

LA CONVOCATION D'UNE ASSEMBLEE D'ACTIONNAIRES PAR LE COMITE D'ENTREPRISE : PREMIERE APPLICATION DE L'ARTICLE L. 432-6-1 DU CODE DU TRAVAIL ISSU DE LA LOI NRE (ART. 99)

Note sous Trib. com. Marseille, ordonnance de référés du 7 novembre 2001

Alain COURET

Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

Ordonnance de référé (résumé).....	1
Note.....	4
I - LES CONDITIONS REQUISES POUR LA DESIGNATION D'UN MANDATAIRE AD HOC CHARGE DE CONVOQUER L'ASSEMBLEE.....	6
II - LA QUESTION DE L'ORDRE DU JOUR.....	7

Ordonnance de référé (résumé)

Trib. com. Marseille Audience de référés du 7 novembre 2001, comité d'entreprise de la société anonyme Gemplus c/ SA Gemplus, en présence du Ministère public (résumé)

L'article L. 431-4 du code du travail dispose que le comité d'entreprise a pour objet d'assurer une expression collective des salariés permettant la prise en compte permanente de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise ; le même article ajoute qu'il exerce ses missions sans préjudice des dispositions relatives à l'expression des salariés, aux délégués du personnel et aux délégués syndicaux.

Ce sont les craintes confirmées par une procédure d'alerte déclenchée par le comité d'entreprise, qui n'a pu aller jusqu'à son terme faute de délibération du conseil de surveillance, qui ont conduit ce comité d'entreprise à s'interroger sur le devenir de l'entreprise et à diligenter une action en désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée des actionnaires ; cette action se situe dans le droit fil de l'intérêt de l'universalité du personnel de la SA dont le comité d'entreprise assure l'expression collective ; le comité d'entreprise justifie donc d'un **intérêt à agir**.

Aux termes de l'article L. 431-6 du code du travail, le comité d'entreprise dispose de la personnalité morale ; il a donc la capacité juridique pour agir dans le cadre de sa mission telle qu'elle est définie par l'article L. 431-4 précité ; le comité d'entreprise justifie donc de sa **qualité à agir**.

La SA contestant la qualité à agir du secrétaire du comité d'entreprise, faute par ce dernier de justifier d'un **mandat spécial**, il apparaît que le mandat de diligenter toute procédure conféré à cette personne et à une autre s'inscrit dans le cadre du déroulement de la procédure d'alerte déclenchée par le comité d'entreprise et trouve sa cause dans les conclusions de l'expert mandaté par le comité d'entreprise, qui révèle des « faits préoccupants », conclusions que le comité d'entreprise fait siennes dans leur intégralité. En conséquence, même si la formulation du mandat conféré à ces personnes ne peut satisfaire un juriste pointilleux sur le plan de la forme, l'intention du comité d'entreprise d'intenter une action à l'encontre de la société et la nature spécifique du mandat

conféré à ces personnes ne saurait être valablement contestées.

Au surplus, la nullité de l'assignation serait couverte par la confirmation de l'intention d'agir et du mandat conféré, intervenue lors d'une réunion postérieure du comité d'entreprise, avant la présente ordonnance.

Quant à la condition d'**urgence** posée par l'article L. 432-6-1, la société anonyme fait valoir qu'elle doit être appréciée au regard des conditions fixées par la jurisprudence appliquant l'article L. 225-103, II, 2° (ex-art. 158 de la loi de 1966), dont l'article L. 432-6-1 ne serait que la transposition.

L'absence de débat parlementaire sur le sujet ne permet pas de trancher le débat. Toutefois, il y a lieu de remarquer que le législateur a introduit cette disposition dans le code du travail et non dans le code de commerce, ce qui en fait une disposition « *sui generis* » autonome ; il n'en est pas moins illogique d'écarter toute référence à la jurisprudence relative à l'article L. 225-103, II, 2° précité.

L'examen des faits démontre le caractère exceptionnel de la situation, notamment en ce que la procédure d'alerte n'a pu aller à son terme faute de délibération du conseil de surveillance de la société. Certes, celle-ci observe que le défaut de réunion du conseil s'explique par l'inobservation par le comité d'entreprise des dispositions de l'article L. 432-5 du code du travail, puisque le comité n'a pas établi lui-même le rapport visé au II de cet article, mais s'est contenté de transmettre le rapport établi par l'expert-comptable qu'il avait mandaté. Mais cet argument n'est guère convaincant, puisque le comité d'entreprise peut faire siennes les conclusions dudit rapport.

Le personnel de la société fait état des craintes qu'il éprouve pour le maintien de l'emploi en raison de faits permettant d'augurer la délocalisation vers l'étranger de certaines activités. La société se justifie en disant que ces projets ne peuvent affecter de manière préoccupante sa situation économique, puisque les charges salariales, fiscales et sociales sont moindres en Pologne qu'en France. Une telle

argumentation est loin de pouvoir rassurer le personnel français de la société, qui se voit confirmer le fait que des postes clé de la direction ont bien été délocalisés à l'étranger et qu'une certaine délocalisation, même si elle n'est pas encore décidée, serait de nature à réduire les coûts de production, peu important le fait que la société dispose d'une trésorerie confortable.

La société fait valoir que selon l'article L. 225-103, II, 2° du code de commerce, l'urgence s'analyse en un péril immédiat, en une paralysie des organes dirigeants, et considère qu'elle ne se trouve aucunement dans cette situation. Mais ce raisonnement fait fi de l'autonomie de la disposition introduite par la loi NRE dans le code du travail ; l'article L. 432-6-1 ne visant que le comité d'entreprise, c'est à l'évidence sous l'angle du comité d'entreprise et des intérêts dont il a la charge qu'il convient d'interpréter ce texte.

L'urgence résulte donc des modifications apportées à l'actionnariat direct et à la direction de la société, à la suite de l'introduction en bourse des tires de sa nouvelle société mère et de l'entrée dans cette dernière, comme actionnaire significatif ou de référence, d'un fonds de pension américain, et des interrogations que cela a suscité au sein du personnel, qui n'ont pas obtenu de réponse, même si la situation économique et financière de la société n'est nullement en péril.

La société invoque aussi **l'intérêt social** comme condition nécessaire à la désignation d'un mandataire chargé de convoquer une assemblée générale, se référant là aussi à l'article L. 225-103, II, 2° du code de commerce. Une bonne information du personnel est de nature à engendrer un climat social apaisé induisant lui-même un fonctionnement harmonieux de l'entreprise tant au niveau de la production qu'à celui de la commercialisation des produits et services ; l'optimisation de la production et de la commercialisation participe à l'évidence à l'intérêt social, celui des salariés et celui des actionnaires, supposés animés de l'*affectio societatis*, étant complémentaires et donc liés *de facto*. Le personnel a donc un intérêt à agir et cet intérêt ne s'écarte pas de l'intérêt social

mesuré au niveau de la société anonyme française, et cette action ne peut résulter que de la mise en œuvre de la procédure visée à l'article L. 432-6-1 du code du travail.

L'assemblée ainsi convoquée doit être **présidée** par le mandataire qui l'a convoquée (art. 146 du décret du 23 mars 1967).

L'assemblée ainsi convoquée ne peut être qu'une **assemblée générale ordinaire**, puisque le comité d'entreprise n'est titulaire d'aucune action permettant la réunion d'une assemblée spéciale et qu'il ne sollicite pas de modification des statuts.

L'ordre du jour proposé par le comité d'entreprise dans ses écritures ne satisfait pas les exigences légales en ce qu'il manque de précision et qu'il demande à l'assemblée d'adopter des décisions qui ne sont pas de sa compétence. Il comprend trois éléments :

- Examen du rapport établi par l'expert désigné par le comité d'entreprise dans le cadre de la procédure d'alerte ;
- Décisions à prendre en conséquence par les actionnaires et notamment en ce qui concerne les dirigeants sociaux visés par ce rapport ;
- Pouvoir à conférer le cas échéant à qui de droit pour diligenter toutes actions en justice de nature à faire sanctionner des agissements révélés par ce rapport et à réparer le préjudice subi par la société.

Cet ordre du jour vise donc indirectement à obtenir la révocation des dirigeants sociaux et la mise en jeu de leur responsabilité. Or l'assemblée générale n'a pas le pouvoir de

donner des mandats impératifs aux autres organes de la société. La loi attribue au seul directoire le pouvoir d'agir en toute circonstance au nom de la société sous la surveillance du conseil de surveillance. Le rôle de l'assemblée générale se limite à la désignation ou à la révocation des organes de gestion et contrôle, à l'approbation des comptes sociaux, l'approbation de la gestion de la société et la ratification *a posteriori* de certaines conventions.

L'ordre du jour doit être fixé par l'auteur de la convocation. Mais l'article 122 du décret du 23 mars 1967 décide qu'en cas de désignation par le juge des référés, à la demande d'un actionnaire représentant une certaine fraction du capital, c'est l'ordonnance de référé qui fixe l'ordre du jour. Cette solution est applicable en cas de désignation fondée sur l'article L. 432-6-1 du code du travail.

Afin de respecter la répartition légale des pouvoirs entre les organes sociaux d'une société anonyme à directoire et conseil de surveillance, il convient de limiter l'ordre du jour à :

- l'examen du rapport du comité d'entreprise exposant les anomalies ressortant du rapport dressé par l'expert mandaté par ce comité dans l'exercice de son droit d'alerte ;
- adoption d'une résolution portant révocation des membres du directoire de la société.

La société devra fournir au mandataire chargé de convoquer l'assemblée toutes les informations lui permettant d'effectuer cette convocation en conformité avec les dispositions légales et réglementaires.

Note

La présente décision doit retenir l'attention de la pratique. Il s'agit probablement de l'une des toutes premières décisions - peut-être la première - rendue en application de l'article 99 de la loi sur les nouvelles régulations économiques

1. Rappelons ici que l'article 99 de cette loi a inséré après l'article L. 432-6 du Code du travail un article L. 432-6-1 ainsi rédigé :

Article L. 432-6-1

" 1° - *Dans les sociétés, le comité d'entreprise peut demander en justice la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée générale des actionnaires en cas d'urgence. Il peut également requérir l'inscription de projet de résolution à l'ordre du jour des assemblées*".

2. On sait comme au demeurant le rappelle l'ordonnance ci-dessous commentée que ce texte n'a pas fait l'objet de discussions parlementaires approfondies ¹. La seule question qui a été débattue, et encore de manière plutôt sommaire plus sommaire, a été la question de savoir si l'on devait accorder des prérogatives au titre d'une action qui avait été attribuée dans des conditions pour le moins incertaines au comité ou s'il fallait lui reconnaître ces prérogatives ès-qualité de comité d'entreprise, indépendamment d'une détention d'actions. La première voie conduisait à une impasse juridique puisqu'elle condamnait les sociétés par actions unipersonnelles et obligeaient à mettre en place un processus d'allocation de titres contraires aux règles fondamentales du droit des sociétés. C'est donc la seconde voie qui a été retenue.

3. Cette absence de débats laisse en suspens deux questions.

La première question est celle qui découle du sens de la référence aux termes "sociétés". La règle est-elle applicable dans toutes les sociétés **ou seulement dans les sociétés par actions ?** Divers arguments plaident pour une limitation aux seules sociétés par actions. L'article L. 432-6-1 évoque la convocation de l'assemblée générale "*des actionnaires*" ². Ce même article a été ajouté par la loi en suite de l'article L. 432-6 qui n'intéresse dans son contenu que la société par actions ³.

¹ Cf. Bernard JADAUD, "La participation du comité d'entreprise aux assemblées générales d'actionnaires" : Les Petites Affiches 18 juillet 2001 p. 4 et s.

² Voir en ce sens Hervé LE NABASQUE, "Commentaire des principales dispositions de la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques intéressant le droit des sociétés" : Les Petites Affiches 5 juillet 2001 p. 7.

³ Hervé LE NABASQUE, op. cit. loc. cit.

La deuxième difficulté tient à l'utilité réelle de ce texte qui peut apparaître redondant avec les dispositions de l'article L. 225-103 II 2° donnant déjà la possibilité à **tout intéressé** en cas d'urgence de demander la convocation de l'assemblée par un mandataire désigné en justice. De ce point de vue on peut considérer que le texte nouveau coupe court à toute discussion sur la qualité de personnes intéressées du comité d'entreprise⁴. Et il est vrai que la littérature juridique avait tendance précédemment à oublier le comité d'entreprise dans l'évocation de la liste des personnes intéressées⁵.

L'ordonnance commentée apporte la preuve de l'utilité du texte nouveau : la société défenderesse opposait une fin de non-recevoir tirée du défaut de qualité pour agir du comité d'entreprise. Le tribunal écarte sans longue discussion l'argumentaire présenté.

4. Revenons un instant sur les faits. Le comité d'entreprise d'une société anonyme à directoire et conseil de surveillance, dans le cadre de l'exercice de son droit d'alerte, a mandaté un cabinet pour établir un rapport sur des faits préoccupants qui lui ont été révélés et sur lequel il n'a pas reçu de réponse satisfaisante de la direction. Le rapport, communiqué au conseil de surveillance, n'a pas donné lieu à réactions de la part de ce dernier. En d'autres termes, la **procédure d'alerte** déclenchée par le comité d'entreprise n'a pu être menée à son terme faute de réunion de la part du Conseil de surveillance de la société. Le Comité d'entreprise a alors considéré qu'il était de son devoir de mettre les actionnaires "*en face de leurs responsabilités*" eu égard aux infractions soutenues dans le rapport et à la situation préoccupante de la société.

C'est dans ce contexte qu'il a saisi le juge des référés en application de l'article L. 432-6-1 du Code du travail résultant des dispositions de l'article 99 de la loi n° 2001 - 420 du 15 mai 2001 portant sur les Nouvelles Régulations Economiques.

5. A la lecture de l'ordonnance, on sent bien que l'heure était solennelle. Le procureur de la République s'est déplacé et a présenté des observations en insistant sur le caractère inhabituel de sa demande. L'ordonnance est rédigée avec beaucoup de soin.

6. La présente décision est assez spectaculaire quant à ses résultats. Le tribunal de commerce désigne en effet un mandataire ad hoc avec pour mission de **convoquer l'assemblée générale des actionnaires** et avec pour ordre du jour l'adoption d'une **résolution** portant **révocation** des membres du directoire de la société. On évoquera successivement les deux grandes questions soulevées par la décision et qui touchent aux conditions de désignation du mandataire ad hoc (I) et à la fixation de l'ordre du jour (II).

⁴ LE NABASQUE, op. cit. loc. cit. ; également Nancy VIGNAL "Les nouveaux pouvoirs du comité d'entreprise" : *Droit et Patrimoine* 2001, n° 98, Novembre p. 68 et s., spécialement p. 73.

⁵ Par exemple Mémento Sociétés commerciales Francis LEFEBVRE 2001 n° 10057 qui se borne à prendre l'exemple des créanciers de la société - Précis Dalloz "Sociétés commerciales" par Philippe MERLE 7ème édition 2000 qui évoque les actionnaires et les créanciers

I - LES CONDITIONS REQUISES POUR LA DESIGNATION D'UN MANDATAIRE AD HOC CHARGE DE CONVOQUER L'ASSEMBLEE

7. Au vu de l'article L. 432-6-1 du Code du travail, les conditions requises sont extrêmement simples : cette désignation ne peut se faire **qu'en cas d'urgence** ce qui donne d'emblée compétence au juge des référés. On sait que cette condition d'urgence est également requise pour l'application de l'article L. 225-103 II 2° du Code de commerce mais seulement dans l'hypothèse où la réunion de l'assemblée générale est demandée par "tout intéressé". Lorsqu'au contraire la désignation d'un mandataire est demandée par des actionnaires représentant au minimum 5% du capital, cette condition d'urgence n'est plus requise⁶. Bien évidemment, il paraît difficile de s'abstraire totalement de l'existence de l'article L. 225-103 II 2° du Code de commerce pour apprécier les conditions d'application de l'article L. 432-6-I du Code de travail, même s'il est rappelé dans les attendus de l'ordonnance que l'autonomie de la disposition contenue dans le Code de travail n'impose pas la référence au texte cousin contenu dans le Code de commerce.

8. S'agissant de **l'urgence** elle-même, celle à laquelle fait référence de Code du Travail n'est pas nécessairement l'urgence qui a présidé à la plupart des décisions rendues au vu de l'article 225-103 II 2°. Le juge note que l'urgence doit être entendue ici sous l'angle du comité d'entreprise et des intérêts dont il a pour mission d'assurer l'expression. En l'espèce, il relève que ces intérêts sont affectés.

9. Fallait-il aller au-delà et vérifier la satisfaction d'autres conditions ? L'application qui a été faite par la jurisprudence de la disposition propre au droit des sociétés anonymes ne pouvait pas ne pas servir de guide à l'interprète pour l'analyse de la disposition nouvelle. Aussi, le président du tribunal de commerce de Marseille tout en affirmant que cette référence n'est nullement indispensable s'efforce néanmoins de s'assurer que d'autres conditions fixées par la jurisprudence pour la mise en œuvre du texte contenu dans le Code de commerce sont ici respectées. La jurisprudence appliquant l'article L. 225-103 semble considérer qu'une telle désignation suppose une **situation exceptionnelle**, ce qui participe d'un certain bon sens. D'autre part, le juge saisi d'une telle demande doit vérifier qu'elle tend bien à des fins légitimes **conformes à l'intérêt social** et non à la satisfaction de fins propres au demandeur⁷.

10. Cette nécessaire appréciation des mérites de la demande au regard de l'intérêt social qu'opère ici le juge des référés est parfaitement logique dans la mesure où, comme l'indique notre collègue Alain VIANDIER "*le comité d'entreprise œuvre comme un actionnaire en vue de provoquer la réunion d'un collège d'actionnaires et non pas dans le cadre d'une concertation sociale ou d'une action syndicale*"⁸.

⁶ Cf. Paris 10 avril 1989 : *Rev. sociétés* 1989.485 note Th. FORSCHBACH.

⁷ C.A. 15 mars 1990 : *Droit des sociétés* 1990 n° 131, *D.* 1992. som.179 obs. BOUSQUET et BUGEJA ; voir également C.A. Colmar 24 septembre 1975 : *D.* 1976 jur. p 348 note Y. GUYON. Voir encore Cass. com. 19 juin 1990 : *Bull. civ.* IV n° 186.

⁸ Sociétés et loi NRE. "Les réformes de la loi nouvelle des régulations économiques". Dossier pratique Francis LEFEBVRE 2001, p. 111, n° 392.

11. De ce point de vue les termes employés par l'ordonnance ne sont pas sans intérêt quant à la conception même de l'intérêt social "*attendu qu'une bonne information du personnel est de nature à engendrer un climat social apaisé induisant lui-même un fonctionnement harmonieux de l'entreprise tant au niveau de la production qu'à celui de la commercialisation des produits et services ; que cependant l'optimisation de la production et de la commercialisation participe à l'évidence de l'intérêt social, celui des salariés et celui des actionnaires, supposé animé de l'affectio societatis, étant complémentaire et donc lié de facto ; attendu que le personnel a donc un intérêt à agir et cet intérêt ne s'écarte pas de l'intérêt social*".

12. On approuvera sans réserve la démarche très prudente du tribunal qui s'est inspiré de la jurisprudence rendue en application de l'article L. 225-103 II pour appliquer la disposition nouvelle du Code de travail.

13. Le tribunal apporte enfin une précision qui n'est pas inutile en indiquant que le **mandataire** qui est désigné sera de plein droit **appelé à présider l'assemblée**. Certes, l'article L.432-6-1 du Code du Travail est muet sur cette question mais il ne paraît pas déraisonnable de s'inspirer de l'article 146 du décret du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales qui stipule "*en cas de convocation par un mandataire justice, l'assemblée est présidée par celui qui l'a convoquée*".

II - LA QUESTION DE L'ORDRE DU JOUR

14. La question de l'ordre du jour est expressément réglée dans l'article 122 du décret du 23 mars 1967 prise pour l'application de l'article L. 225-103 II 2° du Code de commerce. Le deuxième alinéa de cet article 122 indique en effet : "*l'ordonnance fixe l'ordre du jour de l'assemblée*". Quoique rien ne soit dit dans l'article L. 432-6-I du Code de travail, l'ordonnance transpose avec sagesse cette solution. Cette transposition est d'autant plus heureuse que le comité d'entreprise peut désormais requérir l'inscription de projet de résolutions à l'ordre du jour des assemblées et que cette prérogative paraît fort peu encadrée⁹. En l'espèce il s'agit de demander la révocation des membres du directoire, solution extrême mais qui paraît conforme aux textes actuellement en vigueur

⁹ Cf. ici Bernard JADAUD, op. cit., qui considère qu'un décret serait nécessaire pour la mise en œuvre de la disposition.

15. Encore, fallait-il peut-être dépasser une difficulté propre aux règles spécifiques aux sociétés à directoire et conseil de surveillance. Le comité d'entreprise avait rédigé une première proposition de résolution aux termes de laquelle l'assemblée générale mandatait le conseil de surveillance de la société en vue de proposer à une prochaine assemblée générale la révocation du directoire. Cette proposition était d'une certaine façon conforme aux règles antérieurement en vigueur à la loi du 15 mai 2001 et sans doute également aux statuts de la société. Or, la loi NRE a supprimé l'exigence d'une proposition du conseil de surveillance pour la révocation des membres du directoire¹⁰. L'ordonnance semble en tirer des conséquences en décidant l'inscription à l'ordre du jour d'une résolution portant révocation des membres du directoire de la société conformément à la disposition nouvelle.

16. L'ordonnance écarte par contre des projets de résolutions qui portaient atteinte à la hiérarchie des organes de la société anonyme : il s'agissait de résolutions tendant à donner des mandats impératifs aux organes de gestion en vue de conclure et de signer divers contrats, c'est-à-dire comme le relève le tribunal, **d'effectuer en fait des actes de gestion**.

◦
◦ ◦

17. En définitive, cette décision, même si elle peut apparaître modeste dans la hiérarchie des décisions judiciaires doit attirer l'attention sur l'importance pratique considérable des nouveaux pouvoirs accordés au comité d'entreprise. La proposition d'inscription à l'ordre du jour d'une assemblée de la révocation des dirigeants est nécessairement un acte extrêmement grave qui affecte l'autorité de ceux-ci. Cela est vrai pour une société dont les titres ne sont admis à la cote d'un marché réglementé ; cela est encore plus vrai pour une société dont les titres sont cotés. On a pu justement relever que l'accroissement des pouvoirs du comité d'entreprise était passé relativement inaperçu lors de la publication de la loi NRE¹¹ ; Les mises en œuvre de ces dispositions s'annoncent cependant d'ores et déjà spectaculaires.

¹⁰ Article 108 loi NRE "Les membres du directoire ou le directeur général unique peuvent être révoqués par l'assemblée générale" ; v. P. Le Cannu, La révocation des membres du directoire après la loi NRE : droit 21.com, nov. 2001.

¹¹ Bernard JADAUD, op. cit. p. 4.