la question ou la réponse.

Formellement, ni le conseil d'administration ni le conseil de surveillance ne sont mentionnés parmi les destinataires de la réponse établie par le président du conseil d'administration ou par le directoire ; on peut cependant penser qu'il existe ici un devoir du président du conseil d'administration (ou du directeur général) ou du directoire d'informer leur organe de contrôle.

C. Phase 3 : La saisine du juge

25. Qui peut saisir le juge ? - Chacun aura remarqué une malfaçon très visible : « *ces actionnaires peuvent demander en référé...* » : l'alinéa oublie l'association d'actionnaires. Il serait pourtant juste de dire que ces associations peuvent tirer les conséquences d'un défaut de réponse ou d'une réponse insatisfaisante.

Par ailleurs, il est clair que seuls les auteurs de question peuvent former la demande. Encore faut-il se demander si une partie d'entre eux seulement peut présenter la demande en justice ; le problème est surtout posé lorsque ceux qui demeurent belliqueux ne représentent plus 5 % du capital. De plus, la diminution de la participation, soit par transfert, soit par dilution, peut

faire franchir à la baisse le seuil de 5 %. La question se pose aussi du maintien de la condition de contrôle de la société auteur des opérations de gestion.

Deux thèses peuvent s'affronter sur ce terrain :

- ❖ la thèse de l'unité du processus : la demande en justice n'est que la conséquence de la question écrite préalable ; il suffit donc qu'au moment de cette question écrite, les conditions aient été remplies, pour que la suite du processus puisse se dérouler jusqu'au bout ;
- ❖ la thèse de l'autonomie de la demande en justice, en raison des effets externes de cette demande à l'égard de la société : il faudrait alors que les conditions (actionnaire ou association d'actionnaires, 5 %, et le cas échéant, contrôle de la société) soient toujours remplies au moment de l'introduction de la demande en nomination de l'expert de gestion

Ce terrain constitue un bon test de l'accueil que la jurisprudence va faire à la nouvelle configuration. La prudence, voire la réticence, qui se sont révélées jusqu'à maintenant semblent accorder de bonnes chances à la thèse de l'autonomie. Il serait de toute façon déplacé que l'expertise concerne une société sortie du groupe, ou renseigne une personne qui n'est plus actionnaire.

Les autres actionnaires ne peuvent naturellement pas saisir l'occasion de se joindre aux auteurs de question, car ils n'ont pas rempli la condition préalable. En revanche, le comité d'entreprise, quant à lui, semble disposer d'un droit de saisine directe, puisqu'il n'est pas visé par la phase préalable. Il pourrait donc intervenir, éclairé par l'échange auquel se sont livrés tel actionnaire et le président du conseil d'administration (ou le directeur général).

26. Quand saisir le juge ? - La réponse est à certains égards très simple : il suffit que le délai d'un mois de l'article L. 225-231, alinéa 2, se soit écoulé, sans réponse, ou sans réponse jugée satisfaisante par le demandeur. Lorsque chacun de ces éléments étant écrit et notifié, la computation du délai minimum ne devrait pas faire de problème. En revanche, le nouveau texte omet de régler une difficulté qui pourrait bien se présenter : pendant combien de temps, une fois le délai d'un mois écoulé, le ou les auteurs de la question peuvent-ils assigner la société ? Il serait fort désagréable que la menace puisse durer aussi longtemps que les intéressés en ont envie. Certes, le juge saisi peut toujours estimer qu'il n'y a plus matière à expertise, car le problème n'est plus d'actualité. Mais cela ne peut toujours être assuré. Peut-être faut-il alors lier la durée pendant laquelle la demande reste possible à la prescription des actions qui pourraient être exercées sur le fondement du rapport d'expertise ; cependant, ce lien n'est pas tellement satisfaisant, puisque les actions sont de natures diverses ; même si la prescription de trois ans s'applique le plus souvent, il existe d'autres durées. De plus, le point de départ n'est pas toujours le même ; ce n'est pas toujours l'opération de gestion elle-même, mais la révélation d'une irrégularité l'affectant qui, dans certains cas, déclenche l'écoulement du délai. Le mieux serait que le décret d'application précise un délai d'action - par exemple, six mois à compter de l'expiration du délai d'un mois.

27. Type de procédure. - L'alinéa 2 de l'article L. 225-231 introduit une nouvelle source de perplexité pour les praticiens quant au type de procédure applicable. Contrairement à l'ancien

article 226, il énonce en effet que " *ces actionnaires peuvent demander en référé la désignation...* ", c'est à dire qu'il semble abandonner la solution antérieure d'une procédure "**en la forme**" des référés, pour un véritable référé. La conséquence de cette solution serait de réintroduire dans le débat les conditions de droit commun du référé, ce qui ne s'impose guère. Pour l'instant, l'article 195 du décret du 23 mars 1967 continue de préciser que l'expert "est désigné par le président du tribunal de commerce statuant en la forme des référés". On peut penser que, la partie réglementaire n'étant pas sur ce point modifiée, cette solution continuera de s'appliquer, le décret étant vu comme donnant une précision d'ordre procédural.

28. Fins de non-recevoir. - Outre la prescription, apparaissent de nouvelles fins de non-recevoir pour les actionnaires ou les associations d'actionnaires :

- l'absence de question préalable ;
- la communication d'éléments de réponse satisfaisants par le président du conseil d'administration (ou le directeur général) ou le directoire ;
- le fait que la société auteur des opérations de gestion n'est plus contrôlée par celle dont le demandeur est actionnaire ; ce changement de contrôle doit à notre avis écarter la possibilité d'une expertise dans une société qui est sortie du groupe ; mais ce fait ne rend pas impossible une action en responsabilité de droit commun pour faute antérieure à la cession de contrôle qui aurait pu être commise par les dirigeants de la société-mère.

Les auteurs de question écrite peuvent de leur côté faire valoir que l'auteur de la réponse n'avait pas qualité ; mais le problème risque d'être facilement réglé si le président reprend à son compte la réponse faite, ou même si le juge estime que la réponse était entièrement satisfaisante.

De plus, le juge risque d'être, en cours d'instance, favorablement impressionné par une réponse même tardive (au delà du délai d'un mois), mais qui fournit toutes les informations que l'on peut attendre. Il dira alors qu'il n'y a plus lieu à expertise. Cette hypothèse montre elle aussi la relativité du délai - mais non son absence d'effet.

29. Parties en cause. - Procéduralement, il semble indispensable d'attirer en la cause la société contrôlée dont les opérations de gestion sont visées. Il faudrait donc modifier l'article 195 du décret du 23 mars 1967, qui dispose seulement que « *le greffier convoque le président du conseil d'administration ou du directoire à l'audience par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.* »

30. Suite et fin du processus. – La séquence judiciaire n'est pas modifiée. Toutefois, si le juge nomme un expert, et que celui-ci accomplit sa mission, il faut revoir le problème de la communication du rapport. En principe, ce rapport est adressé à ceux qui ont demandé la nomination de l'expert, ainsi qu'au ministère public, au comité d'entreprise, au commissaire aux comptes, au conseil d'administration ou au directoire et au conseil de surveillance, et, dans les sociétés cotées, à la COB. Quelques problèmes se posent à cet égard :

- l'association d'actionnaires n'est pas nommée parmi les destinataires du rapport ; mais on ne voit guère pourquoi elle devrait en être exclue si elle se trouve à l'origine de la question et de l'expertise ;
- il se peut que des actionnaires aient posé la question écrite préalable, mais n'aient pas présenté la demande ; il serait logique de ne pas leur communiquer le rapport ;
- il est dommage que les organes de la société contrôlée (conseil d'administration, directoire conseil de surveillance, commissaire aux comptes) et le comité d'entreprise de cette société ne soient pas informés d'une expertise qui les concerne au premier chef ; si le décret d'application de la loi NRE ne pallie pas cette lacune, la jurisprudence pourrait au moins pour partie se fonder sur le droit à l'information des organes de ces sociétés pour leur donner accès aux résultats de l'expertise. Encore faudra-t-il aller un peu plus loin que d'habitude, puisque l'information est à quérir en dehors de la société elle-même, auprès de son actionnaire de contrôle.

II. AUTRES SOCIETES PAR ACTIONS

31. **Transposition.** - L'article L. 225-231 est applicable à toutes les sociétés par actions. La transposition à la SAS et à la société en commandite par actions ne semble guère avoir inquiété le législateur. Elle est pourtant source de diverses questions. D'un point de vue général, on peut souligner l'importance du procédé dans la SAS, lorsque les statuts de cette société ne contiennent pas de dispositif permettant aux actionnaires d'être convenablement renseignés sur la gestion - ce qui arrive assez souvent, en raison du fait que les dispositions applicables à l'information des actionnaires font partie des textes relatifs aux sociétés anonymes qui ne sont pas applicables aux SAS. La loi NRE manifeste à cet égard une certaine prise de conscience, puisqu'elle étend le champ des décisions obligatoirement collectives et qu'elle renforce l'arsenal des sanctions du non-respect de ce caractère collectif (22), créant là - ce n'est pas le sens de l'histoire ! - un nouveau délit pénal (art. L. 244-2 du code de commerce).

32. **Destinataire de la question écrite préalable.** - Le ou les gérants de la société en commandite par actions, et le président de la SAS devraient se substituer au président du conseil d'administration. Cependant, si le président de la SAS n'a pas de pouvoirs effectifs de gestion, la solution n'est pas adaptée. En outre, les organes de contrôle (conseil de surveillance dans la société en commandite par actions, organes *ad hoc* dans la SAS) sont passés sous silence ; les statuts pourraient, au moins dans la SAS, imposer à l'auteur de la question de la communiquer à des tels organes.

(22) V., à ce propos, P.-L. Périn, "Les apports de la loi NRE au régime de la SAS" : *Bull. Joly*, juillet 2001, p. 745, § 168, spéc. n° 8 et suiv.

33. **Qui répond ?** - Qui établit la réponse à la question écrite préalable ? Il n'y a qu'une difficulté de principe dans la société en commandite par actions. Certes, le gérant doit répondre s'il est unique. En revanche, rien n'est prévu en cas de pluralité de gérants. S'agissant d'un mécanisme interne, l'opposition préalable paraît possible, mais il sera difficile de trouver une issue, en cas d'opposition durant plus d'un mois, autre que le défaut de réponse permettant de saisir le juge dans de bonnes conditions.

Dans la SAS, la liberté statutaire devrait permettre de définir un organe chargé de répondre ; dans le silence des statuts, le président aura cette responsabilité, mais il pourra mettre à contribution le ou les dirigeants qui sont investis par les statuts des pouvoirs de gestion correspondant aux opérations sur lesquelles la question est posée. Sauf clause des statuts en ce sens, la réponse n'est pas communiquée aux associés ;

34. **Destinataires de la réponse.** – Seules les initiateurs et le commissaire aux comptes sont destinataires de la réponse faite à la question écrite préalable. Mais, dans les commandites aussi bien que dans les SAS, les statuts peuvent élargir la catégorie.

35. **Destinataires du rapport.** – Dans la société en commandite par actions, ces destinataires du rapport de l'expert sont :

- l'auteur de la question
- le ministère public
- le commissaire aux comptes
- le conseil de surveillance
- s'il en existe, le comité d'entreprise
- le cas échéant la COB.

Dans la société par actions simplifiée, la COB est évidemment exclue, puisque la société ne peut pas faire appel public à l'épargne. Les statuts devraient pouvoir adapter cette réponse par exemple en imposant la communication du rapport à un organe statutaire de contrôle. Dans le silence des statuts, on peut avancer que le rapport de l'expert ne sera communiqué qu'aux instances suivantes :

- l'auteur de la question
- le ministère public
- le commissaire aux comptes
- s'il en existe, le comité d'entreprise.

36. **Conclusion : effets seconds.** - La nouvelle configuration de l'expertise de gestion pourrait avoir des conséquences indirectes sensibles :

- elle semble ouvrir la voie à une action en responsabilité des actionnaires de la société-mère pour faute commise dans les sociétés contrôlées (23) ; les associés de cette société, s'ils sont dûment renseignés, devraient pouvoir également agir ;

(23) Il serait intéressant d'observer si les dirigeants d'une société contrôlée sont protégés par la théorie de la faute détachable lorsqu'ils sont assignés par les actionnaires de la société contrôlante.

- elle est de nature à faire admettre une nouvelle définition de l'abus de majorité dans les groupes, l'intérêt du groupe prenant le relais de l'intérêt de la société ;
- malgré ces innovations, les nouvelles restrictions de l'expertise de gestion ne privent pas l'article 145 NCPC de ses attraits, ni ne l'éliminent du paysage (24).

Au total, le lecteur aura compris que, sans doute, la nouvelle formule peut, au moins autant que l'ancienne, mais selon des voies en partie différentes, nourrir l'ardeur chicanière. Accordons-lui cependant qu'elle donne une meilleure chance au dialogue : autrefois facultatif, celui-ci devient obligatoire, ce qui atténue les effets de surprise, et peut rapprocher les actionnaires de la direction des sociétés.

(24) V. sur ce point, notamment L. Cadiet, « Brèves observations sur l'expertise préventive en droit des sociétés », *Mélanges Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 151 ; J. Moury, « Expertise de gestion : la concurrence indélicate de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile », *id.*, p. 297 ; F.-X. Lucas, note sous CA Paris, 4 septembre 1998 : *Bull. Joly*, 1999, p. 250, § 42.