

**COMPAGNIE NATIONALE
DES EXPERTS-COMPTABLES DE JUSTICE**

Chambre régionale de la section
AIX-EN-PROVENCE – BASTIA

COLLOQUE

Sur le thème

**L'EXPERTISE DE GESTION
Art. L. 225-231 et L. 223-37 C. com.**



Aix-en-Provence - le 09 février 2023

**COMPAGNIE NATIONALE
DES EXPERTS-COMPTABLES DE JUSTICE**

Chambre régionale de la section
AIX-EN-PROVENCE – BASTIA

COLLOQUE

Sur le thème

**L'EXPERTISE DE GESTION
Art. L. 225-231 et L. 223-37 C. com.**



Aix-en-Provence - le 09 février 2023

CHAMBRE DE LA SECTION AIX-EN PROVENCE-BASTIA

Présidents d'honneur et administrateurs :

AVIER Jean
BOREL Thierry
DAUPHIN Jean-Marc
RUINET Jacques
VIANO Constant

Présidente :

BOLLANI-BILLET Carole

Vice-Présidente :

NABET Elisabeth

Secrétaire :

BLANC-PATIN Christine

Trésorier :

NABET Elisabeth

*Membre du Bureau en charge de l'accueil
des nouveaux inscrits :*

PERES Bruno



TABLE DES MATIERES

Sous la Présidence de

Monsieur Jean-Marc LATREILLE
Président du tribunal de commerce de Marseille

PROPOS INTRODUCTIFS	4
Allocution de Monsieur Ivan TOCCHIO	5
Allocution de Madame Isabelle GROSSI,	6
Allocution de Monsieur Marc BOLLET	12
Allocution de Monsieur Jean-Marc LATREILLE.....	15
Allocution de Monsieur Thierry SAINT-BONNET.....	20
Interventions dans l'assemblée.....	27
REMERCIEMENTS	35
ANNEXES	37



PROPOS INTRODUCTIFS

-

Madame Carole BOLLANI-BILLET,
Présidente de la Compagnie Nationale des Experts-Comptables de Justice, section Aix-Bastia

Monsieur le Conseiller à la Cour de cassation,
Mesdames et Messieurs les Magistrats,
Monsieur le Président du tribunal de commerce de Marseille,
Madame la Directrice de l'I.D.A,
Monsieur le Bâtonnier,
Monsieur le représentant du Bâtonnier de Digne,
Monsieur le Président de la Compagnie des Commissaires aux comptes Aix-Bastia,
Monsieur le Président de la CECAAM,
Mesdames et Messieurs les Avocats,
Mes chères Consœurs, mes chers Confrères,
Mesdames et Messieurs,

Permettez-moi tout d'abord de vous souhaiter la bienvenue à ce colloque et d'exprimer ma satisfaction, au regard du nombre et de la qualité de cette assistance.

Chaque année, nous nous efforçons de trouver un sujet, pour notre colloque, qui puisse susciter votre intérêt, et qui soit un véritable apport pour votre pratique expertale. Il n'est pas toujours facile de se renouveler dans le choix des sujets traités.

Or, cette année, nous sommes parvenus à trouver un thème qui, du moins depuis une bonne dizaine d'années, n'a jamais fait l'objet d'un colloque, et que nous vous proposons d'aborder aujourd'hui. Il s'agit de l'expertise de gestion, articles L. 225-231 et L. 223-37 du Code de commerce.

Après avoir choisi ce thème, nous avons appris qu'une brochure était en cours d'élaboration par la CNECJ, ce qui témoigne encore plus de l'intérêt du sujet que nous avons choisi.

L'un des rédacteurs de cette brochure est notre Confrère Thierry SAINT-BONNET, qui est aujourd'hui parmi nous. Il a accepté de remplacer, au pied levé, notre consœur Christine BLANC PATIN, qui devait initialement faire partie de nos intervenants, mais qui a eu un souci de dernière minute. Je l'en remercie vivement.

Monsieur Jean-Marc LATREILLE, Président du tribunal de commerce de Marseille, présidera nos travaux, et notre Confrère Ivan TOCCHIO assurera le rôle de Rapporteur général.

L'expertise de gestion est une expertise un peu atypique - quelque peu confidentielle – que la plupart d'entre nous n'a sans doute jamais pratiquée.

Mais il ne s'agit pas pour moi de déflorer le sujet. Je laisse donc la parole à Ivan, et vous souhaite un excellent colloque.



Allocution de

Monsieur Ivan TOCCHIO
*Expert-comptable de justice,
Commissaire aux comptes,
Rapporteur général du colloque*

Merci Carole, pour ta confiance dans l'organisation de cette conférence.

Comme cela vient de vous être précisé, nous allons aborder le thème de l'expertise de gestion, organisée respectivement par les articles L. 225-231 et L. 223-37 pour les sociétés par actions et pour les S.A.R.L.

Je vous rappelle que cette mission, désignée auparavant sous le terme expertise de minorité, a été introduite par la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

Cette mission permet aux associés, ou actionnaires minoritaires, de solliciter le Président du tribunal de commerce pour désigner un Expert de gestion, chargé d'établir un rapport et de faire la lumière sur des opérations déterminées, laissant présumer des irrégularités, ou une atteinte à l'intérêt social.

Il serait intéressant, par curiosité, de savoir combien d'entre nous, dans cette salle, ont déjà été désignés pour traiter ce type de mission ? (Quatre mains se lèvent sur une cinquantaine de participants) Seulement quatre sur cinquante ! Cela démontre bien qu'il ne s'agit d'une mission couramment répandue dans notre corps expertal. Les allocutions à venir vont contribuer à nous éclairer sur ce type de procédures.

Le fait que l'utilisation de ces missions soient assez peu répandues parmi les tribunaux provient peut-être d'un manque de connaissance de leur cadre légal

spécifique – non seulement de l'expert mais aussi du juge consulaire.

Monsieur LATREILLE, dont le Tribunal fait régulièrement appel à des expertises « classiques », régies par les articles 145 et 263 du Code de procédure civile, nous livrera son point de vue sur la question.

Je remercie par avance nos intervenants :

- Monsieur le Président du tribunal de commerce de Marseille, Jean-Marc LATREILLE,
- Monsieur le Bâtonnier Marc BOLLET,
- Madame Isabelle GROSSI, Directrice de l'Institut de Droit des Affaires (I.D.A.) d'Aix-en-Provence et Maître de conférences,
- Mon Confrère Thierry SAINT-BONNET, Expert près la Cour d'appel de Paris, nous apportera sa vision non seulement de praticien, mais aussi de « spécialiste » de ce sujet dans le cadre d'une publication qu'il vient lui-même de rédiger et qui sera bientôt diffusé à chacun d'entre vous.

Sans plus attendre, je laisse la parole à Isabelle GROSSI.

~



Allocution de

Madame Isabelle GROSSI,
Co-Directrice de l'Institut du Droit des Affaires d'Aix-en-Provence
Maître de conférences

D'emblée, je procéderai aux remerciements d'usage.

Mes remerciements vont d'abord à Monsieur Jean-Marc DAUPHIN, qui m'a sollicitée il y a quelques mois. J'ai tout de suite répondu favorablement, car c'est un thème fort intéressant, même si peu traité dans des colloques. Cette question donne lieu à des décisions assez récentes qui feront l'objet d'un Power point projeté en parallèle [cf. annexe 1 à l'acte du colloque].

Je vous remercie également, Madame la Présidente de m'accueillir en ce lieu de réflexion.

Vous l'avez dit, l'expertise de gestion n'est pas un dispositif que vous connaissez et il est peu utilisé. Pour autant, ce dernier existe et il est bon de le connaître. Mon objectif est de vous livrer des informations sur cette mesure spéciale d'information, les grandes règles, alors que les aspects pratiques seront évoqués par les autres intervenants.

A titre introductif, je mettrai en exergue la particularité de l'expertise de gestion, qui fait son intérêt, et l'intérêt de la manifestation de ce soir.

Mon introduction sera suivie de deux thématiques principales, inspirées par les développements de mon collègue Laurent GODON, lequel a réalisé une très belle étude sur l'expertise de gestion, dans le répertoire des sociétés DALLOZ (V° Expertise de gestion, mise à jour fév. 2023).

Deux parties rythmeront mon intervention :

- la première sur les conditions de l'expertise, qui sont aussi bien des conditions de fond que des conditions processuelles,
- la seconde sera relative à la procédure, en tant que telle, de désignation de l'expert, ses missions et de déroulement de l'expertise.

Vous l'avez dit Ivan, l'expertise de gestion est une mesure décidée à la requête d'un certain nombre de personnes désignées par le législateur. Ce qui n'est pas le cas de la mesure d'expertise de droit commun et d'autres outils de résolution de conflits entre associés, tels que l'administrateur provisoire.

Nous avons cette mesure, décidée par le juge, à la demande d'une certaine catégorie de personnes, pour informer le ou les requérants sur une ou plusieurs opérations de gestion présentées comme suspectes.

C'est une **mesure**, on va le voir, qui est **spécifique** au regard d'autres statuts ou mesures d'instruction.

La première particularité se situe en contemplation des *commissaires aux comptes* puisque, notamment, les missions de ces derniers sont permanentes, ce qui n'est pas le cas de la mission de l'expert de gestion (qui peut se prononcer en droit), on le verra.

Particularités aussi par rapport au *mandataire ad hoc* qui, comme son nom l'indique, intervient de manière ponctuelle, pour une tâche déterminée. Il est chargé, par exemple, de se substituer aux dirigeants défaillants et de procéder à la communication de documents sociaux dans le cadre de la procédure d'injonctions de faire de l'article L. 238-1 du code de commerce. Demande d'injonction de faire qui doit être dirigée contre le dirigeant lui-même et non contre la société, puisque c'est lui qui va, *in fine*, supporter la charge de l'astreinte et les frais de procédure (Cass. com., 21 avril 2022, n°20-11.850).

Son rôle est strictement cantonné à l'obtention et à la transmission de certains documents énumérés, non à l'appréciation d'opérations de gestion. C'est ainsi que le mandataire *ad hoc* va pouvoir convoquer l'assemblée générale et déterminer l'ordre du jour ; en revanche, il ne pourra pas statuer sur les comptes sociaux et l'affectation du résultat (CA Toulouse, 3^e ch., du 15 fév. 2022, n°21/00707). L'expert de gestion, quant à lui, a une mission plus large d'investigation sur une ou plusieurs opérations de gestion.

Le juge est réservé quant à sa désignation et quant à l'étendue des missions dévolues. C'est le cas également de la mesure d'expertise de gestion que l'on va développer ce soir. Il s'agit de mesures intrusives au sein du fonctionnement sociétaire, lesquelles conduisent aussi bien le législateur que le juge à édicter des conditions de nomination strictement entendues.

Autre particularité de l'expertise de gestion, par rapport à une autre personnalité qui est susceptible de s'immiscer dans la gestion sociale. L'expert de gestion se distingue de *l'administrateur provisoire* : il va se prononcer sur une ou plusieurs opérations de gestion, alors que l'administrateur provisoire, à l'opposé du mandataire *ad hoc*, va, lui, pouvoir dessaisir le dirigeant. Mais alors, parce qu'il dessaisit le dirigeant,

les conditions (prétoriennes) de désignation sont beaucoup plus rigoureuses : il en faut deux, cumulatives.

En effet, la crise grave (que l'administrateur provisoire est chargé de régler) doit :

- affecter le fonctionnement normal de l'activité sociétaire,
- et menacer les intérêts sociaux d'un péril imminent.

Autre particularité : celle de l'expertise de gestion vis-à-vis de *l'expertise in futurum*.

Vous l'avez évoqué Ivan : on appelait l'expertise de gestion, l'expertise « de minorité », parce qu'initialement (la loi du 24 juillet 1966), la mesure a été mise en place exclusivement à l'attention des associés ou actionnaires minoritaires, qui étaient en position « de faiblesse » par rapport à la direction, laquelle pouvait retenir certaines informations. D'où son nom d'expertise « de minorité ».

Mais, ultérieurement, dans les années 80 (avec la loi du 1^{er} mars 1984, par exemple), nous avons assisté à une extension de la catégorie des demandeurs à l'expertise de gestion, qui ne s'appelle donc plus aujourd'hui l'expertise de minorité, puisque d'autres personnes, extérieures à l'entreprise, telles que le Ministère public ou l'AMF, ont la possibilité de demander la désignation de cet expert.

Expertise de gestion, qui peut être mise en œuvre en parallèle de l'expertise *in futurum*, également intitulée « expertise préventive », « référé probatoire » de l'article 145 du code de procédure civile. Ces deux mesures sont souvent comparées. Pourquoi ? Parce que, on va le voir, elles peuvent se ressembler. Toutefois, judiciairement, il est parfois plus intéressant de solliciter une expertise de gestion, notamment quant aux frais, et d'autre fois, il sera plus intéressant de demander une expertise *in futurum*, quant aux conditions de l'action ; l'une n'excluant pas l'autre du reste (Cass. com., 18 oct. 2011, n°10-

18.989, estimant qu'une mesure d'instruction ordonnée sur le fondement de l'article 145 du CPC ne revêt aucun caractère subsidiaire par rapport à l'expertise de gestion).

Tout dépendra, en définitive, de plusieurs considérations, principalement :

- des moyens financiers du demandeur, qui va devoir payer l'expertise. Peut-il envisager que les frais soient pris en charge par la société ? Prise en charge possible pour l'expertise de gestion, aucunement pour l'expertise *in futurum* ;

- de l'éventualité d'un procès futur, condition de l'expertise *in futurum* (il faut qu'un litige puisse naître sur une prétention apparemment sérieuse). C'est la condition du motif légitime de l'article 145 qui va permettre de savoir quelle voie emprunter : celle de l'expertise *in futurum* ou de l'expertise de gestion.

- précisément, autre élément fondamental du choix judiciaire entre les deux expertises : le demandeur réunit-il les conditions exigées par la mesure en question ?

Cette comparaison entre les deux mesures étant envisagée ultérieurement par Monsieur Thierry SAINT BONNET, je vous renvoie aux slides qu'il commentera.

Rentrons ainsi dans le vif du sujet : quelles sont les conditions propres à l'expertise de gestion (I), avant d'envisager la procédure de désignation de l'expert et sa mission (II) ?

I- Les conditions de l'expertise de gestion

On l'a dit, les conditions de recevabilité de l'expertise de gestion sont plus strictes que celles de l'expertise *in futurum*, comme en témoigne d'abord leur siège textuel.

Le siège textuel de l'expertise *in futurum* est

le code de procédure civile, lequel a un champ d'application nécessairement plus large que celui de l'expertise de gestion, lequel concerne le droit spécial des sociétés (voir les articles L. 223-37, pour la SARL, et L. 225-231, pour les sociétés par actions SPA, du code de commerce).

En ce qui concerne ensuite les **conditions de fond**, il s'agit des personnes concernées, et des opérations visées.

Deux **catégories de sociétés** accueillent l'expertise de gestion : la SARL et les SPA. *Les sociétés civiles ne sont pas visées*, et cela est regrettable tant elles sont présentes dans le paysage sociétaire français (les SCI sont les plus nombreuses : 1.614.784, contre 1.589.996 de SARL et 1.400.181 SAS, selon l'observatoire statistique du CNGTC en janvier 2023), même si l'on sait que l'expertise *in futurum* peut prendre le relais. Et conformément à sa position d'interprétation stricte, la Cour de cassation refuse d'étendre la mesure à d'autres personnes morales (Cass. com., 30 nov. 2004, n° 01-16.274).

En revanche, les groupes de sociétés le sont. Plus précisément, au sein des SPA seulement (et non des SARL, d'où la présence de deux régimes distincts entre les SARL et les SPA), la loi NRE du 15 mai 2001 a modifié l'article L 225-231 du code de commerce pour permettre aux demandeurs (de « sociétés mères » par actions) d'être informés sur des opérations de gestion réalisées au sein des sociétés contrôlées au sens de l'article L. 233-3 dudit code (ce que refusait jusqu'alors la jurisprudence). Dans ce dernier cas, la demande doit être appréciée au regard de l'intérêt du groupe. Là encore le juge veille à appliquer strictement le texte (voir, Cass. com., 10 décembre 2013 (n°12-24232 et n° 12-16509). Le terme « contrôlée » conduit le juge à considérer que cette expertise dite « de groupe » ne va que dans un sens. Seuls les actionnaires (détenteurs d'un seuil) de la société mère (celle qui contrôle au sens de l'article L. 233-3) peuvent demander une

expertise de gestion sur une ou plusieurs opérations de gestion réalisées dans la société fille (contrôlée au sens de l'article L. 233-3) – appelée expertise descendante - et non l'inverse.

S'agissant toujours des conditions de fond, mais du côté des **demandeurs**, ces derniers sont limitativement énumérés par les textes. Il s'agit en effet d'une action attitrée, réservée aux associés détenteurs d'un certain seuil, seuls ou groupés sous forme d'association. L'associé de SARL doit posséder au moins 10 % du capital social, alors que depuis la loi NRE l'actionnaire doit détenir au moins 5%. Pour la Cour de cassation, la condition de détention s'apprécie lors la demande introductive d'instance, peu important la variation à la baisse ultérieure de ladite participation (suite par exemple à un « coup d'accordéon » ou à une cession des titres).

A l'égard de la qualité d'associé, la question se pose de savoir si l'usufruitier peut disposer de la qualité de demandeur (question qui ne se pose pas à propos du nu-propriétaire, dont on sait qu'il est associé ou actionnaire). La question se pose d'autant plus légitimement que depuis la loi Soilhi du 19 juillet 2019, il bénéficie de l'un des attributs majeurs de la qualité d'associé qu'est le droit de participer aux décisions collectives (voir art. 1844 al. 3 C. civ.). La Cour de cassation ne lui ayant pas reconnu la qualité d'associé (voir Cass. com., avis 1^{er} déc. 2021, n°20-15.164 et Cass. 3^e civ., 16 fév. 2022, n°20-15.164), l'usufruitier ne pourrait pas être demandeur à l'action.

L'approche est plus libérale en matière d'indivision, puisque le demandeur indivisaire possède une situation plus confortable que celle de l'usufruitier (ce qui peut se comprendre). Certes, l'indivisaire est associé, mais est-ce que les conditions de recevabilité de l'action en expertise de gestion s'apprécient individuellement ou collectivement ? La Cour de cassation, estime que l'indivisaire peut agir seul en nomination d'un expert de gestion (Cass.

com., 4 déc. 2007, n°05-19.643), bien évidemment, sous réserve que l'indivision dépasse les seuils requis (voir supra).

A côté des associés, sont également autorisés à demander une expertise de gestion le comité d'entreprise devenu le comité social et économique, le Ministère public et l'AMF dans les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé.

Les conditions de fond visent également **les opérations** objets de l'expertise : toutes ne sont pas concernées. Afin d'éviter une trop grande immixtion d'un tiers dans la gestion sociale, il s'agit d'une ou plusieurs opérations de gestion déterminées (et non la gestion en général) de nature suspecte (risque d'atteinte à l'intérêt social, présomption d'irrégularités, telle une absence de toute comptabilité et de réunion des associés et de mutisme du gérant face aux questions de l'associé, voir Cass. com., 21 avril 2022, n°20-11.850).

A défaut de précision textuelle, la Cour de cassation retient une conception stricte de l'opération de gestion et applique le critère organique. Tout dépend de la qualité de l'organe qui a pris la décision : si cet organe est un organe de gestion, c'est une opération de gestion. A l'inverse, dès lors que l'assemblée est compétente, l'opération n'est pas éligible à l'expertise de gestion.

C'est ainsi que relèvent du pouvoir du dirigeant, par exemple, la décision d'octroyer un prêt, de procéder à une acquisition ou de conclure une convention de compte courant d'associé (qui est un prêt à la société, voir Cass. com., 21 avril 2022, n° 20-11.850, retenant la qualification de convention réglementée du compte courant). Tel ne sera cependant pas le cas pour un arrêté de comptes, parce que bien évidemment, c'est l'assemblée générale qui le décide ; un apport partiel d'actifs placé sous le régime de fusion-scission ; de la même manière qu'une augmentation de capital.

Concernant les **conditions de procédure**, on observera que les associés et actionnaires ne sont pas dans la même situation. Pourquoi ? Car les associés de SARL peuvent directement agir devant le juge, ce qui n'est pas le cas des actionnaires, lesquels doivent passer par une procédure gracieuse non applicable au CSE (voir Cass. com., 10 sept. 2013, n°12-16.509), à l'AMF et au Ministère public. En définitive, les actionnaires sont placés dans une situation moins avantageuse que les autres demandeurs.

Afin d'éviter d'encombrer les tribunaux, et inciter à plus de médiation, la loi NRE de 2001 est venue en effet introduire une phase dite « gracieuse ». Cette dernière impose aux actionnaires (ou associations d'actionnaires) d'interroger le président du conseil d'administration, le directoire, le gérant de SCA, le président de SAS ou tout autre dirigeant désigné par les statuts à cet effet, sur une ou plusieurs opérations de gestion. Et c'est lors de cette phase que le ou les actionnaires devront réunir les conditions d'éligibilité à l'expertise (voir supra).

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.

Une fois les conditions de fond et de forme réunies, comment s'organisent la désignation et la mission de l'expert ?

II- La procédure de désignation de l'expert et sa mission

Deux catégories de règles sont prévues : celles qui vont concerner la saisine du juge, et celles qui vont concerner l'expert, ses pouvoirs et son rapport.

Concernant **la saisine du juge**, dans la

mesure où il s'agit de sociétés commerciales, le juge compétent est le président du tribunal de commerce ou le juge délégué statuant en référé (alors qu'en matière d'expertise *in futurum*, le juge peut être le président du tribunal judiciaire). La procédure sera ainsi contradictoire, à la différence de l'expertise *in futurum*, qui peut être ordonnée sur requête ; le dirigeant est convoqué à l'audience (art. R. 225-163 C. com.).

La demande de désignation est une assignation lorsqu'elle émane des associés ou du CSE (art. 54 CPC), elle est présentée par requête lorsque c'est le procureur de la République qui en est l'auteur (art. R. 225-163 C. com.) et est effectuée par lettre recommandée avec avis de réception lorsque c'est l'AMF qui est demanderesse.

Pour la compétence territoriale, elle est déterminée par le lieu où la société est établie (art. 43 CPC).

Concernant la **désignation de l'expert**, les textes autorisent la nomination d'un ou plusieurs experts, mais rien n'est indiqué sur la qualité de l'expert. La plupart du temps, il s'agira d'experts judiciaires, de commissaires aux comptes ou de toute autre personne reconnue pour ses compétences (excepté le commissaire aux comptes de la société, en raison de son obligation de non-immixtion de l'article L. 823-10 C. com.).

Par ailleurs, il appartient au juge de définir les **missions de l'expert**. Là encore, rien n'est particulièrement indiqué. Le juge n'est pas lié par la demande et peut estimer utile d'étendre le pouvoir de l'expert par rapport à la demande initiale, ou pas, avec en toile de fond, ce souhait d'équilibrer les intérêts (celui du demandeur en manque d'informations, et celui de l'entreprise qui ne peut subir une trop grande intrusion). D'où l'importance de fixer la mission de contrôle de l'expert, avec une lettre de mission. C'est l'ordonnance qui va déterminer les pouvoirs de l'expert, ainsi que la durée de l'expertise (qui n'est pas une

obligation mais qui semble préférable).

Quant au déroulement de l'expertise, en l'absence de règles dans le code de commerce, l'application du droit commun de l'expertise est préconisée. Toutefois, ce dernier repose sur le principe du contradictoire, lequel cadre mal avec le respect du secret des affaires. D'ailleurs, la question du secret des affaires est souvent invoquée par le défendeur en matière d'expertise. D'une manière générale les juges s'efforcent de concilier ces deux impératifs en réduisant l'accès aux informations au seul expert (voir par exemple, Cass. com., 26 nov. 1996, n° 94-16.432).

En ce qui concerne le rapport, en revanche, il connaît une certaine publicité. A la différence de l'expertise *in futurum*, il est adressé à des personnes en plus du demandeur telles que :

- le comité social économique,
- le Ministère public,
- l'AMF, lorsque la société est cotée,
- le commissaire aux comptes, s'il en existe un,
- la prochaine assemblée et
- les dirigeants.

Les sociétés contrôlées ne sont pas visées.

Le rapport d'expertise est également déposé au greffe et donne lieu, en conséquence, à information à tout intéressé qui pourrait en prendre connaissance.

Au terme de cette présentation dans le temps imparti, j'espère que vous aurez perçu l'intérêt de cet outil d'information qui est appliqué avec équilibre par le juge.

~

Monsieur Ivan TOCCHIO : Merci beaucoup Isabelle, pour cet exposé parfaitement clair sur le cadre juridique de cette mission.

Monsieur le Bâtonnier BOLLET va bientôt

nous exposer les attentes de l'Avocat, lorsqu'il sollicite une expertise de gestion, notamment en matière de stratégie, sachant que l'expertise de gestion peut être introduite dans l'optique de préparer une autre expertise *in futurum*. Isabelle GROSSI, vous nous avez précisé que : « ...l'Expert de gestion peut être amené à se prononcer sur un point de droit... ». Les Experts-comptables bénéficient d'un haut niveau de formation juridique dans leur cursus initial et le droit fait partie de leur pratique quotidienne. Pourtant ce n'est pas pour cette compétence que nous sommes sollicités dans les expertises judiciaires. Nous sommes désignés en qualité de « techniciens, spécialistes du chiffre », desquels on attend une opinion, un avis purement technique en prenant soins de ne « jamais au grand jamais » s'immiscer sur le « terrain du droit », prérogative exclusive de l'avocat et du magistrat. Je m'interroge en conséquence sur la légitimité de l'Expert-comptable de justice à adopter dans son rapport une position tranchée sur un point de droit ?

Madame Isabelle GROSSI : Avant de laisser la parole à Monsieur le président LATREILLE sur ce point, je préciserai simplement que selon les questions posées à l'expert (sommés-nous en présence d'une convention réglementée ? d'une rémunération excessive ?) le technicien peut également se prononcer sur une question de droit.

Monsieur Jean-Marc LATREILLE : Oui, je pensais en parler un peu plus tard. Mais il ne s'agit pas de donner une consultation, bien évidemment. Il s'agit de donner un avis sur une problématique qui se pose, qui ressort d'une appréciation juridique. Mais j'en parlerai plus tard.

Monsieur Ivan TOCCHIO : Monsieur le Bâtonnier Marc BOLLET, la parole est à vous :



Allocution de

Monsieur Marc BOLLET

Ancien Bâtonnier

Avocat au Barreau de Marseille

Merci beaucoup.

D'abord, vous dire que je suis très heureux d'être avec vous pour exposer le sujet.

Vous dire, ensuite, que je suis là aussi en ma qualité d'administrateur d'une association qui s'appelle « Droit et Commerce », qui réunit de très nombreux professionnels en France, du droit et du chiffre. Cette association est, à l'heure actuelle, présidée par un de mes prédécesseurs à la tête de l'Ordre des Avocats du Barreau de Marseille, Marc RINGLÉ, qui va passer la main dans quelques semaines. J'ai donc l'honneur de faire partie de ce Conseil d'administration, et je vous invite vivement à vous intéresser à cette association, qui est un cercle d'échanges de très grande qualité, autour du droit des affaires.

Je crois que ce sont pour nous des moments privilégiés d'étude, de réflexion, et de promotion aussi de nos métiers ce qui m'apparaît important.

Trente ans plus tôt, si l'on avait posé la question évoquée tout à l'heure – qui fait des expertises de minorité, de gestion ? – il y aurait eu, probablement, beaucoup plus de doigts qui se lèvent, Beaucoup moins en revanche s'agissant des expertises fondées sur l'article 145.

Et à l'aune de votre activité, de la mienne, en tant qu'Avocat, je me suis aussi posé la question de savoir pourquoi, sur un thème aussi intéressant juridiquement que celui-là, nous n'avions pas plus de matière.

J'ai essayé de réfléchir en se disant : mais d'où vient-on, et où en est-on aujourd'hui ?

On vient d'un temps ancien, celui du 20^e siècle, qui semble dépassé aujourd'hui.

Au 20^e siècle, il n'y a pas, presque jusqu'à la fin, de sociétés anonymes simplifiées, puisqu'elles vont arriver, de mémoire, en 1994.

Au 20^e siècle, on n'a pas la même appréhension des problèmes de transparence, de droit à l'information. C'est complètement différent.

Et on se retrouve, aujourd'hui, dans un temps où le droit à une forme de transparence est devenu une revendication partagée, presque légitime. Et une législation qui, procédant de la règle qui était celle de 1966, n'était plus complètement adaptée ; cela a contribué à l'évolution de l'expertise dite de minorité.

Pourquoi ? Si vous reprenez les textes, l'expertise de minorité se trouve sous la section du droit de contrôle dans les sociétés anonymes. Si vous allez à la section d'après, vous allez arriver à la responsabilité. Ce n'est pas pareil.

Aujourd'hui on règle le droit du minoritaire de son information, de son positionnement par rapport à ses autres associés avec le majoritaire par des pactes. On règle ça dans les statuts par la SAS, et ça nous évite d'avoir à recourir à l'expertise. Le sujet est là.

Alors, on a eu un texte qui s'est baladé pendant ces cinquante dernières années, et qui a évolué. Je voulais simplement attirer votre attention sur quelques points, et finir, d'une phrase sur la question qui m'avait été posée par Monsieur SAINT-BONNET, c'est-à-dire : comment l'appréhendez-vous par rapport à une stratégie judiciaire ?

D'abord, je veux dire qu'au départ, et toujours par rapport à la notion de « je replace le texte dans les dispositions, dans le temps et dans l'espace » : à l'époque, très régulièrement, quand on saisissait, parce qu'on y était contraint, le Juge d'une demande de désignation d'un Expert de minorité, on se faisait régulièrement débouter. Parce que c'était suspect. Parce que l'acte de gestion n'était pas assez précisé, délimité. Parce que le caractère sérieux de la demande pouvait être subjectivement remis en cause par le Juge. Et, encore une fois, parce que ce n'était pas le temps de la transparence. Ce n'était pas le temps de l'octroi de dispositifs de contrôle pour les minoritaires dans le cadre des sociétés anonymes.

Et nous subissions tout cela avec désappointement ; cela a été probablement, un des facteurs qui a conduit à l'évolution du dispositif.

Et ce dispositif, il était un peu mécanique, et regardez comment il a évolué : il était au profit de celui qui disait :

Moi, je suis petit ; j'ai besoin d'être protégé ; c'est plus ou moins simple selon la nature de la société, SARL, SA ; je fais ma demande ; je saisis le Juge qui, à l'époque d'ailleurs – spécificité procédurale – statuait en la forme des référés, c'est-à-dire par une décision au fond, et les textes n'ont été modifiés que dans le cadre des dispositions de la procédure qui ont été modifiées récemment, en 2020 ou 2021 même je crois, puisqu'il y avait une contradiction entre les termes du décret et les termes de la Loi – je parle ici à un

connaisseur.

La juridiction qui statuait en la forme des référés était l'office du Président, mais c'était une décision au fond, qui était rendue.

Le contradictoire s'imposait, à ce stade-là. On va voir qu'il ne s'imposait pas, forcément dans le cadre de l'expertise.

Et il y a eu, au fur et à mesure, la possibilité donnée, en fait, à ceux qui sont devenus des organes extrêmement importants pour faire en sorte d'assurer la transparence, de saisir plus facilement le Juge – je pense aux organisations représentatives du personnel – CSE ou Comité d'entreprise, au Ministère public, et également à l'AMF.

Et, d'ailleurs, les dispositifs de procédure, pour eux, sont différents que ceux qui sont organisés pour les parties, à proprement parler. Pour le « plaignant » - on va dire comme ça de façon à ce que les choses soient claires - puisque la saisine peut se faire par voie de lettre recommandée ou de requête simple, en ce qui concerne ceux que je viens de citer. C'est donc pour vous faire la démonstration que c'était vraiment presque un « mécanisme », qui était de nature à donner un droit d'information à ceux qui n'en bénéficiaient pas.

Or notre objectif c'est d'obtenir des éléments probatoires qui nous font défaut. On sait où on va. On sait à peu près ce qui s'est passé. Mais on a besoin d'en faire la démonstration. Puis je arriver simplement par une expertise de gestion sur un acte de gestion précis à faire la démonstration d'un certain nombre d'irrégularités, qui seront de nature à engager la responsabilité soit de la personne morale soit des personnes physiques, effectivement, qui sont les dirigeants de la société ? Ce n'est pas évident.

Et donc au fil du temps on s'est un peu détaché de ces procédures, pour aller vers

des expertises, dont le Président parlera tout à l'heure.

Deux spécificités, qu'Isabelle a soulevé : je veux dire que, souvent, un des freins à la mise en œuvre de ces procédures, c'est leur coût. Leur lourdeur et leur coût. Ce sont des honoraires pour rémunérer un Avocat, les honoraires à avancer dans le cadre des frais d'expertise.

C'est ici aussi une des caractéristiques de ce droit à l'information, à savoir que le Juge a la possibilité de mettre à la charge de la société les frais prévisibles de l'expertise, dont on verra tout à l'heure que ce n'est pas tout à fait simple à organiser, et ce d'autant que, le Juge chargé du contrôle des expertises n'est pas tout-à-fait dédié à ça ; Mais c'est quand même un point sur lequel je voulais attirer votre attention.

Autre point sur lequel je voulais attirer votre attention, c'est une mesure – je n'ai pas envie de qualifiée « d'administrative » parce que ce n'est pas ça, mais entendez ce mot quand même – car on était dans quelque chose de mécanique, on pouvait s'autoriser, vous pouviez vous autoriser à vous dispenser d'un certain nombre de règles, notamment en matière du respect du contradictoire.

Vous n'aviez pas envie de le faire, bien sûr. Mais, en tout cas, c'est comme cela que c'était conçu, et comme cela que c'était vécu. Et on sait, les uns et les autres, vous d'un côté, nous de l'autre, et le Juge à la suite, que le non-respect du contradictoire est une source de complications, de difficultés, et sont des choses de nature à entraver la mise en œuvre de la stratégie judiciaire.

Pour l'ensemble de ces raisons, qui tiennent tout à la fois à l'évolution des choses, à l'évolution du temps et à l'évolution de la procédure, la réponse à la question de Monsieur SAINT BONNET : quelle est la place de cette procédure dans votre stratégie

judiciaire ? Aujourd'hui, j'ai envie de vous répondre, de façon légèrement provocante, que cet outil a une place très réduite. Parce que mon souci, dans la plupart de mes dossiers, encore une fois, c'est le caractère probatoire d'un certain nombre de faits que je vais alléguer à l'appui d'une démonstration juridique qui va tendre à rechercher la responsabilité de tel ou tel opérateur, sans rentrer dans les détails, et là ce n'est pas forcément, ou pas du tout, l'expertise de gestion qui pourra répondre à mes attentes.

J'en ai terminé.

~

Monsieur Ivan TOCCHIO : Merci Monsieur le Bâtonnier, pour cette intervention.

Avant de donner la parole à Monsieur le Président LATREILLE, qui va nous faire partager son regard de Président de tribunal de commerce non seulement sur la demande d'expertise mais aussi sur son bien-fondé et le caractère « suffisamment sérieux » de la démarche, je voudrai juste vous rappeler qu'il y aura un temps d'échanges entre la salle et les intervenants lorsque chacun aura terminé, et que chacun aura communication de l'ensemble des slides qui seront présentés.



Allocution de

Monsieur Jean-Marc LATREILLE
Président du Tribunal de commerce de Marseille

Bonsoir,

Vous me voyez très embêté...

En effet, je ne voudrais pas paraphraser le Bâtonnier Marc BOLLET, mais lorsque l'on m'a demandé de participer à cette réunion, j'ai émis quelques réserves, puis je me suis dit : après tout, allons-y, il en sortira forcément quelque chose d'intéressant.

J'ai demandé à notre Juge du contrôle des expertises de bien vouloir m'accompagner à ce colloque. Malheureusement, étant en audience cet après-midi, il doit être sur la route en train de nous rejoindre.

En son absence, je peux toutefois estimer l'activité du tribunal, en matière d'expertise de gestion sur les trois dernières années, de façon très rapide : c'est « zéro ».

Je vais donc essayer de vous parler de quelque chose que je ne connais pas, ce qui risque de ne pas être facile.

J'ai beaucoup apprécié la présentation de l'expertise de gestion faite par Isabelle ARNAUD-GROSSI, en sa qualité de Professeur de droit mais il faut également ramener le problème à la dimension réelle qu'il occupe au sein de nos tribunaux, parmi les dossiers qui nous sont présentés.

Un tribunal comme celui de Marseille se divise en deux grandes activités : Le contentieux et la procédure collective, qui occupent nos douze chambres, c'est-à-dire le gros de nos troupes.

Nous disposons également d'un département « référés et requêtes », qui relève de la juridiction présidentielle et bien souvent du Président du Tribunal lui-même. Mais dans un Tribunal d'une certaine importance comme celui de Marseille, vingt-quatre heures ne permettraient pas au Président d'assurer tout seul cette fonction. Nous avons donc environ 6 Juges délégués à ce secteur, qui se divise en trois parties :

- La prévention, les mandats ad hoc et les conciliations, relevant des articles 611-3 et 4 du Code de commerce.

Il s'agit d'un volume de cent cinquante à deux cents procédures par an, absorbable par le Président lui-même.

- Par contre, les référés et les requêtes et en particulier toutes celles visant la désignation d'un mandataire ad hoc ou les requêtes sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, occupent une équipe des six Juges délégués.

Comment côtoyons-nous une mesure expertale ?

En fait, nous la croisons fréquemment dans les référés, comme les référés-expertises, essentiellement, en matière de litige de construction.

Mais, je le répète et j'en suis navré, nous n'avons pas de demandes en référé, au titre de l'expertise de gestion.

De nombreuses requêtes en désignation

d'un Expert, nous sont présentées sur le fondement de l'article 145 du Code de Procédure Civile. Elles visent fréquemment la concurrence déloyale, la rupture abusive de la relation commerciale et les pratiques restrictives de concurrence.

Il s'agit donc d'aller chercher les preuves qui vont venir au soutien des demandes des parties. On se dit que l'on a raison, mais on n'a pas tous les éléments pour le démontrer.

Mais il faut également veiller à ne pas tomber dans le piège de l'article 146 du CPC.

À cet instant, le Juge doit se montrer extrêmement vigilant et il doit surtout veiller à ne pas permettre à celui qui n'a pas de moyens, de les trouver par l'intermédiaire de l'expertise. C'est ce que nous appelons volontiers le « chalutage ».

Un exemple : Un collaborateur vous a quitté pour créer une société concurrente. La réaction pourrait être, il faut saisir son ordinateur, on va bien trouver quelque chose qui va nous permettre de démontrer qu'il avait préparé son départ et commencé à prendre des contacts avec nos propres clients.

Le Juge ne peut pas faire droit à une telle requête et il devra exiger que ne soient recherchés dans la base de données de la personne visée par la mesure, tout ce qui peut la relier à une liste précise des clients que la société victime allègue avoir perdus. Il faudra donc que l'on nous donne des éléments précis pour déterminer la mission de l'Expert.

Nous ordonnons également à l'Huissier qui est chargé de cette opération, avec l'appui d'un technicien informatique, de séquestrer les données saisies pendant trente jours, ce qui laisse le temps nécessaire au référé rétractation et à la discussion sur l'intérêt des pièces saisies, notamment en matière de secret des affaires

Le sujet que je viens d'évoquer est différent de l'expertise de gestion mais si nous étions confrontés à une requête visant une telle mesure expertale, nous aurions probablement la même démarche. Comme l'a dit Maître Marc BOLLET : Il ne faut pas utiliser le pouvoir du Juge pour offrir à une partie les moyens dont elle ne dispose pas aujourd'hui pour soutenir ses demandes.

Si nous sommes rarement à l'origine d'une expertise de gestion, nous la rencontrons pourtant fréquemment dans l'examen d'un dossier au fond, comme dans le cas d'une action civile où la victime se plaint de fautes de gestion de la part du dirigeant.

En général, les parties viennent au Tribunal avec des dossiers construits. Ils ont procédé, au préalable, à une analyse de la comptabilité et ils en ont tiré des éléments qui permettent de démontrer un certain nombre de choses.

Ces expertises de gestion n'ont pas toujours été réalisées au contradictoire des parties et un tel rapport amiable ne peut pas, à lui seul, emmener la décision du Juge. Mais elles sont toutefois opposables aux parties, sous réserve d'avoir été versées aux débats. C'est un commencement de preuve, qui doit être étayé par d'autres arguments.

Le défaut de contradictoire, en amont de la mesure expertale, ne me paraît pas choquant puisqu'il faut également s'assurer de la conservation des preuves que l'on souhaite produire.

J'aimerais également rappeler que le bureau d'un Président de Tribunal de commerce, est un peu un « bureau des pleurs », auquel parviennent de beaux courriers (de temps en temps anonymes et ils vont directement à la poubelle), émanant de personnes qui affirment « je suis associé ou salarié dans telle société ; le dirigeant fait ceci et cela. »

Que peut faire un Président de tribunal ?

Il ne peut certes pas s'autosaisir de la difficulté qui lui est présentée, mais deux options se présentent alors :

- Communiquer le dossier au service prévention, qui va convoquer l'entreprise dans les quelques heures qui suivent et va demander des explications au dirigeant.

- Si l'affaire nous paraît grave, signaler le dossier au Ministère public. Dans les quelques jours qui suivront, le Parquet nous demandera de convoquer l'entreprise ayant fait l'objet du signalement, afin de l'entendre en ses explications sur les faits qui nous sont rapportés

De telles actions peuvent, en elle-même, suffire à régler les problèmes de comptes qui ne sont pas communiqués ou pas déposés, de manque de transparence, etc.

La mesure de mandat ad hoc et la procédure de conciliation, visées par les articles L 611-3 et 4 du Code de commerce peuvent éviter la phase d'expertise et la procédure au fond subséquente.

Il s'agit alors de désigner un administrateur ou un mandataire judiciaire ayant pour mission de mettre toutes les parties autour de la table et d'essayer de régler le problème en parvenant à un protocole d'accord pouvant être constaté par le Président ou homologué par le Tribunal.

Il s'agit d'une procédure rapide, pouvant déboucher sur le retrait d'un associé et la cession de ses parts, voire la cession globale de l'entreprise à un tiers.

Ces procédures ont également un autre avantage, c'est leur durée, une durée qui peut être inférieure à 3 ou 4 mois.

La durée d'une expertise de gestion, comme de toute autre expertise me paraît trop long. Au fil du temps, l'entreprise peut s'affaiblir, notamment si elle est mal gérée et elle peut même franchir des seuils qui ne lui

permettront plus de revenir à une meilleure situation.

Voilà, vous me voyez donc un peu gêné, un peu confus, que le Tribunal de commerce de Marseille n'ait pas une pratique plus courante de l'expertise de gestion.

Pour autant, nous la côtoyons régulièrement et nous en sommes même demandeurs.

C'est ainsi que dans les conflits entre AXA et les restaurateurs, nous avons désigné de nombreux Experts (c'est aussi une expertise de gestion) chargés de chiffrer le préjudice qu'a subi par le commerçant du fait de la fermeture administrative de son établissement.

C'est également le cas en matière de rupture abusive de la relation commerciale.

En effet, si nous savons fixer assez rapidement la durée de la période de préavis dont la victime a été privée, il en va différemment du quantum dudit préjudice.

Aujourd'hui, la jurisprudence nous oblige à chiffrer le préjudice en termes de marge sur coûts variables. Or la marge sur coûts variables ne se calcule pas à partir du bilan de l'entreprise et elle doit être calculée à partir de nombreuses données extra-comptables.

Si l'entreprise ne dispose pas d'une comptabilité suffisamment évoluée, il faudra donc faire appel à un Expert pour la déterminer.

Voilà la relation que nous avons avec l'expertise de gestion : une relation en aval de sa réalisation, très fugace, très superficielle.

J'ai l'impression, effectivement, comme l'a dit le bâtonnier Marc BOLLET, que les parties la traitent elles-mêmes en amont du procès, peut-être pour venir au fond encore plus rapidement.

~

Monsieur Ivan TOCCHIO : Merci Monsieur le Président.

Avant de donner la parole à mon Confrère Thierry SAINT-BONNET, je voudrai revenir sur les « relations fugaces » que vous évoquez entre l'expertise de gestion et votre Tribunal. Monsieur le Bâtonnier et Monsieur le Président, après vous avoir écoutés attentivement, on a le sentiment que cette relation est plutôt inexistante que fugace... ! Si j'ai bien compris vos propos, l'Avocat n'utilise pas cette procédure car elle ne lui permet pas d'atteindre son objectif stratégique d'obtention d'éléments probatoires. Et Monsieur le Président du tribunal de commerce de Marseille nous informe qu'il y a, selon ses propres termes, « zéro désignation » dans son tribunal sur ce type de missions.

Monsieur le Bâtonnier, vous vouliez rajouter quelque chose ? :

Monsieur Marc BOLLET : Juste une observation rapide, pour compléter celle du Président, et pour donner deux éléments d'informations, un technique et un plus général :

Le Président vient de vous dire qu'on pouvait effectivement utiliser le process de désignation d'un mandataire ad hoc, à l'effet de confier une mission à un mandataire désigné par le Président pour régler un certain nombre de difficultés.

On en a une en cours, et cela fait la liaison avec le problème du temps : j'ai une entreprise innovante, en difficulté ; je vais régler, avec ses partenaires financiers, la structuration financière de l'entreprise, dans une procédure de mandat ou de conciliation, peu importe, ce qui est maintenant terminée. Mais je sais, depuis le début, que le retournement de cette affaire passera par une reconstitution très forte, très appuyée, de ses fonds propres. Et je sais aussi qu'il y

a une difficulté majeure entre le groupe majoritaire et le groupe minoritaire. Et quand je sors de ma procédure pure, financière, préventive, je saisis le Président du tribunal d'une requête, où je vais lui demander la désignation d'un mandataire, que je vous lis : « ... *L'ouverture permettrait de résoudre de manière pérenne une difficulté qu'est susceptible de rencontrer la société X.*

La mission : initier des discussions entre les associés, aux fins de modaliser le schéma de renforcement des fonds propres à intervenir ... ».

Et, quand je construis ma requête et que je la dépose, hier, j'ai une relation avec le greffe qui est instantanée, qui permet la convocation du dirigeant à mardi prochain, et mercredi j'aurai mon Ordonnance, et jeudi mes discussions démarrent.

Et, ce qui vaut pour ce dossier vaut pour les autres dossiers. Que ce soit parfaitement clair.

Ce que je veux dire, dans la place du professionnel que je suis, à la place qui est la mienne, c'est que le temps est un facteur extrêmement important. Et c'est plus l'utilisation du temps qui m'importe, que la durée. C'est comment on utilise le temps dans le cadre d'une procédure, et mes amis Avocats qui sont là savent que l'utilisation du temps, dans une procédure, est quelque chose d'important. Il y a des moments où il faut accélérer ; il y a des moments où il faut freiner. Ça vaut aussi pendant le déroulement d'une expertise judiciaire. Ce que je ne veux pas, c'est mal utiliser le temps. Donc, ces notions de temps sont, me semble-t-il, à prendre aussi un peu avec des pincettes : quand c'est trop long, bien sûr, ça dysfonctionne ; mais, parfois, on sait aussi, en matière judiciaire, que donner un peu de temps au temps est de nature à rétablir un certain nombre de choses, à pacifier la situation ou à faciliter la sortie de crise.

Monsieur Jean-Marc LATREILLE : La remarque du Bâtonnier BOLLET me fait penser à ajouter une petite chose à mon propos précédent : une procédure comme celle que vous venez de décrire, Maître BOLLET, elle a surtout un mérite très important, c'est qu'elle renoue le dialogue entre des gens qui ne se parlent plus et je ne suis pas certain que pour avoir, dans ma vie, assisté à des dizaines d'expertises judiciaires, pas forcément en expertise de gestion mais pour beaucoup dans le domaine du bâtiment : la relation n'est pas rétablie, au moment de l'expertise judiciaire. Il y a l'Expert, de chaque côté il y a les parties, leurs Avocats, voire les compagnies d'assurances. Tout le monde campe sur ses positions. Et il n'y a pas de dialogue. Il y a un Expert qui pose des questions, des parties qui répondent, mais il n'y a pas de dialogue, pas de volonté d'en sortir. Alors que les procédures de mandats ad hoc, qui peuvent être utilisées dans ce domaine, la première chose qu'elles font, c'est de remettre les personnes autour de la table. Et ça, c'est très important !

Monsieur Ivan TOCCHIO : : Si les Avocats et les Tribunaux ne l'utilisent jamais, mon cher Confrère Thierry SAINT-BONNET, à quel moment pouvons-nous être confronté à ce genre de procédure ?



Allocution de

Monsieur Thierry SAINT-BONNET
Expert-comptable de Justice

Après le remarquable exposé de Madame la Professeure, et ce qui a été dit ensuite par le Président du tribunal de commerce et le Bâtonnier, on peut se demander ce que je pourrai ajouter.

Je vais quand même compléter certains points, sinon ma présence ne serait pas justifiée.

Vous trouverez tout ce que je ne pourrais développer aujourd'hui dans une brochure technique¹, éditée par la Compagnie des Experts-comptables de justice, qui est sous presse (en conséquence vous l'aurez par l'intermédiaire de la Présidente de la section, qui fera, je crois, une distribution, auprès des membres de la section, car les brochures techniques ne sont pas adressées directement par la Compagnie aux experts).

En fait, je ne suis pas entièrement d'accord avec tout ce qui a été dit précédemment. C'est une illustration du contradictoire.

Je crois qu'on a donné trop d'importance à l'expertise de gestion ou, a contrario, pas assez en la considérant comme secondaire.

En réalité, ce sont deux frères ennemis, ou plutôt deux sœurs ennemies. Ces expertises ont chacune leur champ d'application, et il ne faut pas chercher dans l'une ce qu'on ne peut pas trouver dans l'autre.

J'ai établi le tableau qui vous est projeté. Celui-ci compare l'expertise 145 avec l'expertise de gestion (cf. annexe 2). Mon exposé consistera à ajouter quelques commentaires pratiques :

Le haut du tableau rappelle les **articles** des codes régissant les deux expertises.

On observe que l'expertise de gestion est par **nature** un moyen d'information et non une mesure d'instruction. C'est essentiel pour sa bonne compréhension.

Je ne reviendrai pas sur les **requérants**, car ceux-ci ont été définis dans les précédentes interventions.

Le **processus** est synthétisé dans le tableau.

Le processus vise à convaincre le président du tribunal de commerce car la désignation de l'expert ne peut venir directement de celui-ci. Le président ne peut s'autosaisir.

La demande émane des associés minoritaires et de leurs conseils. Les avocats, et éventuellement les experts-comptables des associés minoritaires doivent intégrer la désignation d'un expert de gestion dans la stratégie qui sera définie. Ils doivent s'interroger sur la pertinence de solliciter, dans un premier temps, une expertise de gestion qui pourra ouvrir

¹ « L'expertise de gestion », rédigée par M. Saint-Bonnet, parue en janvier 2023, est la huitième Brochure Technique éditée par la Compagnie nationale des experts-comptables de justice.

Cette collection exprime la doctrine méthodologique de la Compagnie sur des sujets techniques ressortant des domaines de la comptabilité, de la finance et de l'économie dans lesquels ses membres sont appelés à réaliser des missions confiées par les tribunaux.

Les brochures sont destinées aux experts de justice, mais aussi aux magistrats, aux avocats ou aux justiciables et sont l'occasion d'échanges constructifs entre les professionnels du chiffre et du droit.

Les Brochures Techniques sont disponibles et peuvent être commandées sur le site CNECJ FORMATION en version papier. »

ensuite sur une expertise article 145.

Le Juge, en l'occurrence le président du tribunal, a un rôle essentiel : il doit convoquer les parties, vérifier si la demande est justifiée et si elle est sérieuse. Son appréciation doit porter sur des opérations non conformes à l'intérêt social. Après avoir désigné l'expert, il doit fixer les pouvoirs de celui-ci et indiquer la partie qui supportera le coût de l'expertise.

Si on raisonne par analogie avec le Code de procédure civile, c'est le demandeur, qui devrait supporter le coût de l'expertise, mais au cas d'espèce, ces dispositions ne sont pas applicables. Le président du tribunal prend en compte l'importance du litige, la surface financière des parties, le contexte général. En pratique, c'est souvent un partage moitié-moitié des honoraires entre la société et les minoritaires, mais il arrive que le président mette à la charge de la société la totalité du coût de l'expertise

Après la désignation de l'expert et du débiteur du coût de l'expertise, le président doit fixer les pouvoirs du technicien. Par la suite il n'a plus de réelle emprise sur le déroulement de la mission.

Cependant, certains tribunaux sont plus directifs et se basent par analogie sur les dispositions du Code de procédure civile régissant les mesures d'instruction.

En réalité, dans ce cas, il existe de réelles difficultés car nous sommes dans le cadre d'une expertise du Code de commerce et non du Code de procédure civile.

L'objet de l'expertise a été développé par Madame la Professeure. Il faut insister sur le fait qu'il ne s'agit pas de se prononcer sur la qualité générale de la gestion mais sur une ou plusieurs opérations.

Devant l'étendue des opérations susceptibles d'être examinées, je suis un peu étonné qu'il n'y ait pas davantage de

désignations. Ce constat n'est pas propre à votre section, car un sondage réalisé auprès des membres de la section Paris-Versailles avait révélé une quinzaine de désignations au cours des trois années précédant l'enquête.

C'est peut-être une question de mode, car je me souviens au début de ma carrière que les sociétés en nom collectif étaient tombées en désuétude. Elles avaient disparu du paysage. Quelques années après, on s'est rendu compte qu'il y avait des avantages à utiliser la société en nom collectif et c'est revenu d'actualité.

En conséquence, à la suite de manifestations, colloques ou publications, il est très possible que l'expertise de gestion retrouve une deuxième vigueur et qu'on l'utilise davantage à l'avenir.

Je ferai une remarque d'ordre sémantique. Madame la Professeure en a dit un mot tout à l'heure : on peut distinguer les actes des opérations de gestion. Une opération est quelque chose qui a été défini, réfléchi et qui a été mis en œuvre. Au contraire, un acte peut être impulsif. Il peut très bien résulter d'un réflexe. Une opération est constituée le plus souvent d'un ensemble d'actes.

Une réflexion pour nous autres, experts-comptables, qui pratiquons la fiscalité. Le Conseil d'Etat évoque l'acte anormal de gestion. En cas de libéralité, il faut démontrer l'intention de donner et l'intention de recevoir. Il s'agit d'un processus réfléchi que le Conseil d'Etat définit comme un acte, alors que l'on évoquera la notion d'opération de gestion au niveau du tribunal de commerce.

Par ailleurs, il faut être attentif aux opérations de gestion qui seraient autorisées par une assemblée générale. Par exemple, la vente de filiales est normalement du ressort des dirigeants et non de l'assemblée (sauf dispositions statutaires spécifiques). Certains dirigeants pourraient ainsi tenter

d'exclure du champ de l'expertise de gestion certaines opérations. Dans cette hypothèse, le juge doit requalifier l'opération.

Je vais dire quelques mots sur les missions susceptibles de faire l'objet d'une expertise de gestion.

L'examen des management fees est souvent évoqué. Certes, on peut penser qu'il faut se nourrir sur la bête, mais il ne faut pas le faire trop rapidement et au détriment des associés minoritaires.

Les acquisitions et cessions de filiales peuvent également être examinées, surtout en présence de dirigeants ou d'intérêts communs. La mission de l'expert consistera à examiner si ces transactions correspondent au prix du marché.

Pour illustrer ces propos, je vais citer un exemple qui dénote certaines des pratiques actuelles. Une société a été acquise le 15 avril 2015 pour 50 M€. Au 31 décembre une provision pour dépréciation des titres de 50 % est comptabilisée. Parallèlement, les acquéreurs se retournent pour dol vis-à-vis des vendeurs.

La question qui était posée à l'expert n'était pas très compliquée : compte tenu de l'évolution des affaires, une dépréciation de 25 M€ était-elle justifiée neuf mois après l'acquisition ?

Cette mission étant ancienne, je peux ajouter quelques mots sur son déroulement. L'expert a estimé qu'une provision de l'ordre de 3 à 4 M€ pouvait être comptabilisée. Deux ans après son achat, la société a été revendue à un prix proche du coût de son coût d'acquisition. Dans cette affaire, on voit que l'expertise de gestion avait été un des éléments de la stratégie judiciaire des parties.

Après cet exemple, je dirai quelques mots sur la **réalisation technique**.

Qu'est-ce qu'une expertise ? Dans le langage commun, beaucoup se disent experts. Une expertise ce n'est pas toujours une expertise de justice. Ce peut être une expertise amiable, une expertise officieuse. Une expertise doit répondre à un certain nombre de critères. On peut se rapporter à la décision DAUBERT de la Cour Suprême américaine qui a posé les grands principes de l'expertise :

- l'expert est-il qualifié ?
- a-t-il une pratique suffisante ?
- a-t-il reçu une formation initiale ?
- celle-ci fait-elle l'objet d'une formation permanente ?
- emploie-t-il des méthodes reconnues par la communauté scientifique ?
- peut-on vérifier les méthodes et les résultats obtenus ?
- ...

Il ne suffit pas de dire je suis expert, je signe un rapport d'expert pour qualifier une réelle expertise. Dans l'expertise de gestion comme dans l'expertise *in futurum*, il est demandé à un professionnel de réaliser une véritable mesure d'instruction.

Cette expertise peut porter sur des questions juridiques. Il s'agit d'une différence fondamentale avec l'expertise de justice dans laquelle il est interdit à l'expert de donner des appréciations d'ordre juridique.

En pratique, il s'agit d'un point de friction entre l'expert et les avocats. En effet, certains avocats connaissent ce point particulier alors que d'autres l'ignorent.

En ce qui concerne le **contradictoire**, bien évidemment on en prône le respect absolu en matière d'expertise 145.

Dans le cadre des expertises de gestion, ce principe est quelque peu atténué. En matière d'expertise judiciaire, les intervenants, avocats, experts de partie, experts-comptables, sont soumis à une déontologie et au respect du secret professionnel. En cas de faute, ils sont susceptibles des sanctions

prévues par la loi.

En revanche, en matière d'expertise de gestion, il y a des intervenants qui peuvent participer à l'expertise et qui ne sont pas soumis à des règles déontologiques : ce sont par exemple des particuliers, ou des membres de professions non réglementées, ou des membres du CSE qui pourraient fournir des informations confidentielles à des concurrents de la société.

L'expert doit organiser un contradictoire qui respecte les principes de la contradiction mais d'une façon parfois atténuée pour empêcher les risques éventuels de diffusions fautives.

Une autre caractéristique propre à l'expertise de gestion peut être rappelée : l'expert de gestion a davantage de **pouvoirs** que l'expert judiciaire.

Il s'agit d'une disposition quelque peu théorique et assez rare. Cependant, une disposition du Code de commerce sanctionne, au plan pénal, l'entrave à la mission. L'article 175 ne donne pas ce pouvoir à l'expert. Dans le cadre de l'expertise de gestion elle peut être utilisée comme un moyen de pression notamment pour obtenir les pièces qui ne seraient pas communiquées.

Dans le cadre du commentaire du tableau de synthèse comparant les deux expertises, j'ajouterai quelques observations sur le **secret professionnel**.

Les relations entre l'expert de gestion, et le commissaire aux comptes ou le commissaire aux apports, posent des difficultés pratiques.

Les relations entre l'expert de gestion et le commissaire aux comptes ne sont pas toujours faciles. En effet, il se peut que le commissaire aux comptes ait formulé des réserves qui pourraient justifier une expertise de gestion. Dans cette hypothèse,

le commissaire aux comptes ne devrait pas être pris en défaut. En revanche, lorsque le commissaire aux comptes n'a formulé aucune réserve et qu'une expertise est susceptible de remettre en cause la régularité ou la sincérité des comptes, la réaction du commissaire aux comptes est différente.

Le commissaire aux comptes risque de se voir désavoué, voire davantage si sa responsabilité est mise en cause. Il opposera le secret professionnel à l'expert de gestion. Il ne faut rien attendre de cette coopération et il en est souvent de même pour l'expert-comptable.

Il faut aborder également la question relative à l'**assistance de collaborateurs** ou de sapiteurs. L'assistance de collaborateurs est reconnue dans le cadre de l'article 145 et faute de textes, on raisonnera ici par analogie.

Il faut être attentif à ce que le collaborateur ne prenne pas trop d'initiatives, il doit rester en retrait, il ne peut intervenir hors la présence de l'expert. S'il assiste aux réunions, il ne doit pas prendre la parole, sauf s'il est invité à le faire. Il doit signer la feuille de présence. Son intervention doit être mentionnée dans le rapport de l'expert.

Pour éviter des difficultés ultérieures, il est prudent de mentionner l'intervention de collaborateurs dans la lettre de mission que nous allons évoquer ci-après.

A cet égard, il faut, dans le cadre de cette lettre de mission, préciser les taux de facturation des intervenants ou proposer un taux unique.

Les deux options sont possibles mais il faut qu'elles soient précisées dans l'acte de mission.

Le taux unique à l'avantage de ne pas faire apparaître la ventilation entre le temps passé par l'expert et celui passé par le

collaborateur car il s'agit souvent de travaux en commun. En revanche, il va de soi que le travail de l'expert doit être prépondérant.

La deuxième partie du tableau comparatif va probablement susciter des interrogations, sinon des contestations.

En ce qui concerne l'**encadrement de la mission**, le juge une fois qu'il a désigné l'expert, qu'il a défini sa mission, et qu'il a déterminé le débiteur du coût de l'expertise, il n'a plus rien à faire et il ne doit rien faire. Il devient spectateur.

Que se passe-t-il, en pratique, lorsque l'expert rencontre des difficultés ? Les textes ne prévoient pas un Juge du contrôle. En revanche, on peut relever certaines décisions, les plus nombreuses d'ailleurs, de tribunaux de commerce voire de cours d'appel, qui désignent un juge du contrôle, ou un conseiller chargé du contrôle de l'expertise. Ces pratiques ne reposent sur aucun texte, ce sont des mesures prétorienne. On raisonne par analogie et par habitude. Il en était de même il y a quelques années dans le cadre des articles 1592 et 1843-4 du Code civil. Le juge a longtemps considéré qu'il devait faire consigner les honoraires, puis les taxer, demander la communication des notes intermédiaires et autres. Finalement, ces pratiques ont disparu ; le juge doit se contenter de désigner l'expert sans interférer dans l'expertise. C'est donc aux parties d'organiser l'administration de la mission. C'est bien évidemment la **lettre de mission** qui définit ce cadre.

J'ajouterai quelques mots sur l'acte de mission. Vous en trouverez un modèle dans la brochure technique. Dans cette lettre, l'expert déclare son indépendance, rappelle rapidement la procédure et la définition de la mission. L'expert prend soin de préciser qu'il diligentera sa mission dans le principe du respect de la contradiction et ce dans la mesure du possible. La lettre de mission

rappelle que l'expert contracte une obligation de moyens et non de résultat et qu'il peut se faire assister par toute personne de son choix.

L'acte précise également que les documents seront adressés aux parties et à leurs avocats, à l'exclusion de tout autre envoi à un tiers. L'expert ajoute qu'il est tenu au secret professionnel et que les parties ont l'obligation de verser à l'expertise les documents sollicités. Le technicien définit un calendrier et précise son budget d'intervention. A ce stade, je crois utile de vous rappeler l'ordonnance du 15 janvier 2018 du Président du tribunal de commerce de Bordeaux, qui énonce clairement que l'expertise de gestion n'obéit pas aux règles de l'expertise judiciaire. Ce point est très important et il ne faut pas hésiter à le rappeler car on raisonne trop souvent par analogie.

Cependant, l'analogie a parfois du bon, il est recommandé d'établir un document de synthèse ou un rapport provisoire. Cela permettra un respect de la contradiction.

Les **destinataires** du rapport sont mentionnés dans le tableau. On note que le rapport de l'expert doit être annexé au rapport du commissaire aux comptes et qu'il peut ainsi être consulté par toute personne intéressée.

En ce qui concerne le **suivi du rapport**, n'oublions pas que nous sommes dans le cadre d'une mesure d'information. Un éventuel déclenchement de l'action en justice peut être à l'initiative des associés minoritaires et cette action ne peut venir que de ceux-ci, le juge ne pouvant l'enclencher de lui-même. Il faut se souvenir que dans le cadre d'une expertise judiciaire, le rapport s'intègre dans le contentieux ce qui est une différence notable.

Je ferai un petit distinguo par rapport à mes prédécesseurs sur la nature de l'expertise de gestion : il ne faut pas demander à

l'expertise de gestion plus que ce qu'elle peut donner. Une mesure d'information n'est pas une mesure d'instruction.

Quant à son **prolongement**, si le demandeur est satisfait de la réponse apportée dans le rapport de l'expert, le processus s'arrête. En revanche, si l'expert confirme le caractère sérieux des opérations litigieuses, l'associé minoritaire peut assigner la société et demander la désignation d'un expert de justice qui prendra en compte bien évidemment le rapport de l'expert de gestion.

La Cour de cassation a indiqué qu'il n'y avait pas d'objection à ce que ce soit le même expert qui soit désigné par le tribunal. A titre personnel, je n'approuve pas cette décision car le technicien qui a réalisé la mission d'expert de gestion ne sera plus impartial puisqu'il aura donné un avis.

En conclusion, il ne tient qu'aux avocats de mettre en œuvre des expertises de gestion. Ces missions peuvent être réalisées dans des délais beaucoup plus courts qu'en matière d'expertise judiciaire. De même, la mission est beaucoup plus limitée puisqu'il s'agit d'analyser une ou plusieurs opérations de gestion et non une action beaucoup plus étendue.

Je dois conclure mais je ne sais si j'ai pu réussir à convaincre tout le monde du bienfondé de cette expertise *ad hoc*.

~

Monsieur Ivan TOCCHIO : Merci beaucoup Thierry.

Monsieur le Président, un mot :

Monsieur Jean-Marc LATREILLE : Oui, je voudrais rassurer Monsieur SAINT BONNET et ne pas passer pour le vilain petit canard. Je le dis à nouveau et désormais sous le contrôle de notre Juge au contrôle des expertises qui nous a rejoints :

Nous n'avons pas de demandes en référé visant une expertise de gestion. Mais, est-ce bien important ?

L'important est que ces expertises existent, grâce à vous et qu'elles puissent éclairer les Juges de nos Tribunaux. Donc, ne vous formalisez pas, Monsieur SAINT BONNET quand je dis simplement « nous ne sommes pas sollicités » car je ne peux rien dire d'autre.

Monsieur Thierry SAINT-BONNET : Je sais. C'est à cause du Bâtonnier. Ce n'est pas vous ! Vous, vous ne pouvez pas vous saisir vous-même !

Monsieur Jean-Marc LATREILLE : Mais, par contre, les expertises de gestion fonctionnent, même si elles n'ont pas été ordonnées par une décision du Président du Tribunal de commerce ou d'un Juge délégué.

Le plus important, c'est qu'un Expert puisse être saisi d'une difficulté et rendre un avis qui éclairera une formation de Jugement, un peu plus tard.

Monsieur Ivan TOCCHIO : Oui, je suis tout à fait d'accord ! Le fait est que, lorsque nous avons commencé à préparer le sujet de ce colloque avec Carole BOLLANI, nous nous sommes interrogés tous les deux sur la définition même de « l'expertise de gestion » ? Notre première réflexion a effectivement abouti sur le postulat que nous pratiquions régulièrement ce type d'expertise dans nos missions récurrentes. Ce qui, dans un cadre légal stricto sensu, n'est bien sûr pas le cas, puisque les missions évoquées relèvent des articles 145 et 263 du CDC.

Madame Isabelle GROSSI : J'ai suivi de près une expertise de gestion à Aix-en-Provence, et comme vous l'avez évoqué, Monsieur Thierry SAINT-BONNET, tout dépend des avocats et de leur demande, cela relève de leur stratégie judiciaire

Dans le public, Monsieur Pierre-Henri COMBES : L'expérience d'Aix, je peux la donner de manière un petit peu plus précise : au cours des deux dernières années, je viens d'interroger le Greffe, par précaution, pendant que vous parliez : la réponse a été : nous en avons eu deux de manière certaine, et je pense, peut-être trois.

Aix est une juridiction beaucoup moins importante que Marseille, mais on a une richesse ... ! Et, la seule expertise que j'avais faite, puisque beaucoup de personnes me connaissent mais pas tout le monde, j'ai été successivement Expert et Président de la section ici, et ensuite Juge au tribunal de commerce. Les deux expertises de gestion que j'ai eues, c'est Aix qui m'avait désigné. Il y a donc quinze ans.

Monsieur Ivan TOCCHIO : Avant d'entamer les échanges entre la salle et les intervenants, avez-vous quelque chose à rajouter ? Non ? Donc, nous pouvons commencer les questions : la parole est à la salle :

Interventions dans l'assemblée



*I - « Michel BRUNET, Ancien
Bâtonnier des Alpes de Haute-Provence.*

Merci aux excellentes personnalités qui sont ici. Les débats ont été tout à fait passionnants, sur une question qui, a priori, ne l'est pas ; vous avez su l'animer, et la rendre à la portée de tout le monde.

Je voudrai poser une question, à vous, Universitaires et Magistrats. Je rejoins marc BOLLET sur le fait que le changement de siècle a induit un changement de pratique. A l'issue de nos études, nous étions des légalistes : la loi s'applique. Mon observation est la suivante : depuis, il y a eu le Conseil constitutionnel et la QPC. Dans un domaine comme celui-là et cette machine extraordinaire de ces textes-là, n'y a-t-il pas ici largement matière à poser une QPC ? Encore faut-il qu'il y ait, comme le disait Monsieur le Président, des dossiers qui viennent devant vous, débattus par des Avocats qui, éventuellement, sur tel ou tel point, pourraient poser une QPC. Madame la Directrice, je suppose qu'avec l'expérience que vous avez, vous avez les références. Existe-t-il un Magistrat sachant répondre à cette question : « Après le passage au tribunal de commerce et en Cour de cassation, le Conseil constitutionnel est-il en mesure de dire si, oui ou non, un tel texte résiste, ou ne résiste pas, sur des points qui seraient particuliers ? Si l'on aborde les différents types de sociétés SARL, SA, ... au niveau vertical ou horizontal, on en mesure la complexité, et

notamment le fait que le principe d'égalité, à mon sens, n'est absolument pas respecté. On est ici dans un texte qui relevait auparavant des questions de constitutionnalité, on ne pouvait donc pas prévoir la suite. Comme le disait Marc BOLLET, le 21^{ème} siècle, c'est un siècle nouveau, avec des éléments nouveaux, et les Avocats doivent aussi se saisir de ces questions-là : il en va de leur responsabilité en cas de problème ultérieur.

Voilà le point que je souhaitais vous soumettre, et auquel vous allez pouvoir, peut-être, me répondre.

~

Madame Isabelle GROSSI : Merci pour cette observation intéressante, en effet.

Je n'ai pas en tête de QPC. En revanche, je m'interrogeais sur le motif de la QPC : vous aviez évoqué la différence de traitement, en quelque sorte ?

Je songe à une autre problématique parallèle, qui a donné lieu à des QPC : c'est à propos de la responsabilité pour insuffisance d'actif, à l'occasion de laquelle on évoquait la situation délicate du dirigeant. La Cour de cassation a estimé que la nature facultative de la sanction permettait le respect de certains principes.

Ne pouvons-nous pas, finalement, adopter ce raisonnement ici ? J'ouvre le débat.

Monsieur Michel BRUNET : Excusez-moi : tout à l'heure, j'avais un trou, et je demandais à ma voisine (c'est vrai que, arrivé à un certain âge, on commence à perdre la mémoire), si la principale évolution récente des textes régissant les sociétés commerciales date de 2001 ?

Madame Isabelle GROSSI : Sur le point de l'expertise de gestion ? De manière générale ? Sur les sociétés, les textes récents les plus importants sont notamment les lois des 22 mai (loi Pacte) et 19 juillet 2019 (loi Soilihi).

Monsieur Michel BRUNET : J'ai bien en mémoire un texte sur l'existence des sociétés, qui est, en fait, le fruit d'une Ordonnance qui a eu valeur de loi. Auquel cas, on peut se dire que ça n'a pas été réellement débattu au Parlement, afin d'évoquer un certain nombre de choses. Quand c'est une Ordonnance qui devient un texte de loi, c'est quand même un petit peu juste.

Monsieur Marc BOLLET : Pour prendre une autre illustration, parce que ça doit correspondre aussi à certaines missions que vous avez :

Le Juge, dans la procédure collective – je vais le dire comme ça – peut désigner un technicien, à l'effet d'apprécier un certain nombre d'opérations. C'est une disposition du texte.

Ce que nous cherchons, les uns et les autres, et chacun peut prendre ses mots et les remettre à l'aune de son propre exercice professionnel : ce que je vais rechercher, dans mon dossier, c'est de l'efficacité, c'est de la sécurité, et c'est de la prévisibilité.

Et, à chaque fois que j'ai un certain nombre d'outils à ma disposition, je me dis : quel est le meilleur ? Ou, à défaut, je me dis : quel est le moins mauvais ? Parce que, bon, dans un contexte qui est, de temps en temps, un peu compliqué.

Et, à chaque fois que je vais trouver, dans

un dispositif, celui-là, le 145, le technicien dans la procédure collective, bref, tout ça, je vais apprécier, au début, au milieu et à la fin, l'efficacité, la sécurité et la prévisibilité. Avec, naturellement, la prévisibilité de la décision finale, au regard de ce que j'aurai pu mettre en œuvre comme moyens, de nature à nous permettre d'aller au bout de la logique qui a été la mienne.

Et, ce que je dis, et pour répondre précisément à la question que vous m'avez posée, cher Monsieur, c'est de dire : a priori, dans la majorité des cas, en tout cas ceux qui me sont soumis, cette expertise-là ne répond pas forcément, ou complètement, aux objectifs que je peux me fixer, puisqu'elle n'est pas tout à fait parfaite, pas tout à fait finie, pas tout à fait adaptée à la situation qui est la mienne. Je ne dis pas qu'elle ne correspond pas à un besoin. Naturellement, elle est dans le corps législatif, et comme un mode de traitement de l'information dans les sociétés, mais, à l'aune d'une stratégie judiciaire, pas forcément, et malheureusement la pratique le démontre.

Est-ce que les choses peuvent changer ? Je serais ravi. A chaque fois que, dans le domaine qui est le mien, on me dit que des contentieux vont naître, je ne vais pas vous dire que je « fais la gueule », ce serait mentir. Mais, je ne vois pas comment, très bien, demain, les choses pourraient, de ce point de vue-là, évoluer.

Monsieur Jean-Marc LATREILLE : Je peux faire part d'une expérience intéressante.

Nous sommes en procédure collective, en redressement judiciaire : On découvre un comportement plus qu'anormal des dirigeants, le père et le fils.

On les écarte donc de la direction de l'entreprise et on désigne un manager de transition.

Le dossier s'oriente ensuite vers un plan de

cession et bien évidemment, la liquidation de la société d'origine.

C'est à ce moment que le liquidateur judiciaire vient me voir, avec l'Avocat des anciens dirigeants.

Le débat est le suivant : « On va aller en sanction, parce que les fautes qui ont été commises par les dirigeants sont graves. Et on va y aller pour des montants significatifs. Maintenant, plutôt que de passer de longs mois, pour arriver à une décision qui ne satisfera peut-être personne et qui fera l'objet d'un appel, qui demandera encore deux ou trois ans, pourquoi ne pas qualifier la nature des fautes allégués par une expertise de gestion et, au contradictoire des parties. »

C'est la première fois que j'étais sollicité de la sorte, dans le cadre d'une action en sanction.

Nous avons alors désigné un Expert-comptable judiciaire et nous lui avons demandé de nous préciser la nature des fautes que les dirigeants avaient pu commettre.

Une telle expertise accélère fortement le processus judiciaire, puisque le Juge-Commissaire et la formation de jugement, vont disposer du rapport de l'Expert qui fera clairement apparaître les fautes qui ont été éventuellement commises et le montant de la fraude engendrée par lesdites fautes.

Une petite précision, cet expert n'a pas été désigné sur un référé-expertise mais dans le cadre d'une requête au Juge-commissaire, dont j'occupais les fonctions à l'époque des faits.

~

II – Monsieur Constant

VIANO : « D'abord, merci beaucoup à nos intervenants, parce nous sommes très souvent confrontés à ce sujet en qualité d'Experts-comptables, mais peu dans un cadre judiciaire.

J'ai levé le doigt, tout à l'heure, à la demande de notre Rapporteur, pour savoir si on avait effectué des missions d'expertise de gestion : il se trouve que j'en ai fait une désigné par la Cour d'appel. Et, curieusement, d'ailleurs à la lumière de ce que j'ai appris ce soir, j'ai été désigné dans le cadre de deux situations : c'est-à-dire, la première, ce n'était pas moi, mais un autre Expert : c'est le tribunal de commerce, dans le cadre de l'article 223-31 (tribunal de commerce de Nice), qui désigne un Expert de gestion, sur assignation d'un associé minoritaire, et la mission est bien définie par le tribunal de commerce. L'Expert de gestion désigné commence la mission. Sauf qu'il y a appel. Et appel de la décision. Parce que même si la décision est prise dans la forme du référé, elle est quand même susceptible de recours. Dans une situation de litige, il est courant qu'il y ait appel. La Cour d'appel rend sa décision, et je me retrouve dans une situation de rupture d'instruction. Et désigné. C'est-à-dire que, dès lors, je me vois dans l'obligation de mener mon expertise judiciaire comme si j'étais dans le cadre d'une mesure d'instruction, puisqu'il y avait une consignation versée par la société. Et donc, avec une mission parfaitement détaillée.

J'ai donc effectué la mission, j'ai rendu le rapport. Je me souviens du débat initial au cours des réunions avec les Avocats, l'Avocat de Bordeaux avait soulevé cette difficulté, en disant : mais Monsieur l'Expert, vous devez rester dans le cadre de l'article 223-31, qui est le cadre originel. Je lui ai répondu : « j'ai une mission de la Cour d'appel, qui est définie de telle façon ; je suis dans ce cadre-là ». Sinon, il aurait fallu suivre toutes les recommandations de mon Confrère SAINT-BONNET, à savoir

lettre de mission etc. Donc là, je n'en avais pas besoin. J'étais dans le cadre d'une mesure d'instruction, donc j'ai rendu mon rapport à la Cour d'appel. Je n'ai pas suivi la diffusion telle qu'elle est indiquée dans ce que vous avez présenté, dans le cadre de l'article 223-31.

Voilà donc exposée cette expérience-là. J'ai rencontré une difficulté, dans le cadre d'une mesure d'instruction, ça ne pose pas de problème, mais je crois que, dans l'expertise de gestion, une fois que la mission est définie par le Juge, on ne peut plus la toucher. Est-ce que vous pouvez me répondre là-dessus ?»

~

Monsieur Thierry SAINT-BONNET : Il faut demander au président de modifier ou de compléter la mission, mais c'est assez lourd.

Monsieur Constant VIANO : ... on peut demander une extension ? On se trouve souvent confronté à une volonté de la partie minoritaire demanderesse, de vouloir élargir la mission. C'est en fonction des opérations de gestion. Il est très délicat pour l'Expert de sortir de sa mission, il faut la respecter « à la lettre ». Dans une mesure d'instruction, ce n'est pas à l'Expert de demander une extension, c'est aux parties de la réclamer.

Madame Isabelle GROSSI : Les parties peuvent le demander. Cela peut être autorisé, ou pas.

Moi, je m'interrogeais sur votre première expérience : si j'ai bien compris, en fait, il y a eu une expertise de gestion en première instance ...

Monsieur Constant VIANO : ... qui a débuté, et ensuite, donc appel ...

Madame Isabelle GROSSI : Et la première n'a pas abouti ?

Monsieur Constant VIANO : Non. C'était dans un cadre un peu conflictuel avec l'Expert, qui n'a pas su mener la mission comme il aurait dû la mener.

Madame Isabelle GROSSI : Pour l'articulation entre l'expertise de gestion et l'article 145, la Cour de cassation autorise, finalement, l'articulation, parce que les deux mesures sont indépendantes l'une de l'autre. Et c'est plutôt ce sens-là : on peut tout à fait commencer par une expertise de gestion. Si elle n'est pas satisfaisante, ensuite, on peut s'adresser au juge sur le fondement de l'article 145 du CPC.

Monsieur Constant VIANO : La logique aurait été : on peut faire appel. Et la Cour d'appel confirme la désignation de l'Expert. Et on reste bien dans le cadre de l'article 223-31. Là, ça aurait été très clair. Sauf que là, je bascule dans une mesure d'instruction. Et Monsieur le Conseiller ne me contredira pas, puisqu'on évoque souvent ce problème lié à l'article 1843-4. C'est exactement le même cas.

Monsieur Marc BOLLET : Il me semble, sur la première partie de la question, que la réponse pourrait être processuelle, à savoir que la modification de 2020 sur la procédure accélérée au fond, qui a entraîné la modification du texte légal, et pas réglementaire (qui était à jour), disant que le Juge, en la matière des expertises de gestion, statue en la forme des référés, fait qu'on est donc plus sous la forme des référés, qui était un Jugement, avec les effets attachés à un Jugement, mais là on est redevenus, par voie de référé, dans le cadre d'une Ordonnance, qui peut avoir un caractère provisoire, et qui pourrait donc, à la marge, être complétée. Voilà mon analyse sur le sujet.

~

III – Monsieur le Président de la Compagnie des Commissaires aux comptes : « *Merci. Ce n'est pas une question, mais une remarque : d'abord, remercier Carole pour l'organisation de cette manifestation. Et puis remercier les orateurs.*

J'ai été très attentif à ces propos, en particulier à ceux de Madame la Directrice et Professeure, avec une remarque sur le commissariat aux comptes, bien évidemment.

Vous avez, à juste raison, signalé la distinction, au tout début de votre propos, entre l'Expert de gestion et le Commissaire aux comptes, le Commissaire aux comptes qui a une mission permanente et l'Expert de gestion qui a une mission ponctuelle, même si elle peut durer parfois trois ans, comme ça a été souligné par Monsieur SAINT-BONNET.

En revanche, ensuite, vous avez précisé que l'Expert de gestion s'immisçait dans la gestion, et là vous ne dites pas que le Commissaire aux comptes, lui, justement, ne doit pas s'immiscer dans la gestion.

C'est simplement ma remarque : tout le monde le sait, mais c'est mieux de le dire.

Je vous félicite encore une fois pour cette manifestation. J'ai compris l'intérêt de faire ce colloque, Carole : c'est qu'il n'y a peu ou plus d'expertise de gestion. Je suppose que vous souhaitez, vous, les Experts comptables de justice, que l'on remette à jour plus fermement ces expertises dans l'avenir. En tout cas, félicitation pour cette bonne idée. Merci. »

~

Monsieur Thierry SAINT-BONNET : A propos du commissaire aux comptes, il existe une décision assez singulière du Tribunal de commerce de Rouen, qui a désigné le Commissaire aux comptes de la

société pour réaliser une expertise de gestion. Je n'en connais pas la suite, mais c'est une décision isolée.

~

Monsieur Ivan TOCCHIO : C'est à moi qu'il incombe le délicat exercice de clôturer ces débats.

Loin de moi la prétention de faire une synthèse de la synthèse de nos excellents intervenants. Je vais juste partager quelques points, que j'ai retenus sur l'intervention de chacun.

Madame Isabelle GROSSI nous a précisé :

- que l'Expert de gestion peut être amené à se prononcer sur un point de droit ;

- que la loi NRE 2001 a instauré une distinction de l'utilisation de l'expertise de gestion dans certains types de sociétés, et a réservé cette procédure uniquement aux sociétés par actions ;

- que le seuil de détention minimum pour introduire ce genre d'actions était déterminé à l'introduction de l'instance, et que s'il évoluait en cours de route, cela ne « changeait rien », la procédure continuait jusqu'à son terme ;

- que, pour les cas particuliers des titres détenus dans le cadre d'un démembrement, usufruit et nue-propriété, l'usufruitier n'aurait pas la capacité d'agir car il n'a pas la qualité d'associé, jusqu'à preuve du contraire ;

- que l'action était possible d'être introduite en cas d'indivision, à partir du moment où l'indivision respecte, encore une fois, les seuils de détention ;

- que ce rapport d'expertise de gestion était diffusé, adressé aux tiers, et qu'il y avait bien évidemment un risque important d'informations confidentielles à éviter de mentionner dans ce rapport, au risque de générer un nouveau préjudice au détriment de la résolution du problème initial.

Monsieur le Bâtonnier nous a fait partager son expérience de cette procédure et nous a

précisé qu'il lui accordait une place très réduite dans sa stratégie, voire totalement inexistante. Selon lui, « elle ne remplit pas son cahier des charges de conseil, ni en terme de stratégie, ni en terme d'obtention d'éléments probatoires lui permettant d'aller au bout de ses dossiers ».

Enfin, Monsieur le Président du tribunal de commerce de Marseille nous a informé que ce type de procédure n'était jamais utilisé dans son tribunal, mais que, d'après lui, cette problématique d'expertise de gestion était déjà traitée dans les expertises classiques articles 145 et 263 du CDC, tout en déplorant la lenteur de la procédure expertale.

Cela me permet de rebondir sur les propos de mon Confrère Thierry SAINT-BONNET, qui nous a fait « la promotion » de l'expertise de gestion au travers d'un tableau comparatif très instructif présentant les différences spécifiques entre l'expertise de gestion et les expertises Art.145 et 263 du CDC. On y découvre notamment que l'Expert de gestion a « plus de pouvoir » que l'Expert judiciaire classique et que la procédure est « deux fois plus rapide », soit en moyenne six mois au lieu d'un an. Cela semble constituer une bonne motivation pour les tribunaux de commerce désireux d'accélérer le délai des procédures expertales.

En conclusion, les travaux importants de mon confrère Thierry SAINT-BONNET l'ont convaincu de l'intérêt de cette procédure mais nous constatons cependant qu'elle demeure « sous-utilisée ». Peut-être que les publications à venir la mettront en lumière et en assureront la « promotion » ?

Il me semble, mon cher Jean-Marc DAUPHIN, que le dernier colloque sur le thème a eu lieu en 2002, ou en 2012, ... soit il y a environ dix ou vingt ans ; je vous donne donc « rendez-vous dans dix ans » pour refaire un point sur le sujet !

Un grand merci à tous pour votre attention.

~

Madame Carole BOLLANI-BILLET :

Ivan, tu as donc fait une excellente synthèse de ce qui s'est dit ce soir.

Mon rôle est simplement de remercier.

Je veux remercier tout d'abord très sincèrement nos intervenants, pour leurs compétences, le temps qu'ils nous ont consacré, leur disponibilité, le travail accompli.

Je crois que, ce soir, nous avons bénéficié d'interventions de grande qualité et, personnellement, ce que j'ai apprécié, c'est que les interventions étaient vivantes, il y a eu de nombreux échanges ce qui n'est pas toujours le cas. En tout cas, on a bien vu que vous aviez des avis différents, et c'est justement ça qui a pu nourrir le débat.

Vous nous avez donné une excellente analyse du thème d'aujourd'hui. Je pense donc que si, un jour, par extraordinaire, nous sommes désignés dans le cadre d'une expertise de gestion, nous saurons quoi faire !

Je te remercie, Ivan : je sais que tu as passé beaucoup de temps pour l'organisation de cette manifestation. Tu as fait un beau travail, un travail de grande qualité que tout le monde ici a pu apprécier, et je t'en remercie vivement.

Enfin, je voudrais remercier vous tous, parce que vous êtes toujours fidèles, présents, Magistrats, Avocats, Experts, Présidents de nos instances qui témoignez toujours de l'intérêt que vous portez aux Experts-comptables de justice, et aux thèmes que nous développons au travers de nos colloques.

Un tout dernier remerciement à notre Président de la Compagnie des

Commissaires aux comptes. Le Président des Experts-comptables aurait dû être présent, mais il a eu un petit empêchement de dernière minute. En tout cas, vous nous êtes toujours fidèles. Vous nous assurez un soutien financier qui est précieux, il faut le dire. Sans ce soutien financier, ce type de manifestation ne pourraient pas avoir lieu. Et cela nous permet aussi, je le précise, de diffuser les actes du colloque. Nous éditons de moins en moins de papier, mais il y a quand même des brochures qui sont éditées et, en tout cas, le fruit de vos travaux se trouvera sur le site de la CNECJ, grâce à Madame TERME, qui est là et qui retranscrit l'intégralité de vos interventions.

Je crois que j'en ai fait le tour. Je n'ai oublié personne. Je vous remercie pour votre attention. Je vous remercie encore une fois de votre participation et il est temps à présent de partager le verre de l'amitié.

REMERCIEMENTS

La Chambre régionale de la section Aix-en-Provence - Bastia de la Compagnie Nationale des Experts Comptables de Justice remercie :

- Les conférenciers pour leur implication et la qualité de leurs prestations,
- L'ensemble des Magistrats, Avocats, qui nous ont honorés de leur présence,
- Les consœurs et confrères pour leur participation.

Nous remercions également tous les partenaires qui ont apporté leur soutien, leur aide matérielle et financière à l'organisation du colloque, principalement :

- Le Centre de formation de l'Union des Compagnies d'Experts près la Cour d'appel d'Aix-en-Provence,
- Le Conseil régional de l'Ordre des Experts comptables Provence Alpes Côte d'azur,
- La Compagnie régionale des Commissaires aux comptes,
- Le journal « Les nouvelles publications ».

**COMPAGNIE NATIONALE
DES EXPERTS-COMPTABLES DE JUSTICE**

Chambre régionale de la section
AIX-EN-PROVENCE – BASTIA

COLLOQUE

Sur le thème

**L'EXPERTISE DE GESTION
Art. L. 225-231 et L. 223-37 C. com.**

~

ANNEXES

Aix-en-Provence - le 09 février 2023

**COMPAGNIE NATIONALE
DES EXPERTS-COMPTABLES DE JUSTICE**

Chambre régionale de la section
AIX-EN-PROVENCE – BASTIA

ANNEXE 1

~

Allocution de Madame Isabelle GROSSI

Co-Directrice de l’Institut du Droit des Affaires d’Aix-en-Provence

Maître de conférences

L'expertise de gestion

Plan

I- Les conditions de recevabilité

A) Conditions de fond

a) *Quant aux personnes*

- 1) Les sociétés concernées
- 2) Les requérants

b) *Quant aux opérations concernées*

- 1) Des opérations de gestion
- 2) Des opérations déterminées
- 3) Des opérations suspectes

B) Conditions procédurales

a) *Deux procédures distinctes*

b) *Spécificité des SPA*

II- La procédure de désignation

A) Saisine du juge et désignation de l'expert

a) *Saisine du juge*

b) *Désignation de l'expert*

B) Mission de l'expert et déroulement de l'expertise

a) *Mission de l'expert*

b) *Déroulement de l'expertise*

L'expertise de gestion

Introduction

Particularité de l'expertise de gestion (dite expertise de minorité)

La fonction essentielle de l'expertise de gestion est d'assurer l'information des associés, même si de manière subsidiaire elle permet de préparer les sanctions des dirigeants (établissement d'un juste motif de révocation, par ex.).

L'expert de gestion se distingue du commissaire aux comptes.

D'abord, ce dernier constitue un **véritable organe légal doté d'attributions permanentes** dans les sociétés où il est imposé par la loi ou choisi par les associés. En outre, la mission de contrôle du commissaire aux comptes est d'ordre essentiellement **comptable ou financier** et est dominée par le principe de **non-immixtion dans la gestion sur laquelle il ne peut porter d'appréciation**. L'expert de gestion, quant à lui, n'intervient sur demande, que de manière ponctuelle, dans le but **d'apprécier, fût-ce en opportunité, certaines opérations** relevant de la gestion des dirigeants.

L'expertise de gestion

Introduction

Particularité de l'expertise de gestion - Mandataire *ad hoc*

Le mandataire *ad hoc* est chargé de se substituer aux dirigeants défaillants et de procéder à la communication de documents sociaux dans le cadre de la procédure des injonctions de faire introduite par la loi NRE à l'article L. 238-1 du code de commerce. Son rôle est strictement cantonné à l'obtention et à la transmission de certains documents énumérés, non à l'appréciation d'opérations de gestion.

→ En aucun cas, la mission du mandataire de l'article L. 238-1 n'est donc assimilable à une expertise.

Cass. com., 21 avril 2022, n°20-11.850, F-D : la Cour de cassation censure, au visa de l'art. L. 238-1, l'arrêt d'appel qui a enjoint à M. [F], en ses qualités de dirigeant des deux sociétés, de produire, sous astreinte, certains comptes annuels et documents sociaux de ces sociétés : « *La procédure d'injonction de faire organisée par ce texte, qui tend à obtenir la communication de certains documents par les dirigeants sociaux et permet, en cas de succès de la demande, de faire supporter par eux la charge de l'astreinte et des frais de procédure, doit être dirigée contre ces dirigeants, pris en leur nom personnel, et non contre la société qu'ils représentent* ».

Comp. CA Toulouse, 3^e ch., 15 fév. 2022, n°21/00707 : la demande que forme un associé sur le fondement de l'art. L. 223-27, al. 7 C. com. et tendant à la nomination d'un mandataire, ne conduit à le désigner que pour convoquer l'AG et fixer son ordre du jour (et non pour statuer sur les comptes sociaux et l'affectation des résultats).

L'expertise de gestion

Introduction

Particularité de l'expertise de gestion – Administrateur provisoire

La mesure d'administration provisoire (prévue par aucun texte) se traduit, plus radicalement, par la nomination d'un tiers désigné en justice et **prenant en main l'administration de la société** pour tenter de résoudre une crise grave qui **affecte le fonctionnement normal** de cette dernière et menace les intérêts sociaux d'un **péril imminent**.

CA Versailles, 14^e ch., 21 avril 2022, n°21/05842, affirmant que la nomination d'un administrateur provisoire suppose que soient caractérisées distinctement ces deux conditions.

Cass. 3^e civ., 12 oct. 2022, n°21-18.348, le défaut de convocation d'une AG afin de nommer un nouveau gérant doit faire courir à la société un péril imminent pour justifier la désignation d'un administrateur provisoire.

L'expertise de gestion

Introduction

Particularité de l'expertise de gestion – Expertise *in futurum* (référé probatoire)

L'expertise de gestion se distingue de l'expertise préventive ou expertise *in futurum* (C.P.C., art. 145). Cette dernière est en effet une mesure d'instruction sur un ou plusieurs faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige à venir. Plus précisément, elle tend à préconstituer des preuves en vue d'un procès ultérieur qui peut n'être qu'éventuel, et non pas seulement à obtenir une simple information complémentaire sur certains des faits dont le demandeur n'a qu'une connaissance approximative.

L'article 145 CPC dispose ainsi que « *s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé sur requête ou en référé* ».

A cet égard, la demande par voie de requête étant une mesure dérogatoire à la voie contradictoire (principe de la contradiction consacré par l'art. 16 CPC), elle est subordonnée à la preuve de circonstances spécifiques appréciées au moment de la requête dont le défaut n'est pas régularisable a posteriori, au moment de la procédure de rétractation, par ex. **Cass. 2e civ., 3 mars 2022, n° 20-22.349.**

L'expertise de gestion

Introduction

Particularité de l'expertise de gestion – Expertise *in futurum* (référé probatoire)

Cass. 2e civ., 3 mars 2022, n° 20-22349

Dans le cadre d'un litige en matière de concurrence déloyale, une société a saisi, par requête des art. 145 et 812 CPC, le président d'un tribunal de commerce d'une demande portant sur une mesure d'expertise *in futurum* confiée à un huissier. L'objectif était de saisir par surprise des documents chez un concurrent afin de prouver des faits de concurrence déloyale. Les mesures d'instruction ont été ordonnées et exécutées dans les locaux de la société C., qui a demandé et obtenu la rétractation de l'ordonnance. Les pièces saisies ont été restituées. La cour d'appel a confirmé la rétractation. La société requérante fait grief à la cour d'appel d'avoir considéré que l'ordonnance n'était pas suffisamment motivée alors que la saisie des documents (sans que la société C. ne soit informée de la mesure pour préserver les preuves) était nécessaire. De plus, cette demande de motivation supplémentaire constitue un formalisme excessif, contraire au principe de procès équitable. **Les circonstances justifiant la neutralisation du contradictoire par le recours à la requête aux fins d'expertise *in futurum* peuvent-elles être justifiées au moment de la procédure de rétractation ?**

La Cour de cassation rejette le pourvoi. Elle rappelle que la demande d'expertise *in futurum* par voie de requête est une mesure dérogatoire à la voie contradictoire et que le recours à la requête est subordonné à la preuve de circonstances spécifiques appréciées par le juge des requêtes au moment où il statue sur la requête et non au moment où il statue sur la demande de rétractation de la requête.

L'expertise de gestion

Introduction

Particularité de l'expertise de gestion – expertise préventive (suite)

Les dispositions de l'**article 146** du même code (interdisant d'ordonner une mesure d'instruction en vue de suppléer la carence du demandeur dans l'administration de la preuve) ne s'appliquent pas lorsque le juge est saisi sur le fondement de l'article 145.

→ rien ne s'oppose à ce qu'une application en soit faite au contentieux interne à une société.

La finalité de l'expertise in futurum est donc exclusivement probatoire (référé probatoire). Mesure préparatoire d'un procès futur, l'action présente un **caractère incident**. Le référé probatoire suppose que se profilent des actions en justice (en responsabilité, en révocation, en nullité).

Au contraire, l'action en désignation d'un **expert de gestion revêt un caractère principal** puisque sa finalité première est l'obtention par le demandeur d'une information sur une opération de gestion douteuse et contraire à l'intérêt social, indépendamment des suites réservées à cette information. Bien qu'ayant pour point commun de constituer une véritable mesure conservatoire en permettant que lumière soit faite sur certains actes ou certaines opérations douteuses, **l'expertise de gestion se suffit à elle-même** et n'a pas à être justifiée par la perspective d'instances à venir.

→ Les deux types de mesures ont ainsi des finalités nettement distinctes : fonction probatoire pour l'une, fonction informationnelle pour l'autre.

L'expertise de gestion

Introduction

Particularité de l'expertise de gestion – expertise préventive (suite)

Les conditions de l'expertise in futurum sont différentes. Celle-ci est subordonnée à une seule condition : l'existence d'un « juste motif ». Il est en effet nécessaire, mais suffisant, de démontrer que la **mesure sollicitée est utile en vue de rapporter des éléments de preuve dans la perspective d'une instance au fond**, et non pas dans la stratégie d'un procès en cours. Le texte ne va cependant pas jusqu'à exiger du demandeur d'indiquer dès à présent s'il engagera un procès et d'énoncer précisément la nature et le fondement juridique de celui-ci (Com. 28 janv. 1992, n° 90-16.748).

Il appartient au demandeur d'établir qu'il a un « intérêt éventuel » à agir (M. JEANTIN, Les mesures d'instruction in futurum, D. 1980. 205), ce qui suppose qu'il démontre « qu'il existe d'ores et déjà des raisons suffisantes de penser qu'un **litige pourrait naître sur une prévention ayant au moins les apparences du sérieux** » (J. NORMAND, obs. ss Cass., ch. mixte, 7 mai 1982, RTD civ. 1983. 187).

Cette perspective probatoire « modère » la concurrence avec l'expertise de gestion.

→ **En pratique**, il peut être de **meilleure stratégie de recourir d'abord à une expertise de gestion** toutes les fois où le demandeur n'est pas assez informé pour dire si les faits suspects portent en germe un litige futur. Surtout qu'un actionnaire, insatisfait des conclusions d'une expertise de gestion ordonnée sous l'empire des dispositions de l'article L. 225-231 du Code de commerce, est en droit de requérir à titre complémentaire une expertise in futurum conformément aux dispositions de droit commun de l'article 145 du Code de procédure civile en arguant des insuffisances de l'expertise de gestion (**Cass. com., 24 juin 2020, n° 18-17104**).

L'expertise de gestion

Introduction

Appréciation du « motif légitime » (expertise in futurum). – Cette appréciation est extrêmement délicate. Elle relève du **pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond**, la haute juridiction n'exerçant qu'un **contrôle restreint à l'existence d'une motivation**.

Cass. com., 27 janv. 2021, n° 18-22.551 : une société, soutenant être la victime d'actes de concurrence déloyale imputables à son ancien administrateur et salarié M. G. et à une société tierce, société Aquapap, les a assignés en référé afin de voir ordonner une mesure d'expertise sur le fondement de l'article 145 du CPC. Ses demandes sont rejetées par les juges d'appel, suivies par la Cour régulatrice : « Après avoir énoncé qu'il n'**incombait pas à la société Solustep de rapporter la preuve d'actes de concurrence déloyale effectivement commis (...)** mais **d'établir l'existence de circonstances fondant légitimement des soupçons de concurrence déloyale**, l'arrêt retient que cette société n'apporte pas la preuve, notamment comptable, de ce que, pendant la période considérée, son activité aurait connu des vicissitudes pouvant être reliées, non seulement à l'activité imputée à M. G., au mépris de l'obligation de loyauté à laquelle il était tenu, mais surtout à l'exploitation fautive qu'en aurait faite la société Aquapap ». Il n'était pas établi que l'activité de la société tierce était directement concurrente de la société demanderesse. « Ayant ainsi procédé à une analyse détaillée des faits de la cause, **c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de nature à étayer des soupçons sérieux de concurrence déloyale** imputable à la société Aquapap et à M. G., que la cour d'appel (...) a retenu que, **faute d'éléments suffisants, il n'existait pas de motif légitime** justifiant que soit ordonnée la mesure d'instruction demandée ».

L'expertise de gestion

Introduction

Appréciation du « motif légitime » (expertise in futurum)

Cass. com., 18 janvier 2023, n°22-19.539, Publié : «L'arrêt relève qu'il n'est pas contesté que le budget 2018 litigieux, découvert le 5 mars 2018 par la société NBB Lease, dont M.M. [L] et [V] sont les dirigeants, faisait état de chiffres différents de ceux mentionnés sur la plate-forme électronique mais identiques au plan budgétaire validé au sein de la société Leasecom et que par courriel du même jour, M. [L] a fait part de ses interrogations « susceptibles pour lui et M. [V] de sérieusement compromettre leur intérêt pour la transaction ». Il retient que, cependant, la société Fintake Group n'a pu être trompée par le CMA, au cours de la période précontractuelle qui a duré plus de dix-huit mois pendant lesquels la société NBB Lease, dont elle a repris les engagements, a eu accès à l'ensemble des éléments notamment financiers et comptables de la société Leasecom. L'arrêt ajoute que, deux mois avant la cession des titres, M. [V] a adressé au CMA un courriel démontrant de façon évidente que, préalablement à la cession de la société Leasecom, la société Fintake Group avait une parfaite connaissance des résultats de l'exercice 2018.

En l'état de ces énonciations, constatations et appréciations, dont il résulte que les dirigeants particulièrement avertis de la société NBB Lease et leurs experts avaient eu accès à une information exhaustive portant sur l'ensemble des données sociales, fiscales, juridiques, comptables et financières de la société acquise, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que la cour d'appel, qui n'a pas fait peser sur la société Fintake Group l'obligation d'établir le bien-fondé de son action, a jugé que l'action que cette société pourrait engager à l'encontre du CMA, au titre d'un prétendu dol, apparaissait manifestement vouée à l'échec, caractérisant, par ces seuls motifs, l'absence de motif légitime justifiant la mesure d'instruction demandée sur le fondement de l'article 145 du code de procédure ».

L'expertise de gestion

Introduction

Particularité de l'expertise de gestion – Caractère non subsidiaire

L'expertise de gestion n'est pas un mode ultime d'information qui serait subordonné à la mise en œuvre préalable d'autres procédés légaux d'informations préalables résultant des dispositions du droit des sociétés.

Même en cas de menace sur la continuité de l'exploitation, l'expertise peut être sollicitée directement en lieu et place de la **procédure dite d'« alerte »** de l'article L. 223-36 du code de commerce (CA Paris, 8 oct. 2008, n°08/08424).

La demande n'est pas subordonnée au **déclenchement préalable d'éventuelles actions en responsabilité** contre les dirigeants ou en nullité des délibérations sociales ; de sorte que l'écoulement du délai de prescription de telles actions est sans incidence sur la possibilité de requérir le concours d'un expert de gestion (Com. 15 juill. 1987, n° 86-13.644).

→ L'institution revêt donc un **caractère véritablement autonome et s'apparente à un mode d'information complémentaire.**

L'expertise de gestion

Introduction

Autonomie de l'expertise de gestion et de l'expertise *in futurum* – Caractère non subsidiaire

Cass. com., 18 oct. 2011, n°10-18.989, P+B : Invoquant des irrégularités dans la facturation de prestations entre les sociétés anonymes, deux actionnaires et anciens dirigeants de ces sociétés ont demandé en référé, sur le fondement de l'article 145 du CPC, une expertise afin de vérifier la réalisation effective de ces prestations et chiffrer l'éventuel surcoût facturé. Pour rejeter la demande, l'arrêt retient qu'étant toujours actionnaires des deux sociétés, les demandeurs bénéficiaient de droits d'information et de vote dans le cadre des dispositions légales en matière de droit des sociétés et, le cas échéant, de procédures spécifiques pour l'exercice de ces droits et ne sauraient exciper de leur propre carence pour justifier d'un intérêt à la mesure d'instruction.

En statuant ainsi, alors que **l'article 146 du CPC est sans application lorsque le juge est saisi sur le fondement de l'article 145** du même code et que la mesure d'instruction sollicitée avant tout procès relève des seules dispositions de ce dernier texte, la cour d'appel a violé l'article 145 du CPC.

En statuant ainsi, alors qu'**une mesure d'instruction ordonnée sur le fondement de l'article 145 du CPC ne revêt aucun caractère subsidiaire par rapport à l'expertise de gestion** prévue par l'article L. 225-231 du Code de commerce, la cour d'appel a violé l'article 145 du CPC.

L'expertise de gestion

Introduction

Relations entre l'expertise de gestion et l'expertise *in futurum* (fin)

Malgré ces différences considérables, il s'avère que les demandeurs en quête d'information se reportent fréquemment sur l'article 145 en délaissant l'expertise de gestion et ses difficultés de mise en œuvre. Plusieurs arrêts accordent une expertise préventive dans des circonstances où non seulement les conditions de recevabilité de l'expertise de gestion font défaut, mais aussi lorsque celles-ci sont remplies de sorte que **l'associé n'est pas tenu de recourir prioritairement à l'expertise spéciale du droit des sociétés et peut parfaitement préférer emprunter la voie de sa concurrente du droit commun procédural...** (Cass. com., 18 oct. 2011, n° 10-18.989, par ex.).

Plus encore, **une expertise de gestion précédemment ordonnée** (mais ayant échoué en raison du refus de la société défenderesse de communiquer certaines pièces) **ne fait pas obstacle à ce qu'une expertise *in futurum* soit ordonnée en complément** (Cass. com., 15 sept. 2015, n° 13-25.275), dès lors qu'il existe un **motif légitime** (tel que l'accès à des documents retenus par la société).

À cela s'ajoute la question des **frais de l'expertise** qui **donne, pour le coup, un avantage à l'expertise de gestion** puisque le juge peut mettre ceux-ci à la charge de la société, alors que c'est au seul demandeur de supporter les frais d'une expertise *in futurum*.

I- Conditions de recevabilité

A) Conditions de fond

a) Quant aux personnes

1) Les sociétés concernées

Article L. 223-37 C. com. (SARL)

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 ministre 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.

I- Conditions de recevabilité

A) Conditions de fond

a) Quant aux personnes

1) Les sociétés concernées

Article L. 225-231 C. com.

Une association répondant aux conditions fixées à l'article L. 22-10-44, 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 directeur 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, s'il en existe.

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 et le comité d'entreprise peuvent également demander en référé la désignation d'un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion.

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 directeur et au conseil de surveillance. Ce rapport doit, en outre, être annexé à celui établi par les commissaires aux comptes, s'il en existe, en vue de la prochaine assemblée générale et recevoir la même publicité.

I- Conditions de recevabilité

A) Conditions de fond

a) Quant aux personnes

1) Les sociétés concernées

L'expertise de gestion ne figure ni au titre des dispositions générales applicables à toutes les sociétés, ni même au titre des dispositions applicables à l'ensemble des sociétés commerciales. Seules **les sociétés par actions** (C. com., art. L. 225-231) et la **SARL** (C. com., art. L. 223-37) reconnaissent un tel mécanisme. Par conséquent, les autres sociétés (sociétés civiles et les sociétés coopératives), n'accordent pas à leurs associés ce moyen de protection. Une décision de la Cour de cassation confirme très nettement ce **refus d'une extension de l'expertise de gestion** « à d'autres types de sociétés ou de personnes morales, quel que soit le caractère commercial ou non des activités de celles-ci » (Cass. com., 30 nov. 2004, n° 01-16.274).

L'expertise de gestion concerne aussi **les groupes** : **L. 225-231 C. com.** Les actionnaires peuvent obtenir des informations sur des opérations de gestion de la société dont ils sont membres, mais aussi sur celles accomplies « par des sociétés qu'elle contrôle au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce ». Le bénéficiaire d'une expertise étendue aux sociétés filiales reste **impossible** en présence d'une **société mère ayant la forme juridique d'une SARL**. Ainsi, en aucun cas l'associé d'une SARL n'est autorisé à solliciter cette expertise au sein d'une autre société, quelle que soit sa forme, serait-elle membre du même groupe que ladite SARL.

I- Conditions de recevabilité

A) Conditions de fond

- a) Quant aux personnes
- 1) Les sociétés concernées

Expertise de gestion de groupe : Cass. com., 10 déc. 2013, n°12-24232 (1re espèce) – Cass. com., 10 sept. 2013, no 12-16509 (2e espèce)

Justifie le prononcé d'une mesure d'expertise la cour d'appel qui fait ressortir des présomptions d'irrégularités ou un risque d'atteinte à l'intérêt social, des conclusions du rapport général du commissaire aux comptes d'une société anonyme sur **la situation financière et les perspectives de développement d'une filiale**, et de son rapport spécial sur une convention non autorisée qui octroyait un avantage exceptionnel à une autre société ayant le même dirigeant que la société anonyme (1re espèce).

Si la demande formée par un comité d'entreprise sur le fondement des dispositions de l'article L. 225-231 du Code de commerce n'a pas à être précédée d'une question écrite, elle obéit, pour le surplus, aux conditions posées par ce texte (2e espèce).

À cet égard, si la demande du comité d'entreprise de la filiale a été jugée recevable s'agissant des opérations mises en œuvre au sein de la filiale (WKF), cette demande a, en revanche, été rejetée pour celles afférentes à la société holding (HWKF). L'expertise de gestion n'est en effet prévue que **dans un sens « descendant vertical »** aux termes de la loi, c'est-à-dire au sein de la société contrôlée et non contrôlante. Une demande fondée sur l'article 145 du Code de procédure civile aurait peut-être permis au comité d'entreprise de surmonter l'obstacle dressé par le texte spécial, en sollicitant une expertise au niveau de la holding, sous réserve de justifier d'un motif légitime.

I- Conditions de recevabilité

A) Conditions de fond

- a) Quant aux personnes**
- 1) Les sociétés concernées**

Comp. expertise in futurum portant sur des conventions intragroupe

CA Versailles (14e ch.), 20 octobre 2022, n° 22/00278, ordonnant une mesure d’instruction

Le demandeur à la mesure d’instruction (déclarant envisager une action ut singuli en responsabilité à l’encontre des dirigeants) doit justifier d’**éléments rendant crédibles les griefs allégués**. L’intérêt des actionnaires minoritaires pour une expertise apparaît justifié par des **indices plausibles de griefs tenant à une information insuffisante, notamment sur la procédure de classification des conventions**. L’expert doit recenser, décrire les conventions libres contestées et, pour l’une d’entre elles ainsi que pour les conventions réglementées désapprouvées, analyser leurs conditions financières.

I- Conditions de recevabilité

A) Conditions de fond

- a) Quant aux personnes
- 2) Les requérants

Caractère « attitré ». - Seuls ont qualité pour agir :

- les **associés (10%) ou actionnaires (5%) détenteurs d'une participation minimale** au capital social,
- les **associations d'actionnaires** et,
- le **comité social et économique** (ex comité d'entreprise),
- le **ministère public** et,
- l'**AMF** dans les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé.

→ La voie de l'expertise de gestion demeure bien moins accueillante que celle de l'expertise in futurum, qui n'est pas une mesure « réservée », mais ouverte à « tout intéressé » (V. supra).

I- Conditions de recevabilité

A) Conditions de fond

- a) Quant aux personnes
- 2) Les requérants

Possibilité d'un regroupement. – Depuis 1984, les associés ou actionnaires sont autorisés à se grouper, « sous quelque forme que ce soit », pour atteindre les seuils de recevabilité de l'action.

Concrètement, le regroupement peut prendre la forme d'une association de défense relevant de la loi du 1er juillet 1901, ou d'une association d'actionnaires « répondant aux conditions fixées à l'article L. 22-10-44 » dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé.

I- Conditions de recevabilité

A) Conditions de fond

- a) Quant aux personnes
- 2) Les requérants

Date d'appréciation des conditions de fond. Incidence de la perte de la qualité d'associé en cours d'instance. - La question se pose de savoir si l'action en désignation de l'expert doit suivre son cours dans l'hypothèse où l'une des conditions de fond viendrait à disparaître postérieurement à la mise en œuvre des textes. Autrement dit, la conservation de ces conditions jusqu'au terme de la procédure est-elle une exigence absolue ?

La Cour de cassation a répondu négativement dans un arrêt de principe suivant lequel « l'existence du droit d'agir en justice s'apprécie à la date de la demande introductive d'instance et ne peut être remise en cause par l'effet de circonstances postérieures » (**Cass. com., 6 déc. 2005, n° 04-10.287**). En l'espèce, l'expertise initiée par un actionnaire détenteur de 20 % du capital d'une société anonyme avait été menée à son terme en dépit de la réalisation d'une opération de « coup d'accordéon » ayant entraîné la perte de la qualité d'actionnaire du demandeur. Dès lors que l'action est régulièrement introduite au regard de la qualité et de l'intérêt à agir du demandeur, celle-ci doit prospérer sans que rien ne puisse en arrêter le cours.

I- Conditions de recevabilité

A) Conditions de fond

- a) Quant aux personnes
- 2) Les requérants

Demandeur usufruitier ou nu-proprétaire. - Quelques dispositions organisent une répartition des compétences lorsque les droits sociaux font l'objet d'un démembrement de propriété. C'est le cas en particulier pour le droit de vote (C. civ., art. 1843 , al. 3 et 4. – C. com., art. L. 225-110).

En revanche, le droit de demander une expertise de gestion ne fait l'objet d'aucune attribution légale à l'un ou à l'autre des protagonistes au rapport usufruitaire. Les textes régissant la matière réservent simplement à un ou à plusieurs « associés » ou « actionnaires » le bénéfice de l'action en désignation. Dès lors, c'est la qualité d'associé qui procure le droit d'exercer l'action et ainsi a priori uniquement au nu-proprétaire (V. Cass. com., avis 1^{er} déc. 2021, n°20-15.164 : **Cass. 3e civ., 16 fév. 2022, n°20-15.164, FS-B**). V. en ce sens, T. com. estimant que « lorsque les actions sont grevées d'un usufruit, le droit de demander l'expertise appartient au nu-proprétaire puisque lui seul a la qualité d'associé » (Roanne, ord. réf., 13 sept. 1992).

Cette approche est contestable car l'usufruitier jouit tout de même des attributs attachés à la qualité d'associé (droit de participer, art. 1844 C. civ.).

I- Conditions de recevabilité

A) Conditions de fond

- a) Quant aux personnes
- 2) Les requérants

Demandeur indivisaire. - Un doute pouvait exister également quant à l'associé titulaire de parts ou d'actions indivises d'**exercer individuellement** le droit de demander une expertise de gestion. Car en vertu du **principe d'indivisibilité des titres à l'égard de la société** (C. com., art. L. 228-5), les copropriétaires d'actions et de parts sociales se voient empêchés d'exercer séparément leurs droits sociaux (CA Aix-en-Provence, 29 avr. 1980). 62.

La Cour de cassation n'a pas hésité à consacrer le droit d'un indivisaire d'agir seul en nomination d'un expert de gestion, indépendamment de la quote-part privative qui est la sienne dans l'indivision (Cass. com., 4 déc. 2007, n° 05-19.643). La demande d'expertise est recevable dès lors qu'elle émane d'un associé membre d'une indivision, laquelle représente le pourcentage de capital requis par les textes. Rendu au visa de l'article 815-9 du code civil (relatif au droit d'user et de jouir personnellement des biens indivis conformément à leur destination et dans une mesure compatible avec le droit des autres indivisaires), la solution s'explique également par le caractère protecteur de l'intérêt social inhérent à une telle mesure qui s'apparente à une action conservatoire qu'un indivisaire est autorisé à solliciter personnellement.

I- Conditions de recevabilité

A) Conditions de fond

- b) Quant aux opérations
- 1) Des opérations de gestion

Définition « organique ». - En l'absence de définition légale, la jurisprudence retient une conception stricte de la notion d'opération de gestion en faisant application d'un critère purement organique. Ainsi, est un acte de gestion, au sens des textes régissant l'expertise de gestion, l'acte décidé par les organes de gestion (gérant de SARL, directeur général ou directeur général délégué, et même conseil d'administration de société anonyme, directeur de SA dualiste, gérant de société en commandite par actions, président de SAS ou tout autre organe de direction établi par les statuts).

I- Conditions de recevabilité

A) Conditions de fond

- b) Quant aux opérations
- 1) Des opérations de gestion

Toutes les **décisions relevant de la compétence d'autres organes ne correspondent pas** à des opérations de gestion et échappent donc à toute possibilité d'expertise gestion. Il en est ainsi de :

- la décision d'arrêtés des comptes (Cass. com. 15 juill. 1987, n° 86-13.644) ;
- l'approbation des comptes sociaux par l'assemblée (Cass. com. 29 nov. 1983) ;
- d'une opération de rachat d'une entreprise par ses salariés (Cass. com. 19 nov. 1991) ;
- de la rémunération d'un gérant de SARL (Cass. com. 30 mai 1989) ;
- d'un litige relatif à la régularité de la tenue d'une assemblée générale (Paris, 27 nov. 1991) ;
- d'un apport partiel d'actif placé sous le régime de la fusion-scission (Cass. com. 12 janv. 1993) ;
- de l'augmentation du capital social d'une SARL qui relève légalement de l'AG (Com. 25 sept. 2012, n° 11-18.312) ;
- de la décision d'affectation des résultats, pour la même raison (Agen, 25 avr. 2018, RG n° 17/00448).

I- Conditions de recevabilité

A) Conditions de fond

b) Quant aux opérations

1) Des opérations de gestion

Cass. com., 21 avril 2022, n°20-11.850, F-D

M. G. est associé de la SAS Cosmopolite Wine et de la SARL Emergence Bordeaux, dirigées par M. F. Il assigne en référé les deux sociétés et M. F. aux fins d'enjoindre ce dernier de produire certains comptes annuels et documents sociaux et de voir ordonner une expertise de gestion. La Cour de cassation rejette le pourvoi formé contre l'arrêt d'appel qui a ordonné une mesure d'expertise sur le devenir de l'investissement de M. G.

« Aux termes de l'article L. 223-37 du code de commerce, 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.

La conclusion d'une convention de compte courant d'associé, qui est une convention réglementée, constitue une opération de gestion au sens de l'article précité.

Après avoir relevé, d'une part, que M. [G] a investi dans la société Emergence Bordeaux une certaine somme au titre d'une **avance en compte courant**, et d'autre part, que cette société n'établit **aucune comptabilité**, qu'elle **ne réunit pas ses associés** et que son **gérant ne répond pas aux demandes** de son associé, l'arrêt retient que M. [G], en sa qualité d'associé, est **légitime à s'inquiéter du sort de son investissement** et que les dispositions de l'article L. 223-37 du code de commerce l'autorisent à solliciter une mesure ayant pour objet d'examiner une ou plusieurs opérations de gestion (...) ».

I- Conditions de recevabilité

A) Conditions de fond

- b) Quant aux opérations
- 1) Des opérations de gestion

→ le prêt consenti ici par l'associé à la société est nécessairement une convention réglementée. Quid de sa qualification en opération de gestion au regard du critère organique traditionnel ? Selon la Cour, l'intervention de l'assemblée (pour l'approbation) n'est pas exclusive de la qualification d'opération de gestion. V. déjà Cass. com., 5 mai 2009, n°08-15.313.

Il s'agit d'une opération de financement de la société (un prêt) décidé en l'occurrence par le gérant éligible d'un contrôle dans le cadre d'une expertise de gestion.

I- Conditions de recevabilité

A) Conditions de fond

- b) Quant aux opérations
- 2) Des opérations déterminées

Impossibilité d'une vérification de l'ensemble de la gestion.

- Il résulte d'une jurisprudence constante que l'expertise de gestion n'est pas une technique de contestation en bloc de la gestion d'une société, de sorte qu'il est impossible d'obtenir un examen de l'ensemble de la situation de la société dans le but de détecter d'éventuelles fautes commises par les dirigeants. De longue date, la Cour de cassation exige en effet que la demande d'investigation porte sur une ou plusieurs opérations de gestion déterminées, ce qui oblige le demandeur à **faire état de griefs particuliers**.

I- Conditions de recevabilité

A) Conditions de fond

- b) Quant aux opérations
- 3) Des opérations suspectes

Opérations suspectes.- Afin de préserver la société d'actions intempestives, la demande d'expertise n'est recevable que si elle porte sur des opérations présentant un caractère suspect. **Conditions de bien fondé, le caractère (motif) sérieux de la demande :**

- risque d'atteinte à l'intérêt social ;
- existence présumée d'irrégularités : « la juridiction saisie d'une demande d'expertise de gestion est tenue de l'ordonner, dès lors qu'elle relève des présomptions d'irrégularités affectant une ou plusieurs opérations de gestion déterminées » (**Cass. com., 27 janv. 2009, n° 07-16.771**).

Exemples : absence de tenue de toute comptabilité et de réunion des associés et silence du gérant face aux interrogations de l'associé (**V. Cass. com., 21 avril 2022, n°20-11.850**).

I- Conditions de recevabilité

A) Conditions de fond

- b) Quant aux opérations
- 3) Des opérations suspectes

Indifférence des montants en jeu. - Dès lors que les conditions ci-dessus évoquées sont réunies, le juge ne peut se fonder sur le faible montant des sommes en jeu pour écarter la demande en considérant que les opérations litigieuses ne seraient pas significativement préjudiciables à l'intérêt social (Com. 16 déc. 2020, n° 18-25.630).

→ C'est dire, encore une fois, que **l'expertise de gestion est de droit lorsque sont relevées des présomptions d'irrégularité affectant une ou plusieurs opérations de gestion déterminées, indépendamment de leur montant.**

I- Conditions de recevabilité

B) Conditions procédurales

a) Deux procédures distinctes

Deux procédures. - **L'associé d'une SARL et l'actionnaire d'une société par actions ne sont pas dans la même situation** depuis la loi du 15 mai 2001 dite NRE qui a introduit dans les SPA une phase préalable de questions écrites aux dirigeants sur les opérations en cause avant de pouvoir engager la procédure de désignation en référé de l'expert. La demande de désignation de l'expert ne constitue désormais qu'une seconde étape s'ouvrant « à défaut de réponse dans le délai d'un mois ou à défaut d'éléments de réponse satisfaisants ».

Cette étape préalable ne concerne que les actionnaires (et ne s'applique pas au comité social et économique, **Cass. com., 10 sept. 2013, n° 12-16.509**).

L'associé de SARL, quant à lui, peut immédiatement saisir le juge tandis que l'actionnaire doit attendre l'expiration d'une première phase, assortie d'un délai légal, instituée pour favoriser un dialogue avec la direction.

I- Conditions de recevabilité

B) Conditions procédurales

b) Spécificité des SPA

Dans les SPA : phase préalable d'interrogation des dirigeants. - À l'égard des actionnaires ou des associations d'actionnaires, la procédure débute nécessairement par une première étape, précontentieuse, au cours de laquelle doivent être posées par écrit des **questions** au :

- président du conseil d'administration ou au directoire sur la ou les opérations critiquées (C. com., art. L. 225-231) ;
- gérant dans la SCA (C. com., art. L. 226-7, al. 5) ;
- président de SAS ou à tout autre dirigeant éventuellement désigné à cet effet par les statuts (C. com., art. L. 227-1, al. 3).

→ Les organes de contrôle (commissariat aux comptes, conseil de surveillance, voire conseil d'administration) ne sont pas destinataires légaux de la question.

I- Conditions de recevabilité

B) Conditions procédurales

b) La particularité des SPA

Ces questions doivent respecter de strictes conditions : ne peut être accueillie la demande d'un actionnaire qui « n'avait fait que s'interroger de façon générale sur la politique de la gestion de la société sans demander de façon précise des explications sur des actes de gestion clairement identifiés » (**Cass. com. 14 févr. 2006, n° 05-11.822**).

En somme, le dédoublement de la procédure n'a fait que déplacer en amont l'application des critères d'appréciation du bien-fondé de la demande.

Réponse. L. 225-231 précise que la réponse doit être communiquée au commissaire aux comptes s'il en existe (al. 1er), en plus du demandeur lui-même (al. 2) ; à l'exclusion des autres requérants potentiels (ministère public, comité social et économique), qui ne sont nullement compris parmi les destinataires de la réponse. La réponse fait également l'objet d'un contrôle : « l'absence de réponse aux courriers [...] était sans incidence dès lors que la société Cogepa [demanderesse] disposait d'informations suffisantes » (**Cass. com., 11 oct. 2005, n° 03-15.448**).

II- Procédure de désignation de l'expert

A) Saisine du juge et désignation de l'expert

a) Saisine du juge

Compétence. - Aux termes des articles R. 223-30 (SARL) et R. 225-163 (sociétés par actions) du code de commerce, l'expert de gestion est désigné par **le président du tribunal de commerce statuant en référé**, après que le greffier a convoqué le dirigeant (gérant de SARL, président du conseil d'administration ou du directoire) à l'audience par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Les conditions d'un véritable référé doivent donc être réunies (C. pr. civ., art. 872 et art. 873).

Quant à la compétence territoriale du tribunal, elle est déterminée par référence au lieu où la société est établie (C. pr. civ., art. 43), à savoir le lieu du siège social.

Forme de la demande. - La demande d'expertise est faite par voie d'assignation lorsqu'elle émane des associés ou du comité social et économique (C. pr. civ., art. 54). Elle est présentée par requête quand elle émane du procureur de la République (C. com., art. R. 225-163), et par lettre recommandée avec demande d'avis de réception quand elle vient de l'Autorité des marchés financiers (C. com., art. R. 225-163 anc.). **Seule la société est en principe constituée défenderesse à l'instance** (et non le dirigeant à titre personnel).

II- Procédure de désignation de l'expert

A) Saisine du juge et désignation de l'expert

b) Désignation de l'expert

L'expert. - Le président du tribunal peut nommer « un ou plusieurs experts », il demeure totalement libre d'accueillir ou de rejeter la demande.

Le statut de l'expert n'est réglementé par aucune disposition du code de commerce. Aussi, le juge est-il libre quant au choix de cet expert. Ce peut être une personne inscrite sur la liste des **experts judiciaires** ou la liste des **commissaires aux comptes**, voire toute autre personne reconnue pour ses compétences.

Il ne paraît cependant pas possible de désigner en qualité d'expert de gestion le commissaire aux comptes en fonction dans la société concernée. En effet, l'obligation de non-immixtion dans la gestion imposée par l'article L. 823-10 du code de commerce est incompatible avec la mission d'expertise de gestion qui conduit nécessairement à porter des appréciations d'opportunité sur un ou plusieurs actes de gestion.

II- Procédure de désignation de l'expert

B) Mission de l'expert et déroulement

a) Mission de l'expert

Définition des pouvoirs de l'expert (L. Godon, Rép. Dalloz, V° Expertise de gestion, 2022, §121). - A peine d'irrecevabilité de la demande, celle-ci doit préciser l'étendue de la mission et les pouvoirs de l'expert.

Le juge n'est cependant pas lié par la proposition du demandeur et il peut préciser, restreindre ou compléter la mission de l'expert et les pouvoirs qui lui sont accordés pour la réalisation de celle-ci. Selon les termes mêmes des articles L. 223-37 et L. 225-231, c'est au président du tribunal de commerce de déterminer, dans l'ordonnance de nomination, l'étendue de la mission et des pouvoirs de l'expert. Toutefois, **la latitude accordée au juge est limitée par quelques règles relatives à la mission de l'expert.**

II- Procédure de désignation de l'expert

B) Mission de l'expert et déroulement

a) Mission de l'expert

Un subtil équilibre des intérêts. - La détermination de la mission de l'expert s'articule autour d'un subtil équilibre, car si l'action de l'expert doit être suffisamment étendue pour garantir l'effectivité de la mesure d'information, elle doit être simultanément limitée afin de troubler au minimum le fonctionnement de la société et ne pas attenter au caractère confidentiel de certaines opérations.

La fixation de la mission de contrôle de l'expert doit ainsi présenter certains caractères qui limitent la liberté laissée au juge.

En outre, l'ordonnance de désignation doit déterminer également les pouvoirs donnés à l'expert pour la réalisation de sa mission.

II- Procédure de désignation de l'expert

B) Mission de l'expert et déroulement

a) Mission de l'expert

Mission précise. - La mission de l'expert de gestion (arrêtée par l'ordonnance du juge, voir les art. L. 225-231 et L. 223-37 : « la décision de justice détermine l'étendue des pouvoirs de l'expert ») doit présenter un caractère déterminé qui fait suite à l'exigence légale d'une demande portant sur une ou plusieurs opérations de gestion précises.

Le président du tribunal de commerce doit donc délimiter strictement la mission de l'expert aux seules opérations contestées par le demandeur (Com. 25 mars 1974, JCP 1974, II, 17853, note Y. Chartier). L'ordonnance de désignation doit ainsi mentionner la ou les opérations sur lesquelles l'expert doit concentrer ses investigations (comme c'est le cas de la mission confiée en application de l'article 145 NCP, qui ne saurait conférer un pouvoir d'investigation général, mais qui doit être, au contraire, étroitement circonscrite aux seuls documents permettant d'établir la preuve des faits critiqués.

Mission temporaire. - La mission de l'expert est nécessairement provisoire, et **l'ordonnance de nomination doit fixer un délai d'accomplissement.** Une fois le rapport d'expertise établi et déposé au greffe, la mission de son auteur prend fin.

II- Procédure de désignation de l'expert

B) Mission de l'expert et déroulement

b) Déroulement de l'expertise

Mutisme des textes spéciaux. Il est donc préconisé l'application du droit commun de l'expertise. Toutefois, ce dernier, qui repose sur le principe du contradictoire, ne cadre pas avec les exigences du droit des affaires, principalement avec le secret des affaires.

Aussi, la Cour régulatrice a-t-elle affirmé (Cass. com., 26 novembre 1996, n° 94-16.432) que, « si l'expertise doit avoir un caractère contradictoire, l'expert [...] peut procéder seul à certaines constatations dans la comptabilité et les documents remis en consultation par la société, sans qu'au cours de l'expertise ceux-ci soient communiqués aux demandeurs ».

→ La Cour de cassation dénie donc aux actionnaires minoritaires le droit d'accéder à la totalité des documents remis à l'expert. Ce faisant, le rôle de l'expert se dessine comme celui d'un intermédiaire, technicien indépendant, chargé à la fois de fournir aux demandeurs une information objective et d'endiguer les ardeurs chicanières des minoritaires qui résulteraient d'une information trop largement conçue (P. LE CANNU, note préc.). **Le rapport doit contenir « tous les éléments utiles à l'information** sur la ou les opérations de gestion en cause » (Com. 26 nov. 1996, préc.). En somme, cette construction jurisprudentielle met en évidence l'équilibre propre à cette mesure qui doit être au service de l'intérêt social et non de l'opposition des minoritaires désireux d'obtenir des éléments d'information à la seule fin de critiquer l'action des dirigeants majoritaires.

II- Procédure de désignation de l'expert

B) Mission de l'expert et déroulement

b) Déroulement de l'expertise

Comp. secret des affaires et expertise préventive. - Ne porte pas une atteinte disproportionnée au secret des affaires une mesure d'instruction in futurum circonscrite dans le temps et qui ne vise que des documents en lien avec des actes de concurrence déloyale allégués par celui qui a demandé la mesure (**Cass. civ. 2e, 24 mars 2022, n° 20-21.925, BRDA 8/22, inf. 20**).

Cass. com., 1^{er} fév. 2023, n°21-22.225, FS-B : censure a. R. 615-2 dern. al. CPI et R. 153-1 C. com.

II- Procédure de désignation de l'expert

B) Mission de l'expert et déroulement

b) Déroulement de l'expertise

Le rapport d'expertise est adressé au demandeur et, au sein de la société dans laquelle l'opération a eu lieu, au :

- comité social et économique ;
- ministère public ;
- commissaire aux comptes s'il en existe ;
- dirigeants de la société ;
- à la prochaine assemblée générale ;
- à l'AMF, lorsque la société est "cotée" .

→ Les sociétés contrôlées ne sont donc pas visées.

Différence avec l'art. 145 CPC : seuls le demandeur et le défendeur (s'il est appelé) sont concernés.

II- Procédure de désignation de l'expert

B) Mission de l'expert et déroulement

b) Déroulement de l'expertise

Le rapport d'expertise est déposé au greffe du tribunal de commerce, de sorte que tout intéressé peut en prendre connaissance, de même que les résultats de l'expertise (C. com., R. 223-30 et R. 225-163, « Le rapport d'expertise est déposé au greffe. Le greffier en assure la communication »).

Frais. - L'ordonnance de nomination « **peut mettre les honoraires de l'expert à la charge de la société** » (art. L. 223-37 et L. 225-231).

Cette imputation du coût à la société n'est qu'une faculté laissée au juge, lequel peut toujours exiger le versement d'une **provision préalable**, ce qui est de nature à éviter les demandes d'expertises inconsidérées.

En toute occurrence, **l'ordonnance de rejet** de la demande met les dépens à la charge du demandeur, à moins d'une décision contraire spécialement motivée (C. pr. civ., art. 696).

Lorsque la **demande est manifestement abusive**, le demandeur peut être condamné au versement d'une indemnité réparatrice.

Dans l'expertise in futurum, en revanche, les frais sont toujours à la charge du demandeur.

**COMPAGNIE NATIONALE
DES EXPERTS-COMPTABLES DE JUSTICE**

Chambre régionale de la section
AIX-EN-PROVENCE – BASTIA

ANNEXE 2

~

Allocution de Monsieur Thierry SAINT BONNET

Expert-comptable de justice

SYNTHESE DES PRINCIPALES CARACTERISTIQUES DES DEUX EXPERTISES

	EXPERTISE DE GESTION		EXPERTISE IN FUTURUM
	Sociétés par actions	SARL	
Champ d'application	Sociétés par actions		Toutes sociétés civiles ou commerciales
Articles	Art. L. 225-231 C. com.	Art. 223-37 C. com.	Articles 145 et 263 et suivants du CPC
Nature	Moyen d'information des actionnaires	Moyen d'information des associés	Mesure d'instruction en vue d'une action en justice
Requérants	L'action n'est ouverte qu'aux actionnaires représentant plus de 5 % du capital social	L'action n'est ouverte qu'aux associés représentant plus de 10 % du capital social	Toute personne ayant un intérêt légitime à établir une preuve en vue d'un procès peut agir
Processus	Une question écrite doit être préalablement posée aux dirigeants	Pas de phase préliminaire	Pas de procédure préalable à effectuer pour initier une expertise in futurum. Peut suivre une expertise de gestion
Objet	L'expertise ne peut porter que sur une ou plusieurs opérations de gestion précises (opérations ≠ actes)		L'objet de l'expertise n'est pas limité, mais est défini par le juge
Réalisation technique	Il s'agit d'une expertise (au sens des critères Daubert) : l'expert ne doit jamais porter d'appréciation juridique (art. 238)		
Contradictoire	Un contradictoire parfois atténué		Respect absolu du contradictoire
Difficulté	Entrave à la mission sanctionnée pénalement (art. L. 820-4 C. com.)		Art. 275 CPC moins contraignant
Secret professionnel	Les experts sont soumis au secret professionnel		
	Relations avec le CAC ou le CAA		
	Relations avec l'expert-comptable		
Assistance de collaborateurs ou de sapisiteurs	Possible mais limitée		

	EXPERTISE DE GESTION	EXPERTISE IN FUTURUM
Encadrement de la mission	<p>. Les textes ne prévoient pas un juge du contrôle . Certaines décisions en désignent un → Incertitude . Possibilité d'une lettre de mission . Ordonnance du 15/01/2018 du Président du Tribunal de commerce de Bordeaux . "L'expertise de gestion n'obéit pas aux règles de l'expertise judiciaire"</p>	Juge du contrôle
Finalisation de la mission	Rapport provisoire ou document de synthèse + rapport	
Destinataires du rapport	Communication aux parties, au ministère public, CAC, CSE, AMF	Communication au juge et aux parties
Suivi du rapport	Information et éventuel déclenchement d'une action	Le rapport s'intégrera dans le contentieux
Rémunération de l'expert	Honoraires de l'expert supportés par la société ou par parts égales (décision du Président du TC)	Frais en principe à la charge du demandeur à l'origine. Dépens décidés par le juge
Contestation des honoraires	Tribunal ou Juge du contrôle si désigné	Recours devant le 1er président de la CA
Lettre de mission	Possibilité et intérêt d'une lettre de mission	Pas de lettre de mission. Contrôle du juge
Prolongement	Recours à l'article 145 mais attention au dévoiement	Procès éventuel

Colloque enregistré et retranscrit par Perrine TERME

contact@saga-secretariat.fr - www.saga-secretariat.fr

