COMPAGNIE NATIONALE DES EXPERTS-COMPTABLES JUDICIAIRES

(Cour de cassation et Cours d'appel)

XLI^e CONGRÈS NATIONAL

JOURNÉE D'ÉTUDE

Sur le thème

L'EXPERT-COMPTABLE JUDICIAIRE ET LES DROITS DES ASSOCIÉS MINORITAIRES

Cour d'appel de Colmar

11 octobre 2002

Sous la présidence de Monsieur Bruno COTTE

Président de la Chambre criminelle de la Cour de cassation

La journée d'étude sur le thème :

L'expert-comptable judiciaire et les droits des associés minoritaires

a été organisée par

Madame Rolande BERNE-LAMONTAGNE

Président de la Compagnie nationale des experts-comptables judiciaires et par le CONSEIL NATIONAL de la COMPAGNIE, ainsi composé pour 2002 :

Président d'honneur fondateur : Gérard AMÉDÉE-MANESME (Paris)

In memoriam

Présidents d'honneur : Paul GRIZIAUX (Amiens)

Pierre DUCOROY (Beziers)
Félix THORIN (Paris)
Madeleine BOUCHON (Paris)
Jean CLARA (Lambersart)
André DANA (Paris)

: André GAILLARD (Paris): Anne-Marie LETHUILLIER-FLORENTIN (Rouen)

Président : Rolande BERNE-LAMONTAGNE (Paris)

Vice-Présidents : Pierre DARROUSEZ (Lille)

: Marc ENGELHARD (Marseille)

Pierre LOEPER (Paris)

Secrétaire général : Henri-Claude ESTÈVE (Lyon)
Secrétaire général adjoint : Sylvain CHAUMET(Saint-Avertin)
Trésorier national : Henri LAGARDE (Toulouse)

Trésorier national adjoint : Bruno DUPONCHELLE (Villeneuve-d'Ascq)

Membres:

- les Présidents des sections autonomes constituées :

J. NAZARIAN (Aix-en-Provence-Bastia); B. DUPONCHELLE (Amiens-Douai-Reims); D. CAILLAULT (Angers); C. BARDAVID (Bordeaux); J.-M. KRIEGER (Colmar); A. DIAZ (Dijon-Besançon); A. FLUCHAIRE (Lyon-Chambéry-Grenoble); J.-L. HUC (Montpellier-Nîmes); M.-L. LIGER (Nancy-Metz); J. RENAULT (Orléans-Poitiers); E. EZEGHIAN (Paris-Versailles); B. PIERRE (Rennes); D. BAUBET (Riom-Bourges-Limoges); J.-P. PIOCHELLE (Rouen-Caen); P. CLAUX (Toulouse-Agen-Pau).

- Membres cooptés du Conseil National :

P.-H. COMBE (Aix-en-Provence-Bastia) ; M.-C. BERSIHAND (Angers) ; J. WACKENTHALER (Colmar) ; D. GRADT (Toulouse-Agen-Pau) ; J. LOEB (Lyon-Chambéry-Grenoble) ; J.-J. PAQUIER (Bordeaux) ; L. WEISZBERG (Paris).

- Représentants supplémentaires délégués par les sections groupant plus de vingt membres :

R.-L. CAZALET (Aix-en-Provence); J. CHOUNAVELLE (Amiens-Douai-Reims); J.-P. MARVALIN (Amiens-Douai-Reims); J.-P. GARDE (Bordeaux); B. BENHESSA (Colmar); M. BRUYAS (Lyon-Chambéry-Grenoble); A. ÉTIEVENT (Lyon-Chambéry-Grenoble); C. TRABE (Montpellier-Nîmes); J. GEORGIN (Orléans-Poitiers); A. AUVRAY (Paris-Versailles); J.-C. LEGRIS (Paris-Versailles); F. DY (Rennes); R. GRISON (Riom-Bourges-Limoges); M. LANSELLE-LEFEBVRE (Rouen-Caen); F. WINDSOR (Rouen-Caen); G. BAROUH (Toulouse-Agen-Pau).

Et la SECTION AUTONOME DE COLMAR dont le bureau est ainsi composé:

Président d'honneur : M. Georges LORENTZ
Président : M. Jean-Marc KRIEGER
Vice-président : M. Bertrand BENHESSA

Secrétaire : Mme Jacqueline WACKENTHALER

Trésorier : M. Henri SEILER Ancien président : M. Bertrand BENHESSA

TABLE DES MATIÈRES

Président de la Chambre de commerce et d'industrie de Colmar et de Centre-Alsace	9
Allocution de Monsieur SAMSON Président de la Première Chambre de la Cour d'appel de Colmar	10
Allocution de Monsieur LEGRAS Procureur général près la Cour d'appel de Colmar	11
Allocution de Madame BERNE-LAMONTAGNE Président de la Compagnie Nationale des Experts-Comptables Judiciaires	12
Allocution de Monsieur COTTE Président de la Chambre criminelle de la Cour de cassation	14
Exposé introductif Rapport présenté par Monsieur DEVILLEBICHOT Expert agréé par la Cour de cassation	16
Que sont les associés minoritaires ? Les sources d'information des associés Rapport présenté par Monsieur GUTIERRES-REQUENNE Expert près la Cour d'appel de Paris	18
L'information des associés par la voie de l'expertise-comptable judiciaire Rapport présenté par Monsieur LAGARDE Expert près la Cour d'appel de Toulouse	22
L'abus de majorité Rapport présenté par Monsieur GUTIERRES-REQUENNE Expert près la Cour d'appel de Paris	27
L'abus de minorité Rapport présenté par Monsieur LAGARDE Expert près la Cour d'appel de Toulouse	30
Aspect pénal du droit des associés minoritaires Rapport présenté par Monsieur HEMMER Expert près la Cour d'appel de Versailles	41
Particularités du droit des actionnaires minoritaires dans les sociétés faisant appel public à l'épargne : le rôle du Conseil des marchés financiers Rapport présenté par Monsieur COLINEAU Expert près la Cour d'appel de Paris	46

L'information d'équité	on des actionnaires minoritaires par l'expertise indépendante et l'attestation	
	Rapport présenté par Monsieur KLING Expert agréé par la Cour de cassation	51
Rapport de	synthèse Rapport présenté par Monsieur DEVILLEBICHOT Expert agréé par la Cour de cassation	61
Clôture des	travaux Par Monsieur COTTE, Président de la Chambre criminelle de la Cour de cassation.	65

41° CONGRÈS DES EXPERTS-COMPTABLES JUDICIAIRES

Colmar, le 11 octobre 2002



Le Congrès est ouvert sous la présidence de :

M. Bruno Cotte, Président de la Chambre criminelle de la Cour de cassation et en présence de :

M. Marc Samson, Président de la Première Chambre de la Cour d'appel de Colmar ;

M. Bernard Legras, Procureur général près la Cour d'appel de Colmar ;

Mme Rolande Berne-Lamontagne, Président national de la Compagnie nationale des experts-comptables judiciaires ;

M. Michel Devillebichot, Expert agréé par la Cour de cassation, rapporteur général.

Mme Berne-Lamontagne. – Je propose que nous commencions nos travaux. Je vous remercie de votre présence et vais donner de suite la parole à M. Krieger qui souhaite prononcer quelques mots d'introduction pour nous présenter M. Fellmann qui nous accueille ici dans les locaux du CREF.

M. Krieger. – En tant que Président de la section locale de notre Compagnie, j'ai le plaisir de vous accueillir ici à Colmar. Pour ne pas retarder nos travaux, je vais donner la parole immédiatement à M. Fellmann, Président de la Chambre de commerce et d'industrie de Colmar et du Centre-Alsace, qui va vous dire quelques mots d'accueil.



Monsieur Gérard FELLMANN

Président de la Chambre de commerce et d'industrie de Colmar et de Centre-Alsace



Mesdames, Messieurs. Je suis très heureux, en tant que Président de la Chambre de commerce et d'industrie de Colmar et du Centre-Alsace d'accueillir ici au CREF, Centre de rencontres, d'échanges et de formation de notre Chambres de commerce et d'industrie, la Compagnie nationale des experts-comptables à l'occasion de son XLI^c Congrès.

Je suis particulièrement honoré de pouvoir saluer, parmi les très nombreuses personnalités présentes, Mme Rolande Berne-Lamontagne, Président de votre Compagnie; M. Cotte, Président de la Chambre criminelle de la Cour de cassation, M. Samson, doyen des Présidents de Chambre près la Cour d'appel, M. Legras, Procureur général, Messieurs Lorentz et Schelk, Avocats généraux et Mme Guarrigue-Peress, Présidente du Tribunal de Grande Instance de Colmar.

Votre congrès annuel est l'occasion de vous arrêter sur un sujet que vous avez intitulé « L'expert-comptable judiciaire et les droits des associés minoritaires. » Il est toujours bon pour votre Compagnie, comme pour les Chambres de commerce et d'industrie d'ailleurs, de faire le point de temps à autre sur des sujets de fond qui deviennent parfois des sujets d'actualité et celui que vous avez choisi cette année a, sans aucun doute, cette double caractéristique.

Cette journée me donne également l'occasion de rappeler que les relations entre les Chambres de commerce et d'industrie et les experts-comptables, toutes spécialités confondues, ont conduit à une véritable collaboration dans de nombreux domaines, toujours motivée par le souci de rendre de nombreux services aux entreprises. C'est ainsi que nous avons développé à Colmar des actions communes avec les experts-comptables,

notamment sur un sujet qui nous est cher aux uns et aux autres, la création et la reprise d'entreprises.

A titre d'exemple, nous avons créé en juin dernier le Club des créateurs et repreneurs d'entreprises du Centre-Alsace auquel participe l'Ordre régional des experts-comptables en la personne de son Vice-Président.

Par ailleurs, dans le cadre de la journée régionale « Créations et reprises d'entreprises » qui se déroulera jeudi prochain 17 octobre dans chacune des trois Chambres de commerce et d'industrie d'Alsace, l'Ordre des experts-comptables sera fortement représenté, d'une part en offrant la possibilité aux experts-comptables d'apporter leurs conseils lors d'entretiens individuels et d'autre part en animant une conférence sur le thème de la fiscalité des entreprises.

Je me félicite de ces actions et ce d'autant que celles que nous menons conjointement pour soutenir les créations et reprises d'entreprises s'inscrivent en droite ligne des objectifs ambitieux, clairement affichés par le nouveau Gouvernement.

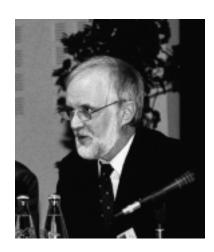
Mesdames et Messieurs, je voudrais achever mon bref propos en vous souhaitant un XLI^c congrès national fructueux, qui soit également l'occasion de découvrir ou de mieux connaître notre belle ville et notre magnifique région. Je vous remercie.

(Applaudissements)

Mme Berne-Lamontagne. – Nous écoutons M. Samson, Président de la Première Chambre de la Cour.

Monsieur Marc SAMSON

Président de la Première Chambre de la Cour d'appel de Colmar



Mesdames, Messieurs, chers amis. Il y a 18 ans, presque jour pour jour, le 5 octobre 1984, M. Le Premier Président Jean-Georges Wagner ouvrait votre XXIII° congrès national qui se tenait à la Cour d'appel, en vous retraçant d'une manière documentée, synthétique et sympathique, l'histoire de la Cour et des bâtiments qu'elle a successivement occupés. Vos travaux se déroulaient dans les locaux de la Cour elle-même, sous la présidence de Mme Rozés, Première Présidente de la Cour de cassation et de M. Félix Thorin, qui était alors Président de votre Compagnie.

Votre sujet était : L'expertise judiciaire dans les Pays de la Communauté européenne. On peut dire que vous étiez en avance sur votre temps, l'avènement d'un expert européen ayant depuis fait couler beaucoup d'encre, notamment autour de l'importante question de la certification.

On peut dire également que cette question a été rattrapée comme à rebours par l'unification, au niveau européen, des règles essentielles de l'expertise judiciaire et que l'activation des principes de la Convention européenne des droits de l'homme est un facteur important à cet égard, principalement le principe de l'égalité des armes qui garantit un procès équitable et celui du délai raisonnable, auquel il est bien difficile de se plier, même pour la Cour européenne des droits de l'homme, mais qui doit constituer un objectif prioritaire, notamment pour les experts judiciaires, sans pour autant nuire à la qualité de leurs travaux.

Vous consacrez les travaux de ce XLI^e congrès aux droits des associés minoritaires.

Ne pouvant vous faire l'historique du bâtiment qui nous accueille aujourd'hui, certainement mieux adapté que la Cour d'appel, compte tenu de votre nombre et des commodités qu'il offre, j'ai pensé vous rappeler une vieille lecture, celle du contrat social.

J'admets volontiers que Jean-Jacques Rousseau est quelque peu démodé, mais tout de même il est intéressant de se rappeler que, pour lui, le pacte social est le fait de l'unanimité, phénomène dont on peut trouver l'expression dans la souscription de parts sociales qui entraîne d'elle-même l'approbation des statuts de la société. Jean-Jacques Rousseau, après avoir expliqué que l'intérêt général est déterminé par la majorité dit : « Quand l'avis contraire au mien l'emporte, cela ne prouve pas autre chose sinon que je m'étais trompé et que ce que j'estimais être l'intérêt général ne l'était pas. »

Donc, les minoritaires sont ceux qui se sont trompés. Disons que c'est le point zéro de la notion et du traitement de la minorité. Avec une petite pointe de malice, je dirai que ce point zéro n'est pas toujours dépassé dans les assemblées politiques délibératives. Mais en ce qui concerne vos travaux cette idée ne me paraît pas transposable à l'économique, et plus spécialement à la vie des sociétés de capitaux où, très souvent, la minorité est plus nombreuse que la majorité et où l'intérêt général risque quelquefois d'être confondu avec l'intérêt particulier du happy few qui détient la plus grande part du capital. Je crois pouvoir dire que les exemples ne manquent pas.

Il en résulte l'impérieuse nécessité d'un contrepoids tel que la loi de 66 l'avait organisé et dont le mécanisme principal est l'expertise de minorité. C'est dire que, là encore, il s'agit d'équilibre et d'équité, en présence de droits trop fragiles, même si la jurisprudence se montre exigeante, quant à la preuve d'une volonté arrêtée de faire place aux droits des minoritaires ou la preuve de la recherche d'un avantage excessif pour le majoritaire en capital.

Là encore, n'y a-t-il pas à trouver une dimension internationale ? Puisque les centres de décision sont mondialisés, je pense qu'on ne doit pas rester hexagonal.

C'est dire enfin qu'une fois de plus votre Compagnie est au plus fort des questions essentielles, ce qui est un gage pour les utilisateurs de vos compétences que sont notamment les magistrats.

C'est donc avec le plus vif intérêt que j'aurais suivi vos travaux si la vacance du pouvoir à la Cour ne m'imposait une surcharge qui me permet difficilement d'assurer mes tâches ordinaires dans un délai raisonnable. Vous ne m'en voudrez donc pas de m'éclipser discrètement dans quelques instants, tout en sachant que nous nous reverrons ce soir car, à choisir, j'ai trouvé du temps pour celui de la convivialité.

Je vous souhaite de bons et fructueux travaux.

(Applaudissements)

Mme Berne-Lamontagne. – La parole est à M. Legras.

M. Legras. - Merci Madame la Présidente.

Monsieur Bernard LEGRAS

Procureur général près la Cour d'appel de Colmar



Madame la Présidente, Messieurs les Présidents, Monsieur l'Avocat général, mes chers collègues, Mesdames, Messieurs. Mon statut de « régional de l'étape » me donne le privilège de prononcer quelques mots à l'ouverture de votre congrès et je voudrais, après M. Le Président Samson, vous dire le plaisir que nous avons à vous recevoir à Colmar à l'occasion de votre congrès.

Malheureusement nous n'avons pas pu mettre à votre disposition les locaux de la Cour d'appel pour cette manifestation car, malgré leur ampleur et leur rare dignité, ils ne permettent pas d'accueillir dans de bonnes conditions une assistance aussi nombreuse que la vôtre. Aussi, M. Le Président Krieger m'a demandé de vous donner quelques explications à ce sujet.

Le bâtiment a été conçu par nos voisins d'en face, qui ne connaissaient pas la Cour d'assises et qui n'avaient donc pas prévu de salle d'audience suffisante qui aurait permis de tous vous accueillir. Nous devons nous-mêmes, à l'occasion des audiences solennelles, de rentrées ou d'installations, faire appel à des soutiens extérieurs pour aménager notre salle des pas perdus. Nous avons pu toutefois recevoir hier les instances dirigeantes de votre Compagnie dans la noble bibliothèque de la Cour d'appel et nous en sommes très heureux.

Je voudrais dire que ma satisfaction est d'autant plus grande que depuis le début de ma carrière j'ai l'honneur de collaborer très étroitement avec les experts-comptables judiciaires. Je dois même dire qu'ils ont très activement participé à ma formation. J'avoue qu'à la lecture de la liste des Présidents d'honneur qui figure sur le papier en-tête de votre Compagnie, j'ai éprouvé une émotion certaine.

Je considère que les experts-comptables judiciaires jouent un rôle fondamental de « passerelle » entre la profession comptable et le monde judiciaire. Il y aurait tout intérêt à mon sens à renforcer ce rôle d'interface. Certains d'entre nous ont participé, il y a quelques jours, dans cette même salle, à un débat organisé à l'occasion des assemblées générales des commissaires aux comptes et des experts-comptables de notre région, ce débat portant sur le blanchiment de l'argent sale. Nous avons en particulier évoqué la directive européenne du 4 décembre 2001 et je sens quelques frémissements dans les travées! De nombreuses incompréhensions, de nombreuses résistances subsistent. Un important travail de concertation et de pédagogie reste à accomplir. Je suis intimement persuadé que vous pouvez jouer un rôle très important dans ce débat.

A notre niveau, notre institution est confrontée aujourd'hui à une véritable révolution culturelle. La loi organique du 1^{er} août 2001, relative aux lois de finances (la LOLF, comme l'on dit, pour faire chic) nous impose désormais une approche basée sur une logique de résultat qui doit d'abord prendre en considération les objectifs à atteindre; c'est pourquoi je parlais de révolution culturelle pour l'institution judiciaire. Un observateur charitable de notre fonctionnement a osé écrire que nous étions invités à abandonner notre logique courtelinesque de moyens pour une philosophie d'entreprise.

J'ai échangé hier, en a parte avec certains d'entre vous, sur cette question et je pense qu'une réflexion en commun pourrait nous être fort utile.

Vous avez choisi pour vos travaux de ce jour un sujet plus consensuel. J'espère que vos échanges seront très fructueux et vous souhaite un excellent séjour en Alsace sur cette terre bénie des Dieux. Merci de m'avoir permis de prononcer ces quelques mots. Je voudrais à mon tour m'excuser car j'ai été très courtoisement invité par M. Le Garde des Sceaux à participer à une réunion à Paris où je suis obligé de me rendre. Merci.

(Applaudissements)

Mme Berne-Lamontagne. – Merci Monsieur le Procureur général.

Madame Rolande BERNE-LAMONTAGNE

Président de la Compagnie Nationale des Experts-Comptables Judiciaires



Monsieur le Président de la Chambre criminelle de la Cour de cassation, Monsieur le Doyen des Avocats généraux près cette même Cour, Monsieur le Premier Président, Monsieur le Procureur général, Mesdames et Messieurs les Conseillers et Présidents, mes chères consœurs, mes chers confrères, Mesdames et Messieurs.

Lorsque nous avons choisi, il y a maintenant plus de deux années, le thème de réflexion de notre journée d'aujourd'hui, nous n'imaginions pas à quel point nous serions placés, plusieurs mois après ce choix, dans l'œil du cyclone. Depuis lors, non seulement la loi NRE (Nouvelles Réglementations Économiques) et certains de ses articles (notamment ceux concernant les conventions particulières ou courantes), mais surtout l'actualité nous ont l'une et l'autre, sinon rattrapés mais à tout le moins ont contribué à donner un reflet tout particulier à cette étude des droits des minoritaires.

L'une et l'autre nous ont également permis, en allant aux extrémités de la réflexion, de pousser celle-ci jusqu'aux conséquences, soit de la méconnaissance de tels droits, soit de leur usage contourné, autrement dit des abus de quelque nature qu'ils soient et de leurs sanctions.

Après le choix du thème, restaient trois difficultés majeures à résoudre.

La première difficulté était de faire appel à un Haut magistrat acceptant à la fois la présidence de notre tribune aujourd'hui et surtout de sacrifier une partie de son précieux temps à l'autel de l'examen de nos travaux. Cette difficulté s'est trouvée aplanie dès notre premier contact avec M. Le Président Cotte qui a bien voulu prêter à notre projet une écoute attentive. Monsieur le Président, je vous remercie. Je reparlerai de vous tout à l'heure.

La seconde difficulté était la nécessité du recours à un professeur de droit acceptant d'apporter à notre plate-forme sa science juridique en la matière. Cette difficulté s'est également trouvée résolue par l'amabilité avec laquelle le Professeur Schmidt a accepté de faire bénéficier nos travaux de son expérience et de ses lumières. Un impondérable de dernière heure l'a empêché d'être parmi nous aujourd'hui et il m'a chargée de vous présenter ses excuses. C'est pourquoi je tiens à remercier tout particulièrement M. Le Président Bézard qui a bien voulu accepter de nous apporter le fruit de sa grande expérience et de sa réflexion sur le sujet choisi. Il manifestera, une fois encore au cours de cette journée, son attachement et sa fidélité à notre Compagnie

et nous lui en exprimons ici tous nos remerciements. Monsieur le Président, Merci.

La troisième et dernière difficulté était celle de convaincre des confrères à travailler dans la foulée du rapporteur général, notre confrère Michel Devillebichot, qui ajoute, vous le savez, à ses qualités professionnelles indiscutées, celles indiscutables d'un grand sportif. Pour cela il nous fallait des sportifs aussi totalement aguerris et rompus à l'effort d'endurance. C'est ainsi que, suivant l'usage, nous avons désigné quelques volontaires, en choisissant certains d'entre eux parmi ceux qui sont les valeureux partenaires de notre confrère Michel Devillebichot dans ses équipées sportives de haut niveau que les années n'ont pas calmées. Merci à chacun d'entre eux pour leurs travaux, leurs recherches et leur disponibilité.

Cela étant, permettez-moi, Monsieur le Président de la Chambre criminelle de la Cour de cassation de vous présenter à l'assistance.

Lorsque nous nous sommes rencontrés au mois d'avril dernier et que, sur l'aimable recommandation de M. Le Premier Président de la Cour de cassation, j'ai sollicité de vous l'honneur de vous voir présider nos travaux de ce jour ce qu'avec votre urbanité naturelle vous avez bien voulu accepter malgré votre charge de travail, j'ai omis, un peu perfidement, de vous prévenir que j'allais me livrer à votre égard à une minutieuse reconstitution de votre « casier judiciaire », afin que chacun de nous vous mieux connaisse. Entreprise périlleuse s'il en fut, car vous êtes, Monsieur le Président, un homme discret au parcours sans faute.

Après avoir soudoyé quelques-unes et quelques-uns de vos proches amis, j'ai obtenu quelques renseignements que, si vous me le permettez, je vais m'empresser, avec une blâmable indélicatesse, de livrer à la curiosité avide de certains d'entre nous qui pourraient ne connaître de vous que votre réputation.

Vous êtes né au mois de juin à Lyon de M. André Cotte et de son épouse votre mère, Mme Hélène Perol. Lyonnais de souche, vous avez poussé le scrupule du respect de vos origines jusqu'à épouser, un jour de Saint-Jean, Mlle Catherine Mathieu, également de souche lyonnaise. De cette union sont nées trois filles répondant aux délicieux prénoms de : Isabelle, Marion et Maïlys. Après de brillantes études effectuées successivement à l'Institution des Minimes, au Lycée du Parc et à la Faculté de droit de Lyon, autant de sanctuaires de la connaissance où vous n'avez cessé d'obtenir la première place, vous avez obtenu votre licence en droit et le diplôme d'études supérieures de droit privé,

avant de rejoindre l'École Nationale de la Magistrature à Bordeaux.

Vous êtes devenu auditeur de justice à l'âge précoce de 21 ans et, comme à l'époque la voie royale d'une carrière à la Chancellerie était ouverte aux plus brillants étudiants, vous avez été naturellement et successivement nommé Magistrat à l'administration centrale du Ministère de la justice, puis Chef de Cabinet du Directeur des affaires criminelles et des grâces, poste que vous avez quitté à 28 ans lorsque, revenant dans votre région natale, vous avez été nommé au Parquet de Lyon.

Vous avez ensuite successivement poursuivi votre brillante carrière dans le monde judiciaire en occupant les postes de Chef du bureau de l'action publique, chargé des affaires économiques et financières à la Direction des affaires criminelles, Chargé de mission auprès du Premier Président de la Cour de cassation, Secrétaire général au Parquet général de la Cour d'appel de Paris, Sous-directeur de la justice criminelle (toujours le criminel, ce qui fait de vous un orfèvre en la matière, si je puis me permettre cette allusion), vous n'aviez alors pas quarante ans, Directeur des affaires criminelles et des grâces, Procureur général, d'abord à Versailles puis Procureur de la République au Tribunal de grande instance de Paris où vous avez réussi – permettez-moi cette remarque – l'exploit de demeurer plus de cinq ans.

Vos qualités d'homme de réflexion, de grand travailleur et de fin juriste vous ont valu, après avoir été nommé Avocat général près la Cour de cassation, d'y présider depuis l'année 2000 la très lourde Chambre criminelle.

Officier de la Légion d'honneur, commandeur de l'Ordre national du mérite, la multiplicité de vos responsabilités ne vous a pas empêché d'avoir sur la vie artistique un regard intéressé, intéressé dirais-je à double titre. D'abord parce que vous êtes, je crois, un mélomane accompli, mais surtout parce que votre épouse d'abord et vos filles ensuite, sont elles-mêmes de grandes musiciennes.

Que pourrais-je ajouter, Monsieur le Président, qui ne blesse pas votre réserve naturelle, sinon que vous êtes réputé pour être un homme d'écoute, qualité maintenant aussi rare que précieuse et dont j'ai eu l'opportunité de saisir toute la dimension lors de notre rencontre en avril dernier. Je tiens à souligner, Monsieur le Président, la gentillesse avec laquelle vous nous avez écoutés, M. Le Rapporteur général et moi-même. En effet, lors des diverses entrevues vous nous avez à chaque fois donné l'illusion d'une disponibilité qui nous était tout acquise, alors que le volume, l'importance et la complexité des dossiers soumis à votre réflexion et à celle de votre Chambre vous imposent, très certainement, des horaires et des cadences de travail assez éloignés de la législation actuelle du travail.

Merci, Monsieur le Président, tout à la fois pour cela, pour l'honneur que vous nous faites en présidant nos travaux et pour les conseils, avis et informations issus de votre expérience que vous voudrez bien nous donner.

(Applaudissements)

Monsieur Bruno COTTE

Président de la Chambre criminelle de la Cour de cassation



M. Cotte. – Madame la Présidente, puisque vous avez fait allusion à mes parents, je les remercie beaucoup de m'avoir donné un teint mat, sinon je serais écarlate à cette tribune après avoir entendu tout ce que vous venez de dire sur moi. Merci.

A mon tour, je salue très cordialement et très chaleureusement celles et ceux qui nous accueillent aujourd'hui à Colmar, M. Le Président de la Chambre de commerce et d'industrie, celles et ceux qui sont à l'origine de cette rencontre et qui l'ont organisée, vous-même Madame la Présidente, M. Krieger qui, dès hier soir, nous a montré à quel point il savait bien accueillir ses hôtes, M. Devillebichot et bien sûr les intervenants, celles et ceux qui vont participer à cette journée d'étude, qui vont la nourrir de leur expérience et de leur réflexion.

Je salue aussi M. l'Avocat général Maurice Lafortune, qui représente le Procureur général de la Cour de cassation. M. Lafortune est Avocat général à la Chambre commerciale. Il connaît infiniment plus de choses que moi en tout cas sur le sujet qui nous réunit aujourd'hui.

Madame la Présidente, vous avez mille fois raison. Jamais, ou en tout cas rarement, sujet de congrès n'aura été autant d'actualité; ne serait-ce déjà que pour le choix et les questions dont vous allez débattre, les organisateurs de cette rencontre doivent être très chaudement félicités.

Plus protocolairement, permettez-moi de vous dire que c'est pour moi vraiment un honneur de présider ce XLI^e congrès de votre Compagnie nationale, un honneur, une joie et une exigence.

C'est un honneur, si je m'arrête sur les noms de tous ceux qui m'ont précédé dans cette mission. Parmi les Premiers Présidents de la Cour de cassation, je pense particulièrement à Pierre Bellet, qui a présidé le XVIII^e congrès de votre Compagnie, à Versailles, en octobre 1979, sur le thème de L'expert-comptable et les groupes de sociétés. C'est le premier, et je dois l'avouer le seul congrès de votre Compagnie auquel j'ai assisté, étant effectivement à l'époque Chef du bureau du droit pénal économique et financier à la Direction des affaires criminelles et des grâces. J'avais eu la joie à cette occasion de m'instruire en écoutant M. Thorin.

J'ai constaté que le Premier Président de la Cour de cassation, Pierre Truche, avait présidé votre congrès tout récemment à Lyon. Plusieurs années de suite, bien sûr, Pierre Bézard, Président de la Chambre commerciale, a présidé vos travaux. Il est infiniment plus apte que moi d'ailleurs à les conduire. Je salue aujourd'hui sa présence, avec la considération qu'il mérite et que vous lui accordez tous et avec l'amitié qu'il sait que je lui porte.

Tout comme je tiens à saluer la présence de Marie-Louise Desgrange, Conseiller à la Cour de cassation, qui est une de mes collègues à la Chambre criminelle et qui, je le sais, entretient avec votre Compagnie et tout spécialement avec vous, Madame le Président, des liens professionnels, amicaux et de confiance.

C'est un honneur, c'est une joie, car vous me fournissez l'occasion de retrouver quelques visages connus, certains que j'ai rencontrés à Lyon il y a près de trente ans, lorsque j'étais Substitut au Parquet financier récemment créé à Lyon, d'autres que j'ai croisés à l'occasion de ma période de Directeur des affaires criminelles ou lorsque j'étais Procureur de la République de Paris.

La Cour de cassation favorise moins les rencontres.

C'est pourquoi je suis très heureux de ces retrouvailles et en même temps très admiratif devant le risque que vous prenez; en effet d'ordinaire on hésite dans certains milieux, à inviter le Président de la Chambre criminelle. Je ne sais pas ce qui se passe actuellement en France mais, en l'espace de moins d'un mois, je participe à votre congrès et j'intervenais à l'Université d'été du MEDEF. Il y a manifestement quelque chose de changé: le droit pénal intéresse donc et je m'en réjouis. Merci d'avoir pris ce risque.

Une exigence enfin. Vous l'avez indiqué, il suffit de regarder autour de nous, il suffit d'écouter, il suffit de lire chaque jour ce qui se passe à l'étranger mais aussi chez nous, pour comprendre que la reconnaissance, l'information et la protection des associés minoritaires sont au cœur de l'actualité; elles s'imposent, mais pour autant elles ne peuvent être le seul moteur de la vie d'entreprises qui doivent se développer dans l'intérêt de tous, actionnaires certes, mais aussi salariés, fournisseurs et environnement, des entreprises qui doivent s'adapter dans un monde en évolution constante et surtout rapide.

Il convient de trouver un juste équilibre, d'éviter les abus, quels qu'ils soient, et plus que d'autres vous devez y contribuer.

Il suffit enfin de regarder autour de nous pour comprendre que, plus que jamais, l'éthique, l'indépendance, l'intégrité ne peuvent pas, ou ne peuvent plus, être seulement des mots. Le temps de l'incantatoire et de la coquille vide est fini.

Exigence enfin, car avec vous tous, grâce aux travaux de vos rapporteurs, à partir de vos réflexions, de votre expérience et des discussions qui vont s'engager, ce congrès, indépendamment des

échanges qu'il favorise, va devoir aussi, et surtout, dans toute la mesure du possible, suggérer, proposer, ouvrir des pistes permettant de réduire les contradictions lorsqu'elles existent, améliorer notre pratique quotidienne, nos pratiques quotidiennes et pourquoi pas, au-delà, le fonctionnement des entreprises.

quoi pas, au-delà, le fonctionnement des entreprises. Si vous le voulez bien, au travail! Je déclare ouverte la XLI^e journée d'étude du congrès national de la Compagnie des experts-comptables judiciaires et je donne la parole à Michel Devillebichot pour son exposé introductif.

(Applaudissements)

M. Devillebichot. - Merci, Monsieur le Président.

EXPOSÉ INTRODUCTIF

de Monsieur Michel DEVILLEBICHOT

Expert près la Cour d'appel de Paris Expert agréé par la Cour de cassation Rapporteur général



Le thème retenu pour notre XLI° congrès est donc: L'expert-comptable judiciaire et les droits des associés minoritaires. Ce sujet fait directement ou indirectement suite à deux congrès précédents: le congrès de 1978 à Caen, qui avait pour rapporteur général le Président Ducoroy, à la tête d'une très forte équipe dont nous sommes heureux aujourd'hui de saluer les membres encore présents, en rendant un hommage ému au regretté Président Feuillet. Ce congrès traitait de l'abus de droit de majorité suite au célèbre arrêt Fruehauf (1).

Le congrès plus récent de 2000 à Paris qui avait pour sujet : L'information financière et l'expert-comptable judiciaire, dont le rapporteur général était le Président Engelhard.

Il n'échappera à personne que notre sujet est à la fois important et d'actualité. Le sujet est important car au sein du million de sociétés françaises les associés minoritaires sont certainement les plus nombreux. Le sujet est d'actualité, je n'insisterai pas sur les récents scandales financiers qui défraient la chronique, à la suite desquels les associés minoritaires sont le plus souvent complètement spoliés.

Sans aller jusqu'à ces cas extrêmes, il est en pratique de nombreuses situations où non seulement l'associé minoritaire est prisonnier de sa qualité d'associé, souvent condamné « au pain sec et à l'eau », mais où encore les opérations de regroupement d'associés qui lui sont proposées peuvent nuire gravement à son intérêt.

L'étude du gouvernement des entreprises montre la nécessité d'assurer l'unité de la direction qui ne peut résulter, si l'entreprise est en société, que de l'existence d'un associé ou d'un groupe majoritaire. Seul le principe majoritaire permet le gouvernement des entreprises.

Mais faut-il pour autant que les associés minoritaires se contentent d'apporter leurs capitaux, de toucher un maigre dividende, de risquer d'être lésés, et de ne pouvoir revendre leurs titres? C'est, en simplifiant quelque peu, l'étude de cette problématique qui est notre sujet d'aujourd'hui.

L'étude de cette question est compliquée par l'hétérogénéité des situations. Au plan juridique les conflits ne se limitent pas

aux seules sociétés anonymes cotées. C'est la raison pour laquelle nous préférerons le terme plus général d'associés minoritaires à celui d'actionnaires minoritaires.

De son côté, la pratique des affaires distingue au moins trois grandes catégories de sociétés :

- les sociétés dites managériales, dans lesquelles le capital est fortement dilué et où aucun dirigeant ne détient une part significative;
- les sociétés dites familiales, contrôlées par une famille qui possède la majorité qualifiée du capital et qui sont souvent dirigées par un représentant de cette famille ;
 - enfin des sociétés contrôlées par d'autres sociétés.

En outre, suivant les sociétés, on trouve :

- des associés qu'on peut qualifier « d'internes », majoritaires de droit ou de fait, qui exercent le pouvoir directement ou indirectement par l'intermédiaire de dirigeants qu'ils choisissent;
- des associés « externes », qui, suivant les cas, sont soit des investisseurs surtout intéressés par le dividende et la plus-value, soit des salariés dont la participation au capital est favorisée Parmi ces associés externes, une place à part doit être faite aux investisseurs institutionnels, aux stock-options et aux fonds de pensions qui gèrent des capitaux énormes;
- soit même encore des associés « de complaisance » dans des sociétés « de pure façade » constituées par exemple pour des raisons fiscales.

L'étude des droits des associés minoritaires doit donc tenir compte de ces situations très différentes.

Enfin, l'aspect psychologique des rapports entre majoritaires et minoritaires ne doit pas être négligé. A la suite d'une enquête très documentée sur l'effet de domination en matière sociale, des chercheurs (2) écrivent ceci : « Beaucoup de comportements à l'égard des minoritaires proviennent non seulement du désir des dominants de rester entre eux mais aussi, de façon plus insidieuse, du désir de favoriser leur propre groupe d'une manière qui maintienne les autres dans un statut inférieur. Il s'agit d'un comporte-

⁽¹⁾ CA Paris, 22 mai 1965, JCP 1965, II, 12274bis, concl. P. NEVEU, D. 1968, p. 147, note R. COURTIN.

⁽²⁾ Jim SIDANIUS and Felicia PRATO. Social dominance: an intergroup theory of social oppression and hierarchy; Cambridge University press, 1999.

ment de coalition où il est effectivement avantageux de maintenir les autres groupes dans un statut inférieur. »

Je vais maintenant vous présenter les différents rapporteurs et vous préciser comment va se dérouler cette journée.

La matinée sera consacrée à l'étude des sources d'information des associés minoritaires et des contentieux civils entre associés.

Claude Gutierres-Requenne, Expert près la Cour d'appel de Paris, répondra en préambule à la question « Que sont les minoritaires ? » Il récapitulera ensuite les informations qui sont accessibles de plein droit à tout associé, fût-il minoritaire, et celles qui le sont sur requête ou par la voie du référé.

Puis, Henri Lagarde, Expert près la Cour d'appel de Toulouse, nous indiquera les informations qui peuvent être obtenues à la suite d'une procédure judiciaire, c'est-à-dire l'expertise de gestion et l'expertise préventive de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile.

Seront ensuite abordés « Les contentieux civils entre associés ». Claude Gutierres-Requenne revenant traiter de l'abus de majorité et Henri Lagarde de l'abus de minorité. Nous n'aborderons pas l'étude spécifique de l'action en responsabilité civile contre

les dirigeants sociaux puisque cette action est à la disposition de tous les associés, majoritaires ou minoritaires.

Après une pause, un large temps sera consacré aux échanges d'informations et aux questions.

L'après-midi, nous aborderons l'étude de problèmes plus spécifiques.

Jean-Louis Hemmer, Expert près la Cour d'appel de Versailles, traitera du droit des associés minoritaires en matière pénale.

Il sera suivi de Christian Colineau, Expert près la Cour d'appel de Paris, qui s'attachera à préciser les particularités de la réglementation relative aux sociétés faisant appel public à l'épargne.

Puis Didier Kling, Expert agréé par la Cour de cassation, interviendra pour étudier l'information des actionnaires des sociétés cotées par l'expertise indépendante et l'attestation d'équité.

Une nouvelle pause nous permettra de préparer la discussion qui suivra. Enfin j'aurai l'honneur de vous présenter le rapport de synthèse et ce congrès sera clôturé par M. Le Président Cotte.

Je donne maintenant la parole à Claude Gutierres-Requenne.

QUE SONT LES ASSOCIÉS MINORITAIRES ? LES SOURCES D'INFORMATION DES ASSOCIÉS RAPPORT PRÉSENTÉ PAR

Monsieur Claude GUTIERRES-REQUENNE

Expert près la Cour d'appel de Paris



En préambule à notre journée d'étude, nous nous efforcerons de définir ce que sont les associés minoritaires en présentant successivement une approche juridique et une approche fonctionnelle.

1 – APPROCHE JURIDIQUE

Le Professeur Dominique Schmidt expose ceci, dans son ouvrage « Les droits de la minorité dans la société anonyme » :

« Une minorité ne peut être déterminée que par rapport à une majorité » et « dans le cadre de la collectivité des actionnaires, la minorité se définit comme étant la masse des porteurs et du capital liée par les décisions de la majorité du capital présent ou représenté à l'assemblée. »

La position de minoritaire est d'abord fonction des règles de majorité applicables à l'adoption des résolutions; ces règles varient selon les prises de décision en cause et selon la forme de la société dans laquelle la décision est prise: unanimité, majorité des trois quarts des parts sociales, majorité de la moitié des parts sociales, doubles majorités en nombre d'associés et en nombre de parts sociales ou autres conditions fixées par les statuts. Dans les sociétés anonymes, majorité des deux tiers ou de la moitié des voix des actionnaires présents ou représentés.

Certaines situations peuvent influencer les équilibres entre associés

Dans le cas de conventions intervenues directement ou indirectement entre la société et l'un de ses dirigeants ou associés, le Code de commerce impose que les associés intéressés ne prennent pas part au vote et que leurs actions ne soient pas prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité. L'adoption des résolutions correspondantes peut donc dépendre des seuls associés minoritaires si les dirigeants concernés par les conventions sont majoritaires.

Il peut en outre exister des pactes d'actionnaires stipulant des conventions de vote. De telles conventions ne sont pas illicites pour autant qu'elles n'aboutissent pas à priver totalement un associé du droit de participer aux décisions collectives.

L'associé reste libre de son vote, sauf à engager éventuellement

sa responsabilité personnelle par rapport à ses engagements dans le pacte.

Par ailleurs, la pratique des « pouvoirs en blanc », définis à l'article 225-106 alinea 1.6 du Code de commerce, qui implique l'approbation des projets de résolutions présentés par les organes dirigeants et le rejet des autres projets, est susceptible de conforter la position des associés majoritaires, si ces pouvoirs leur sont donnés par des minoritaires.

Sous réserve de ces situations particulières :

Dans les sociétés anonymes de petite taille, et a fortiori dans les autres sociétés (à responsabilité limitée ou civiles) dites « sociétés fermées », les associés majoritaires dirigent ou contrôlent la société et sont en position d'imposer aux minoritaires leurs décisions, ce qui peut entraîner des situations de conflits d'intérêts, parfois envenimées par des conflits de personnes.

La répartition égalitaire du capital entre deux groupes antagonistes peut entraîner la paralysie de la société, faute de ne pouvoir approuver aucune résolution lors des assemblées.

Selon le niveau de participation dont ils sont titulaires, les minoritaires pourront s'opposer à des décisions extraordinaires s'ils détiennent une minorité de blocage; à défaut ils ne pourront que subir les décisions des majoritaires, à moins de se faire reconnaître par un Tribunal un droit de retrait.

Dans les sociétés anonymes importantes, dont le capital est disséminé dans le public et dont les actionnaires ne sont pas connus des dirigeants, on peut constater le phénomène dit du « contrôle minoritaire », selon lequel, du fait de la faible participation aux assemblées d'un grand nombre de petits porteurs, les décisions peuvent être prises par une minorité arithmétique dès lors qu'elle réunit une proportion de capital supérieure à celle des opposants qui s'expriment à l'assemblée.

Les dirigeants des grandes sociétés s'efforcent donc de fidéliser leurs actionnaires stables en leur accordant des avantages : dividendes majorés pour les actionnaires nominatifs détenant leurs titres depuis plus de deux ans par exemple (Air Liquide) ou création de clubs d'actionnaires (Total-Fina-Elf).

Les minoritaires qui contestent des opérations initiées par les majoritaires ne se satisfont pas toujours que leur adoption ou leur rejet résulte d'un hypothétique rapport de forces lors de l'assemblée ; ils mettront donc en œuvre, éventuellement au sein d'une association de défense, une stratégie judiciaire afin de contrecarrer les majoritaires ou de modifier les conditions financières des opérations envisagées.

A défaut d'avoir vu prospérer les actions qu'ils auront décidé d'intenter, les demandeurs risqueraient, du fait de leur situation de minoritaires, de ne pas pouvoir s'opposer à l'adoption en assemblée générale des opérations contestées.

On voit donc que la notion de minorité est relative et qu'elle ne fait pas référence à la détention d'un pourcentage précis du capital.

La recevabilité des demandes d'expertises susceptibles d'être sollicitées par les minoritaires n'est d'ailleurs pas, à la notable exception des expertises de gestion, fonction d'un montant de participation au capital fixé par la loi.

Par ailleurs, il paraît préférable de parler d'associés plutôt que d'actionnaires car, outre les SARL, toutes les entités ayant une activité économique sont susceptibles d'être concernées, en particulier les sociétés civiles, notamment les sociétés civiles immobilières, les sociétés civiles professionnelles ou les sociétés civiles d'exploitation agricole (SCEA, GAEC).

Dans les associations, les membres n'ont pas d'intérêt pécuniaire mais un intérêt moral à s'assurer que les fonds collecté sont utilisés conformément à l'objet de l'association.

2 - APPROCHE FONCTIONNELLE

Du point de vue fonctionnel, les associés minoritaires ne participent pas au processus de prise de décision par les organes dirigeants, en principe majoritaires ou contrôlés par les associés majoritaires. Ils ne disposent pas des mêmes informations.

Cette situation résulte de la confidentialité indispensable à la gestion d'une entreprise par ses dirigeants.

Le respect du secret des affaires est légitime, pour autant qu'il ne permette pas à certains associés de privilégier leurs intérêts.

Le manque d'information des associés minoritaires résulte parfois de dispositions légales. Par exemple, la mise en œuvre par le commissaire aux comptes de la procédure d'alerte n'est connue, dans sa première phase, que du dirigeant, puis dans la seconde phase que par les administrateurs et le Président du Tribunal de commerce.

Le rapport (article 225-237 du Code du commerce) par lequel les commissaires aux comptes rendent compte :

- des contrôles et vérifications auxquels ils ont procédé et des différents sondages auxquels ils se sont livrés;
- des postes du bilan et autres documents comptables auxquels des modifications leur paraissent devoir être apportées, en faisant toutes observations sur les méthodes d'évaluation utilisées pour l'établissement de ces documents;
- des irrégularités et des inexactitudes qu'ils auraient découvertes ;
- des conclusions auxquelles conduisent les observations et rectifications ci-dessus.

Le rapport n'est destiné qu'au conseil d'administration ou au directoire. De surcroît, ce rapport est exposé le plus souvent oralement. Dès lors les procès-verbaux rendent rarement compte de son contenu.

Les documents que les sociétés comptant plus de 300 salariés et dont le chiffre d'affaires est supérieur à 18 millions d'euros

sont tenues d'établir en application de l'article 232-2 du Code du commerce, à savoir :

- la situation de l'actif réalisable et du passif exigible,
- le compte de résultat prévisionnel,
- le tableau et le plan de financement,

ne sont diffusés qu'au comité d'entreprise et au commissaire aux comptes.

Il existe en tout état de cause un déséquilibre au niveau de l'information entre le gouvernement de la société et les « gouvernés » ou, en d'autres termes, entre les associés majoritaires ou leurs mandataires, acteurs actifs, et les associés minoritaires, acteurs passifs, qui n'entendent pas toujours le rester, si des opérations réalisées ou envisagées par les dirigeants leur paraissent contestables.

Cette insuffisance d'information est amplifiée dans les groupes de sociétés : lorsqu'une SARL fait partie d'un groupe, ses associés n'ont pas de pouvoir d'information ou d'investigation sur les filiales ou sur la société mère, à moins d'en être aussi associés.

En revanche, depuis l'introduction de la loi NRE et selon l'article 225-231, alinea 1 du Code de commerce, les actionnaires minoritaires d'une société par actions peuvent demander une expertise de gestion sur des opérations effectuées par les sociétés contrôlées par la société dont ils sont actionnaires. Dans ce cas, leur demande doit être appréciée en fonction des intérêts du groupe.

En résumé, les associés minoritaires risquent de se voir imposer des opérations de gestion qu'ils contestent, alors qu'ils souffrent d'un déficit d'information puisqu'ils n'ont pas participé à l'élaboration des décisions concernant ces opérations.

Avant de mettre en œuvre un éventuel contentieux, ils vont s'efforcer de réunir un maximum d'informations, que celles-ci soient disponibles de plein droit ou qu'elles le soient sur requête ou par la voie du référé.

LES SOURCES D'INFORMATION DES ASSOCIÉS

Nous examinerons successivement :

Les informations accessibles de plein droit à tout associé d'une société commerciale par l'exercice de son droit de communication préalablement aux assemblées générales ordinaires et extraordinaires, ou en posant des questions écrites.

L'information des associés des sociétés civiles et des associations.

Le problème de la pertinence des informations reçues. En nous référant, chaque fois qu'il sera nécessaire, à la journée d'étude de notre congrès national du 6 octobre 2000, qui avait pour thème : « l'information financière et l'expert-comptable judiciaire ».

Les informations accessibles par voie judiciaire.

L'expertise portant sur une opération de gestion.

L'expertise à caractère préventif de l'article 145 du NCPC.

Ces deux dernières questions feront l'objet de deux exposés ultérieurs.

I – Les informations accessibles de plein droit

1.1. A l'occasion de l'assemblée générale annuelle, sont accessibles de plein droit à tout actionnaire :

- les comptes annuels (bilan, compte de résultat et annexe),

le rapport de gestion.

Ce rapport devient de plus en plus important et complexe. Aux termes de l'article 144 du décret sur les sociétés commerciales, « tout actionnaire exerçant le droit d'obtenir communication de documents et renseignements auprès de la société peut se faire assister d'un expert inscrit sur une des listes établies par les cours ou tribunaux ».

Les associés minoritaires peuvent, par ce moyen, obtenir des éclaircissements sur les informations communiquées, sans avoir – pour autant – accès à des informations considérées comme confidentielles.

- Les résultats financiers des cinq derniers exercices.
- Le tableau des filiales et participations.
- Les projets de résolutions.
- Le rapport général du commissaire aux comptes.

Aux termes de l'article 225-235 du Code du commerce, les commissaires aux comptes doivent s'assurer que l'égalité est respectée entre les actionnaires.

Le rapport spécial du commissaire aux comptes.

Depuis la loi NRE, ce rapport concerne les conventions conclues directement ou par personne interposée entre une société et l'un de ses mandataires ou actionnaires détenant plus de 5 % des droits de vote, autres que les conventions courantes conclues à des conditions normales (conventions dites « libres » dont la liste sera cependant communiquée aux membres du conseil, au commissaire aux comptes et aux actionnaires).

Le rapport du commissaire aux comptes détaille pour chaque convention, outre sa nature, son objet et ses modalités essentielles, toutes indications permettant aux actionnaires d'en apprécier l'intérêt, ainsi que le montant des prestations et des règlements de l'exercice (articles 92 et 117 du décret sur les sociétés commerciales).

1.2. A l'occasion d'assemblées générales extraordinaires

Outre le rapport de l'organe dirigeant et les projets de résolutions, les associés disposent des documents prévus par le Code de commerce pour les opérations envisagées.

Entre autres:

- en cas d'apports en nature, le rapport du commissaire aux apports.
 - en cas de fusion, le rapport du commissaire à la fusion,
- en cas de changement de forme de la société, le rapport du commissaire à la transformation,
- en cas d'augmentation de capital avec renonciation au droit préférentiel de souscription, le rapport du commissaire aux comptes.

Afin de ne pas alourdir cet exposé, un état exhaustif figurera en annexe de la plaquette du congrès. On rappellera seulement ici que ces rapports contiennent des informations détaillées et des opinions motivées. Par exemple, les commissaires à la fusion, vérifient, « que les valeurs relatives attribuées aux actions des sociétés participant à l'opération sont pertinentes et que le rapport d'échange est équitable »...

Ils doivent:

 indiquer la ou les méthodes suivies pour la détermination du rapport d'échange proposé;

- indiquer si cette ou ces méthodes sont adéquates en l'espèce et mentionner les valeurs auxquelles chacune de ces méthodes conduit, un avis étant donné sur l'importance relative donnée à ces méthodes dans la détermination des valeurs retenues;
 - indiquer les difficultés particulières d'évaluation s'il en existe.

1.3. Les questions écrites

A partir de la date de communication des documents qui viennent d'être évoqués les associés peuvent poser aux organes dirigeants des questions écrites en rapport avec l'ordre du jour, questions auxquelles il sera répondu au plus tard lors des assemblées.

Cette faculté, prévue par le Code de commerce aux articles 223-26, alinéa 3 pour les SARL et 225-108, alinea 3 pour les SA, est ouverte aux actionnaires des SA, lors de toute assemblée et aux associés des SARL lors des seules assemblées générales annuelles.

Des dispositions spécifiques existent pour les sociétés en nom collectif et en commandite.

1.4. L'information des associés des sociétés civiles et des associations

En l'absence de réglementation spécifique dans les sociétés civiles, ce sont les statuts qui définissent l'information des associés.

Cette information est souvent limitée aux éléments nécessaires à la souscription des déclarations fiscales, par exemple dans une SCI, les montants des revenus fonciers des associés.

Les obligations des associations en matière d'information ont été considérablement accrues dans un passé récent :

- par le règlement comptable 99-01, applicable depuis le 1^{er} janvier 2000, qui rend obligatoire un cadre comptable spécifique;
- par la loi NRE, qui impose la mise en œuvre de procédures réglementées aux associations qui perçoivent des subventions d'un montant annuel supérieur à 150 000 euros ou qui, ayant une activité économique au sens de la loi du 1^{er} mars 1984, sont dotées d'un commissaire aux comptes. Les associés disposent dans ce dernier cas des mêmes informations que ceux d'une société commerciale.

1.5. Le problème de la pertinence des informations obtenues

Il ne suffit pas que les nombreux supports d'information que nous venons de décrire soient disponibles. Encore faut-il que les informations communiquées soient pertinentes, objectives et satisfaisantes, tant en qualité qu'en quantité. Les exposés et les débats de notre journée d'étude du 6 octobre 2000 sur « L'information financière et l'expert-comptable judiciaire » ont constaté de possibles lacunes à ce sujet.

Parmi les intervenants, notre confrère Claude Charron avait signalé que les rapports de gestion aux assemblées générales péchaient souvent par omission car des informations essentielles n'y étaient pas mentionnées. Le professeur Merle avait souligné que de nombreuses sociétés confondaient les notions d'information et de communication, cette dernière notion correspondant à la présentation des informations dans une perspective systématiquement favorable à la société.

Notre Président, Mme Rolande Berne-Lamontagne, définis-

sait avec humour en conclusion de son rapport les insuffisances et les déviances susceptibles d'affecter les comptes annuels. Je la cite:

- la « karchérisation des bilans », se matérialisant par l'utilisation de provisions décapantes...
- la « résurrection des charges », phénomène miraculeux puisqu'il aboutit à s'enrichir de charges consommées...
- « l'amnésie comptable » lorsque les valeurs incorporelles ou les titres de participation ont tendance à se déprécier;
- la « défaisance » technique qui aboutit à se défaire de créances compromises au moyen de montages complexes;
- le « scoutisme comptable » ayant pour effet d'infliger au lecteur des comptes une recherche fastidieuse et, pour but, d'éviter de les comprendre...

C'est la question de l'image fidèle qui est ici posée.

L'inexactitude des comptes peut être étrangère au conflit entre associés. Par exemple, lorsqu'un comptable indélicat opère, à l'insu de tous, des détournements dissimulés par la création de postes d'actif fictifs.

On notera cependant que l'atteinte à l'image fidèle est l'un des griefs qui est le plus souvent articulé à l'encontre des dirigeants de sociétés, lorsque d'autres actionnaires contestent la validité foncière d'une opération ou lorsqu'ils reprochent aux dirigeants d'avoir privilégié des intérêts personnels. C'est notamment le cas des affaires financières dont la presse s'est récemment fait l'écho.

Les méthodes d'évaluation mises en œuvre lors des opérations de rapprochement font également l'objet de critiques. Je cite maintenant l'Association de défense des actionnaires minoritaires (Agenda 2002, pages 46-47):

« C'est en toute connaissance de cause que les experts démontrent savamment aux actionnaires pourquoi ils doivent payer très cher les actions qu'on souhaite leur vendre et pourquoi ils doivent céder pour pas grand-chose celles qu'on souhaite leur racheter... L'évaluation de l'entreprise est basée sur la capitalisation des recettes attendues, plus savamment dénommée actualisation des free cash-flows... En partant de simples prévisions sur les quantités vendues, leur prix, sans oublier les taux de change, le nombre de variables qu'elle prend par ailleurs, cette méthode donne toute latitude à l'expert d'arriver au résultat souhaité. »

Lorsque les associés minoritaires pensent manquer d'informations pertinentes sur des opérations qu'ils estiment contestables, ils peuvent, préalablement à un éventuel contentieux, les rechercher par des voies judiciaires, dans les conditions qui vont maintenant vous être exposées par mon confrère Henri Lagarde.

(Applaudissements)

M. Cotte. – Merci. Vous avez parfaitement campé le décor. Nous savons à présent qui sont les associés minoritaires. Nous savons quelles sont les informations pertinentes ou non auxquelles ils peuvent accéder de plein droit.

Vous aurez constaté que les organisateurs de ce congrès ont tenu à ce que M. Gutierres-Requenne et M. Lagarde exécutent devant vous une sorte de sonate en plusieurs mouvements. Nous allons maintenant écouter le second mouvement interprété par M. Lagarde, puis vous aurez le largo et l'allegretto lorsque l'on abordera les contentieux entre associés.

Monsieur Lagarde, vous avez la parole.

L'INFORMATION DES ASSOCIÉS PAR LA VOIE DE L'EXPERTISE JUDICIAIRE

Rapport présenté par Monsieur Henri LAGARDE

Expert près la Cour d'appel de Toulouse



L'information des associés par la voie de l'expertise comptable judiciaire a essentiellement deux fondements :

- le premier est l'article 226 de la loi du 24 juillet 1966 dont les dispositions ont été reprises et modifiées, et sont désormais codifiées dans le nouveau Code de commerce (articles L. 225-231 et L. 223-37);
 - le second est l'article 145 du Code de procédure civile.

I – L'EXPERTISE PORTANT SUR UNE OPÉRATION DE GESTION

- Primitivement réservée aux actionnaires minoritaires d'une société anonyme représentant au moins 10 % du capital social, cette mesure d'instruction a été étendue par la loi du 1^{er} mars 1984 au ministère public, aux comités d'entreprise et à la Commission des opérations de bourse pour ce qui est des sociétés faisant appel public à l'épargne. De plus cette mesure d'instruction a également, par cette même loi de 1984, été étendue aux SARL. Enfin plus récemment la loi du 15 mai 2001, dite loi NRE, a modifié très sensiblement le régime juridique de cette expertise sur plusieurs points.
- La représentativité des demandeurs, dans les SA, a été réduite d'un dixième à un vingtième du capital social; en revanche elle a été maintenue à un dixième dans les SARL.
- Dans les SA, la demande doit dorénavant être précédée d'un questionnement par écrit des dirigeants sociaux qui ont un mois pour répondre; au contraire les associés des SARL peuvent présenter directement leur requête au Président du Tribunal de commerce.
- Enfin et surtout, la loi NRE a étendu dans les SA le champ d'application de l'expertise de gestion aux filiales contrôlées au sens de l'article L. 233-3, le texte légal précisant que « la demande doit être appréciée au regard de l'intérêt du groupe ». Cette extension ne concerne pas les SARL dans lesquelles les mesures d'instruction restent internes.

Au cours des quelques minutes réservées à l'expertise de gestion à l'occasion de cette journée d'étude, il serait irréaliste et vain de prétendre être exhaustif. Notre propos sera donc de rapporter les principaux arrêts, jugements et commentaires qui nous ont paru essentiels, concernant :

Les conditions relatives à la recevabilité de la requête, notamment la représentativité des demandeurs, le questionnement préalable, le champ d'application de la demande.

Certains aspects de la mission de l'expert.

1.1 – Conditions de recevabilité

1.1.1. Représentativité des demandeurs et questionnement préalable

Reprenons l'article L. 225-231 du nouveau Code de commerce qui fixe la représentativité des demandeurs au vingtième du capital social. Il précise que ces demandeurs peuvent se regrouper pour atteindre ce seuil. Ce même article fait expressément référence à l'article L. 225-120, ce dernier reprenant les dispositions de l'article 172-1 de la loi du 24 juillet 1966. Ce texte prévoit que : Dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, les actionnaires, justifiant d'une inscription nominative depuis au moins deux ans et détenant ensemble au moins 5 % des droits de vote, peuvent se regrouper en associations destinées à représenter leurs intérêts au sein de la société.

Ce minimum de 5 % s'apprécie en additionnant les droits des actionnaires qui se rapprochent. Il faut noter que, dans la suite de l'article 172-1, il est prévu de réduire ce minimum en raison de l'importance du capital de la société. Ainsi le pourcentage de représentation des actionnaires désirant se regrouper tombe à 1 % dans les sociétés dont le capital est supérieur à 15 millions d'euros (1).

Les actionnaires, personnes physiques ou morales, et les associations qu'ils peuvent constituer entre eux, doivent saisir dans un premier temps le Président du conseil d'administration ou le directoire et lui poser par écrit des questions sur une ou plusieurs opérations de gestion. Selon les commentateurs du texte, les conditions pour agir tenant au pourcentage minimum de capital exigé, doivent être appréciées au moment du déclenchement de la procédure de questionnement, ainsi qu'au moment de la requête en référé qui lui fait suite « et à défaut de réponse » ou « à défaut de communication d'éléments de réponse satisfaisants ».

⁽¹⁾ La part des droits de vote exigée par rapport au capital tombe à $4\,\%$ entre 750 KE et 4500 KE, 3 % entre 4500 KE et 7500 KE, 2 % entre 7500 KE et 15 ME et à 1 % au-delà de 15 ME.

Dans les cas de démembrement de la propriété des actions, le droit d'agir appartient au nu-propriétaire qui, seul, a la qualité d'associé (2). Toutefois certains auteurs ont exprimé un avis contraire, suivis en cela par des décisions de justice attribuant le droit d'agir à celui qui détient le droit de vote selon que les questions soulevées relèvent d'une assemblée générale ordinaire ou d'une assemblée générale extraordinaire.

En revanche, il n'est pas douteux qu'un copropriétaire d'actions indivises ne puisse agir qu'avec l'accord unanime des co-indivisaires.

Les commentateurs de la loi NRE (3) ont relevé que la procédure préalable du questionnement concernait les seuls actionnaires, le ministère public, le comité d'entreprise, et la COB en étant dispensés. Cette différence de traitement au préjudice des actionnaires ne paraît pas justifiée. Selon le rapport Besson, pour l'actionnaire « la justice n'est plus le point de passage obligé ». De son côté le professeur Viandier observe fort justement : « pareil détour introduit une complication inutile; en effet, dès lors que l'appréciation du caractère satisfaisant des réponses relève de l'auteur de la question, il faut craindre que l'interrogateur soit rarement satisfait, satisfaction le privant de ce qu'il cherche, à savoir principalement la saisine du juge. Ce sera donc nécessairement au juge de se prononcer, pour dire que les réponses sont satisfaisantes ou pour nommer un expert parce qu'elles ne le sont pas » (4).

1.1.2. Champ d'application de la requête

Un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 18 octobre 1994 (affaire Babeaud c/ société La Générale du granit) indique très précisément ce que ne doivent pas faire les associés minoritaires agissant sur le fondement de l'article L. 225-231 (SA) ou L. 223-37 (SARL).

Un associé dirigeant, détenant 49 % des actions, avait été supplanté par un autre associé, détenant également 49 % du capital, ce dernier ayant réussi à acquérir les 2 % nécessaires pour lui assurer le contrôle de la société. Contestant la gestion du nouveau PDG, l'ancien dirigeant évincé saisissait le juge des référés et demandait la désignation d'un expert en se fondant conjointement sur l'article 226 de la loi et sur l'article 145 du NCPC L'affaire est allée devant la Cour suprême qui a jugé que « les questions posées tendent par leur nombre et leur diversité à une critique systématique de l'ensemble de la gestion de la nouvelle direction sociale » et qu'il n'avait pas été relevé « de présomption d'abus ni d'irrégularités affectant les opérations indiquées et susceptibles de nuire aux intérêts sociaux, comme de compromettre le fonctionnement ou la pérennité de l'entreprise » (5).

Cette décision résume parfaitement les principes à appliquer : l'expertise dite de gestion doit exclusivement porter sur des faits précis, révélateurs d'une présomption d'irrégularités et nuisant aux intérêts de la société. Dans un moment nous reviendrons sur la notion d'opération de gestion. Arrêtons-nous un instant sur la notion d'intérêt social compte tenu de l'extension du champ de l'expertise de gestion. La loi NRE prévoit que les questions des actionnaires pourront désormais porter sur des opérations de gestion de la société mais aussi sur celles des sociétés qu'elle contrôle et que, dans cette hypothèse, les demandes « sont appréciées au regard de l'intérêt du groupe ». Une

(2) Point de vue exprimé par MM. Mercadal et Janin, Mémento des sociétés

question vient à l'esprit : l'intérêt du groupe est-il compatible avec l'intérêt de la société dont les demandeurs sont associés ? Le mécontentement des demandeurs ne sera-t-il pas causé, dans la plupart des cas, par le fait que l'intérêt de leur société aura été sacrifié à l'intérêt du groupe?

La loi concerne semble-t-il les groupes constitués de façon homogène où les minoritaires, demandeurs d'une expertise de gestion, ont la possibilité de faire examiner les actes de leurs dirigeants dans des filiales que ceux-ci contrôlent. Qu'en est-il des filiales contrôlées par d'autres majorités, mais où néanmoins peuvent exister des collusions d'intérêts entre ces majorités « étrangères » et la majorité d'une société détentrice d'une participation minoritaire?

En principe l'article 233-3 répond à cette interrogation, dans les cas où deux ou plusieurs personnes agissent de « concert pour en contrôler une troisième, dans le cadre d'un accord en vue de mettre en œuvre une politique commune ». En l'absence d'un accord de ce type ou, dans l'hypothèse d'un accord occulte, les minoritaires d'une société non dominante seront sans recours. C'est ce que relève dans un article de doctine très complet publié par Les Petites Affiches du 5 avril 2002, Mme Cerati-Gauthier qui met l'accent sur le caractère inachevé de la loi NRE en ce que celle-ci « assure seulement l'information des actionnaires minoritaires de la société dominante ». Cet auteur relève également que « le groupe est une source majeure de risque de méconnaissance de l'intérêt social propre à chacune des sociétés du groupe ». Pour cette raison, il nous semble qu'une meilleure information est également due aux minoritaires des sociétés filiales. Dans le cadre du présent rapport, nous nous contenterons de constater la complexité du sujet et les limites de la loi NRE en matière d'extension du champ de l'expertise dite de gestion. Il est grand temps d'envisager maintenant, et de façon concrète, la mission de l'expert judiciaire.

1.2 – Mission de l'expert

1.2.1. Opération de gestion et intérêt social

Par profession, les experts-comptables ont pour activité de contrôler la traduction chiffrée d'opérations de gestion constitutives de la réalisation de l'objet de diverses entités économiques. Dans le cadre de l'expertise prévue par la loi, le juge leur donne mission d'examiner les conséquences d'une ou plusieurs opérations de gestion du point de vue de l'intérêt de la société.

L'ouvrage publié par les Éditions Francis Lefebvre « La protection des minoritaires » définit une opération de gestion comme « un acte de gestion accompli par un organe de gestion (c'est-à-dire par des dirigeants sociaux) qu'il s'agisse des décisions qu'ils sont habilités à prendre seuls ou d'actes sur la conséquence desquels les associés peuvent ensuite être appelés à se prononcer ».

Si l'on revient au terme utilisé par la loi il s'agit bien d'opération et non pas d'acte. A la lecture de la définition qui vient d'être donnée, on peut considérer qu'une opération est une succession d'actes. Mais la nuance qui différencie les deux termes mérite qu'on s'y arrête en les considérant sur un plan moral. Le Larousse nous dit qu'une opération est « une action concrète et méthodique, individuelle ou collective, qui vise à un résultat ». L'opération est donc toujours volontaire, réfléchie, préparée. L'acte au contraire peut être involontaire, spontané, surtout quand il est individuel. L'auteur d'un acte peut à la rigueur invoquer la bonne foi. L'auteur d'une opération qui est, par nature même, nécessairement préméditée, est a priori suspect si

commerciales p. 742 al. 13081, Éd. Francis Lefebvre. (3) Cf. notamment dossiers pratiques F. Lefebvre « Sociétés et loi NRE » par A. Viandier, al. 359.

⁽⁴⁾ Même référence, al. 355.(5) RJDA 1995, N° 168, p. 143.

l'opération qu'il a initiée puis réalisée s'avère fâcheuse pour la société.

Dorénavant, depuis l'entrée en vigueur de la loi NRE et dans les sociétés anonymes tout au moins, l'expertise fera suite à un questionnement des dirigeants, plus précisément du Président du conseil d'administration ou du directoire, et par hypothèse les réponses obtenues auront été jugées non satisfaisantes.

Dès lors l'expert, à l'occasion de ses investigations, sera confronté à des interlocuteurs peu sincères et enclins à occulter certaines réalités. Dans la relation que l'expert fera des opérations de gestion qu'il aura reçu mission d'examiner et dont il mesurera les conséquences économiques et financières, il sera conduit à faire état du comportement du ou des dirigeants. En effet, dans le souci qui doit être le sien de rechercher si une opération de gestion est ou non contraire à l'intérêt social, l'expert peut être amené à mettre en lumière un comportement fautif.

Dans un ouvrage très complet sur « La faute de gestion en droit des sociétés » (6), Me Serge Hadji-Artinian fait l'inventaire des comportements caractéristiques, néfastes par nature à l'intérêt social :

- en premier lieu l'aventurisme,
- puis la négligence, par passivité ou par défaut de surveillance,
 l'absence, degré suprême de la négligence,
- enfin la violation du droit, qu'il s'agisse du droit des sociétés, du droit commercial, du droit fiscal ou de dispositions pénales.

Au titre de cette notion très vaste de violation du droit, l'expert devra plus particulièrement s'attacher au respect du principe d'égalité entre les associés, ainsi qu'à la régularité des conventions, libres ou réglementées, conclues directement ou par personne interposée par l'équipe dirigeante d'une société, ou par un dirigeant unique, avec des entités économiques auxquelles ces dirigeant sont liés.

Nous sommes là dans un domaine familier à la profession de commissaire aux comptes. Notons cependant que le commissaire aux comptes fait porter ses diligences sur les conventions réglementées dont il a été informé et qu'il ne lui appartient pas de rechercher l'existence de telles conventions. L'expert de gestion aura au contraire l'obligation de diligenter une enquête approfondie pour rechercher si l'opération de gestion, objet de sa mission, cache ou ne cache pas en fait une convention réglementée par personne interposée. Ces considérations nous amènent à envisager deux aspects particuliers de ce type d'expertise : le principe du contradictoire et le secret des affaires.

1.2.2. Principe du contradictoire et secret des affaires

Cette expertise, assimilée à un mode d'information complémentaire des associés, procède d'un texte qui ne précise pas le régime procédural applicable. Toutefois la doctrine a très vite après la promulgation de la loi de 1966, émis l'avis que les règles du droit commun de l'expertise devaient être suivies. Dans le même temps, l'accent était mis sur le risque de contourner le secret des affaires, sous couvert de faire la lumière sur telle ou telle opération de gestion susceptible d'intéresser un ou plusieurs concurrents.

Après que de nombreuses décisions de première instance et d'appel eurent consacré l'assimilation de l'expertise de gestion à une véritable expertise judiciaire soumise au strict respect du principe de la contradiction, la Chambre commerciale de la Cour suprême a, dans un arrêt du 26 novembre 1996, clairement affirmé les conditions de réalisation d'une expertise de gestion.

Il s'agit de l'affaire Latty c/S. A. Latty international. Les consorts Latty agissant dans le cadre d'une expertise de gestion reprochaient à la Cour de Paris de ne pas leur avoir permis de prendre copie des pièces remises par la société à l'expert et de s'être bornée à en avoir simplement ordonné la communication sur place.

La Cour suprême a rejeté le pourvoi « attendu que, si l'expertise doit avoir un caractère contradictoire, l'expert désigné en application de la loi du 24 juillet 1966 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, dès lors que le rapport qu'il est chargé de présenter est destiné à fournir tous les éléments utiles à l'information sur la ou les opérations de gestion en cause ». Il ressort de cette décision qu'il n'y a pas d'incompatibilité entre le respect du contradictoire et la consultation par l'expert, hors la présence des parties, de documents utiles à son information, dans la mesure où celui-ci en mentionnera le contenu dans son rapport.

A contrario, l'expert devra veiller à ne pas divulguer d'informations étrangères à la mission impartie, car, dans ce cas, il pourrait effectivement lui être reproché d'avoir violé inutilement le secret des affaires et en outre le secret professionnel attaché à son état. S'il reste dans le cadre de sa mission, le secret ne peut lui être opposé.

Un arrêt du 7 janvier 1999, rendu par la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation (affaire SA Vericar / SA Gauduel cf. Bull. Joly, 1999, p. 666) énonce très clairement que le secret des affaires n'est pas un obstacle « dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées » (7).

Rappelons d'ailleurs que l'entrave à la mission de l'expert est pénalement sanctionnée (article L. 824-2) (8) et que le rapport de celui-ci doit être annexé au rapport général du commissaire aux comptes et par conséquent être déposé au greffe du Tribunal de commerce. De plus, ce rapport est communiqué au conseil d'administration de la société, au comité d'entreprise, au ministère public et, si la société fait appel public à l'épargne, à la COB. L'expertise de gestion implique par conséquent une responsabilité accrue de l'expert qui, plus qu'en toute autre matière, doit veiller à ne pas déborder du cadre de sa mission, celle-ci n'ayant pour but que d'informer les demandeurs et autres acteurs de la vie de la société sur « une ou plusieurs opérations de gestion » précisément circonscrites par le juge.

Après avoir exposé très rapidement ce moyen d'information spécifique aux sociétés, il convient d'évoquer un autre mode d'information, plus général, mais non dénué d'intérêt dans le domaine de cette journée d'étude.

II – L'EXPERTISE PRÉVENTIVE

(art. 145 du NCPC)

2.1 – Consécration de l'expertise préventive dans les conflits entre associés

Il s'était dégagé dans le passé, c'est-à-dire antérieurement aux années 70, le principe de l'interdiction des mesures d'instruction

⁽⁶⁾ Éditions LITEC.

⁽⁷⁾ Cf. Sociétés et Loi NRE déjà cité, p. 101 alinéa 3.62.

⁽⁸⁾ Les dirigeants, président, directeurs généraux, administrateurs et plus généralement toute personne au service de la société, s'exposent à un emprisonnement de cinq ans et à une amende de 75 000 euros.

« in futurum ». C'était une constante jurisprudentielle, combattue par une bonne partie de la doctrine. Le pouvoir réglementaire, sensible aux arguments de cette dernière, a consacré le principe de mesures d'instruction en dehors de toute demande principale, par l'article 4 du décret du 27 décembre 1973, devenu peu de temps après l'article 145 du Nouveau Code de Procédure Civile, dont il paraît utile de rappeler la rédaction : « S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve des 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. »

Le caractère très général du texte a ouvert la voie à des actions très diverses, dont celles d'associés minoritaires auxquels il est apparu que cette procédure était somme toute moins formaliste que celle prévue par l'article L. 226. Le professeur Alain Couret et Maître Guy-Alain de Sentenac, avocat et enseignant associé à l'Université de Toulouse-1, ont exposé dans un article co-signé publié dans le bulletin semestriel de notre Compagnie (mai 1996), comment, en définitive, la jurisprudence avait « consacré la dualité des fondements sur lesquels le minoritaire pourra se fonder pour demander une éventuelle expertise ».

Cette reconnaissance de l'expertise « in futurum » comme moyen d'information découle de l'arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 7 décembre 1981, dans l'affaire Spar Agro c/Turquais et autres (9). Il s'agissait en l'occurrence d'un PDG ayant vendu à la société qu'il dirigeait, Spar Agro, un brevet pour 1 500 000 francs. Cette convention n'avait pas été approuvée par l'assemblée générale des actionnaires. Ceux-ci avaient demandé une expertise à l'effet d'établir si cette vente ne constituait pas une faute de nature à engager la responsabilité du Président directeur général.

La société Spar Agro constatait dans sa défense que les demandeurs ne représentaient par un dixième du capital et que l'action menée n'avait pas de fondement juridique précis. La Cour de Reims avait fait droit à la demande d'expertise au motif, entre autres, que le rapport spécial du commissaire aux comptes n'était pas suffisamment documenté et « que dans ces conditions un minoritaire peut obtenir en référé une expertise en vue d'une éventuelle action en responsabilité contre le dirigeant en cause, non pas sur le fondement de la loi de 1966, mais sur celui de l'article 145 du NCPC ». La Cour suprême a confirmé l'arrêt de la Cour de Reims, consacrant ainsi la possibilité du recours à l'article 145 dans la vie des sociétés.

Dans un article de doctrine déjà ancien (10), Mme Michelin-Finielz, magistrat, défendait l'idée que les expertises de l'article L. 226 de la loi sur les sociétés et de l'article 145 du NCPC n'étaient pas exclusives l'une de l'autre. Cette remarque a été relevée dans la plaquette du congrès de notre compagnie qui s'est tenu à Caen en 1978, « la preuve de l'élément intentionnel dans l'abus de majorité, preuve délicate qui incombe au demandeur minoritaire, peut se faire grâce à l'article L. 226 ». Pour Mme Michelin-Finielz, l'article 145 présente un intérêt distinct et conserve une autonomie profitable aux éventuels demandeurs. Elle reconnaît que l'expertise article L. 226 est « rattachée institutionnellement au fonctionnement de la société, même si elle apparaît exceptionnelle ou dérogatoire par rapport aux mécanismes classiques d'information et de contrôle ». Mais il lui apparaît également que l'expertise préventive de l'article 145 présente l'intérêt « d'être le prélude à une action en responsabilité contre un administrateur ou en annulation d'une décision d'une assemblée ».

On comprend à cette lecture que l'intérêt de l'article 145 est de permettre aux demandeurs potentiels d'échapper ainsi au « carcan » de l'article L. 226, au moins pour ce qui est du pourcentage de représentation du capital et de la notion d'opération de gestion. Un arrêt (11), beaucoup plus récent de la Cour d'appel de Paris confirme l'analyse qui vient d'être rapportée. Dans cet arrêt du 9 décembre 1994, la Cour de Paris caractérise les deux actions et leurs conditions de mise en œuvre, ainsi précisées dans le résumé qui en a été fait dans le bulletin Joly : « L'absence d'informations suffisantes sur une ou plusieurs opérations de gestion justifie une demande d'information complémentaire, pourvu que soit fourni un élément susceptible de faire présumer que la gestion est soit irrégulière, soit contraire à l'intérêt social. A défaut, une des conditions de l'article 226 de la loi du 24 juillet 1966 n'est pas remplie et il n'y a pas lieu d'ordonner l'expertise sollicitée sur ce fondement.»

« Sur le fondement de l'article 145 du NCPC, il suffit que le cadre et les limites d'une éventuelle saisine du juge du fond soient déterminables, sans que le demandeur soit obligé d'indiquer dès à présent s'il engage une action, ni d'en donner la nature et le fondement, ces choix pouvant résulter de la mesure sollicitée. »

Gardons-nous d'en déduire hâtivement que l'expertise préventive s'ouvre sans limites aux associés minoritaires mécontents ou procéduriers.

2.2 – Spécificités et limites de cette procédure

Le texte même de l'article 145 met en évidence la nécessité de l'existence d'un « motif légitime » de conserver ou d'établir la preuve de faits. La réalité de ce motif est la condition première de la recevabilité de la demande. Ce n'est pas là à proprement parler une spécificité. Le motif légitime est contenu dans l'intérêt légitime à agir. Mais, au cas particulier, cet intérêt légitime est doublé d'un intérêt probatoire. Il s'agit en effet soit de conserver des éléments de preuve s'ils risquent de disparaître notamment dans les cas de sociétés en liquidation amiable ou judiciaire, soit d'établir la preuve de faits qui se sont produits. En allant plus loin dans la lecture de l'article, on relève qu'il doit s'agir de faits « dont pourrait dépendre la solution d'un litige ».

Les faits concernés doivent donc être probants et utiles à résoudre un litige.

Toutefois, le second alinea de l'article 146 du NCPC limite la notion d'intérêt probatoire puisqu'il stipule : « En aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve. »

Le juge doit être en mesure d'apprécier l'utilité de la procédure préventive. Pour la doctrine, la notion d'urgence n'est pas prévue par le texte, mais dans les faits, la nature même du motif légitime contient implicitement l'exigence d'une urgence à agir.

Deux exemples permettent d'illustrer notre propos, l'un conduit à recevoir favorablement une demande d'expertise préventive, l'autre aboutit à un rejet.

Dans le premier cas, l'arrêt de la Première Chambre civile de la Cour de cassation du 16 décembre 1992 (12). Les associés d'une holding canadienne contrôlaient deux sociétés néerlandaises et par le biais de celles-ci une société française, elle-même contrôlant trois autres sociétés françaises. Une augmentation du

⁽⁹⁾ Revue des sociétés 1982, p. 519.

⁽¹⁰⁾ Revue des sociétés 1982, p. 33 et s.

⁽¹¹⁾ CA Paris 9/12/1994 aff. Delors c/Sté Nardel, cf. note Le Cannu, 2/1995,

⁽¹²⁾ Aff. SA Financière Hottinguer et autres c/J. Ph. Hottinguer et autres, note M. Jeantin, Bull. Joly, mars 1993, p. 349.

capital de la société française, chef de file du sous-groupe français, avait eu pour conséquence de réduire de moitié la participation des minoritaires français et de faire apparaître une nouvelle majorité en son sein. L'action a été menée par les minoritaires d'une filiale qui ont mis en cause les conditions dans lesquelles l'augmentation de capital réalisée au sein de la « mère » avait provoqué un changement de majorité qui leur était préjudiciable. Le Tribunal de commerce de Paris a retenu l'intérêt légitime à agir, sur le fondement de l'article 145, suivi en cela par la Cour de Paris (arrêt du 28 novembre 1990).

Un recours était formé sur quatre moyens, dont trois relevaient du droit international privé et le quatrième critiquait l'application par la Cour de Paris des dispositions de l'article 145.

Il était notamment argué que les demandeurs n'étaient pas associés de la société, dont le capital avait été augmenté et que les règles touchant à l'intérêt et à la qualité pour agir avaient été transgressées.

La Cour suprême a rejeté le pourvoi et confirmé la recevabilité de la demande d'expertise préventive. On notera que, dans cette affaire, les dispositions propres à l'expertise de l'article L. 226 étaient inopérantes et que, pour en revenir à la portée de la notion de « motif légitime », celle-ci avait été étendue au cas particulier au-delà même du périmètre de la société au sein de laquelle les faits s'étaient produits. Il faut donc en retenir que l'intérêt et la qualité pour agir découlent de l'existence de faits qui, s'ils sont prouvés, sont de nature à porter un préjudice certain aux demandeurs.

L'expertise préventive se justifie quand il s'agit d'établir les faits et le lien de causalité entre ceux-ci et le préjudice allégué.

Le second exemple nous est donné par une très récente décision du Tribunal de commerce de Paris du 27 juin 2002 (13). Des actionnaires minoritaires de Vivendi Universal ont sollicité une expertise sur les conditions d'exercice de la mission des administrateurs de cette société pendant la période mai 2000-mai 2002, compte tenu des « documents d'information » dont ceux-ci avaient pu disposer. La requête était fondée sur l'une des dispositions de l'article 145. Elle a été rejetée car l'existence d'un « motif légitime » n'était pas démontrée. Le Tribunal a décidé qu'il n'était fourni « ni preuves, ni présomptions sérieuses » de l'existence de fautes et donc que les faits n'étaient pas établis. L'intérêt probatoire de la requête de ce jugement vient aussi et surtout de ce que le Tribunal est allé plus loin en insistant sur le fait « que les demandeurs disposent également de par la loi de la possibilité de solliciter une expertise de gestion dont les conditions d'accès et la nature sont clairement précisées par les dispositions spécifiques de l'article L. 225-221 du Code de commerce ».

Ces considérations s'inspirent des thèses développées par une certaine partie de la doctrine depuis quelques années, mettant en cause la légitimité du recours à l'expertise préventive dès lors qu'une expertise spécifique a été prévue par le législateur. Dans l'ouvrage déjà cité (Sociétés et Loi NRE), le professeur Viandier, considérant les apports de la loi nouvelle, expose que l'assou-

plissement des conditions de mise en œuvre de l'article 235-231 devrait inciter les Tribunaux à refermer « la brèche » ouverte par les utilisateurs de l'article 145 du NCPC. Les Cours d'appel, la Cour suprême, seront sans doute saisies de cette remise en cause d'une évolution qui, depuis 1981 et l'arrêt Spar Agro c/Turquais, était favorable à un moyen de procédure propice à l'information des minoritaires. L'opération de gestion circonscrit le domaine d'application de l'article 226. Le motif légitime, notion plus large, conditionne la mise en œuvre de l'article 145.

Dans les deux cas, l'expert-comptable judiciaire se heurtera à des difficultés particulières tenant à la nature même de ces mesures d'instruction. Dans la plupart de ses missions en matière civile ou commerciale, l'expert trouve la matière de ses investigations dans le dossier du demandeur, dans les comptes qui lui sont communiqués et dans les dires en réplique du défendeur. Dans les expertises dites de minorité, quels qu'en soient le fondement et la portée, l'expert se trouve très souvent confronté à une quête documentaire difficile, car ses investigations doivent porter sur des pièces, des documents, des comptes que les demandeurs sont, par hypothèse, hors d'état de lui fournir. Quant aux défendeurs, il est à craindre de leur part une mauvaise volonté évidente à communiquer les informations et les documents utiles à la réalisation de la mission.

En principe, l'obstruction délibérée ne devrait pas se produire puisque, comme nous l'avons vu, un tel comportement est sanctionné pénalement. Il n'en reste pas moins que ce type de mission nécessite que l'expert désigné fasse preuve d'autorité, de persévérance, voire de pugnacité. Sans ces qualités de comportement, l'expert risque de rendre un rapport incomplet, ne répondant pas à l'objet de sa mission qui est d'informer le juge dans le cadre d'une expertise article 226 et celle de répondre aux attentes de la partie demanderesse dans le cadre de l'article 145.

Les deux textes que nous venons trop rapidement d'examiner, constituent un apport non négligeable à l'information des associés minoritaires.

La conclusion de ce rapport sera empruntée aux auteurs (14) de l'article précité qui s'intitule « l'information des minoritaires par le biais de l'expertise ». Ceux-ci concluaient ainsi leurs réflexions sur ce sujet : « en définitive, la dualité des fondements et des conditions de ce double recours à l'expert apparaît ainsi comme totalement justifié par la multiplicité et la complexité de la vie des sociétés modernes. La diversité des recours est sans doute indispensable à une saine protection des minoritaires dès lors que les finalités ne sont pas identiques et que ces recours ne sont pas dictés par une simple volonté de nuire ».

Je vous remercie de votre attention.

(Applaudissements)

M. Cotte. – C'est nous qui vous remercions. Nous allons écouter l'autre pan de ces interventions : « Les contentieux entre associés » et dans un premier temps, M. Claude Gutierres-Requenne.

⁽¹³⁾ TC Paris 27/6/2002, Joly nº 166 du 22/7/2002, note G.B.

⁽¹⁴⁾ Alain Couret et Guy-Alain de Sentenac, Bulletin CNECJ, mai 1996.

L'ABUS DE MAJORITÉ

Rapport présenté par Monsieur GUTIERRES-REQUENNE

Expert près la Cour d'appel de Paris

Il convient d'abord de rappeler que les rapports entre associés ne sont pas toujours conflictuels.

Les minoritaires peuvent être satisfaits des conditions de rémunération de leurs titres à l'occasion d'une opération de restructuration et approuver l'opération qui leur est présentée, où chaque catégorie d'associé estime trouver son compte. Cette convergence d'intérêts peut être atteinte d'emblée, ou à la suite d'aménagements de l'offre financière initiale consentis par les associés majoritaires et qui sont parfois consécutifs à la mise en œuvre par les minoritaires d'expertises de gestion ou préventives.

On distingue deux catégories de conflits entre associés et nous examinerons successivement :

- 1 La lésion des intérêts des associés minoritaires (l'abus de majorité),
- 2 La lésion des intérêts des associés majoritaires (l'abus de minorité).

Cette deuxième partie sera traitée par Henri Lagarde.

Nous étudierons successivement :

- les caractéristiques de l'abus de majorité,
- les sanctions de l'abus de majorité.

1 – LES CARACTÉRISTIQUES DE L'ABUS DE MAJORITÉ

Les minoritaires dont nous analysons maintenant le comportement ne sont pas nécessairement opposés au principe des opérations proposées par les majoritaires, mais ils estiment que les conditions sont inéquitables à leur égard. Ils vont contester judiciairement les modalités financières d'opérations qui ne paraissent pas, de leur point de vue, satisfaisantes.

En d'autres termes, ces associés n'acceptent pas d'avoir économiquement tort parce qu'ils sont juridiquement minoritaires.

1.1 – Définition jurisprudentielle

Selon la jurisprudence maintenant bien établie de la Cour de cassation, cette lésion des intérêts minoritaires est démontrée lorsque la résolution votée à la majorité a été prise :

• contrairement à l'intérêt général de la société,

• et dans le dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de la minorité.

1.2 – Le recours possible à l'expertise

Les associés minoritaires sont demandeurs à l'instance. Il leur appartient donc d'apporter la preuve de la lésion qu'ils invoquent.

Le juge saisi peut, à ce stade, ordonner une expertise s'il estime manquer d'éléments pour apprécier l'existence des deux critères précités de l'abus de majorité.

Cette possibilité a été reconnue il y a près de quarante ans par la Cour de cassation :

Des actionnaires minoritaires d'une société anonyme reprochaient aux dirigeants de procéder à des investissements injustifiés par l'intérêt social et d'un coût de financement anormalement onéreux.

Une Cour d'appel avait ordonné une expertise avec mission de faire connaître les conditions dans lesquelles il avait été procédé aux investissements, aux amortissements, aux répartitions et aux affectations de bénéfices et de rechercher s'il existait des éléments de nature à justifier les reproches d'abus de droit.

Saisie d'un pourvoi, la Cour de cassation, dans un arrêt de la Chambre commerciale du 16 octobre 1963, a confirmé l'arrêt entrepris au motif que « les juges peuvent ordonner une mesure d'instruction, s'ils s'estiment insuffisamment éclairés des faits et circonstances dénoncés par les auteurs de l'action » (1).

Nous donnerons deux exemples d'expertises plus récentes :

1 – Dans une instance où un actionnaire demandait l'annulation d'une assemblée générale ayant décidé la réduction du capital à zéro, puis son augmentation (coup d'accordéon) au motif que les comptes présentés à l'assemblée avaient été rendus volontairement défavorables, la Cour d'appel de Versailles, dans un arrêt du 20 mai 1999 (2), a ordonné une expertise « pour apporter tous éléments permettant d'apprécier la fidélité de l'image de la situation de la société fournie aux actionnaires... ».

L'expert a estimé que les critiques portées sur les comptes par le demandeur n'étaient pas fondées.

⁽¹⁾ Anciens Ets Cambier/Duquesnoy, Bull. civ. III nº 423.

⁽²⁾ Alberti/Kharys parfums, Bulletin Joly Sociétés 2000, p. 186.

2 – Dans un conflit entre deux groupes d'associés égalitaires de sociétés civiles d'exploitation agricole, dont l'un comprenait le gérant salarié et l'autre des associés « passifs », ces derniers affirmaient que le refus du gérant, depuis plusieurs années, de les autoriser à prélever leurs parts des bénéfices portées sur leurs compte courants n'était motivé que par la volonté de les priver de ressources et de faire ainsi pression pour acquérir leurs parts ; ils contestaient en outre la sincérité des comptes communiqués à l'occasion des assemblées. Le gérant rétorquait que la situation financière des sociétés et les projets d'investissement interdisaient tout prélèvement des associés (3).

La mission d'expertise ordonnée en date du 2 décembre 1998 par le Tribunal de grande instance de Chalons en Champagne était libellée ainsi :

- « Rechercher:
- Les raisons des dépôts en compte courants des bénéfices revenant aux associés :
 - l'utilisation des fonds ainsi déposés,
 - les besoins de la société.
- Dire si la trésorerie disponible permet ou non de rembourser les comptes courants sans porter préjudice à la vie de la société.
- Se faire communiquer la comptabilité de la société.

 Dire si cette comptabilité est régulière; dans le cas contraire, relever les irrégularités pouvant l'entacher et préciser si un préjudice a pu être causé aux demandeurs de ce fait... »

L'expert a constaté que la comptabilité était régulière et il a estimé que, compte tenu des besoins de la société, la trésorerie disponible permettait de rembourser leurs comptes courants aux associés.

1.3 – Cas de jurisprudence relatifs à l'abus de majorité

La jurisprudence relative à l'abus de majorité est abondante. Elle est recensée et analysée dans des ouvrages récemment parus, notamment dans celui du Professeur Dominique Schmidt déjà cité, et dans la publication des Éditions Francis Lefebvre « Protection des minoritaires dans les sociétés commerciales ne faisant pas appel public à l'épargne », où nous avons trouvé les exemples cités ci-après. Nous allons exposer un cas où l'abus de majorité a été retenu et au contraire, un autre où il ne l'a pas été, concernant des situations d'absence de distribution de bénéfices.

1.3.1. Cas où l'abus de majorité a été retenu

Dans un arrêt du 13 avril 1983 (4), la première Chambre civile de la Cour de cassation a confirmé constitutive d'un abus de majorité la décision prise par l'assemblée générale d'une société civile de reporter les bénéfices de quatre exercices consécutifs, dès lors que :

- d'une part, en s'opposant chaque année systématiquement à toute distribution de dividendes malgré l'importance des bénéfices réalisés, les associés majoritaires ont, au mépris de la règle fondamentale de l'article 1832 du Code civil, vidé de sa substance le contrat constitutif de la société;
- d'autre part, la décision de report des bénéfices a été prise dans l'intention de nuire à l'associé minoritaire qui ne pouvait plus profiter du seul avantage attaché à sa position de porteur de parts.

1.3.2. Cas où l'abus de majorité n'a pas été retenu

Dans un arrêt du 23 juin 1987 (5), la Chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé que les décisions de l'assemblée générale d'une société anonyme affectant à la réserve extraordinaire les bénéfices de huit exercices consécutifs n'étaient pas constitutifs d'abus de majorité comme ayant été prises contrairement à l'objet social et dans le dessein de favoriser les actionnaires majoritaires au détriment de l'actionnaire minoritaire, dès lors que cette politique prudente a permis d'assurer un financement important de la société sans appel à des avances de fonds extérieurs, ce qui a mis la société dans une situation favorable et a conduit, à défaut de distribution de dividendes, à une progression de la valeur des actions qui profite à tous les actionnaires.

Ces deux décisions en sens contraire ne constituent pas, pour la dernière, un revirement de jurisprudence. Dans les deux cas, la Cour suprême a vérifié que des éléments de fait – différents dans chacun des cas – avaient bien été analysés au regard des éléments constitutifs précités de l'abus de majorité.

1.3.3. Cas où la Cour de cassation a estimé que l'abus de majorité retenu par une Cour d'appel n'était pas caractérisé

Dans l'espèce suivante, en revanche, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a estimé que n'a pas caractérisé l'abus de majorité qu'elle a retenu, la Cour d'appel, qui s'est fondée sur la circonstance qu'en donnant à bail au co-gérant majoritaire d'une SARL le principal actif de celle-ci, la société s'était privée de la possibilité de procéder à la vente de cet actif, tandis que la dissolution de la société et sa liquidation amiable auraient pu être envisagées.

En effet, de tels motifs sont impropres à caractériser en quoi une telle décision, prise régulièrement en assemblée générale, aurait été contraire à la volonté des associés minoritaires au moment de l'acte et aurait causé un préjudice à ces derniers en nuisant aux intérêts de la société, et en quoi cette décision favorisait les intérêts personnels de certains associés (6).

2 – LES SANCTIONS DE L'ABUS DE MAJORITÉ

La doctrine recense cinq sanctions possibles à l'abus de majorité :

L'annulation de la décision dictée par le conflit d'intérêts.

La nomination d'un mandataire de justice.

La dissolution de la société.

La condamnation à des dommages et intérêts.

L'autorisation donnée à l'associé minoritaire d'exercer son droit de retrait.

L'expert judiciaire n'est pas concerné par les trois premières sanctions.

Il peut l'être, en revanche, pour les deux dernières et en particulier en cas de retrait, s'il lui est donné pour mission de déterminer à quel prix les titres de l'associé minoritaire lui seront rachetés, conformément à l'article 1843-4 du Code civil.

L'expertise de l'article 1843-4 du Code civil.

⁽³⁾ Gandon/Gandon (SCEA de Vatry), non publié.

⁽⁴⁾ Sté civile de gestion Vendôme/Monot, Bulletin Joly 1983, p. 512.

⁽⁵⁾ Philips/SA manoir muristaltien, Bull. civ. IV 160.

⁽⁶⁾ Arrêt du 4 mai 1993, Lacaze/Dalleau, RJDA 8-9/93, p. 702.

Cet article dispose que:

« Dans tous les cas où sont prévus la cession de droits sociaux d'un associé ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné, soit par les parties, soit, à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés, et sans recours possible. »

Nous examinerons succinctement cette question, car ce sujet a été traité par Madame Rolande Berne-Lamontagne lors de notre Congrès national de 1994:

- Les spécificités de l'expertise de l'article 1843-4 du Code civil
 - · Les méthodes d'évaluation à retenir par l'expert.

2.1. Les spécificités de l'expertise de l'article 1843-4 du Code Civil.

Lors de notre Congrès de 1994, Monsieur le Président Bézard a souligné qu'il s'agit d'une procédure d'ordre public destinée à permettre à un associé minoritaire, prisonnier de ses titres, de sortir de cette situation : « à un moment ou à un autre, il faut dire : Messieurs, vous étiez d'accord pour céder, vous vous en êtes remis à un homme de l'art... c'est fini ».

Le prix – et non la fourchette de prix – fixé par l'expert a un caractère irrévocable et définitif, selon un arrêt du 4 novembre 1987 de la Chambre commerciale de la Cour de cassation, dit « arrêt Morel », confirmé par la jurisprudence ultérieure :

« En s'en remettant à l'estimation d'un expert désigné conformément aux articles 275 de la loi du 24 juillet 1966 et 1843-4 du Code civil, les contractants font de la décision de celui-ci leur loi et, à défaut d'erreur grossière, il n'appartient pas aux juges, en modifiant le prix, d'imposer aux parties une convention différente de celle qu'elles avaient entendu établir. »

L'« erreur grossière » n'est pas seulement une erreur matérielle de calcul. Il peut s'agir d'une méconnaissance par l'expert des spécificités de ce type de mission.

Un arrêt du 5 mai 1998 de la première Chambre, section A de la Cour d'appel de Paris (7) a rejeté une expertise qui réservait à un tribunal arbitral le soin de décider de l'éventuel rattachement au bilan d'une SCP d'un emprunt et d'une provision pour litige.

La doctrine a approuvé cette décision : dans un commentaire sur cet arrêt, le Professeur Bonneau a écrit : « cette position des juges du fond paraît tout à fait justifiée... L'expert est investi d'une mission qu'il doit exécuter sans en méconnaître les termes ; il doit donc fixer la valeur des droit sociaux sans renvoyer celle-ci au juge, que ce soit le juge judiciaire ou le juge arbitral »...

La doctrine a relevé que l'homme de l'art n'intervenait pas en qualité d'expert judiciaire, au sens des articles 263 et suivants du NCPC, mais, selon le Professeur Viandier, en position d'arbitre ad hoc intervenant dans le cadre d'une mission d'arbi-

trage forcé, ou, selon le Professeur Randoux, comme une sorte de mandataire commun des parties chargé de compléter la convention de cession.

2.2. Les méthodes d'évaluation à retenir par l'expert

L'expert est-il tenu de mettre en œuvre une démarche d'évaluation spécifique ? La réponse est négative :

Un texte adopté par le Sénat le 7 mai 1998, mais non repris par l'Assemblée nationale, proposait d'appliquer la méthode dite « multicritère » retenue par la loi du 31 décembre 1993 pour évaluer le prix des titres soumis au retrait obligatoire, dans les sociétés anonymes faisant appel public à l'épargne.

Dans un arrêt du 29 avril 1997 (8), la Chambre commerciale de la Cour de cassation avait jugé que ces critères n'étaient ni impératifs ni limitatifs.

L'évaluateur est donc maître de sa méthode et, à l'issue d'investigations non soumises au principe du contradictoire, il devra déterminer un prix qui sera définitif et irrévocable.

Ces circonstances très particulières doivent néanmoins, à notre avis, inciter l'expert à justifier en détail son évaluation après avoir recueilli les observations des parties.

Par exemple, un arrêt du 26 octobre 1995 (9) de la Cour d'appel de Versailles a validé l'évaluation d'une participation minoritaire dans une SCI dans laquelle le caractère minoritaire des parts avait été écarté, car le but de l'opération n'était pas de céder les titres à un acquéreur éventuel, mais de rembourser à un associé la valeur de ses droits sociaux, valeur indépendante de l'importance de ses parts quant au vote des résolutions lors des assemblées.

S'agissant de mettre un point final à un litige, on peut se demander si l'expert doit intégrer à sa réflexion la possibilité par l'acquéreur de payer le prix fixé. Cette possibilité ne paraît pas pouvoir être exclue, compte tenu de la situation particulière de l'expert « arbitre ad hoc ou mandataire des parties ». Elle n'est cependant pas utilisée à notre connaissance, car la recherche des capacités financières du cessionnaire n'est pas une diligence normalement requise en matière d'évaluation.

Je vous remercie.

(Applaudissements)

M. Cotte. – Merci beaucoup. M. Lagarde va maintenant clôturer les interventions de cette matinée en évoquant l'abus de minorité et les sanctions.

⁽⁷⁾ SCP Berlioz/Lajoix, Droit des sociétés 1998 nº 135.

⁽⁸⁾ Affaire Sogenal, RD Affaires 1997, p. 691.(9) Lalanne/SCI du pavillon de l'écuyer, Francis Lefebvre BRDA avril 1996,

L'ABUS DE MINORITÉ

Rapport présenté par Monsieur Henri LAGARDE

Expert près la Cour d'appel de Toulouse

Notre propos est maintenant d'examiner à quelles dérives peuvent être conduits certains minoritaires dans la défense de leurs droits, notamment lors d'un vote en assemblée générale, ou dans les actions d'information que leur offrent les voies judiciaires.

Dans un arrêt du 26 novembre 1953 la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation précisait que l'exercice d'un droit peut constituer une faute lorsque le titulaire de ce droit en fait, à dessein, un usage préjudiciable à autrui. Le comportement qui génère une faute est imputable à tout acteur de la vie sociale et les minoritaires ne sauraient y échapper ; le comportement fautif entraîne un abus qui est qualifié en fonction de la personne qui le commet. C'est en réalité purement et simplement un abus de droit, mais on fera état suivant le cas d'un abus de majorité, comme nous venons de le voir, ou d'un abus de minorité sur lequel nous allons nous pencher quelques instants.

Nous examinerons successivement:

- 1. Les composantes d'un comportement fautif;
- 2. Les moyens retenus pour établir l'abus ;
- 3. Et enfin les sanctions qu'il entraîne.

1 – COMPOSANTES D'UN COMPORTEMENT ABUSIF

Les juridictions statuant au fond, mais aussi la Cour suprême, ont rendu de nombreuses décisions permettant de qualifier le comportement de minoritaires dans la vie de leur société. Les publications sur le sujet ne manquent pas ; l'une des plus récentes, celle des Éditions Francis Lefebvre (1), relève trois composantes essentielles caractérisant un comportement fautif :

- l'attitude du ou des minoritaires est contraire à l'intérêt général de la société ;
- cette attitude interdit la réalisation d'une opération essentielle à la vie, voire à la survie de la société ;
- ou encore le comportement du minoritaire est dicté par le souci de favoriser des intérêts personnels, au détriment de ceux de l'ensemble des autres associés.

Ces trois composantes ne doivent pas nécessairement être concomitantes pour que l'abus soit constitué.

(1) « La protection des minoritaires ».

Un récent de la Cour d'appel de Rouen (2) a sanctionné un minoritaire refusant de voter le transfert du siège social d'une société d'Évreux dans l'Eure à Brignoles dans le Var, lieu où se situait le principal établissement. La décision de transfert était en outre justifiée par le déménagement de la société domiciliataire auprès de laquelle la société « Net Informatique » avait élu domicile, ce qui risquait d'entraîner certaines perturbations dans la vie sociale liées à des difficultés de réexpédition du courrier pendant la période estivale.

Le minoritaire, domicilié à Issy-les-Moulineaux, ne voulait pas d'un transfert du siège dans le Midi; il bloquait toute décision en ce sens. La Cour a relevé « que la décision de transfert est conforme à l'intérêt social » et que l'associé n'établit pas « en quoi cette décision porterait atteinte à ses intérêts légitimes d'associé minoritaire ».

Un commentateur de cet arrêt, le Professeur Barbiéri, relève que les juges avaient jusque-là généralement sanctionné des atteintes graves à la vie des sociétés, notamment des comportements de nature à nuire à la survie même de la personne morale. Il note qu'au cas particulier, la survie de la société n'étant pas menacée, les magistrats ont sanctionné un comportement « dolosif » et « malicieux », c'est-à-dire en fait « une atteinte grave à l'affectio societatis ».

Plus classique est l'arrêt le plus souvent cité par la doctrine sur le sujet, qui est l'arrêt Flandin (3). Un minoritaire s'était opposé à une augmentation du capital qui devait porter celui-ci au minimum légal de 50 000 francs. Bien entendu l'abus est apparu nettement caractérisé sur ce point, la survie de la société étant à l'évidence en cause. En revanche, dans la même affaire, l'abus n'a pas été reconnu à propos du rejet d'une autre décision proposant de porter le capital à 500 000 francs, bien qu'un dossier documenté ait été produit à l'appui de la résolution proposée.

Un autre arrêt de la Cour suprême (4), important à plus d'un titre, subordonne l'abus de minorité à la condition préalable du respect du droit à l'information du ou des minoritaires. La Cour

⁽²⁾ Arrêt du 13 juin 2000 Sarl Net Informatique c/Guillome, Bulletin Joly mars 2001, note J.F. Barbier.

⁽³⁾ Cass. Com. 9 mars 1993 Flandin c/Alarme Service électronique et autres, Bull. Joly 1993, p. 547.

⁽⁴⁾ Cass. Com. 27 mai 1997 SA Arti Moul c/Couvaud, Bull. Joly aoûtseptembre 1997, p. 765, note G.B.

a posé comme principe que le comportement fautif du minoritaire pratiquant une obstruction systématique peut se trouver couvert par un fait justificatif. En l'occurrence, le minoritaire, qui refusait de voter une augmentation de capital, prétendait, à juste titre, n'avoir pas eu à sa disposition les informations lui permettant de se prononcer en toute connaissance de cause. Ce minoritaire n'était pas jugé de mauvaise foi. En particulier, il n'avait pas pu disposer du rapport du conseil d'administration sur l'opération envisagée, rapport rendu obligatoire par la loi. Il y allait pourtant de la survie de la société puisque les capitaux propres étaient inférieurs à la moitié du capital social. Nous retiendrons donc qu'un défaut d'information, ou une information insuffisante, peuvent justifier un comportement hostile du minoritaire, que le juge refusera d'assimiler à un abus caractérisé.

Nous allons revenir sur ces trois arrêts pour préciser les comportements relevant d'abus et les sanctions appliquées.

2 – MOYENS RETENUS POUR ÉTABLIR L'ABUS DE MINORITÉ

Le comportement abusif se caractérise essentiellement par deux attitudes :

- d'une part, le dévoiement du droit de vote,
- d'autre part, la saisine intempestive ou répétée des Tribunaux.

La première attitude répréhensible est le fait de minoritaires détenteurs de ce qu'il est convenu d'appeler la « minorité de blocage », dont ils sont amenés à abuser.

La seconde attitude peut être le fait des minoritaires possédant, à titre individuel ou collectif, les pourcentages de détention du capital leur permettant de solliciter une expertise sur une ou plusieurs opérations de gestion. Mais cette attitude peut être également celle d'un associé isolé agissant dans le cadre de l'expertise préventive qui ne nécessite pas un minimum de détention du capital.

Les décisions des Cours et Tribunaux sur le vote abusif sont nombreuses et variées. Nous allons néanmoins revenir sur les affaires déjà citées. Que ce soit dans l'affaire « Net Informatique » ou dans l'affaire « Flandin », le minoritaire en cause, détenant une participation suffisante, l'utilisait pour interdire une prise de décision à la majorité qualifiée, propre aux décisions à caractère extraordinaire. Ces votes systématiquement hostiles étaient juridiquement valables, mais dévoyés puisque procédant d'un comportement fautif. Dans l'affaire Arti Moul c/Couvaud, la procédure a prospéré. Le sieur Couvaud était celui qui avait plaidé avec succès l'insuffisance d'information l'empêchant de se prononcer en connaissance de cause sur l'opération proposée. Les protagonistes sont revenus devant la Cour suprême, laquelle a donc rendu un second arrêt le 5 mai 1998 (5), pour relever que le minoritaire était dorénavant normalement informé et qu'en conséquence son vote négatif était abusif puisque l'augmentation de capital projetée était essentielle à la survie de la société. La Cour relevait également que le minoritaire avait des motivations personnelles étrangères à celles de la société : son éviction du conseil d'administration, les intérêts qu'il possédait dans une société concurrente dont son gendre détenait la moitié du capital.

De nombreux autres exemples peuvent être cités résultant d'un « abus du droit de vote ». L'ouvrage publié par les Éditions Francis Lefebvre fait état à ce titre d'une décision intéressante sur une situation de blocage provoquée par le cumul des votes de deux minoritaires (6). « Ne peut pas s'être rendu coupable d'un abus de minorité l'associé d'une SARL qui s'est opposé à une augmentation de capital dès lors qu'il ne détient pas à lui seul 25 % de ce capital et que ce n'est que par l'introduction du vote émis par un autre associé, non mis en cause et avec lequel aucune collusion n'a été prouvée ni même prétendue, qu'ont pu être atteints les 25 % permettant au vote négatif de paralyser l'opération en cause. » A contrario, on en déduit que lorsque la collusion peut être établie, l'abus est reconnu. Notons toutefois que les minoritaires agissant séparément sont présumés de bonne foi, mais relevons également qu'au cas particulier il est curieux que la société se soit retournée contre un seul des minoritaires hostiles et non contre les deux.

L'expert-comptable judiciaire n'est en fait pas concerné par ce type de commission de l'abus de minorité. Les faits sont en effet généralement patents et les juges n'ont pas besoin d'investigations particulières pour se prononcer.

En revanche, le recours à l'expertise peut s'avérer nécessaire lorsqu'il s'agit de connaître du second type de comportement, le recours intempestif ou répété à la voie judiciaire, soit à l'occasion d'une expertise dite de gestion, soit d'une mesure d'instruction « in futurum ». Dans les cas les plus caractérisés, l'abus sera relevé par le juge sans information particulière; dans d'autres cas, il appartiendra à l'expert de mettre en évidence les faits de nature à permettre d'apprécier le comportement du minoritaire demandeur *« potentiellement abusif »*.

C'est ainsi qu'une mesure d'expertise pourra permettre de mettre en évidence que l'attitude d'un minoritaire résulte uniquement de son désir de faire racheter ses parts à un prix supérieur à leur valeur vénale réelle. C'est également une expertise qui peut révéler la diversité des motifs inavoués conditionnant l'attitude de certains minoritaires. Dans de nombreux cas, l'analyse objective de la situation réelle d'une société permettra de justifier les allégations de la majorité dirigeante et établira que l'obstruction d'une minorité est contraire aux intérêts de la société.

Je voulais vous dire quelques mots sur le harcèlement des majoritaires. Pour respecter l'horaire qui nous est imparti, je passerai sur ce sujet et relaterai rapidement les sanctions réservées à ce type d'abus.

3 – SANCTIONS DE L'ABUS DE MINORITÉ

Tout abus implique réparation. En cas de vote « abusif », la sanction pourra être la validation des résolutions bloquées. En cas de harcèlement reconnu, mais aussi en conséquence de votes systématiquement négatifs ou nuls entraînant un préjudice financier, la sanction consistera en dommages-intérêts fixés par le juge.

La première catégorie de sanctions ne ressort pas du domaine de l'expertise, elle n'en est pas moins intéressante et mérite qu'on s'y arrête; en revanche la seconde catégorie de sanctions peut entraîner une mesure d'expertise puisqu'il s'agit d'évaluer un préjudice.

⁽⁵⁾ Cass. Com. 5 mai 1998, Bull. Joly 1998, p. 755, note L. Godon.

⁽⁶⁾ Op. cit., p. 74, CA Bordeaux 7 décembre 1989.

3.1 - Validation de résolutions « bloquées »

Par des décisions du 15 juillet 1992 et du 9 mars 1993, la Cour de cassation avait refusé aux juges le pouvoir de se substituer aux organes sociaux pour imposer des décisions concernant la vie des sociétés.

Pour respecter la chronologie, tout en relatant l'évolution des positions prises, nous évoquerons en premier lieu les suites de l'affaire Flandin renvoyée devant la Cour de Toulouse.

Celle-ci a rendu son arrêt le 13 mars 1995 (7), constatant que l'associé minoritaire ne s'opposait plus à l'augmentation de capital, elle a validé « judiciairement » cette opération. Une citation s'impose : « dit que la résolution présentée en ce sens à l'AGE du 8 septembre 1968 n'a pu être adoptée faute de majorité qualifiée ; qu'il est passé outre et que c'est à bon droit que la décision du 10 mars 1969, valant adoption de ladite résolution, a été portée au rang des procès-verbaux des assemblées générales de la société ».

Dans le second arrêt rendu par la Cour suprême, à propos de l'affaire Arti Moul c/Couvaud, le principe de la non-substitution des juges aux organes délibérants de la société est posé sans ambiguïté (arrêt du 5 mai 1998). Mais la Cour suprême pose également en principe qu'il convient, dans ces cas, de désigner un mandataire « ad hoc » à l'effet de voter les résolutions abusivement bloquées. Le commentateur du bulletin Joly (8), M. Godon, note que le mandataire désigné est amené à se substituer, non pas à un associé défaillant, mais au contraire à un associé qui a manifesté clairement une volonté différente (il doit être rappelé que le minoritaire s'était opposé à une augmentation de capital salutaire pour la société). Notre commentateur regrette « que l'arrêt du 5 mai 1998 marque le franchissement d'un degré supplémentaire dans l'atteinte au libre exercice du droit de vote des associés ». Il convient cependant d'observer qu'au cas particulier, ce minoritaire n'avait pas un comportement cohérent puisqu'il avait voté contre la dissolution anticipée de la société et qu'ensuite il refusait l'augmentation de capital qui en était le corollaire. Il semble cependant que certaines juridictions passent outre la décision de la Cour de cassation et considèrent inutile l'entremise d'un mandataire judiciaire pour valider des délibérations d'associés jusque là bloquées. Le Tribunal de commerce de Paris en donne un bon exemple dans une décision du 31 octobre 2000 (Affaire Leps c/Sté Grand Hôtel de Montyon) (9): « attendu que, s'il n'appartient pas au Tribunal de se substituer aux organes sociaux pour décider des options fondamentales d'une société, il lui incombe néanmoins, après avoir caractérisé l'abus de minorité, de prendre la mesure propre à y remédier en conformité avec l'intérêt social, en conséquence le Tribunal prononcera la validation de l'augmentation de capital décidée par l'AGE du 10 décembre 1998 ».

Outre la validation des résolutions litigieuses, les victimes d'un abus reconnu peuvent invoquer un préjudice et obtenir réparation.

3.2 – Dommages-intérêts

Pour en revenir une troisième fois à l'affaire Arti Moul c/Couvaud, la Cour suprême a clairement relevé l'abus de droit du minoritaire, et affirmé que le principe de la mise en application de l'article 1382 du Code civil devait être reconnu. Mais elle a

également affirmé qu'il fallait établir la réalité du préjudice et le lien de causalité. Selon le commentateur de l'arrêt (cf. renvoi 5), la Cour semble privilégier une réparation du dommage « en nature », par l'intervention d'un mandataire ad hoc, à une réparation en argent, le préjudice financier restant à démontrer. La pratique de la vie des affaires nous amène à penser qu'il y a bien nécessairement un préjudice financier dans tous les cas où une augmentation de capital par apport en numéraire a été retardée de plusieurs mois, voire de quelques années, par le comportement fautif d'un minoritaire récalcitrant. La faute étant établie, les dispositions de l'article 1382 devraient trouver à s'appliquer sous réserve de bien mettre en évidence les conséquences de ce comportement abusif. Bien entendu il n'en va pas de même si le blocage du minoritaire porte sur une résolution financièrement neutre, comme peut l'être un transfert de siège, encore que celui-ci puisse générer des économies ou des surcoûts de fonctionnement. C'était le cas jugé par la Cour de Rennes (arrêt du 13 juin 2000) rapporté au début de cet exposé. La Cour avait reconnu le caractère abusif du comportement de ce minoritaire qui faisait obstruction au transfert du siège social dans le département du Var. Cette décision a entraîné une sanction très modérée puisqu'au total le minoritaire récalcitrant a été condamné à payer 3 000 F au titre de l'article 700.

Les procédures abusives tenant du « harcèlement judiciaire » relèvent naturellement de l'article 32-1 du NCPC spécifiquement prévu pour sanctionner en matière civile toute procédure dilatoire ou abusive. L'amende fixée peut apparaître comme une peine de principe puisqu'elle est comprise entre 15 et 1 500 euros. Mais ce texte stipule en outre que cette amende est applicable « sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés ». Le principe d'une responsabilité délictuelle reste donc la base d'une sanction appropriée au comportement fautif et dommageable de tout minoritaire procédurier, trahissant par son attitude l'esprit et la lettre de l'article 1833 du Code civil selon lequel « toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés ». Je vous remercie de votre attention.

(Applaudissements)

M. Cotte. – Il n'y a rien de plus désagréable que d'être invité à conclure plus tôt que prévu, alors que l'on a des questions passionnantes à aborder et que l'origine des retards vient de la tribune où l'on n'a pas su modérer les propos d'ouverture.

Nous allons donner un temps de répit à la salle et lui permettre ensuite d'échanger. Je pense qu'à l'occasion des questions qui seront posées vous pourrez peut-être récupérer « au grattage » ce qui a été perdu « au tirage » et glisser ce que nous avions très envie d'entendre. Nous nous retrouvons tous ici dans un quart d'heure.

La séance est suspendue à 11 h 25.

La séance est reprise à 11 h 50.

M. Cotte. – Nous reprenons nos travaux après les nécessaires échanges propres aux congrès. Nos deux intervenants de la matinée, Claude Gutierres-Requenne et Henri Lagarde ont eu l'amabilité de rassembler pour nous tous un certain nombre de questions importantes collectées de la jurisprudence ou de la doctrine, afin de nous permettre maintenant d'échanger utilement. Le moment est venu, si vous le pensez souhaitable, de leur poser des questions, de leur demander de préciser tel ou tel point que vous auriez souhaité trouver dans leur exposé, de leur

⁽⁷⁾ Bull. Joly 1995, p. 401, note Le Cannu.

⁽⁸⁾ Cf. note 5.

⁽⁹⁾ RJDA 8-9/2001, nº 862.

demander le cas échéant de dissiper les obscurités que vous auriez pu déceler. C'est peut-être également l'occasion de nous interroger sur la réelle utilité de la procédure de questionnement; l'occasion de nous interroger sur les rôles respectifs de l'expertise 226 et de l'expertise 145. Y a-t-il une prépondérance de l'une par rapport à l'autre? Sont-elles complémentaires? Il semble qu'il y ait des évolutions. Nous pouvons également nous interroger sur ce qu'est l'abus de minorité, le temps de parole de M. Lagarde sur le sujet ayant été un peu écourté. Quelles sont les motivations exactes des minoritaires? Il en est certainement de très légitimes? Le sont-elles toujours? Quelles sont les conséquences lorsqu'elles ne sont pas jugées légitimes?

Les intervenants, le rapporteur général et le Président Pierre Bézard, qui est au premier rang, sont tout à fait disposés à répondre maintenant à vos questions, jusqu'à 12 h 30 dernier délai. Qui veut lancer le débat?

Michel Armand-Prévost. – Avocat au barreau de Paris – Je tiens tout d'abord à saluer la haute qualité des exposés que nous venons d'entendre.

Sans prétendre tout expliquer ainsi il me semble qu'il faut revenir à l'origine de la société, c'est-à-dire à l'affectio societatis. Or, cet affectio societatis est forcément différent selon que l'actionnaire est majoritaire ou minoritaire. Le minoritaire va chercher un rendement, voire éventuellement une plus-value de son investissement Malheureusement aujourd'hui, nous sommes dans une période qui illustre complètement le caractère parfois aberrant de la bourse, puisque nous avons une économie qui est saine et une bourse qui ne traduit pas toujours cette économie.



Le majoritaire bien entendu veut aussi valoriser son investissement, mais a une optique de développement. Le droit des sociétés jusqu'à présent a choisi le moindre mal, c'est-à-dire la voie de la démocratie, donc la règle de la majorité.

Par définition le minoritaire n'est pas satisfait de certaines décisions. En 1978 vous avez consacré votre congrès national à l'abus de majorité. Depuis, des colloques ont eu lieu sur l'abus de minorité; l'un de nos deux rapporteurs nous a fait le point de la jurisprudence sur l'abus de minorité.

Je crois que l'on est aujourd'hui à une phase d'équilibre. Nous sommes rentrés dans un nouveau mécanisme de mode législatif avec la loi NRE. L'utilisation du mot régulation est nouvelle, notamment dans l'intitulé de la loi sur les nouvelles régulations économiques (NRE). Pourquoi régulation ? En fait, on donne des moyens à chacune des parties et on les laisse se battre dans

un champ clos. En ce qui concerne les actionnaires, ce sera le champ clos de l'entreprise.

Je n'ai pas de question précise, mais je voulais apporter un témoignage qui répondra à ce qui a été dit en ce qui concerne l'ancien article 226 et l'article 145 sur l'expertise « in futurum ». On peut dire que la décision dans l'affaire Hottinger est une décision où les juges étaient parfaitement conscients que s'ils avaient disposé de l'article 226 dans sa version actuelle, c'està-dire utilisable pour les filiales, il n'y aurait pas eu de problèmes. Ils ont utilisé l'article 145 parce qu'il n'y en avait pas d'autres à l'époque.

La décision du Tribunal de commerce de Paris qui, dans l'affaire Vivendi Universal fait application du nouvel article 226 dit bien les choses : « Prenez ce qui est adapté au problème que vous avez à traiter. » Je suis personnellement partisan de la thèse du Professeur Viandier. Je veux bien que l'article 145 continue à être utilisé, mais je souhaite à ce moment-là que chaque décision judiciaire acceptant une expertise 145 ait une bonne motivation sur le motif légitime. Or, en droit des sociétés, je voudrais dire que le risque de déperdition de la preuve me paraît quand même assez rare étant donné qu'on ne fait pas disparaître les archives d'une société uniquement pour éviter un procès.

M. Le Président Bézard. – Je voudrais dire l'intérêt que j'ai pris, et je pense comme nous tous ici, à ces interventions que nous avons eues, qui ont été très précises et très complètes. Nous sommes un certain nombre ici à le reconnaître, la Chambre commerciale a joué un rôle déterminant, que vous avez cité très complètement dans l'élaboration de ce droit des minoritaires.



S'agissant du droit des minoritaires je ne suis pas loin de ce que dit M. Armand-Prévost. Je voudrais d'abord faire quelques observations techniques, comme il en a fait lui-même, puis une observation sur la place des minoritaires.

En matière d'observations techniques, le premier exposé a mis l'accent sur ce problème d'information qui est le jeu normal dans la vie d'une entreprise. C'est très important. L'actionnaire, l'associé a besoin de cela. Est-ce qu'il l'utilise? Ce n'est pas toujours le cas ; il n'en a ni l'envie, ni la possibilité.

Dans les quatre exposés suivants qui se sont intercroisés, il y a eu le ring, les oppositions. Je constate une chose, et je le dis tout de suite, nous en sommes bien d'accord, nous sommes dans les exemples choisis dans le cadre de sociétés fermées. Il est certain que les contentieux qui se passent dans les sociétés ouvertes, nous le verrons ce soir, sont de tous autres problèmes; pro-

blèmes de garanties, d'OPA, de prix des titres, etc. C'est un premier point.

Deuxièmement, toujours en m'en tenant aux observations faites ce matin qui étaient très intéressantes, je suis tout à fait d'accord avec l'analyse précise qui a été faite. Je vais commencer par l'expertise de l'article 226. A mon avis, un texte comme la loi du 24 juillet 1966, malgré le nombre de ses articles, ne pouvait assurer une protection efficace des minoritaires, en premier lieu, parce qu'ils n'avaient pas les moyens, en particulier de preuve, pour agir. L'article 226 a été la première faille qui leur a permis d'aller de l'avant. Mais le texte était tellement bloqué dans sa première rédaction que finalement le minoritaire ne pouvait pas agir.

Alors le législateur a fait jouer deux choses. D'abord on a fait descendre le pourcentage de capital exigé pour agir, mais ce pourcentage n'était valable que dans les petites sociétés. Pour avoir les pourcentages nécessaires il fallait en réalité être un ancien dirigeant, un ancien propriétaire du fonds de commerce.

Ce qui a commencé à être intéressant est que l'on a fait rentrer aussi ce que j'appellerai les organes de tutelle des minoritaires, c'est très important. En effet, on ne croit pas aux actions efficaces des minoritaires en eux-mêmes dans la loi de 1966; par contre on essaye de venir à leur secours par le droit d'agir du ministère public. Le procureur peut protéger les minoritaires avec les sanctions pénales, mais il ne les utilisera pas car elles sont trop nombreuses et relativement peu satisfaisantes, sauf pour les grands délits. On fait venir ensuite la COB, le comité d'entreprise, des quantités de professionnels qui vont agir ou non, donc qui vont permettre de tourner le pourcentage, c'est important.

Maintenant s'agissant de l'article 145, je dois vous dire que moi-même quand je suis arrivé à la Cour de cassation où j'ai passé huit ans comme Président, je me suis toujours interrogé. J'ai participé beaucoup à l'élaboration de ces textes, pas à celle de la loi de 66 mais j'ai pris à la Chancellerie la responsabilité du droit des sociétés, un an après que la loi ait été publiée (M. Cotte qui était parallèlement à d'autres postes doit s'en souvenir). L'idée du législateur était de faire un texte spécifique : l'article 226 et l'article 145 ne semblaient pas pouvoir être utilisé. Il y avait un texte spécial ; il n'y avait donc pas, me semblet-il, de recours possible à l'article 145.

Ceci dit, à une époque où les minoritaires étaient très faiblement protégés, très inactifs, où l'article 226 pour des raisons de pourcentage bloquait leur action, et à une époque on ne pouvait pas faire intervenir ni le Parquet, ni la COB, ni toutes ces autorités en leur nom, les Tribunaux ont pris l'initiative de recourir à l'article 145, dans les cas où le 226 aurait dû être utilisé, justement pour tourner cette règle de blocage du pourcentage.

On a laissé faire et la Cour de cassation n'a pas soulevé le problème, n'a peut-être pas voulu le faire.

Je me suis souvent posé la question. La Chambre commerciale, sous ma présidence, n'est pas revenue sur la jurisprudence n'interdisant pas l'utilisation de l'article 145. Mais maintenant le poids des minoritaires est devenu important : leurs associations dans les grandes sociétés se font entendre et agissent.

Votre congrès se réfère aux « droits des minoritaires ». On a abordé aussi les obligations des minoritaires. Je n'interviendrai pas sur ce problème maintenant, mais cet après-midi, si vous le permettez. Au regard de la décision du Tribunal de commerce de Paris, à la question posée de savoir si dans Vivendi les choses se sont correctement passées (on peut en effet se poser la question). Voilà comment j'analyse les choses.

Comprenons l'évolution. Les minoritaires étaient très faibles et à l'heure actuelle, il y a le poids de la contestation qui monte,

qui vient d'au-delà de la mer, qui prend place chez nous et qui pose véritablement des questions qui commencent à être inquiétantes pour les dirigeants qui, eux-mêmes d'ailleurs, cherchent à améliorer le gouvernement de leur entreprise. Le MEDEF vient de sortir des textes prenant également les choses en main et même le Ministre s'intéresse à la question.

Une deuxième observation, très importante aussi : celle de l'abus de minorité. C'est véritablement une création de la jurisprudence. Quand le problème s'est posé devant la Cour suprême, je pense que l'on peut dire, sans trahir les délibérés, qu'un certain nombre de collègues se sont dit « Enfin, le minoritaire est déjà écrasé! On ne va pas lui imposer des obligations, lui faire sortir de l'argent de sa poche, etc. »

Or, pas du tout. Suivant en cela certains juges du fond dynamiques, la Chambre commerciale a dit : « Non, le minoritaire ne peut pas faire preuve d'une attitude égoïste quand c'est le sort de la société qui est en jeu. » Et c'est bien ce que vous avez dit, Messieurs. Quand il s'agit simplement d'une augmentation de capital quelconque, le minoritaire a le droit de dire « Je ne participe pas à l'augmentation. Si mon pourcentage vous gêne, vous vous débrouillez autrement. »

Par contre (et c'est ce qui est important), si l'avenir de la société est gravement en jeu, comme dans les cas d'espèces où les Tribunaux ont constaté cette situation, dans ces cas-là vous, minoritaires, devez mettre la main à la poche. En cas de refus on va vous désigner un administrateur pour voter ces augmentations de capital. Cela va très loin. Mais c'est très important.

J'en termine là-dessus: ce qui est important c'est l'intérêt social. C'est là tout le débat en matière pénale et en matière de droit commercial et de droit des sociétés. Qu'est-ce que l'intérêt social? Finalement dans notre conception, à mon avis continentale, certainement de l'autre côté de la frontière comme de ce côté de la frontière, c'est l'intérêt prioritaire des actionnaires mais pas simplement cela. C'est là où se passe à mon avis le grand débat à l'heure actuelle: pour les fonds de pensions américains il faut verser aux actionnaires tout ce que l'on a en caisse, ce qui met dans des conditions extraordinaires certaines sociétés anonymes américaines (et même françaises). On pousse à la rentabilité, alors que dans la conception française (et l'abus de minorité en est la preuve) l'intérêt est quand même la survie d'une personnalité morale susceptible de créer de la richesse.

A partir de là, on peut prendre de nombreux exemples dans la loi et dans la jurisprudence, où l'intérêt social est consacré avec ce sens qui dépasse très largement l'intérêt égoïste des associés et des actionnaires.

(Applaudissements)

Mme Berne-Lamontagne. – Rebondissant sur vos propos, Monsieur le Président, je voudrais ajouter ceci. Nous devions avoir parmi nous Mme Neuville qui est extrêmement connue et qui est la Présidente de l'Association de défense des intérêts des associés minoritaires. Mme Neuville m'a envoyé une télécopie ; elle est justement retenue dans le cadre des discussions portant sur le gouvernement d'entreprise. Elle est désolée de ne pouvoir être là ; elle s'était promis d'être parmi nous ; c'est dommage, nous aurions pu avoir son témoignage. Elle présente ses excuses à toute notre assemblée.

Jean Fleury Paris – Expert agréé par la Cour de cassation. – Le Président Bézard a déjà répondu en partie aux questions que je voulais poser aux duettistes, dans les limites de la portée du 226 et du 145. J'ai bien entendu dire ce matin que le 226, par la loi NRE, donnait une portée d'intervention au niveau des filiales.

Le 145, que je sache, ne prévoit pas qu'un expert puisse intervenir dans les filiales.

Ma question est la suivante. Je suis minoritaire dans une société, je n'ai pas les quotas des 10 ou 5 ou 1 %. Donc il me reste l'article 145 et je constate des transferts financés au moyen d'opérations plus ou moins douteuses, de la société mère à une filiale. Qu'est-ce que m'autorise l'article 145 ?

Je complique ma question : la filiale est à l'étranger.



M. Cotte. – C'est une question compliquée, délibérément compliquée !

M. Lagarde. – Je vais tâcher d'y répondre sous le contrôle de M. le Président Bézard. Si vous avez un intérêt légitime et établi à agir sur un fait précis et si ce fait précis entraîne des conséquences préjudiciables pour vous, il semble que la voie de l'article 145 vous soit ouverte.

Pour ce qui est de la situation de la filiale à l'étranger, j'avoue ne pas avoir de réponse. Mais sur la première partie, voilà ce que je peux dire. Je pense que des personnes plus qualifiées que moi peuvent apporter des réponses plus précises ou contradictoires. Je leur laisse la parole.

M. Devillebichot. – Je voudrais faire une réponse de pur bon sens. Effectivement sur le plan des principes ce qui vient d'être dit est exact. Mais, comment pouvoir obliger le défenseur, surtout si c'est un groupe étranger, à donner des informations sur sa filiale à l'étranger ? Même si le droit est ouvert, on risque de se heurter à un refus de communiquer du défendeur.

M. Haegel – Premier Président de la Cour d'appel de Colmar. – Je n'interviens pas pour poser une question, mais pour vous donner un renseignement d'ordre historique. L'article 145 dont on parle beaucoup est né ici à Colmar. Voici dans quelles circonstances, je pense que cela peut vous intéresser. Après la première guerre mondiale, nous avons conservé dans les ressorts de Colmar et de Metz la procédure civile allemande et ceci jusqu'au 1^{er} janvier 1977. Dans les années 70 a été élaboré le nouveau Code de procédure civile, celui qui nous régit actuellement, par une commission. Les travaux ont été préparés par cette commission qui s'appelait la commission Boyer. J'en faisais partie. On a créé une sous-commission, car on voulait profiter de l'occasion pour unifier la procédure civile en France, pour mettre fin à cette particularité locale autant que cela pouvait se faire.



Cette sous-commission s'est appelée commission d'harmonisation dont j'étais le rapporteur général; je faisais le lien entre les instances locales, le groupe de travail et Paris.

Nous avions dans notre Code local une procédure qui s'appelait la procédure de la conservation de preuves. Nous y tenions énormément. Nous nous sommes battus pour le maintien de ce texte.

Dans le même chapitre du Code de procédure locale, nous avions un autre article, l'article 256, qui nous autorisait à faire constater en justice, avant même tout procès, tout contentieux, une situation ou un rapport de droit. Par exemple, l'existence d'une servitude, l'existence d'un bail commercial, l'existence d'une propriété commerciale. Ces textes pour nous étaient importants; nous voulions les maintenir. Nous nous sommes donc battus, notamment moi, à tous les échelons pour le maintien de ces textes.

Évidemment, s'agissant de notre procédure de conservation de preuves, nous avons traduit les textes en les complétant un petit peu : c'est devenu l'article 145.

En ce qui concerne l'article 256, nous avons eu une grande chance. Je me souviens avoir rapporté sur cet article 256 au Conseil d'État : c'était vraiment l'incompréhension totale. Comment faire constater judiciairement, par exemple l'existence d'une servitude ou l'absence de contentieux ? Malgré tout c'était utile. Nous avons conservé l'article 256 pour un usage purement alsacien. Il y a une exception à l'abrogation de la procédure locale qui provient du décret du 5 décembre 1975 et l'article concernant la conservation de preuves est devenu l'article 145 du nouveau Code de Procédure Civile.

C'était un renseignement d'ordre historique que je voulais vous donner.

M. Cotte. – Nous avons toujours besoin, Monsieur le Premier Président, des ancrages historiques qui nous permettent parfois de comprendre mieux les choses et à tous égards, en l'occurrence pour le sujet de ce jour.

(S'adressant à M. De Fontbressin) Peut-être souhaitez-vous prolonger la réponse de M. Lagarde à la question délibérément complexe qui avait été posée ou s'agit-il d'un tout autre domaine?

Patrick de Fontbressin – Avocat à Paris. – Je vous remercie. C'est une question dans le prolongement de celle que posait le Président Fleury il y a quelques instants, à propos de l'expertise de gestion que nous appellerons encore, par facilité, article 226, car nous ne sommes pas encore complètement familiarisés avec les textes NRE.

Dans un domaine un peu différent, celui d'une filiale, je me demande si ce texte est décemment compatible avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, au regard du secret des affaires dont nous avons parlé tout à l'heure, on va permettre à un minoritaire de procéder à une demande d'expertise de gestion dans les affaires d'un tiers qui est une personne morale autre que la société concernée. Est-ce que tout ceci est bien compatible avec l'article 8 ?



Si je pousse le raisonnement jusqu'au bout : est-ce que l'on ne va pas se trouver dans un espèce de cercle vicieux entre l'article 6 et l'article 8 ? Peut-être pourra-t-on on être tenté de dire expertise certes, mais cette expertise revêtira un caractère contradictoire tout à fait limite et vous n'aurez pas accès à un certain nombre de documents que l'on a évoqués tout à l'heure, qui demeureront entre les mains de l'expert et dont vous n'aurez pas connaissance.

Ne pourrait-on pas imaginer à ce moment-là qu'un plaideur vienne invoquer la violation de l'article 6 ? Est-ce que cette nouvelle disposition ne nous place pas dans une situation dans laquelle entre 6 et 8 il faudra trancher ?

M. Cotte. – Décidément, nous sommes véritablement entre juristes français, c'est-à-dire soucieux de complexifier un peu plus votre question et nous sommes à quelques kilomètres de Strasbourg seulement!

Quelqu'un souhaite-t-il répondre à votre question ?

M. Le Président Bézard. – Maître de Fontbressin pose les vraies questions. Ceci dit il faut être conscient de ce qu'est un groupe : c'est quand même quelque chose d'extrêmement intégré. Les principes de survie de la personnalité morale sont une astuce juridique dans bien des cas. Ainsi, à la suite d'un dépôt de bilan d'une filiale, par un jeu de dominos toutes les sociétés du groupe pouvaient tomber à leur tour. Il fallait des mesures de prophylaxie, de protection.

Les demandes étaient très fortes de certaines personnes, de certains membres de la doctrine, qui sont devenus minoritaires mais qui étaient très forts à un certain moment, de consacrer un droit des groupes. On respecte les personnalités morales, de la mère et des filiales sous réserve de la confusion des patrimoines, ce qui permet « d'attraper » certaines sociétés en cas de perversion de comportement.

Je rappelle qu'en Allemagne il y a des règles en matière de groupes qui sont assez contraignantes mais qui ne paraissent pas bien fonctionnelles. J'ai suivi pendant des années à Bruxelles les tentatives d'élaboration d'un droit des groupes qui n'ont pas abouti car les allemands voulaient imposer le système du directoire et du conseil de surveillance, ce dont la majorité des autres pays ne voulait pas.

Je pense à une évolution à terme, profonde, à laquelle on est entraîné par ce que j'appellerai « le 11 novembre en matière économique ». Moi qui ai vécu à la COB, et ailleurs en détachement, j'ai toujours entendu dire que le modèle américain était un grand modèle, une grande référence indiscutablement et que c'était par là qu'il fallait nécessairement passer. Or, on s'aperçoit qu'il y a de graves problèmes qui se posent aussi dans ce « paysphare », de considérables conflits d'intérêts au niveau des conseils d'administration, des auditeurs, de la politique, des perversions dans la gestion, dans la tenue des comptabilités qui remettent en cause ce modèle. Attention! ne triomphons pas, soyons modestes, nous avons nos travers aussi et nos abus. Mais les USA ont beaucoup à nous apporter ; prenons-en le meilleur, mais ne faisons pas trop de complexes. Qu'est-ce que la mondialisation sinon le développement du modèle américain, avec les hommes, les juristes, les comptables, les managers qui sont américains ou se sont formés dans ce pays ou par référence à lui ? Mais l'Europe a ses spécificités et ses qualités. C'est l'occasion de l'affirmer et de le concrétiser.

Je voulais vous dire essentiellement ceci, je crois que l'évolution va dans le sens d'une transparence complète. Cela m'étonnerait beaucoup que la Convention des droits de l'homme obscurcisse ou gêne cette démarche et que, pour la protection d'épargnants, on n'aille pas chercher derrière une personnalité morale de circonstance, la vérité. Nous allons, je crois, vers la protection la plus complète des investisseurs et de l'économie qui ne peut se développer que dans la loyauté des comportements.

M. Ezeghian – Expert agréé par la Cour de cassation. – Lorsque j'entends « intérêt social », je ne peux pas ne pas avoir une pensée pour le délit d'abus de biens sociaux. Ma question est la suivante. J'imagine que, soit en vertu de l'article 226 de la loi du 24 juillet 1966 (devenu l'article L. 225-231 du Code de commerce), soit en vertu de l'article 145 du NCPC, l'on aboutisse à la situation suivante : il y a atteinte à l'intérêt social et les droits des minoritaires ont été lésés.



En règle générale, détenir la majorité dans une société donne une plus-value à cette participation. Indirectement je suis obligé de reconnaître qu'il y a un enrichissement des dirigeants concernés. Quid du délit d'abus de bien sociaux au cas particulier?

M. Cotte. – Pierre Bézard, est-ce que vous souhaitez apporter une réponse à cela ou est-ce que quelqu'un à la tribune souhaite répondre à notre expert agréé près la Cour de cassation : l'expertise de gestion 226 ou l'expertise 145 du NCPC ne fait-elle pas apparaître des présomptions d'abus de bien social ?

M. Devillebichot. – Je vais « dégager en touche », en précisant que cette question va être traitée cet après-midi. Effectivement le minoritaire lésé va pouvoir faire valoir ses droits au pénal.

M. Le Président Bézard. - C'est fait pour cela.

M. Cotte. - Va-t-on rester les bras croisés? Non.

M. Le Président Bézard. - L'expertise de minorité est faite justement pour démasquer les fraudes, pour réunir des éléments qui les prouvent. A partir de ces éléments de preuve, on engage des actions en nullité ou en responsabilité civile ou pénale. J'attire votre attention sur le fait que l'expertise de minorité peut dans certains cas protéger les dirigeants d'une action pénale. En effet, si je n'ai que la voie pénale pour réunir des preuves, j'engagerai une procédure pénale. Je peux ne pas souhaiter faire condamner quelqu'un au pénal et pourtant, si je n'ai pas le choix, j'y suis directement conduit. Cela peut présenter des inconvénients pour celui qui est visé. L'expertise de minorité a l'avantage d'être une procédure civile qui peut déboucher sur une action pénale mais, exceptionnellement, soyons conscients que si on bloque l'utilisation de l'article 226 par des pourcentages trop élevés, et si l'on interdit aux minoritaires d'utiliser la voie de l'article 145 du NCPC, seule la voie pénale restera ouverte.

M. Cotte. - Et souvent de manière un peu aveugle.

M. Le Président Bézard. — J'ai eu une fois comme parquetier une demande en ce sens. Manifestement un avocat voulait avoir des renseignements sur des opérations douteuses ; il n'avait que la voie pénale. Il n'y tenait pas ; le Parquet n'avait pas pris l'initiative d'engager l'action publique. Sur ma demande, le Parquet de Paris a pris l'initiative de faire mettre en jeu l'article 226. Il a fait saisir le Tribunal de commerce ; l'avocat a eu ses renseignements et il n'y a pas eu de motifs pour engager une action pénale contre ce dirigeant. Comme quoi l'expertise de minorité peut, dans certains cas être protectrice pour les dirigeants sociaux.

M. Cotte. – Nous le verrons cet après-midi, mais je pense que le pénal ne doit pas être une autoroute sur laquelle on s'engage de manière aveugle et à toute vitesse! Or c'est souvent le cas. Ceci nous amènera peut-être cet après-midi à parler de la sur-pénalisation du droit des sociétés et des éternelles bonnes intentions, jamais concrétisées, de « toiletter » les dispositions pénales du droit des sociétés et autres. Mais il faut bien reconnaître que si les présomptions d'abus de biens sociaux résultent d'une expertise faite par un expert judiciaire, dans le cadre du 226 ou du 145, il paraît difficile de ne pas donner suite au plan pénal. Il me semble, en tant qu'ancien parquetier, qu'il est préférable de donner suite avec de telles prémisses que sur simple vue d'une plainte déposée un peu à « l'aveuglette ».

M. Fleury. - Permettez-moi une boutade, Monsieur le Pré-

sident, dans l'expertise de gestion c'est la société qui paye ; au niveau du pénal c'est le contribuable !

M. Gaillard. – Je me suis senti un peu frustré ce matin car, en ce qui concerne l'abus de minorité, nous ne sommes pas allés tout à fait au fond des choses. Quand on parle d'abus de minorité, il y a un côté un peu provocateur, paradoxal et justement assez stimulant pour l'esprit.

J'aurais aimé demander à notre confrère M. Lagarde d'aller plus loin dans son propos et de nous dire au moins l'essentiel qu'il n'a pas pu développer et la fin de son exposé.



Mme Berne-Lamontagne. – C'est ce que nos confrères appellent, je crois, le harcèlement des minoritaires.

M. Lagarde. – Le professeur Alain Couret, déjà cité, est l'auteur d'un excellent article sur le « harcèlement des majoritaires » duquel il ressort que le droit de s'informer et le droit de critiquer ne doivent pas sous-tendre le droit de nuire. La contestation systématique devient du harcèlement pur et simple surtout lorsqu'il apparaît qu'en fait elle est causée par le souci de défendre des intérêts particuliers, distincts de l'intérêt social.

Sans que ce terme de harcèlement soit repris par les juges, différentes décisions sanctionnent ce type d'attitude. Ainsi la Cour de Lyon (arrêt du 27 novembre 1992) a rejeté une demande d'expertise alors qu'aucun fait, ni même aucune présomption, ne permettait de craindre que la société soit en péril ou que les intérêts des minoritaires soient menacés. La demande de ceux-ci ne reposait que sur de simples allégations sans fondement.

La Cour de Paris (arrêt du 17 septembre 1993) a sanctionné des minoritaires ayant bloqué le fonctionnement de l'assemblée des associés, puis recouru à des assignations répétées pour obtenir la désignation d'un administrateur judiciaire...

Il convient toutefois de relativiser ce que je viens de vous rapporter à propos de ces comportements qualifiés d'abusifs.

En rappelant la définition de l'abus de droit l'accent a été mis sur la **notion de volonté de nuire préjudiciable à autrui**. Cela n'implique pas que l'associé minoritaire de bonne foi doive nécessairement adopter des résolutions qu'il estime contraires à son intérêt personnel. Ainsi la Cour d'appel de Versailles a eu à connaître d'une action contre un associé minoritaire d'une Sarl qui s'était opposé durant trois ans à une augmentation de capital par incorporation de créance, cette opération ayant pour conséquence de réduire sa participation de 33, 33 % à 5, 55 % du

capital. Ce motif a paru suffisant à la Cour pour refuser de retenir l'abus de minorité, alors même que cette opération aurait peut-être pu permettre d'éviter la liquidation ultérieure de la société.

En la matière le comportement est donc déterminant : le minoritaire sera sanctionné dans tous les cas où la volonté de nuire sera évidente ou s'il apparaît qu'il défend des intérêts personnels étrangers à ceux de la société en cause. Si, au contraire, le minoritaire se limite à défendre normalement ses intérêts découlant du pacte social auquel il a adhéré, il évitera l'écueil de l'abus de droit.

M. Cotte. – Merci d'avoir complété et d'avoir ainsi permis d'apaiser nos consciences.

M. Magdaleinat – Expert judiciaire honoraire Paris. – Ma question vise plus particulièrement les sources d'information à la disposition des associés, plus particulièrement les associés minoritaires dans les petites entreprises et de nature à leur permettre d'exercer leurs légitimes droits d'associés.



C'est un aspect fondamental à mon sens, dans la mesure où les dits minoritaires ne disposent pas de la proportion limite du dixième du capital leur permettant, soit individuellement, soit en se groupant pour demander en justice la désignation d'un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion.

Ainsi, les informations mises à leur disposition et nécessaires à la conduite d'une action éventuelle, dont le support semble être surtout l'article 145, ne semblent être limitées qu'au droit de poser des questions écrites au gérant sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation dans la limite de deux fois par an.

Cette limitation est très fréquemment accentuée par l'impossibilité pour les petits porteurs de se faire représenter par un mandataire de leur choix à l'assernblée, alors que de nombreux statuts limitent la représentation d'un associé que par un autre associé qui ne peut qu'être un majoritaire. Le minoritaire ne dispose pas des compétences nécessaires pour apprécier le bien – fondé des réponses aux questions qu'il a posées au cours de l'assemblée.

Cette atteinte juridique au droit d'information bloquera nécessairement l'action du type 145 ou 226 faute d'éléments. Ne devrait-elle pas trouver, comme le signalait le Président Bézard sur ce point particulier, une direction plus élargie de l'information définie dans le contexte de la Convention européenne des droits de l'homme dans une ouverture d'un véritable droit à l'information sans restriction autre que les aspects légitimes du secret des affaires ?

M. Angenault – Expert près la Cour administrative d'Appel de Paris. – J'interviens à la suite des propos qui ont été échangés tout à l'heure sur le rapport de gestion et plus précisément sur les dispositions qui sont prises lorsque, pour mener l'enquête, il faut s'affranchir avec élégance du contradictoire, ainsi que sur le problème du secret des affaires.



Nous avons évoqué ce problème à la fin de l'année dernière dans le cadre d'un colloque en juridiction administrative, notamment avec Michel Devillebichot. Ma question est la suivante. Lorsque les avocats conseils des parties donnent notamment leur accord, oralement pendant l'instruction ou par écrit lorsqu'ils le confirment, sur le fait que l'expert pour mener son instruction peut agir seul en dehors des parties, est-ce que cet engagement des conseils (car ma question se rapporte surtout aux professionnels du droit et nous ne sommes pas des professionnels du droit), qui est souscrit, oralement ou par écrit, est irrévocable ou est-ce que, ultérieurement, lorsque les rapports sont déposés, il est possible de remettre en cause cet engagement initial, au motif que le principe intangible du contradictoire, dans son expression la plus large, n'a pas été respecté?

M. Cotte. – Y a-t-il dans la salle un professionnel du droit, avocat par exemple, qui souhaiterait répondre ou apporter sa propre contribution ?

Me de Fontbressin. – La première des çhoses est que c'est une question de loyauté. Nous sommes des auxiliaires de justice. Nous avons prêté un serment. Partant de là, nous sommes soumis à un certain nombre d'obligations qu'il convient de respecter. A partir du moment où nous sommes engagés oralement ou par écrit à respecter cette disposition, il s'impose de ne pas y revenir.

En revanche, peut se poser un autre problème, celui de l'attitude des parties à l'égard de leur conseil. Il n'est pas inconcevable qu'elles tentent d'engager ultérieurement sa responsabilité en lui imputant d'avoir participé à une violation du contradictoire.

Mais c'est tout à fait autre chose.

M. Angenault. – Il n'y a pas de perfidie, Maître, dans mes propos. Raisonnons en droit au-delà du principe de l'honnêteté institutionnelle qui a été cité à plusieurs reprises. Car, plusieurs professeurs de droit administratif ont répondu d'une façon très claire à ma question : à savoir que les parties peuvent remettre

en cause ultérieurement l'engagement qui a été souscrit. Autrement dit, au-delà du principe de la moralité, en droit on pourrait, semble-t-il, remettre en cause cet engagement initial des parties et/ou de leurs avocats.

Me de Fontbressin. – Vous avez raison certainement en ce qui concerne les parties elles-mêmes. D'ailleurs à propos du contradictoire et de la juridiction administrative (on parlait tout à l'heure de la Cour européenne des droits de l'homme) on ne peut pas ne pas penser à l'arrêt Manto Vanelli contre France rendu par la Cour de Strasbourg.

Cette décision est d'un apport très important pour l'application de la Convention européenne de droits de l'homme à l'expertise. Elle aborde une question proche de celle que vous évoquez.

En Droit, effectivement, cela pourrait être soutenable. Mais moralement cela me semble totalement inconvenant.

M. Devillebichot. – Puisqu'on évoque la juridiction administrative, il existe un système très simple qui, semble-t-il, est le suivant : si l'une des parties ne fournit pas d'élément de preuve à l'appui de ce qu'elle invoque, le juge en déduit qu'elle a tort.

François Bouchon – Expert agréé par la Cour de cassation. – Pour ma part, je me méfie terriblement des accords verbaux qui risquent d'être dénoncés par la suite. S'il y a accord des parties pour un examen de documents par l'expert seul, je convoque les parties à un rendez-vous contradictoire ayant pour seul objet l'examen par mes soins des documents en cause. Je constate alors que les parties régulièrement convoquées à un accedit ne sont pas venues, le rendez-vous est réputé contradictoire et je verse aux débats la note aux parties résumant mes constatations.

Le texte de la loi est respecté et personne ne peut revenir sur son accord ou le contester.



M. Cotte. - C'est une solution pragmatique.

M. Le Président Bézard. — Ce débat est intéressant mais je voudrais évoquer le problème du secret des affaires qui est essentiel. Je me suis toujours étonné que l'on discute aussi longuement le droit au juge de contrôler seul le contenu d'une pièce pour laquelle on évoque le secret professionnel. Cette pièce, on ne veut pas la communiquer à l'autre partie en soutenant, à tort ou à raison, qu'elle concerne le secret des affaires. Je pense que le juge a le droit de le vérifier.

La Commission de Bruxelles l'admet expressément dans ses textes par exemple en matière de concurrence. Les juridictions internationales pour la plupart également : pourquoi le juge ne

pourrait-il pas vérifier des pièces sans qu'elles soient contradictoirement débattues ?

D'ailleurs un intervenant ce matin, citait un arrêt de la Cour de cassation, dans une affaire Matra, où des minoritaires demandaient la production de pièces que l'expert (selon le 226 ou le 145), avait vérifiées sans la présence de la partie contradictoire. La Cour de cassation a décidé que cette démarche était tout à fait valable (il s'agissait de secrets de défense nationale), même si les parties et leurs avocats n'étaient pas présents et aussi parce qu'il aurait été possible d'en débattre au cours du procès. La contestation présentée par la demanderesse a donc été rejetée et la décision de la Cour d'appel confirmée.

M. Cotte. – Ceci dit, la question posée tout à l'heure traduisait simplement le sentiment, très unanimement partagé, que rien n'est jamais acquis dans ce domaine. On ne sait jamais quelles peuvent être les évolutions jurisprudentielles.

En ce qui concerne la concerne, la Chambre criminelle se montre très attentive aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme. Vous savez sans doute que depuis le 15 juin 2000, il existe une procédure de réexamen lorsque la France a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme, procédure de réexamen qui ne concerne que le domaine pénal. La personne dont les droits sont ainsi reconnus par la Cour européenne peut saisir une commission de réexamen qui peut décider de saisir l'assemblée plénière de la Cour de cassation pour réexaminer le pourvoi.

Le mécanisme procédural mis en place est assez lourd. L'assemblée plénière de la Cour de cassation a siégé il y a dix jours pour la première fois dans ce cadre. Il faut être extrêmement attentif au respect du contradictoire.

Merci. Il est largement le temps de s'arrêter pour se restaurer et nous reprendrons à 14 h 15.

M. Krieger – Président de la section autonome de Colmar. – Excusez-moi d'intervenir juste avant le repas. Deux mots de bienvenue de la part de M. Le Maire de Colmar, M. Gilbert Meyer, qui me prie de vous transmettre ses salutations. Il se félicite que vous ayez choisi la Ville de Colmar pour ce congrès. La Ville de Colmar se vante à juste titre d'être une bonne ville de congrès. Cette ville est sortie d'une époque médiévale et s'en va rapidement vers la modernité. C'est en fait la ville des Libertés. Pourquoi la ville des Libertés ?



Déjà en 1265, alors que la ville était assiégée par les troupes des évêques de Strasbourg, le Chef de la police, M. Rosenvald, est intervenu et a donné sa vie pour la sauvegarde et la liberté de Colmar.

En 1354, Colmar est le siège de la fondation de la Décapole, comprenant cinq villes du Haut-Rhin et cinq villes du Bas-Rhin, signe d'indépendance et de liberté.

C'est également la ville où est né Bartholdi qu'on ne présente plus : la statue de la Liberté, flambeau qui rayonne sur toute la planète. Bartholdi est enfant de Colmar. C'est un symbole de liberté à Colmar.

Le quatrième symbole est essentiel. L'Ordre des experts comptables est évidemment attaché au principe de liberté d'entreprendre et ce congrès est donc tout à fait à sa place à Colmar. Nous nous en félicitons.

Enfin, faut-il vous rappeler, que Colmar est la seule ville de

France à avoir son domaine viticole. La ville de Colmar se fera un plaisir tout à l'heure de vous offrir trois cépages : le Pinot noir, le Riesling et le Bergheim.

Je vous souhaite à tous un agréable séjour à Colmar et de bons travaux pour la suite de notre congrès.

(Applaudissements)

(La séance est levée à 13 h.) (après-midi) (la séance est reprise).

M. Cotte. – Nous allons cet après-midi, dans le cadre de nos passionnants travaux, donner la parole à Jean-Louis Hemmer, qui va nous entretenir de l'aspect pénal du thème L'expert-comptable judiciaire et les droits des associés minoritaires.

ASPECT PÉNAL DU DROIT DES ASSOCIÉS MINORITAIRES

Rapport présenté par Monsieur Jean-Louis HEMMER

Expert près la Cour d'appel de Versailles



Vers la fin de sa vie, Clémenceau s'interrogeait : « Comment poser le débat des majorités et des minorités ? Si la question d'une majorité et d'une minorité se pose, disait-il, c'est parce que la majorité est la plus forte. Au nom de quoi ? sinon du droit de la force qui est précisément le contraire du droit. »

Dans une première partie, nous examinerons les textes permettant à l'associé minoritaire d'étudier les incriminations possibles, le Code de commerce, le Code pénal et le Code des marchés financiers principalement.

Dans une seconde partie, nous suivrons la démarche de l'associé minoritaire se constituant partie civile. Nous rappellerons les sources d'information dont il dispose et nous nous intéresserons surtout aux conditions de la recevabilité de sa plainte.

Dans une dernière partie, nous examinerons avec un cas pratique la situation de l'associé minoritaire de la holding d'un groupe et les diligences de l'expert-comptable judiciaire.

I – QUELLES SONT LES INCRIMINATIONS POSSIBLES ET QUELS SONT LES PRINCIPAUX TEXTES PERMETTANT À L'ASSOCIÉ MINORITAIRE DE FAIRE VALOIR SES DROITS PAR LA VOIE PÉNALE ?

Les textes à la disposition de l'associé minoritaire sont nombreux mais dispersés, dans le Code de commerce, le Code pénal, le Code des marchés financiers et d'autres textes.

- 1. Le Code de commerce est riche en textes comportant une sanction en cas de non respect de ses dispositions. Nous n'en citerons que deux parmi les plus importants pouvant intéresser un actionnaire minoritaire :
- l'article 242-6-1 qui vise les dirigeants sociaux qui « auront sciemment publié ou présenté aux actionnaires, en vue de dissimuler la véritable situation de la société, des comptes annuels ne donnant pas pour chaque exercice une image fidèle », article qui semble bénéficier d'un regain d'actualité ;
- et l'article 242-6-3 qui punit les dirigeants « ayant fait de mauvaise foi des biens ou du crédit de la société un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont

intéressés directement ou indirectement », article d'une actualité permanente.

Ces dispositions rejoignent les préoccupations du législateur qui renforce, avec la loi relative aux Nouvelles régulations économiques (NRE), la lutte contre les conflits d'intérêt, en élargissant le champ des conventions réglementaires et le rôle du rapport spécial du commissaire aux comptes, pour informer davantage les associés, spécialement les minoritaires.

A cet égard, nous nous sommes demandés si le législateur de la loi NRE du 15 mai 2001 n'aurait pas dû prolonger son raisonnement sur les conventions réglementées et sur le rapport spécial du commissaire aux comptes, en imposant son dépôt au Greffe du Tribunal de commerce comme le rapport général. La différence de traitement entre le rapport général et le rapport spécial se comprend difficilement à la lecture de l'exposé des motifs de la loi NRE, qui est le renforcement des pouvoirs des actionnaires minoritaires.

En ce qui concerne la société par actions simplifiée (SAS), la loi NRE prévoit que tout associé a le droit d'obtenir communication des conventions portant sur des opérations courantes et conclues à des conditions normales. C'est la convention ellemême qui doit être communiquée, contrairement à ce qui est prévu pour les sociétés anonymes classiques.

Ce droit reconnu à tout associé de la SAS ne lui est pas reconnu pour les conventions réglementées. Il y a là une double distorsion au niveau des conventions, selon qu'elles sont courantes ou non et au niveau de la société anonyme, selon qu'il s'agit d'une SAS ou d'une société anonyme classique de la loi de 1966.

Si la loi NRE a renforcé le dispositif de prévention des conflits d'intérêts elle a, parallèlement, abrogé un certain nombre de sanctions pénales. M. Le Professeur Viandier qualifie de marcescentes (c'est l'état des fleurs dépérissantes) les dispositions du Code de commerce telles que :

- la négociation de promesses d'actions,
- l'amortissement de capital par voie de tirage au sort, etc.
 Tous faits dont la sanction pénale a été abrogée.

En revanche, la dépénalisation des actes et faits suivants surprend, dans la mesure où ce « toilettage » ne contribue pas à une meilleure protection des associés minoritaires. Il s'agit :

- du défaut de communication par les gérants de documents sociaux;
- du défaut de mise à disposition des associés des documents comptables des trois derniers exercices, des résolutions pro-

posées, de la liste des actionnaires et des inventaires, des comptes annuels et des rapports du conseil d'administration ou de surveillance, des rapports des commissaires aux comptes, des feuilles de présence et des procès-verbaux des assemblées ;

 du fait de ne pas permettre aux associés d'exercer, en période de liquidation, leur droit à la communication de documents sociaux dans les mêmes conditions qu'antérieurement à la liquidation.

L'abrogation de ces sanctions pénales paraît affaiblir les droits des minoritaires en matière d'information financière.

En contrepartie de ces mesures, la loi NRE instaure une procédure non contradictoire de référé-injonction aux fins de contraindre les dirigeants à l'exécution d'une obligation de faire (par exemple la communication de différents documents) et prévoit alternativement la désignation d'un mandataire.

Pour garantir une meilleure information des associés minoritaires, il est une disposition du Code de commerce qui mériterait toute une clarification. Aux termes de l'ancien article 230 de la loi de 1966 sur les sociétés commerciales, « le commissaire aux comptes porte à la connaissance du conseil d'administration les irrégularités et inexactitudes qu'il aurait découvertes ». Selon le commentaire de la norme, lorsque l'irrégularité constitue, à son avis, une infraction, le commissaire aux comptes doit le préciser. Mais la plupart du temps l'actionnaire minoritaire ne siégeant pas au conseil d'administration n'a pas connaissance de cette éventuelle infraction. Il lui est possible, en revanche, de participer à l'assemblée générale annuelle.

Aux termes de l'article 225-240 du nouveau Code de commerce, « les commissaires aux comptes signalent à la plus prochaine assemblée générale les irrégularités et inexactitudes relevées par eux au cours de l'accomplissement de leur mission. En outre, ils révèlent au procureur de la République les faits délictueux dont ils ont eu connaissance ».

Selon la doctrine de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes, le commissaire aux comptes donne cette information concernant les irrégularités et inexactitudes commisses dans son rapport général, sans pour autant avoir à préciser que cette infraction a été portée, le cas échéant, à la connaissance du procureur de la République. Le commissaire aux comptes ne doit mentionner dans son rapport général que l'irrégularité en tant que telle. Il n'a pas à préciser que les faits sont susceptibles de constituer un délit, ni a fortiori qu'il les a révélés au procureur de la République.

Il s'en suit que l'associé minoritaire, s'il n'est pas membre du conseil d'administration, est ainsi privé d'une information qui peut être capitale pour sa stratégie d'éventuel plaignant. Il y a là une atteinte à l'égalité entre les actionnaires.

2. Parallèlement aux dispositions du Code de commerce, le Code pénal permet d'aborder certaines irrégularités de la vie des sociétés par le biais du droit pénal général, soit de l'abus de confiance, soit de l'escroquerie, ou encore de la prise illégale d'intérêts, par exemple si les conditions exigées sont réunies.

Ainsi, si l'article 118 de la loi NRE prévoit désormais l'approbation formelle des comptes consolidés par l'assemblée des actionnaires, la loi ne prévoit pas de sanction de la publication ou de la présentation du bilan consolidé infidèle. C'est donc par le moyen du droit pénal général que l'actionnaire minoritaire lésé pourra poursuivre les auteurs de comptes consolidés non sincères. Si c'est la lecture des comptes consolidés qui a conduit l'actionnaire à acquérir des actions, à souscrire à une augmentation de capital ou encore à prêter des fonds à une société appartenant à un groupe consolidé, l'article 313-1 du Code pénal, incriminant l'escroquerie, pourra être invoqué.

3. Le Code des marchés financiers et les infractions boursières

Avec la création de la Commission des opérations de bourse (la COB) par ordonnance du 28 septembre 1967, sont nées des incriminations nouvelles et un véritable droit pénal boursier. Quel est le pouvoir autonome de sanction de la COB? Quelles sont ses prérogatives en matière de poursuite des infractions pénales?

Le Président de la COB a qualité pour agir au nom de l'État, devant toute juridiction sauf les juridictions pénales.

Les sanctions que la COB peut prononcer, sans constituer des sanctions pénales, ont néanmoins un caractère répressif prononcé. Elle peut ordonner qu'il soit mis fin aux pratiques contraires à ses règlements. La COB peut aussi, après une procédure contradictoire, prononcer une sanction pécuniaire qui ne peut excéder 152 500 euros, ou, lorsque des profits illicites ont été réalisés, une sanction pécuniaire qui ne peut excéder le décuple de leur montant.

Bien que dépourvue du droit de se constituer partie civile, la COB dispose du pouvoir de dénoncer au ministère public les faits venus à sa connaissance et susceptibles d'être pénalement sanctionnés.

La juridiction répressive peut appeler le Président de la COB à déposer des conclusions et à les développer à l'audience.

Quelles sont les principales infractions relatives au fonctionnement du marché boursier ?

L'actionnaire minoritaire est intéressé par l'égalité et la transparence qui doivent régner entre tous les épargnants, opérateurs et investisseurs. C'est pourquoi la loi punit :

- les délits d'initiés,
- les délits de manipulation des cours ou d'action illicite sur le marché,
 - les délits en matière de participation et de contrôle.
- 1. S'agissant du **délit d'initié**, l'infraction est incluse dans l'article L. 465-1 du Code monétaire et financier. Être initié c'est disposer d'informations privilégiées « avant que le public ait connaissance de ces informations ».

Peuvent être initiés:

- les dirigeants de sociétés,
- toute autre personne physique ou morale pouvant disposer d'informations privilégiées (directeur financier, avocat, commissaire aux comptes...).

L'information doit être précise, particulière et certaine et porter sur les perspectives ou la structure de la société, ou sur tous éléments susceptibles d'avoir une incidence sur le cours des titres. L'affaire Péchiney-Triangle illustre abondamment les manuels de droit pénal des affaires traitant du délit d'initié.

- 2. S'agissant de l'action illicite sur le marché, l'article L. 465-1, alinéa 3 incrimine le fait de répandre des informations fausses et trompeuses. L'affaire Eurotunnel pourrait servir d'exemple ou plutôt de contre-exemple.
- Le délit de manipulation de cours incriminé par l'article L. 465-2 suppose une concertation pour agir sur le marché, une entente réalisée pour multiplier les offres d'achat ou de vente. La technique dite de la « bouilloire » consiste à manipuler rapidement à la hausse une valeur dont le marché est étroit et sensible, en passant de nombreux ordres d'achat... pour persuader

des spéculateurs de l'imminence d'une opération sur ce titre et les amener ainsi à entretenir la hausse. Le délit ne suppose pas nécessairement un résultat bénéficiaire pour les auteurs des manœuvres.

- 3. En matière de **prise de participation ou de contrôle**, les sanctions pénales relatives aux prises de participation sont prévues par le Code de commerce et par le Code monétaire et financier. L'article L. 247-1 du nouveau Code de commerce sanctionne :
- le défaut de mention dans le rapport annuel présenté aux associés, ainsi que dans le rapport des commissaires aux comptes, du franchissement d'un seuil de participation ou de la prise de contrôle d'une société;
- le défaut de mention du compte-rendu de l'activité et des résultats de l'ensemble de la société, des filiales et des sociétés qu'elle contrôle par branche d'activité;
 - le défaut d'annexion du tableau des filiales et participations.

4. L'information du comité d'entreprise ou du comité de groupe

Les personnels salariés des groupes sont de plus en plus appelés à devenir des actionnaires, minoritaires le plus souvent. Le Code du travail impose au chef d'entreprise de consulter les institutions représentatives du personnel dans un certain nombre de cas. Il l'oblige également à communiquer au comité d'entreprise des documents et des informations sur la marche de l'entreprise et ses résultats. Toute omission en matière de consultation ou d'information des institutions représentatives du personnel constitue une entrave à l'exercice régulier de leurs fonctions, sanctionnée par les articles 482-1 en ce qui concerne les délégués du personnel et 483-1 en ce qui concerne le comité d'entreprise (articles du Code du travail).

II – QUELLE EST LA DÉMARCHE DE L'ASSOCIÉ MINORITAIRE AU PLAN PÉNAL ? QUELLES SONT SES MOTIVATIONS ET SURTOUT QUELLES SONT LES CONDITIONS DE LA RECEVABILITÉ DE SA PLAINTE ?

L'associé minoritaire a la possibilité de déposer plainte contre les dirigeants de la société ou les responsables d'agissements répréhensibles au plan pénal. Nous allons analyser :

- quelles peuvent être ses motivations,
- quelles sont, pour l'actionnaire minoritaire, les sources d'information,
- quelles sont les conditions de la recevabilité de la constitution de partie civile,
 - et l'important problème de la prescription.

1. L'associé minoritaire est partie civile dans une procédure pénale. Quels sont les motifs de ce choix ?

Il peut tout d'abord avoir été débouté au civil, au Tribunal de commerce par exemple, faute de preuves. Inversement, l'expertise de gestion ou l'expertise ad futurum qui ont été étudiées ce matin ont fourni au minoritaire suffisamment de preuves pour se diriger vers une procédure pénale. Ou encore, il trouve la voie pénale plus convaincante pour « faire pression » sur le groupe majoritaire. Les moyens de la voie pénale (brigade financière, garde à vue, commissions rogatoires en vue d'une perquisition ou de saisies de documents au siège social, dans les

banques...) paraissent au minoritaire de nature à lui permettre de réunir les preuves qui, par hypothèse, lui manquent.

En revanche, si l'objectif de l'associé minoritaire est d'obliger les dirigeants majoritaires à restituer dans les caisses sociales des sommes indûment prélevées, il préférera l'action en responsabilité devant les juridictions civiles. Il peut aussi après avoir fait juger le délit devant la juridiction pénale, mettre en cause la responsabilité des dirigeants sociaux devant le tribunal civil, fort de leur condamnation pénale.

Dans les procédures collectives, l'action en responsabilité à l'encontre des associés majoritaires dirigeants appartient à l'administrateur judiciaire, qui peut découvrir dans le dossier des faits pénalement répréhensibles.

Rappelons ici les trois éléments qui doivent se trouver réunis pour caractériser un éventuel délit :

- l'élément matériel,
- l'élément légal,
- et l'élément intentionnel.

2. Quelles sont pour l'actionnaire minoritaire les sources d'informations lui permettant d'envisager la mise en œuvre de l'action publique ?

Les rapports du commissaire aux comptes peuvent constituer une source d'informations et de preuves pour le minoritaire, tant par le contenu de ce qu'il écrit que par ses silences éventuels sur les engagements hors bilan et autres. Le rapport du commissaire aux comptes, comme celui du commissaire aux apports ou du commissaire à la fusion, permet parfois à l'associé minoritaire d'engager une action pénale.

Les rapports de gestion établis par une société, à l'occasion des assemblées annuelles ou extraordinaires, sont également des sources de réflexion pour l'actionnaire minoritaire. Mais l'une des difficultés réside dans le fait qu'il n'a pas accès au rapport de l'ancien article 230 de la loi de 1966, ni aux rapports des auditeurs, ni aux travaux du comité d'audit interne.

3. Quelles sont les conditions de la recevabilité de la plainte de l'associé minoritaire ?

L'article 2 du Code de procédure pénale dispose que « l'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction » (c'est nous qui soulignons).

Il suffit à l'associé minoritaire pour agir au plan pénal de posséder une seule action, contrairement à ce qui se passe au civil, comme il a été indiqué ce matin, où le minimum exigé est de 5 % des actions, ce pourcentage étant réduit à 1 % pour les sociétés dont le capital social dépasse 15 millions d'euros.

L'actionnaire minoritaire peut également se regrouper avec d'autres minoritaires et constituer une association d'actionnaires comme l'ADAM. Il existe également des associations de salariés actionnaires.

Si la possession d'une action est une condition nécessaire, estelle suffisante pour recevoir la plainte de l'associé minoritaire? Des décisions récentes ont précisé les conditions de la recevabilité de la plainte d'un associé minoritaire.

La Cour d'appel de Rouen avait condamné pour délit d'abus de pouvoirs sociaux deux dirigeants d'une société anonyme parisienne d'expertise comptable qui, ayant pris une participation significative dans une société normande d'expertise comptable, ont conclu une convention par laquelle cette dernière devait verser à la première une redevance forfaitaire de 5 % de son

chiffre d'affaires. Les deux cabinets ayant deux dirigeants communs, la convention aurait dû être soumise à l'autorisation préalable du conseil d'administration de la société normande. En l'absence de cette autorisation, elle aurait dû être soumise à l'approbation de l'assemblée générale. Or, elle ne l'a pas été.

Après une réduction de capital destinée à compenser les pertes générées par la redevance qui vient d'être décrite (il s'agit d'un coup d'accordéon), deux actionnaires minoritaires de la société normande ont vu leur participation fortement diluée puis ont été évincés par la fusion intervenue au profit du cabinet parisien. La Cour d'appel avait déclarée recevable l'action civile exercée à titre personnel par les deux actionnaires minoritaires en réparation du préjudice subi du fait de l'abus de pouvoirs sociaux commis par le président et un administrateur, communs aux deux sociétés.

Cette constitution de partie civile avait été accueillie aux motifs que l'abus de pouvoirs sociaux reproché aux prévenus affectait le bénéfice social de la société normande et était de nature à causer un préjudice direct tant à la société elle-même qu'à ses actionnaires. La Cour d'appel avait jugé que les deux actions, si elles impliquaient un préjudice distinct, pouvaient être exercées conjointement.

La Chambre criminelle de la Cour de cassation a, le 13 décembre 2000, cassé cet arrêt en considérant que les faits d'abus de pouvoirs sociaux ne sont susceptibles de causer un préjudice direct qu'à la société elle-même et que la Cour ne pouvait retenir la possibilité d'un préjudice causé aux actionnaires. La Haute juridiction a déclaré que la dévalorisation du capital social découlant du délit d'abus de pouvoirs commis par un dirigeant de société, constitue non pas un dommage propre à chaque associé, mais un préjudice subi par la société elle-même.

La solution peut paraître sévère pour l'actionnaire minoritaire, mais il convient de rappeler qu'en matière pénale l'un des principes généraux est celui de l'interprétation stricte des textes, principe consacré par l'article 111-4 du Code pénal.

En sens inverse, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a, par un arrêt rendu le 12 décembre 2000, cassé un arrêt de la Cour d'appel de Douai qui avait déclaré irrecevables les demandes d'un actionnaire, M. Alain Géniteau, exerçant l'action ut singuli au nom de la société Testut. La Cour de cassation a jugé que l'intervention devant les premiers juges du représentant légal de la société ne pouvait pas priver le demandeur, actionnaire minoritaire, du droit propre, appartenant à l'actionnaire, de présenter des demandes au profit de la société et de relever appel en son nom.

L'actionnaire minoritaire s'appuyait sur l'article L. 225-254 du nouveau Code de commerce visant l'action en responsabilité contre les administrateurs. M. Alain Géniteau avait fait citer devant le Tribunal correctionnel la société Testut qui, s'étant constituée partie civile par l'intermédiaire de son président, a conclu à la condamnation des prévenus (trois anciens administrateurs) et de la SDBO à lui payer diverses sommes au titre de dommages-intérêts.

La Chambre criminelle a jugé que l'intervention devant les premiers juges du représentant légal de la société ne privait pas le demandeur du droit propre, appartenant à tout actionnaire, de relever appel au nom de la société et de présenter des demandes au profit de cette dernière et a cassé l'arrêt de la Cour d'appel. Les Hauts magistrats ont considéré que l'irrecevabilité de la constitution de partie civile de l'actionnaire exerçant ut singuli l'action sociale ut universi ne découle pas de la constitution de partie civile aux mêmes fins de la société.

Après que l'actionnaire ait « régulièrement mis en cause la société », celle-ci ne dispose plus, à ce moment-là de l'action,

mais seulement de la faculté qui appartient à toute partie « mise en cause » d'intervenir à l'instance par l'appropriation, par la société elle-même, de l'action ut universi exercée ut singuli par son actionnaire, minoritaire dans le cas présent.

4. Le problème de la prescription

Ce qui compte pour la Cour de cassation c'est non pas la date à laquelle le délit a été effectivement constaté par le plaignant, mais celle à laquelle il a eu la possibilité de découvrir les éléments constitutifs du délit.

Un arrêt a ainsi rejeté une plainte au motif que le délit était prescrit, en considérant que les plaignants qui avaient pris en charge la société au jour de la cession de la totalité des parts sociales étaient en mesure dès cette date de vérifier les comptes de la société laissés par le cédant et de découvrir les détournements imputables à ce dernier. Pour la Cour de cassation, la prescription commence à courir à cette date et non à celle, postérieure, où l'expertise comptable avait mis en évidence les détournements. Dans cette logique, la présentation des comptes annuels lors de l'assemblée générale constitue le plus souvent le point de départ du délai de prescription car les associés ont alors entre leurs mains les éléments qui leur permettent de déceler un éventuel délit.

En ce sens il y a deux arrêts de la Chambre criminelle, en date des 5 mai 1997 et 13 octobre 1999. Un arrêt récent considère même que la connaissance du délit par le commissaire aux comptes ou les associés est présumée du seul fait de la présentation des comptes dans lesquels ont été enregistrées des dépenses litigieuses; il s'agit d'un arrêt de la Chambre criminelle du 27 juin 2001.

III – EXAMEN D'UNE MISSION CONFIÉE PAR UN JUGE D'INSTRUCTION À DES EXPERTS-COMPTABLES JUDICIAIRES

Nous examinerons:

le contenu de la mission tout d'abord;

puis l'aspect technique de certains des chefs de plaintes déposés par la partie civile ;

et pour terminer la situation de l'associé minoritaire dans un groupe.

- 1. Dans le texte même de la mission, le juge d'instruction demande aux experts de rechercher :
- pour chacun des griefs articulés par la partie civile, quelle a été l'information donnée par les sociétés du groupe à la partie civile, actionnaire minoritaire, lors des conseils d'administration, des assemblées générales, dans les rapports de gestion et dans les rapports des commissaires aux comptes;
- si l'actionnaire minoritaire était présent aux délibérations du conseil ou de l'assemblée ayant décidé des différents points litigieux. Dans quel sens a-t-il voté lors de ces réunions?

2. Étude des opérations incriminées

Le plaignant est un actionnaire minoritaire à 30 % d'une holding d'un groupe immobilier spécialisé dans la construction et la promotion de grandes surfaces commerciales. Il vient d'être débouté faute de preuves par le Tribunal de commerce et dénonce des faits qui lui paraissent anormaux comme :

- l'utilisation par l'un des dirigeants d'un navire ou d'un avion de tourisme qui a pu servir à ses loisirs familiaux ;

- des cessions de biens immobiliers du groupe, dans le cadre d'opérations de défaisance.

Le groupe a besoin, pour survivre, de trésorerie. Il doit respecter les échéances de nombreux emprunts souscrits auprès de la banque, elle-même membre du groupe. Pour épargner aux filiales des déclarations de cessation de paiement en cascade, l'une des solutions est de céder des biens immobiliers qu'elles détiennent. L'actionnaire minoritaire de la holding constate, au cours des réunions du conseil d'administration auxquelles il participe, que des filiales cèdent à d'autres filiales et à une structure déconsolidante, des biens immobiliers dans des conditions qui lui paraissent contestables. Tantôt les plus-values réalisées lui paraissent trop faibles, tantôt les moins-values ne lui paraissent pas justifiées, malgré la chute des prix de l'immobilier due à la guerre du Golfe.

Les travaux des experts-comptables judiciaires ont consisté, pour chacun des biens concernés, à rechercher leur valeur nette comptable, à comparer cette dernière au prix de revente du bien et à calculer les plus ou moins-values correspondantes. Ces dernières ont ensuite été comparées aux possibilités du marché de l'immobilier de l'époque, afin de recenser les anomalies éventuelles.

3. Préjudice subi par l'actionnaire minoritaire

La partie de la mission relative à l'éventuel préjudice subi par l'actionnaire minoritaire demandait aux experts de « rechercher pour chacune des actions dénoncées par la partie civile ses effets sur la valeur de son investissement, dire si l'économie de chacune de ces opérations était ou non seulement de minorer les participations de la partie civile ; si tout ou partie de ces opérations correspondait ou non à un intérêt de groupe ; évaluer, s'il y a lieu, le montant du préjudice subi par la partie civile ».

Le seul préjudice allégué par elle réside dans la provision qu'elle a dû constituer pour constater la dépréciation de sa participation de 30 % dans la holding, conséquence des pertes importantes enregistrées par le groupe. Il paraît difficile de considérer une provision pour dépréciation, à caractère réversible et non définitif, comme susceptible d'établir un préjudice. En outre, le capital investi à l'origine par l'actionnaire minoritaire plaignant n'était que de 30 % du capital minimum de 250 000 francs, qui était celui de la holding lors de sa constitution, même si les capitaux propres consolidés du groupe atteignaient plusieurs centaines de millions de francs lors du dépôt de la plainte.

Dans une espèce comparable à celle-ci, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a, dans son arrêt du 4 avril 2001, estimé que « l'actionnaire d'une société holding de la société victime ne peut invoquer qu'un préjudice indirect, dès lors qu'à le supposer établi l'abus de biens sociaux reproché en l'espèce n'aurait causé un préjudice direct qu'à la société elle-même et non à ses actionnaires ».

Nous retrouvons donc ici, dans le cas du groupe, la même stricte nécessité d'un préjudice direct subi par la partie civile, pour que sa constitution soit recevable.

4. Situation de l'associé minoritaire dans le groupe

Il a été assez justifié de dire, depuis une trentaine d'années, que la notion de groupe n'existait pas en droit positif français. En 1974 les affaires Willot avaient déjà permis à la jurisprudence de poser les prémices des règles fondamentales qui seront confirmées le 4 février 1985 par la Cour de cassation dans l'affaire Rozenblum. A la suite de cette dernière affaire, le

concours financier apporté par le dirigeant d'une société à une autre entreprise, dans laquelle il est intéressé, n'échappe aux prévisions des textes incriminant le délit d'abus de biens sociaux, que si d'une part l'existence d'un groupe de sociétés est établi, si d'autre part ce concours, édicté par les intérêts du groupe, apprécié au regard d'une politique commune, n'est pas dépourvu de contrepartie ou ne rompt pas l'équilibre existant entre les engagements respectifs des diverses sociétés et enfin n'excède pas les possibilités financières de celles qui en supportent la charge.

Le groupe a toujours existé dans les faits. Sa reconnaissance en droit est controversée. Il semble que l'article 118 de la loi NRE, prévoyant désormais l'approbation formelle des comptes consolidés par l'assemblée des actionnaires, consacre l'existence du groupe en droit. Le droit du groupe existe-t-il pour autant ? La réponse est nuancée. En effet, le groupe ne dispose pas de la personnalité juridique, sauf en matière fiscale et se trouve par conséquent soumis au droit commun des sociétés. La commission européenne en est au stade de la réflexion sur ce sujet.

Dans l'attente d'un véritable droit des groupes, l'intérêt du groupe est-il dissociable de celui de ses actionnaires ? Le groupe peut-il avoir des intérêts distincts de ceux de ses actionnaires ?

La loi protège le patrimoine de la société et les intérêts des tiers au même titre que les intérêts des associés. Suffit-il pour autant de respecter l'intérêt social ou l'intérêt du groupe pour que l'actionnaire majoritaire dirigeant soit à l'abri de toute critique? M. Le Professeur Schmidt cite, dans « les conflits d'intérêts dans la société anonyme », le cas d'un dirigeant qui verse au gendre d'un Ministre une somme de 760 KF, dans le but d'éviter le reversement au Trésor public d'une aide à l'exportation d'un montant de 15 millions de francs. L'acte de corruption réussit, le reversement au Trésor est ramené à 5 millions de francs par lettre du Ministre. L'acte du dirigeant est à l'évidence conforme à l'intérêt des actionnaires, censé être distinct de l'être moral. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a décidé, par arrêt du 20 juin 1991, que « l'usage des biens d'une société est nécessairement abusif lorsqu'il est fait dans un but illicite ».

En conclusion, sous réserve de la recevabilité de sa constitution de partie civile, qui doit s'appuyer sur un préjudice direct, l'actionnaire minoritaire participe, à sa façon, à une meilleure gouvernance de l'entreprise, même si la voie pénale apparaît à certains comme une certaine dérive du droit.

Bien avant Pythagore, les Grecs disaient déjà que dans la vie les uns sont nés pour être esclaves de l'imaginaire et de l'appât du gain ; les autres, qui sont sages, ne visent que la vérité. L'expert-comptable judiciaire vit de l'espoir d'appartenir à ces derniers et sa conscience professionnelle le conduit naturellement à analyser les comptes des premiers.

Je vous remercie de votre patience et de votre attention.

(Applaudissements)

M. Cotte. – Merci beaucoup de ce bilan, très intéressant, de l'aspect pénal. Christian Colineau va immédiatement succéder à Jean-Louis Hemmer pour traiter de la question suivante. Christian Colineau, nous vous écoutons.

M. Colineau

Merci, Monsieur le Président.

PARTICULARITÉS DU DROIT DES ACTIONNAIRES MINORITAIRES DANS LES SOCIÉTÉS FAISANT APPEL PUBLIC A L'ÉPARGNE : LE RÔLE DU CONSEIL DES MARCHÉS FINANCIERS

Rapport présenté par Monsieur Christian COLINEAU

Expert près la Cour d'appel de Paris



INTRODUCTION

Longtemps les associés minoritaires, ou réputés tels car souvent ils sont détenteurs de la majorité en capital, n'ont pas fait l'objet de toute l'attention qu'ils auraient souhaitée de la part des « gouvernants » de l'entreprise, notamment à l'occasion des opérations de restructuration. (Aux USA le nombre d'actionnaires a doublé en dix ans : 43 % des Américains adultes détiennent des actions, contre 21 % il y a dix ans (1).)

Néanmoins, certains auteurs ont pu évoquer le « harcèlement judiciaire de la part des minoritaires » (2) et cet aspect se retrouve dans les notions d'abus de majorité ou de minorité examinées dans les exposés précédents (3).

A l'ère de la mondialisation, des concentrations et de la mise en place d'organisations transfrontalières, fussent-elles encadrées par les instances internationales de régulation de la concurrence, les organes de gestion doivent conserver la possibilité de prendre rapidement des décisions qu'impose l'adaptation permanente des entreprises aux évolutions du marché et de l'économie et pour ce faire s'appuyer sur la règle majoritaire.

Selon Madame M.-A. Frison-Roche « Seul le principe majoritaire permet le gouvernement des sociétés » (4).

En contrepartie, les associés, notamment les minoritaires, doivent être informés en temps utile et complètement des opérations projetées.

L'extension progressive du « gouvernement d'entreprise » (traduction du « corporate governance » anglo-saxon) (5), la prise de conscience par les dirigeants que les actionnaires individuels seraient plus stables que les investisseurs ou groupes organisés (fonds de pension, institutionnels, par exemple) et la vigilance de certains minoritaires regroupés en associations, incitent aujourd'hui les sociétés cotées à prendre des mesures pour les fidéliser, les mieux connaître et les informer.

Les associés minoritaires peuvent parfois s'inquiéter, avant même leur mise en œuvre, d'opérations de restructuration dès que l'annonce en est faite.

Ainsi les actionnaires de Renault se sont-ils interrogés sur le montage capitalistique avec Nissan dès qu'il fut annoncé (6).

De même, l'annonce d'une assemblée générale extraordinaire de la société Grande Paroisse, filiale de Total-Fina-Elf, destinée à voter un « coup d'accordéon » suite à la catastrophe de l'usine AZF et à provisionner une perte estimée à 500 millions d'euros, a-t-elle été jugée « prématurée » par les actionnaires minoritaires tant que les responsabilités ne seraient pas établies (7).

Si l'actionnaire majoritaire doit pouvoir décider d'opérations de prise de contrôle ou de fusion, la contrepartie pour l'actionnaire minoritaire est, comme l'indique le groupe de travail Lepetit dans son rapport, qu'il doit « pouvoir exercer un droit financier ».

Rappelons que ce groupe de travail a été constitué sur l'initiative du Président de la Commission des Opérations de Bourse avec pour objectif :

« d'explorer les éventuelles modifications à apporter au droit des sociétés ou au droit boursier, afin de clarifier, en tant que de besoin, les règles du jeu en la matière dans le sens de la transparence du marché et de la protection des intérêts des actionnaires, tout en facilitant la restructuration des grandes sociétés cotées ».

Ce même rapport constate néanmoins que « la majorité des opérations n'a pas fait l'objet de problèmes significatifs, ni de procédures judiciaires » (8).

⁽¹⁾ Cf. La Tribune 25/05/01.

⁽²⁾ Bertrand de la Bastide, Les Petites Affiches 20/11/1996 nº 140.

⁽³⁾ Cas d'abus de minorité mettant en jeu la survie d'une société; jugé également que la filialisation ne lèse pas les minoritaires, CA Paris 24 septembre 2001, La Tribune 9/10/01.

⁽⁴⁾ Professeur à l'Université Paris-Dauphine, Directeur de l'Institut de droit économique, fiscal et social, «L'hypothèse d'un droit général de retrait des minoritaires ».

⁽⁵⁾ Cf. Rapport Vienot.

⁽⁶⁾ Les Échos 6/11/01: « les actionnaires minoritaires s'interrogent sur le montage capitalistique ».

⁽⁷⁾ Les Échos 09 et 12/11/01.

 $^{(8)\,}$ « La protection des actionnaires minoritaires dans les opérations de fusion et de garantie de cours ».

Toutefois, j'ai relevé que, selon une étude récente du cabinet d'avocats Herbert Smith, un accroissement des recours devant les tribunaux était attendu en matière d'OPA dans les 3 à 5 ans à venir. Si cette étude concerne la Grande Bretagne, il paraît probable que l'évolution qu'elle prévoit s'applique également aux autres pays européens du continent.

(Le Figaro Économique du 7 octobre 2002)

Après avoir évoqué rapidement le volume des offres publiques au cours des années récentes, nous examinerons dans cette première partie consacrée à l'étude du rôle du Conseil des marchés financiers (CMF), organisme de contrôle et de régulation, successivement:

- les dispositions générales des offres publiques,
- les offres publiques d'achat et d'échange,
- la procédure de garantie de cours,
- les offres publiques de retrait et les retraits obligatoires (OPR et OPRO).

La deuxième partie relative à l'expertise indépendante et à l'attestation d'équité sera traitée par notre confrère Didier Kling.

1 - VOLUME DES OFFRES PUBLIQUES

Au cours de l'an 2001, le Conseil des Marchés Financiers, qui examine les offres et décide si elles sont recevables ou non, a eu à connaître de 84 offres publiques, contre 123 en 2000, 131 en 1999 et 123 en 1998 (9).

Dans ses commentaires sur les opérations de l'année 2000, le Conseil observe:

- qu'aucune des offres n'a donné lieu à de grands débats de principe, contrairement à ce qui avait été observé au cours des trois années précédentes;
- que la diminution en nombre des procédures de garantie de cours, 13 en 2000 contre 44 en 1998, s'explique par le régime instauré fin 1998 qui permet de placer sous le régime de d'offre publique, les acquisitions de blocs de titres auprès de plusieurs actionnaires ne détenant pas préalablement le contrôle majoritaire ou l'acquisition de la majorité via une société holding. On note d'ailleurs que le nombre de ce type d'opérations est de 6 en 2001:
- que le nombre d'offres publiques de retrait obligatoire (OPRO) se maintient en 2000 au même niveau que celui atteint l'année précédente, 46 des 51 offres ont porté sur les titres de sociétés inscrites sur un marché réglementé (10) ;
- que l'OPRO devient de plus en plus l'aboutissement du processus de prise de contrôle. Le prix proposé dans l'OPRO a toujours été au moins égal à l'offre publique d'achat initial.

Eu égard à l'impossibilité, selon la réglementation actuelle, de rémunérer une OPRO autrement qu'en numéraire (11), le Conseil s'interroge sur l'opportunité de faire évoluer ce type d'opérations en autorisant l'indemnisation par la remise de titres, à condition que ceux-ci présentent une forte liquidité.

Cette disposition pourrait, dans les cas de prise de contrôle, faciliter l'OPRO, succédant à l'offre d'achat, par échange de titres, à l'image des dispositions existant dans certains pays voisins.

2 – DISPOSITIONS GÉNÉRALES **DES OFFRES PUBLIQUES**

Le titre V du règlement général du Conseil des Marchés Financiers porte le titre : « Les Offres Publiques d'Acquisition », traduit couramment par le sigle OPA.

Ce titre V comporte sept chapitres.

Le premier (art. 5.1.1 à 5.1.15) décrit les règles générales et dispositions communes applicables aux Offres Publiques d'Acquisition de titres de capital ou titres de créance négociés sur un marché réglementé.

L'article. 5-1-1 dispose :

« Ces règles fixent le processus général de conduite d'une offre publique en vue d'un déroulement ordonné des opérations au mieux des intérêts des investisseurs et du marché; elles ont pour objet d'assurer le respect, par l'ensemble des parties à une offre, des principes d'égalité des actionnaires, de transparence et d'intégrité du marché et de loyauté dans les transactions et la compétition. »

Ce premier chapitre comporte également certaines précisions sur le rôle et l'intervention du Conseil des Marchés Financiers.

Celui-ci:

- apprécie la qualification OPA ou OPE donnée à son opération par l'initiateur (art. 5-1-3),
- dans un délai de cinq jours de bourse (art. 5-1-8), il apprécie sa recevabilité au regard des objectifs et des intentions de l'initiateur, du prix ou de la parité d'échange en fonction des critères d'évaluation objectifs usuellement retenus, de la nature, des caractéristiques, de la cotation ou du marché des titres proposés en échange (art. 5-1-9),
- il apprécie, le cas échéant, les conditions résolutoires (art. 5-1-3-1, caducité de l'offre en deçà de l'obtention d'un pourcentage de titres ou de droits de vote) ou les conditions suspensives (art. 5-1-3-2, caducité d'offres simultanées si les seuils ne sont pas tous atteints).

A la suite de cet examen, le CMF peut demander à l'initiateur la modification de l'offre.

Le CMF peut demander la suspension des négociations sur le marché (art. 5-1-6).

A ce stade, on peut se demander quelle est la nature des décisions du CMF et dès lors celle des procédures engagées devant la Cour d'appel statuant sur les recours formés contre ces décisions.

Cette question, et la réponse, sont importantes au regard de la règle posée par l'article 4 du Code de Procédure Pénale « le criminel tient le civil en l'état ».

L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 3 juillet 1998 (Géniteau c/Elyo et autres) précise que les décisions du CMF sont des actes administratifs de telle sorte que l'article 4 du Code de Procédure Pénale ne s'applique ni aux décisions du CMF, ni aux recours formés contre elles.

⁽⁹⁾ Rapport annuel 2001 du CMF. Annexe 1.

⁽¹⁰⁾ Cinq sociétés n'étaient cotées ni sur le premier marché, ni sur le premier marché comptant, ni sur le second marché, ni sur le nouveau marché.
(11) Article 5.7.2 et 5.7.3 du Règlement Général du CMF, le montant de

l'indemnisation doit être versé sur un compte bloqué.

3 – OFFRES PUBLIQUES D'ACHAT OU D'ÉCHANGE SUR TITRES EN CAPITAL

3.1 – Procédure normale (chapitre II, art. 5-2-1)

La procédure normale d'offre publique est applicable quand l'initiateur détient, seul ou de concert, moins de la moitié du capital ou des droits de vote de la société « cible ».

Sa durée est de vingt cinq jours de bourse à compter de la publication de la note d'information établie par l'initiateur et la société cible.

Les conditions et délais prévus pour le dépôt des titres apportés et pour la livraison et le règlement en titres ou en capitaux sont précisés à l'article suivant (art. 5-2-2).

Dans le cas où l'initiateur recueillerait deux tiers du capital et des droits de vote de la société cible, ou la majorité en cas d'offres concurrentes, l'offre peut être réouverte sur décision de l'initiateur dans les dix jours de bourse suivant la publication des résultats (art. 5-2-3-1).

En effet, pendant la durée de l'offre, des offres concurrentes peuvent être déposées auprès du CMF entre la date d'ouverture de l'offre et jusqu'à cinq jours de bourse avant la clôture (art. 5-2-4), mais pendant le même délai l'initiateur a lui-même la faculté de surenchérir sur sa propre offre ou sur la dernière offre publique ouverte (art. 5-2-5).

Le CMF peut déclarer recevable une offre concurrente ou de surenchère si elle emporte une amélioration significative des conditions proposées aux porteurs des titres visés (art. 5-2-6), par exemple : la suppression du seuil conditionnel.

3.2 – **Procédure simplifiée** (chapitre III, art. 5.3.1 à 5.3.7)

Sans entrer dans le détail de cette procédure, signalons qu'elle peut être autorisée par le CMF sous forme d'OPA ou d'OPE lorsque l'offre est émise par un actionnaire détenant, directement ou indirectement, seul ou de concert, la moitié au moins du capital et des droits de vote d'une société (5.3.2.a).

Elle peut trouver à s'appliquer lorsqu'une offre est limitée à la détention de 10 % au plus du capital (5.3.2.b), ou à l'acquisition d'actions à dividendes prioritaires, d'actions de priorité, de certificats d'investissement ou de certificats de droits de vote (5.3.2.c), ou une offre visant des titres donnant accès à son capital (f), ou l'offre d'échange de titres de créance contre des titres de capital (g) et enfin lors du rachat par une société de ses propres actions (5.3.2.d et e).

Quant au prix il ne peut être inférieur, sauf dérogation accordée par le CMF, à la moyenne des cours de bourse des soixante jours de bourse précédant la publication de l'avis de dépôt du projet d'offre publique (art. 5.3.4).

Cette méthode de détermination du prix est différente de celle prévue à l'article 5.1.9 qui est « fonction des critères d'évaluation objectifs usuellement retenus », autrement dit de l'évaluation « multicritère » qui sera traitée tout à l'heure par notre confrère.

La distinction entre ces deux modes de détermination de prix a fait l'objet d'un recours de l'ADAM (Association de Défense des Actionnaires Minoritaires), à la suite de l'OPA de Studio Canal sur Expand (12).

(12) La Tribune 15/11/01.

La Cour d'appel a approuvé la position du CMF qui avait retenu l'évaluation multicritère (art. 5.1.9).

3.3 – Dépôt obligatoire d'un projet d'offre publique (chapitre V)

La détention de plus du tiers des titres en capital ou des droits de vote par une personne, agissant seule ou de concert, oblige celle-ci à déposer une offre publique visant la totalité du capital et des titres donnant accès au capital ou aux droits de vote (art. 5.5.2).

Lorsque plus du tiers du capital ou des droits de vote d'une société, dont les titres de capital sont admis sur un marché réglementé, est détenu par une autre société et constitue une part essentielle de ses actifs (art. 5.5.3), le dépôt de l'offre est obligatoire quand il y a prise de contrôle de la société détentrice ou lorsqu'un groupe de personnes agissant de concert vient à détenir plus de 50 % du capital ou des droits de vote de la société détentrice sans qu'aucune d'entre elles ne continue à disposer, à elle seule, du contrôle (13).

Ces dispositions sont applicables à une société étrangère qui vient à prendre indirectement le contrôle d'une société française dont les titres sont inscrits à la cote d'un marché de la bourse de Paris (14).

Les cas de restructuration dans les groupes sont également pris en compte lorsque les titres de la société détenue sont transmis par voie de fusion.

Ainsi l'obligation de déposer une offre est étendue à la personne qui, agissant seule ou de concert, vient à détenir, par suite de fusion ou d'apports, plus du tiers du capital ou des droits de vote d'une société, dès lors que ces titres représentent une part essentielle des actifs de l'entité absorbée ou apportée (art. 5.5.3).

Toutefois un dépassement temporaire du seuil du tiers peut être autorisé par le CMF (art. 5.5.3.1) (dépassement de moins de 3 % et pendant moins de six mois).

Le CMF peut constater, dans certaines conditions, qu'il n'y a pas matière à déposer un projet d'offre publique en cas de concert sans franchissement des seuils.

« Tant que l'équilibre des participations respectives au sein d'un concert n'est pas significativement modifié par référence à la situation constatée lors de la déclaration initiale, il n'y a pas lieu à offre publique » (art. 5.5.5).

Le CMF peut accorder des dérogations à l'obligation de dépôt de l'offre dans certains cas précisés à l'article 5.5.7, ou avant l'assemblée des actionnaires devant approuver l'opération projetée (art. 5.5.8).

4 – PROCÉDURE DE GARANTIE DE COURS

Cette procédure, de moins en moins utilisée (15), vise à protéger l'actionnaire minoritaire en cas de cession de blocs de titres.

Elle lui permet de céder ses titres au même prix que celui obtenu par le cédant du bloc de titres.

Ainsi, le cessionnaire, agissant seul ou de concert, est-il tenu

⁽¹³⁾ Article L. 233-3 du Code de commerce.

⁽¹⁴⁾ CA Paris 13 janvier 1998, 1^{re} chambre, Sté TEKNECOMP Holding International BV c/CMF, RJDA 5/98 n° 604.

⁽¹⁵⁾ De 44 en 1998 à 23 en 1999, à 13 en 2000 et 6 en 2001.

de déposer une offre de garantie de cours dès lors qu'il acquiert ou prévoit d'acquérir un bloc de titres lui conférant, avec les titres ou droits de vote déjà détenus, la majorité du capital ou des droits de vote d'une société (chapitre IV, art. 5.4.1).

Il s'engage à se porter acquéreur sur le marché, pendant dix jours de bourse minimum, de tous les titres présentés à l'offre au prix auquel la cession des titres a été ou sera réalisée, et seulement à ce cours ou à ce prix (art. 5.4.2).

Dans certains cas, le CMF peut autoriser un prix inférieur (clause de garantie visant un risque identifié, ou règlement différé).

Dans un autre cas, afin de replacer rétroactivement les minoritaires dans la même situation que celle des vendeurs du bloc majoritaire, des intérêts moratoires leur ont été alloués pour supprimer l'atteinte à leurs droits (16). Dans certaines circonstances, le CMF peut placer sous le régime de l'offre publique obligatoire un projet d'acquisition de bloc de titres (art. 5.4.3).

5 – OFFRES PUBLIQUES DE RETRAIT ET RETRAIT OBLIGATOIRE

5.1 – Offre Publique de Retrait (chapitre VI)

Les actionnaires minoritaires d'une société cotée peuvent demander au CMF de requérir des actionnaires majoritaires le dépôt d'une offre publique de retrait lorsque ceux-ci détiennent au moins 95 % des droits de vote (art. 5.6.1).

Néanmoins, l'initiative de déclencher une offre publique de retrait peut venir aussi du ou des majoritaires (art. 5.6.3 et 5.6.4).

Le CMF se prononce sur la demande qui lui est présentée au vu des conditions prévalant sur le marché des titres concernés et des informations reçues du demandeur (17).

En effet, selon la Cour d'appel de Paris (18), une offre publique de retrait à la demande d'un minoritaire « a pour finalité de permettre à l'actionnaire, dont le titre a perdu sa liquidité sur un marché rendu étroit par le poids relatif des majoritaires, de sortir de la société dans des conditions normales de cours et de délai... ».

Si la demande est jugée recevable par le CMF, il fixe le délai dans lequel le ou les majoritaires sont tenus de déposer un projet d'offre et il examine la recevabilité de celui-ci.

Des conditions similaires existent s'il s'agit de certificats d'investissement ou de droits de vote (art. 5.6.2).

Le dépôt d'un projet d'offre de retrait est par ailleurs obligatoire en cas de transformation de la société en commandite par actions (art. 5.6.5), ou possible en cas de modifications significatives de la société (art. 5.6.6), dans son statut juridique ou dans sa dimension économique (fusion-absorption, cession ou apport de la totalité ou du principal des actifs...).

En effet, dans ces deux derniers cas, il appartient aux personnes qui « contrôlent » une société d'informer le CMF qui doit décider, après avoir apprécié les conséquences de l'opération prévue, s'il y a lieu de mettre en œuvre une OPR (offre publique de retrait (art. 5.6.6).

Comme dans le cas de la transformation en commandite par actions de l'article 5.6.5, l'initiative revient aux actionnaires qui « contrôlent », sans que cette notion soit définie.

On peut supposer, à l'instar de Me Laurent Fugeloras, avocat, que le contrôle est celui défini par l'article L. 233-3 du Code de commerce (ancien art. 355-1 de la Loi du 24 juillet 1966) sauf au CMF, précise-t-il, « à développer une conception plus personnelle de cette notion » (19).

Rappelons que l'article L. 233.3 (art. 355-1 de la loi du 24 juillet 1966) définit le contrôle d'une société sur une autre, lorsque celle-là dispose, seule ou de concert, de la majorité des droits de vote ou détermine de fait les décisions dans les assemblées de celle-ci. Le contrôle est présumé lorsqu'elle dispose de plus de 40 % des droits de vote et qu'aucun autre associé ne dispose d'une fraction supérieure à la sienne.

Conformément aux dispositions générales de l'article 5.2.11 et jusqu'à la publication des résultats de l'offre, son initiateur, ou les personnes qui agissent de concert avec lui, ne peuvent acheter des titres de la société visée à un prix supérieur à celui de l'offre.

A propos de la notion « totalité ou principal des actifs » de l'article 5.6.6, on notera que par arrêt du 3 avril 2001 (20) concernant la société La Rochette, la Cour d'appel de Paris a clarifié la distinction de cette notion par rapport à celle de « part essentielle de l'actif » de l'article 5.5.3. La première hypothèse pouvant conduire le CMF à décider s'il y a lieu à offre publique de retrait, tandis que la seconde s'inscrit dans le cadre de l'offre publique obligatoire.

5.2 – Offre Publique de Retrait Obligatoire (Chapitre VII)

Dès le dépôt de son offre de retrait, l'initiateur peut demander au CMF de procéder au retrait obligatoire dès la clôture de l'offre et quel qu'en soit le résultat (art. 5.7.3).

Ainsi, dès la clôture de l'offre publique de retrait, les titres concernés sont radiés de la cote et les titres, non présentés à l'offre, sont transférés au nom de l'actionnaire ou du groupe majoritaire qui verse le montant correspondant sur un compte bloqué dans des conditions fixées par le CMF.

Il s'agit d'une décision irrévocable de l'initiateur.

Mais, comme l'indique l'article 5.7.1, l'initiateur informe le CMF, lors du dépôt de l'offre de retrait, s'il se réserve la faculté de demander ou non, en fonction du résultat obtenu, la mise en œuvre du retrait obligatoire.

L'initiateur doit faire connaître au CMF, dans les dix jours de bourse de la clôture de l'offre, s'il renonce ou non à cette faculté.

Si l'initiateur décide de procéder au retrait obligatoire, il fait connaître au CMF le prix proposé pour l'indemnisation, pour « *l'expropriation* » diront certains.

Sans anticiper sur l'exposé suivant, précisons seulement que le « prix-indemnité » est au moins égal à celui de l'offre publique de retrait, et qu'il peut être supérieur dans certains cas

⁽¹⁶⁾ Cass. Com. 24 février 1998 : Sté H. FINANCE et PARTICIPATIONS c/CBV et autres, CA de Paris 18/9/95, Gazette du Palais 13-14 mai 1998, p. 11 et 12.

⁽¹⁷⁾ Arrêt CAVES de ROQUEFORT, Cass. Com. 6 mai 1996.

⁽¹⁸⁾ Paris 7 avril 1998, CAUVAL/PARFIVAL – Banque n° 59, mai-juin 1998.

⁽¹⁹⁾ In Droit bancaire et financier, p. 213 et 214.

⁽²⁰⁾ Revue du CMF nº 38 mai 2001, p. 25 à 27, Michaëla d'ORAZIO, responsable des affaires juridiques.

(art. 5.7.2 : événements susceptibles d'influer sur la valeur des titre survenus depuis la recevabilité de l'OPR).

Selon la Cour d'appel de Paris (21) :

« La procédure de retrait obligatoire, qui a pour objet d'organiser le transfert forcé des titres restant sur le marché à l'issue d'une offre de retrait et qui se trouve légalement soumise au contrôle des autorités chargées de la réglementation et de la surveillance du marché, constitue un mécanisme boursier dont le dénouement répond à des règles analogues à celles de l'opération de marché que constitue l'offre publique de retrait. »

Le projet d'offre de retrait doit donner lieu à une évaluation de l'indemnisation des actionnaires minoritaires, et cette évaluation doit être « assortie de l'appréciation d'un expert indépendant » (art. 5.7.1).

CONCLUSION

A propos des opérations d'offres publiques d'achat, de retrait ou de retrait obligatoire, intervenues en 2000 (période du 23 février 2000 au 20 février 2001) le CMF note dans son rap-

(21) CA de Paris 1^{re} ch., CBV, du 16 mai 1995.

port que 8 recours ont été formés devant la Cour d'appel de Paris.

Nombre de ces recours ont été motivés par l'insuffisance alléguée du prix ou de l'indemnisation.

Par suite, on peut s'interroger sur les méthodes d'évaluation et l'indépendance des évaluateurs, mais ceci est l'objet de l'exposé suivant.

Je voudrais juste préciser qu'en 2001, sur les 34 OPR suivies d'une OPRO, j'ai relevé que 10 expertises indépendantes avaient été réalisées par des membres de notre Compagnie (contre 18 sur 51 en l'an 2000) (22) et que plusieurs d'entre elles avaient été réalisées par notre confrère Didier Kling. Il est donc particulièrement bien placé pour nous parler des expertises indépendantes et des attestations d'équité. J'ai le plaisir de lui passer la parole.

(Applaudissements)

M. Cotte. – Merci. La parole est à Didier Kling.Didier Kling. – Merci Monsieur le Président.

⁽²²⁾ Rapports du CMF pour 2001 et 2000.

L'INFORMATION DES ACTIONNAIRES MINORITAIRES PAR L'EXPERTISE INDÉPENDANTE ET L'ATTESTATION D'ÉQUITÉ

Rapport présenté par Monsieur Didier KLING

Expert près la Cour d'appel de Paris Expert agréé par la Cour de cassation



Mesdames, Messieurs, les exposés qui ont précédé, notamment celui de mon ami Christian Colineau, avaient essentiellement pour objectif de présenter les dispositions juridiques qui sont destinées à veiller au respect des droits des minoritaires. Pour ce qui me concerne, mon exposé est destiné davantage à considérer qu'avant même que ces actionnaires minoritaires puissent exercer éventuellement des actions judiciaires, encore faut-il qu'ils soient parfaitement informés.

C'est donc précisément le but qui est poursuivi par l'instauration d'un expert indépendant dans le cadre des procédures de retrait obligatoire qui ont été évoquées à l'instant ; c'est également le but qui est poursuivi par la pratique, qui s'est développée à l'initiative de la COB, de l'attestation d'équité qui peut être délivrée à l'occasion d'opérations financières complexes qui méritent d'autant plus d'être parfaitement transparentes que des conflits d'intérêts peuvent apparaître entre les parties en présence.

Bien qu'elles obéissent à des cadres juridiques distincts, le présent exposé couvrira donc ces deux missions, à raison des analogies qu'elles présentent par ailleurs.

J'évoquerai ces deux missions au travers de deux volets : le premier sera un volet davantage juridique, pour poser le cadre dans lequel elles interviennent, éventuellement les propositions qui peuvent être formulées à cette occasion. Le deuxième volet sera davantage financier, car il y a peut-être un certain nombre de propositions qui pourraient être présentées et auxquelles la Compagnie Nationale des Experts-Comptables Judiciaires pourrait utilement apporter sa contribution.

Sur le premier volet, le cadre juridique, j'exprime ici l'idée selon laquelle les missions d'attestation d'équité et d'expertise indépendante sont parfois confondues, au point que ces dénominations sont quelquefois utilisées sans égard au contexte juridique propre à chacune d'elles. S'il est vrai que les finalités ne sont pas très éloignées, puisqu'elles visent toutes deux à éclairer les actionnaires sur des opérations financières complexes, elles n'en sont pas moins soumises à des cadres juridiques distincts.

C'est pourquoi je voudrais évoquer ce volet juridique au travers de deux parties, si vous le voulez bien.

J'ai intitulé la première Si les missions sont proches, leurs cadres

juridiques sont très différents. Pour autant, il existe dans les deux cas des insuffisances qui sont, je pense, de même nature et qui méritent peut-être interrogation de notre part.

En ce qui concerne l'expertise indépendante, il y a un support juridique qui vient d'être évoqué à l'instant et qui est très succinct. Christian Colineau évoquait le problème des procédures des offres publiques de retrait, en citant à cette occasion le règlement général du Conseil des marchés financiers, procédures de retrait qui sont destinées, vous l'avez bien compris, à mettre en place un dispositif qui permet aux minoritaires de s'extraire d'une situation dans laquelle le marché est devenu trop étroit pour répondre aux conditions de liquidité nécessaires.

Dans cette hypothèse, la décision du Conseil des marchés financiers n'est encadrée que par des dispositions très générales. A ce stade, il n'y a pas d'expertise et on se réfère assez généralement au cours de bourse, ce qui n'est pas illogique puisque cette procédure ne constitue qu'une possibilité qui est dépourvue du caractère obligatoire, de sorte qu'il est assez normal de laisser, dans cette hypothèse, sur le marché la libre confrontation de l'offre et de la demande. Donc dans cette hypothèse seule la procédure est encadrée.

Il en va tout à fait différemment à l'issue d'une offre publique de retrait, si l'actionnaire ou le groupe majoritaire souhaite se voir transférer les titres non présentés. On se trouve alors dans la procédure de retrait obligatoire et, dans cette hypothèse, non seulement la procédure est encadrée, mais le prix ne peut être fixé librement. Il y a donc à cette occasion une évaluation qui est présentée par l'initiateur ou par une banque sur laquelle s'appuient ces travaux et cette évaluation, laquelle, selon le règlement du Conseil des marchés financiers, est assortie de l'appréciation d'un expert indépendant.

On voit donc apparaître à ce niveau, outre l'encadrement de la procédure et l'encadrement du prix, un professionnel qui est qualifié « d'expert indépendant ». Je ne vais pas m'étendre davantage sur la question de savoir s'il était nécessaire, dans le texte, que l'on précise que l'expert devait être indépendant, comme si cela pouvait ne pas aller de soi.

Quoi qu'il en soit, aucune disposition réglementaire au regard de cet expert, n'est venue préciser davantage cette notion à la fois quant à son statut, quant à sa mission et quant à son indépendance. Il y a donc ici un texte qui est un texte succinct, mais c'est encore beaucoup plus que ce que nous connaissons pour l'attestation d'équité pour laquelle il n'y a pas de texte.

Pour l'attestation d'équité il y a simplement une réflexion de place qui a été initiée en mars 1995 par la Commission des Opérations de Bourse. Cette réflexion a considéré qu'en présence d'opérations financières complexes il était utile et pertinent qu'un professionnel qualifié, extérieur, compétent et indépendant émette une opinion pour que les actionnaires minoritaires soient parfaitement informés. Dans son bulletin de novembre 1995, la Commission, a développé des propositions qui sont destinées à encadrer cette mission.

Pour autant cette mission ne peut intervenir que lorsqu'elle n'est pas redondante avec les contrôles qui sont prévus par ailleurs dans la loi sur les sociétés. Quels sont les cas-types dans lesquels cette mission peut intervenir? J'en cite quelques-uns dans le rapport. On va se limiter à une seule mission, si vous le voulez bien, qui est une mission intéressante, non pas parce qu'elle défraie la chronique, mais parce que le groupe dans lequel elle est intervenue paraît faire l'objet d'une actualité assez brûlante: il s'agit de l'opération dans le cadre de laquelle un groupe, qui s'appelle Vivendi Universal, entendait acquérir les titres de la société Seagram située au Canada.

Il y avait dans le cadre de cette opération un certain nombre d'opérations préalables qui se traduisaient par des valorisations internes intéressant les groupes Havas, Vivendi et Canal+. Toutes ces opérations avaient déjà été soumises à des professionnels en leur qualité de commissaires aux apports. Il n'y avait pas eu d'observations à ce stade.

Il est dommage que Mme Neuville ne soit pas là ; elle était présente à l'assemblée, et elle est intervenue dans des conditions très pertinentes. La seule opération vraiment intéressante était l'opération de prise de contrôle du groupe Seagram. Comment cette opération s'est-elle réalisée ? De manière très simple. Le groupe Vivendi, en France, a procédé à une augmentation de capital à souscrire par une filiale ou par une sous-filiale de droit canadien. Cette sous-filiale de droit canadien a donc souscrit à l'augmentation de capital et est devenue actionnaire de Vivendi Universal.

Ensuite, une opération financière simple s'est déroulée au Canada, opération soumise au droit canadien et par laquelle la société Exchange Co a proposé aux actionnaires de Seagram un échange de titres. Vous nous apportez les titres Seagram et en échange on vous donne des titres de Vivendi Universal ou (l'opération étant un peu plus complexe) des actions échangeables qui sont substantiellement l'équivalent économique des actions de Vivendi Universal.

Il y a eu donc une opération d'échange de titres qui s'est réalisée sous l'empire du droit canadien, et sur le territoire canadien, par une société de droit canadien. Opération substantielle qui n'était soumise évidemment à aucun professionnel, à aucun contrôle sur le territoire français.

Cette opération n'était pas totalement négligeable quant à son importance. Si on se souvient des chiffres à l'époque, il semble que ce soit un peu différent aujourd'hui, la capitalisation boursière du groupe Vivendi était de l'ordre de 70 milliards d'euros (je n'ai pas les chiffres actuels) et la valeur des titres Seagram qui étaient acquis à cette occasion était de l'ordre de 35 milliards de dollars, donc à peu près la moitié du « poids » de Vivendi.

Aucun contrôle n'était intervenu mais, spontanément, sous l'influence sans doute et à l'initiative de la Commission des opérations de bourse, les conseils d'administration des groupes Vivendi et Canal+ (qui étaient intéressés par cette opération)

ont sollicité des attestations d'équité qui ont été délivrées par la Banque Lazard pour Vivendi et la Banque Merril Lynch pour le groupe Havas. Ces deux banques ont rendu des rapports qui sont des rapports publics, dans lesquels ils ont conclu au caractère équitable des opérations, en précisant bien à chaque fois que ces deux banques étaient intervenues comme conseils des sociétés intéressées; pour l'une conseil de Vivendi et pour l'autre conseil de Canal+.

Ces deux interventions illustrent :

 - d'une part, la mission qui est bien consacrée à vérifier l'équité d'un rapport d'échange;

- d'autre part, le statut de l'expert dont on ne saurait prétendre qu'il était totalement indépendant. En effet, ces établissements étaient par ailleurs conseils des entreprises intéressées ; ils ont donc délivré ces attestations comme un élément de conclusion de leur mission plus large qui visait à valoriser au mieux le patrimoine des sociétés ayant recouru à leurs services.

Un autre exemple que je vous cite est à peu près de même nature : il s'agit de l'opération toute récente de l'acquisition par l'Agence Publicis, conseil en publicité, qui a procédé aussi par voie d'échange de titres à l'acquisition d'une société américaine du groupe B. Com3. Il y a eu aussi attestation d'équité qui a été délivrée cette fois-ci par des professionnels qui n'étaient pas des conseils financiers des sociétés d'intérêts.

Ce qui me paraît utile et important de relever à cette occasion est que, face à ces deux missions, attestation d'équité et expertise indépendante, pour lesquelles les textes sont extrêmement succincts, il y a de toute évidence certaines insuffisances sur lesquelles nous pouvons aujourd'hui mettre l'accent. Ces insuffisances sont au moins de deux natures : tout d'abord le caractère contradictoire de l'expertise et ensuite le problème posé par l'indépendance de l'expert.

En ce qui concerne le caractère contradictoire de l'expertise, on peut considérer que l'expertise qui est destinée à protéger les actionnaires minoritaires se trouve dans une situation assez paradoxale dans la mesure où l'expert ne peut entretenir de dialogue avec les actionnaires minoritaires. Cet aspect est d'autant plus sensible qu'à défaut de textes et en application d'une doctrine claire, l'indépendance de l'expert est susceptible d'être mise en cause; c'est du moins l'avis qui a été émis par certaines représentants des actionnaires minoritaires, qui ont estimé qu'ils auraient dû pouvoir disposer des mêmes informations que l'expert indépendant de manière à soumettre ces données à un professionnel de leur choix.

Très sincèrement, cette solution ne me semble pas heureuse, car la multiplicité des experts me paraît plutôt source de confusion. En revanche, dans un souci de transparence, on pourrait sans doute imaginer que le ou les rapports d'évaluation émis par les banques conseils et mis à la disposition de l'expert, soient tenus à la disposition de chacune des parties intéressées. Sur la base de cette documentation, et dès lors que le nom de l'expert serait publié, chacune des parties pourrait éventuellement faire connaître à cet expert quels sont ses commentaires, ses interrogations et les analyses critiques auxquelles elle procède. Il serait alors possible que l'expert puisse, dans son rapport, avoir une réflexion qui se trouverait ainsi enrichie. Il serait même possible de prévoir que l'expert soit éventuellement tenu de répondre à chacune de ces analyses, de manière à atténuer certaines incompréhensions et en même temps peut-être à renforcer la confiance qui doit être placée dans la mission confiée à cet expert.

Cette disposition technique qu'il me paraît assez aisé à mettre en place pourrait être confortée par une clarification relative à l'indépendance de l'expert.

Chacun conviendra qu'il n'est pas d'expertise, c'est-à-dire

d'avis technique émis sur un sujet par un homme de l'art qui ne requière au plan de l'éthique l'indépendance du professionnel.

Mais encore faut-il préciser que ce concept n'obéit pas à une définition absolue. Pour s'en convaincre il suffit de rappeler, comme je l'ai fait de manière rapide et sommaire, que les deux missions évoquées ici proviennent d'origines très différentes. L'expertise indépendance confère au professionnel un statut de quasi-arbitre, alors que l'attestation d'équité correspond davantage à un engagement de la part d'un technicien chargé d'une évaluation pour le compte d'une partie.

Sur l'indépendance de l'expert, les textes sont assez sommaires. En ce qui concerne l'attestation d'équité, la Commission des opérations de bourse s'est bornée, dans un de ses rapports, à préciser qu'il devait s'agir de professionnels « qualifiés engageant par leur signature leur réputation et que les auteurs devaient être indépendants, c'est-à-dire qu'il ne devait pas y avoir matière à conflit d'intérêt ».

En ce qui concerne le retrait obligatoire, les textes ont été homologués par l'arrêté du 18 décembre 2000. Il n'y a pas de précisions sur l'indépendance de l'expert. Tout au plus peut-on relever une pratique qui est assez récente sur laquelle le Conseil des marchés financiers demande aux experts qui sont pressentis, une déclaration dans laquelle ils s'engagent ou ils affirment ne pas être intervenus au cours des trois dernières années auprès des sociétés intéressées en qualité de conseil. Donc, peu de textes.

Peu de doctrine aussi. La seule doctrine que j'ai pu relever en la matière est une doctrine qui émane du Conseil national des commissaires aux comptes. Sur la mission d'expertise indépendante il s'agit d'une norme qui a été adoptée par le Conseil national des commissaires aux comptes en décembre 1996, norme qui fixe au rang des exigences déontologiques, des dispositions qui sont très proches de ce qui existe en ce qui concerne le commissariat aux comptes, à la fois en termes d'indépendance et d'apparence d'indépendance.

Il n'y a pas de norme analogue sur l'attestation d'équité; il y a simplement une lettre qui a été adressée en juin 1995 par le Président de l'époque du Conseil national des commissaires aux comptes au Président de la Commission des opérations de bourse et qui témoigne du souci d'assurer une homogénéité de comportement en termes d'éthique.

Donc, peu de choses en matière de textes. Peu de choses en matière de doctrine. Peu de choses, soyons honnêtes, en matière de jurisprudence, et indépendamment du cas évoqué de l'offre publique d'échange de Lagardère Groupe sur Matra-Hachette, il y a eu un cas, intéressant d'ailleurs, qui a été soumis à la Cour d'appel de Paris en juillet 1998, mais qui était un peu différent et très particulier. Il s'agissait de savoir si l'expert pouvait se prétendre indépendant alors qu'il participait au même conseil d'administration que le groupe majoritaire ou les parties appartenant au groupe majoritaire. La Cour d'appel a considéré dans ce cas qu'il convenait de procéder à une appréciation très pragmatique et de rechercher s'il existait une communauté d'intérêt susceptible d'affecter l'indépendance ou l'objectivité de l'expert. Il s'agit de l'affaire Elyo. La Cour d'appel a répondu par la négative

Pour être honnêtes, nous attendons tous le résultat d'une action qui a été engagée à l'occasion de la mise en cause de l'indépendance de la banque chargée d'établir l'attestation d'équité, à l'occasion de l'offre publique qui a été initiée avant les vacances par la société King Fisher, en vue de prendre le contrôle complet de sa filiale Castorama. Mais le jour où les parties se sont présentées devant M. Gilbert Coste, Président du Tribunal de commerce de Paris, le Tribunal n'a finalement pas eu à statuer puisque les parties étaient tombées d'accord pour

considérer qu'il convenait de s'en remettre à une autre banque que celle qui avait été initialement choisie.

Donc rien ou pas grand-chose, ce qui signifie que devant des hésitations et des incertitudes, il y aurait sans doute avantage à prolonger cet effort de doctrine et dire tout d'abord si l'indépendance doit ou non être conçue dans des termes identiques pour ces deux missions d'attestation d'équité et d'expertise indépendante.

Ensuite, les critères qui mériteraient d'être retenus pour chacune d'elles, doivent être ceux qui existent déjà en ce qui concerne d'autres professionnels du chiffre et notamment les commissaires aux comptes.

Voilà en ce qui concerne ce premier volet de nature juridique. Le deuxième volet est de nature plus économique, plus financiere, et porte sur l'appréciation des techniques d'évaluation.

L'aspect juridique, c'est bien, mais ce n'est pas tout, puisque ce qui intéresse les actionnaires minoritaires est bien de savoir si, dans le cadre des opérations financières qui leur sont proposées, ils ont été normalement remplis de leurs droits, autrement dit si les sommes qui leur sont proposées correspondent à une juste évaluation.

De ce point de vue, on vit depuis 1982 avec ce que l'on peut appeler le « sacre » de l'analyse multicritère. 1982 est l'année au cours de laquelle des nationalisations ont été entreprises. Le Conseil constitutionnel avait considéré à l'époque que l'on ne pouvait évaluer les entreprises intéressées sur la base d'un seul critère, qu'il en fallait plusieurs et, depuis, un certain nombre de textes ont approfondi cette matière. Pour ce qui nous concerne, c'est notamment la loi de juin 1996 dont je vous rappelle les termes sur l'évaluation à effectuer : « L'évaluation des titres effectuée selon les méthodes objectives pratiquées en cas de cession d'actifs (retenez bien ce terme : en cas de cession d'actifs, j'aurai l'occasion d'y revenir) tient compte, selon une pondération appropriée à chaque cas, de la valeur des actifs, des bénéfices réalisés, de la valeur boursière, de l'existence de filiales et des perspectives d'activité. »

Ajoutons que la jurisprudence a apporté, à juste raison je crois, quelques atténuations à ce texte, et notamment la Cour d'appel de Paris qui a eu l'occasion de préciser en mai 1995 :

- 1. Que les critères inscrits dans la loi ne constituent qu'une liste indicative et non impérative.
- 2. Que la loi « n'interdisait ni le recours à des critères complémentaires, dès lors qu'ils sont pertinents, homogènes et adaptés au cas d'espèce, ni, à l'inverse, l'affectation d'une pondération nulle ou proche de zéro pour des critères légaux qui ne répondraient pas à ces conditions ».

Reste que cette analyse multicritère rencontre certaines limites ; ces limites peuvent être examinées au travers de deux questions que je vous propose d'évoquer.

La première est de savoir si la valeur de l'entreprise suffit à déterminer les droits des minoritaires.

La deuxième pose la question de savoir si la valeur d'une entreprise peut être différente selon la nature des opérations.

(Ces deux questions étant volontairement posées de manière provocante.)

Valeur de l'entreprise et droit des minoritaires : pourquoi cette question se pose-t-elle ? Vous connaissez tous les techniques d'évaluation, les trois approches prédominantes, avec toutes les subtilités qui peuvent intervenir ensuite, il s'agit :

- soit des valeurs par comparaison s'il existe des transactions comparables;
 - soit des valeurs patrimoniales ;
 - soit des valeurs par capitalisation des revenus futurs.

On a tendance aujourd'hui à considérer que c'est cette troi-

sième valeur qui est la plus pertinente et qui doit donc être affectée de la plus large pondération, étant entendu que la valeur patrimoniale a de moins en moins d'importance dans les transactions qui sont opérées, notamment sur toutes les valeurs liées à Internet. De même, pour en revenir à nouveau à Vivendi et à Seagram, on trouve de plus en plus dans des entreprises des éléments incorporels qui sont tels que leur valeur patrimoniale n'a plus qu'un intérêt très limité.

Or, si on privilégie la méthode de capitalisation des revenus futurs, on se trouve face à une solution qui est assez intéressante, car les actionnaires minoritaires font valoir, non sans raison peutêtre, que les revenus futurs leur sont parfaitement indifférents, dans la mesure où, pour ce qui les concerne, en tant qu'actionnaires minoritaires, ils ne peuvent pas appréhender ces revenus. Ces revenus leur échappent totalement; ils ne connaissent de ces revenus que les dividendes que les actionnaires majoritaires voudront bien leur allouer à l'occasion de chacune des assemblées.

C'est pourquoi la question se pose aujourd'hui en doctrine, me semble-t-il, de savoir si les méthodes d'évaluation retenues pour évaluer une entreprise sont pertinentes, dès lors qu'il s'agit d'estimer les droits des minoritaires. Je me bornerai à poser la question en vous laissant le soin de tenter d'y répondre.

La deuxième question tout aussi provocante est de savoir si la valeur peut être différente selon la nature de l'opération.

Il s'agit ici pour moi de poser la question de savoir si on peut accepter une même démarche selon que l'opération se traduit par une offre à laquelle l'actionnaire est libre de souscrire ou d'une opération dont l'issue lui est imposée. C'est toute la différence entre une offre publique d'achat ou une offre publique de retrait avec la procédure de retrait obligatoire.

Si vous vous souvenez, j'ai cité un texte tout à l'heure en ce qui concerne l'analyse multicritère, je soulignais le terme de « en cas de cession d'actifs ». Or, quand j'évalue une entreprise, je ne me place pas par définition dans l'hypothèse d'une cession d'activité mais dans l'hypothèse d'une continuité de l'exploitation. Si je suis dans le cas d'une offre publique d'achat ou de retrait, j'ai bien l'intention de poursuivre l'activité. Est-ce alors la même hypothèse qui peut être retenue si, par définition, je cherche à « exproprier » les actionnaires minoritaires, la continuité de l'activité ne les intéressant plus puisque, par définition, leur participation à la vie sociale va s'arrêter à ce stade ?

Voilà l'argument de texte.

Or, une décision de la Cour d'appel de Paris rendue en mai 1995 est intéressante à ce sujet. A cette époque, la Cour d'appel de Paris a considéré que les mêmes méthodes et les mêmes critères d'évaluation devaient être retenus en cas de retrait et de retrait obligatoire, car les deux opérations, a-t-elle dit, ont un caractère indissociable.

Cette solution paraît donc s'imposer, paraissait s'imposer, sauf que depuis, dans un arrêt du 9 avril 2002, la Première Chambre de la Cour d'appel de Paris a paru remettre en cause le principe défini en 1995, à l'occasion d'une opération que je vais essayer de décrire de manière très succincte, et qui intéresse une société qui était cotée en bourse et s'appelle Louis Dreyfus Citrus.

La société Louis Dreyfus Citrus a une activité consistant à acheter des oranges sur le marché mondial. Ces oranges font l'objet de transformations à partir de deux usines, l'une en Floride et l'autre au Brésil, pour être ensuite vendues sous la forme de jus concentré. Cette société a été introduite à la bourse de Paris, sur le second marché, en 1996. L'introduction s'est faite sur la base de 27 euros par action. Or, en 2001, le cours était compris entre 8 et 10 euros.

En juillet 2001, la Société Simgar, qui détenait alors 70 % du

capital de Louis Dreyfus Citrus, saisit le Conseil des marchés financiers d'un projet d'offre publique d'achat simplifiée au prix de 14 euros par action, donc avec une prime de 40 % par rapport au cours de bourse le plus favorable. Par décision du 27 juillet 2001, le Conseil des marchés financiers a déclaré recevable ce projet d'offre publique d'achat simplifiée.

L'opération financière s'est réalisée sans problème en septembre 2001. A l'issue de cette opération Simgar détenait 97,48 % du capital. En octobre 2001, la société Simgar dépose cette fois-ci une offre publique de retrait au même prix de 14 euros, suivie d'un retrait obligatoire dès la clôture de l'offre publique de retrait quel qu'en soit le résultat. Par décision du 20 novembre 2001, le Conseil des marchés financiers a décidé de ne pas prononcer la recevabilité du projet qui lui était soumis, et ce au terme d'une argumentation très précise et très pertinente qui a notamment fait observer que le prix proposé de 14 euros faisait apparaître une décote de 43 % par rapport aux capitaux propres consolidés au 30 juin 2001, soit à l'époque de 24, 6 euros.

Vous vous souvenez:

- introduction en 1996 : 27 euros,
- capitaux propres : 24,6 euros ;
- prix offert : 14 euros,
- cours de bourse entre 8 et 10 euros.

Donc l'opération de marché ne posait pas de problème.

Mais l'opération d'expropriation en pose.

La société Simgar a exercé un recours en décembre 2001 auprès de la Cour d'appel de Paris qui a donné raison au Conseil des marchés financiers au terme d'une argumentation très précise, très documentée, très pertinente, mais qui pose pour nous professionnels un certain nombre d'interrogations.

Il y a au moins deux problèmes qui méritent interrogation : un problème de nature juridique et un problème d'égalité entre les actionnaires.

La société Simgar a fait valoir qu'il lui paraissait surprenant, alors même qu'aucun événement notable n'était intervenu depuis la clôture de l'offre publique d'achat et jusqu'à l'ouverture de l'offre publique de retrait obligatoire, qu'il soit possible de justifier un prix différent du prix offert. Est-ce que l'on peut accepter 14 euros pour l'opération de marché et dire aussitôt après : « Ce n'est peut-être plus 14 euros ? Cela ne peut pas être inférieur. » Les textes vous ont été rappelés tout à l'heure par Christian Colineau : le prix ne peut être que supérieur. Et si ce n'est plus égal, mais nécessairement supérieur, celà pose le problème de l'égalité de traitement des actionnaires minoritaires, outre le fait que si l'on sait que le prix est supérieur, plus personne ne répondra aux offres publiques de retrait.

Le deuxième problème qui se pose est un problème de technique d'évaluation pour lequel nous avons sûrement une position à prendre, en tout cas un élément de réflexion à engager : qu'appelons-nous dans notre jargon comptable « les écarts de conversion » ?

Je le disais tout à l'heure : 24 euros en capitaux propres par action, prix proposé 14 euros. Il y a donc 10 euros de différence. Ces 10 euros sont représentés par des écarts de conversion. De quoi s'agit-il ? La société achète ses oranges en dollars et facture ses jus concentrés en dollars. Elle a acheté et payé ses usines au Brésil et en Floride en dollars ; elle utilise uniquement cette monnaie ; à ceci près qu'étant cotée à la bourse de Paris elle arrête ses comptes en euros et il y a une conversion à cette occasion.

Lorsque l'on paie une usine en dollars, selon que l'euro est plus ou moins fort par rapport au dollar, il y a un écart. En juin 2001, le dollar avait monté par rapport à l'euro; il y avait donc une plus-value lorsque les titres étaient convertis en euros. A quoi rattacher cette plus-value ? Aux comptes de résultat ou aux comptes de capitaux propres ? Sans rentrer dans des détails techniques, les normes comptables internationales estiment qu'évidemment ce n'est pas du résultat, c'est à rattacher aux capitaux propres.

Mais, si c'est dans les capitaux propres, faut-il en tenir compte pour estimer les droits des minoritaires ? L'ADAM, représentée par Colette Neuville qui est intervenue sur ce dossier, disait : « Bien sûr, il faut en tenir compte. Bien sûr, ces capitaux propres nous appartiennent. On doit se placer comme si on allait céder des actifs et si l'on cède des actifs on les cède en dollars et on aura une plus-value à cette occasion. Donc cela nous appartient. C'est la valeur patrimoniale qui doit être privilégiée. » La société Simgar répliquait : « Pas du tout, cela ne vous appartient pas. On se base dans l'hypothèse d'une continuité d'exploitation. Cet écart de conversion est une plus-value latente aussi longtemps que l'on n'aura pas décidé de vendre les usines. Or, par définition, on n'a pas l'intention de vendre les usines. Par définition, la méthode que nous avons privilégiée est la méthode de capitalisation des revenus à venir. » J'en reviens à ce que j'évoquais tout à l'heure : dans la capitalisation des revenus on ne tient pas compte de ces écarts de conversion. Ils ne sont pas dans les revenus. Voilà le conflit.

Qu'a dit l'évaluateur à cette occasion? L'évaluateur a considéré qu'il n'y avait pas matière à retenir ces écarts de conversion dans l'évaluation qui était prise en considération, d'où le prix de 14 euros. La Cour a critiqué cet avis, considérant que la société Simgar ne démontrait pas que le montant des capitaux propres consolidés n'avait aucune influence sur la valeur de la société Louis Dreyfus Citrus. Je vous laisse le soin d'apprécier la prudence de ces termes.

La Cour d'appel a essayé de préciser davantage son argumentation, en indiquant que les écarts de conversion sont une composante des capitaux propres et l'expression d'une valeur, alors que le prix proposé de 14 euros par action revient en fait, comme le relève le Conseil des marchés financiers, à ne pas tenir compte de cette valeur.

Pour parfaire votre information, je me suis soucié de savoir ce qu'il était advenu de cet écart de conversion. Dans les comptes au 30 juin 2002 de la société Louis Dreyfus Citrus, qui viennent d'être arrêtés et qui sont publiés dans La Tribune et Les Échos de ce matin, il se trouve que, dans l'intervalle, l'euro est remonté par rapport au dollar : les écarts de conversion n'existent pratiquement plus.

Je livre ceci à votre réflexion.

Voilà pourquoi, face à deux missions intéressantes, attestation d'équité et expertise indépendante, le seul fait que les textes soient totalement embryonnaires est plutôt heureux pour nous, puisque cela signifie qu'il y a un champ d'horizon très large pour la doctrine à laquelle nous participons. La doctrine et la pratique professionnelle peuvent sans doute de ce fait, avec une plus grande souplesse, rechercher une meilleure efficacité à l'occasion de ces différends, en améliorant le dispositif dans deux directions :

- la première viserait à renforcer le statut de l'expert, en prévoyant des normes destinées à prévenir les conflits d'intérêt et à conférer à la mission des éléments de caractère contradictoire qui autoriseraient, sous des formes appropriées, un dialogue avec les actionnaires minoritaires;
- la seconde consisterait à **approfondir la doctrine sur les approches d'évaluation** et à prolonger la réflexion qui est engagée par la Cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 9 avril dernier.

C'est dire l'importance des travaux qui restent à conduire pour

conforter la sécurité et la transparence de la place financière. Sans conteste, la Compagnie nationale des experts comptables judiciaires est particulièrement habilitée à prendre en charge cette responsabilité. Je vous remercie.

(Applaudissements)

M. Cotte. – Merci. J'ai l'impression que chacun aimerait pouvoir immédiatement prendre la parole mais je crois qu'il faut d'abord que nous suspendions un instant nos travaux. La discussion reprendra à l'issue d'une pause. A 16 h 15 nous nous retrouverons ici pour échanger, questionner, commenter, puis pour entendre notre rapporteur général.

A tout de suite.

(La séance est suspendue.)

La séance est reprise.

M. Cotte. – Avant de vous donner la parole, je souhaite m'arrêter un instant sur l'exposé présenté par Jean-Louis Hemmer.

D'abord un mot sur le « toilettage » des textes. Nous sommes, il est vrai, en pleine contradiction. Il est des domaines où nous aimerions assister à un réel « dépoussiérage », et d'autres domaines (on vient d'entendre Didier Kling) où, par exemple pour rendre l'expert plus indépendant encore, il serait souhaitable que le législateur intervienne pour compléter les textes. Sur la question de la recevabilité de la constitution de partie civile, je désire apporter quelques précisions à l'exposé fait tout à l'heure. La Chambre criminelle s'efforce d'avancer prudemment ; elle s'efforce, avec plus ou moins de succès, d'être aussi précise que possible, ce qui est, peut-être, sa façon à elle d'être audacieuse dans des domaines où les attentes sont très contradictoires.

Avec l'arrêt du 12 décembre 2000 cité par Jean-Louis Hemmer, nous avons en réalité voulu renforcer les droits de la partie civile. Nous avons voulu dire que l'actionnaire qui exerce l'action sociale n'est pas dépossédé de son droit d'agir en cours d'instance si la société, la société Testut en l'espèce, qui était jusque-là partie à l'instance, décide brutalement, pour des raisons qui lui sont propres, de quitter le prétoire. C'était le 12 décembre 2000. Le lendemain 13 décembre 2000, la Chambre criminelle a rendu deux arrêts énonçant une règle, nouvelle pour elle, mais qui ne l'était pas pour la Chambre commerciale : la dépréciation des titres d'une société (arrêt Léonard Guzzi) ou la dévalorisation du capital social (arrêt Bourgeois), découlant des agissements des dirigeants (arrêt Léonard Guzzi) ou d'un délit d'abus de pouvoir (arrêt Bourgeois) constituent, non pas un dommage propre à chaque associé, mais un préjudice subi par la société elle-même. Jean-Louis Hemmer l'a dit tout à l'heure, nous voulions rappeler que le préjudice doit être personnel et direct pour que la constitution de partie civile soit recevable.

Dans un arrêt du 30 janvier 2002, qu'il n'a pas cité mais sur lequel j'appelle votre attention, la Chambre a clairement dit que le préjudice est personnel et direct en cas de présentation et de publication de comptes infidèles et que l'action individuelle demeure possible.

Par ces différentes décisions, la Chambre qui en a délibéré longuement, a voulu rappeler l'exigence du caractère personnel et direct du préjudice pour pouvoir mettre l'action publique en mouvement par le biais d'une constitution de partie civile. Les parties civiles doivent bien sûr pouvoir agir, mais l'irruption, parfois brutale, au pénal ne nous apparaît pas comme devant être la règle. N'oublions pas le Parquet, où la Commission des opérations de bourse ; il existe d'autres manières de saisir le juge pénal.

La doctrine – Jacques-Henri Robert, Jean-François Renucci, Martine Boizard, Bernard Bouloc – ont compris la position prise par la Chambre criminelle.

S'agissant maintenant, très brièvement, de la prescription de l'abus de bien social, nous savons tous que le sujet est complexe (c'est un euphémisme), qu'il est politiquement sensible et que l'on a, peut-être, tendance à demander à la jurisprudence de se substituer au législateur.

Raison de plus pour que la Chambre criminelle avance à pas comptés.

Comme l'a indiqué Jean-Louis Hemmer, la Chambre criminelle a posé comme règle que la prescription de l'action publique en matière d'abus de biens sociaux court, sauf dissimulation, à compter de la présentation des comptes annuels dans lesquels les dépenses litigieuses sont mises indûment à la charge de la société.

Ceci dit, lorsque l'occasion se présente, nous essayons de préciser notre position. Ce fut le cas le 7 mai 2002, lors de l'examen d'un pourvoi formé par le Procureur général de Limoges. Nous avons en effet cassé un arrêt de la Chambre de l'instruction de Limoges, en indiquant, au visa de l'article 593 du Code de procédure pénale, qu'en l'espèce les indices n'étaient pas assez clairs pour laisser soupçonner un abus de biens sociaux. Je vous lis très brièvement les deux attendus utiles :

- « attendu que pour constituer la prescription des faits d'abus de biens sociaux antérieurs au 22 février 1996 reproché à X..., les juges relèvent que, si les conditions précises dans lesquelles celui-ci avait perçu les commissions visées aux poursuites, dissimulées sous l'apparence d'une comptabilité régulière en la forme, n'étaient pas connues, les résultats des vérifications opérées dans le cadre des contrôles et audits financiers avaient inévitablement conduit à suspecter des anomalies de gestion;

– mais attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que les indices de mauvaise gestion n'impliquent pas nécessairement de la part des dirigeants d'une société un comportement entrant dans les prévisions de l'article L. 242-6 du Code de commerce, la Chambre d'instruction n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations relatives à des dissimulations de commissions et n'a pas donné de base légale à sa décision ».

Répétons que chaque fois que l'examen d'un pourvoi le lui permettra, la Chambre criminelle s'efforcera d'affiner sa position afin de définir des lignes de conduite clairement perceptibles pour les dirigeants d'entreprises, pour les professionnels du droit, notamment pour les services de police judiciaire spécialisés, les magistrats instructeurs spécialisés et les Parquets financiers.

Vous avez à présent la parole pour réagir aux propos tenus par Messieurs Hemmer, Colineau, Kling. Pierre Bézard souhaite intervenir. Il a donc la parole.

M. le Président Bézard. – Merci, Monsieur le Président, pour ce que vous nous avez dit sur la jurisprudence de la Chambre criminelle qui poursuit cette évolution dans un domaine particulièrement chaud où finalement il faut que les magistrats montrent qu'ils sont là pour lutter contre certaines pratiques, avec la mesure qui convient.

Pour ce qui me concerne, je voudrais dire un mot sur les minoritaires en matière de marchés financiers et dire d'abord tout l'intérêt que j'ai pu avoir à vous entendre, Messieurs, sur les OPA, sur l'action des minoritaires, à entendre le Président Kling qui a posé des questions extrêmement délicates et importantes et a parlé de cet expert indépendant. Le terme « indépendant » m'a toujours un peu choqué: on suppose que les autres ne le sont pas ? Mais admettons, il faut être au goût du jour!

Ce qui me paraît très étonnant c'est cette évolution de la place des minoritaires dans le domaine des marchés financiers, où ils apparaissent réagir d'une manière différente de celle des minoritaires des sociétés fermées dont nous avons longuement parlé ce matin.

Quand on regarde la loi du 24 juillet 1966, on s'aperçoit qu'il n'y a pratiquement aucune différence entre les actionnaires ou associés des sociétés fermées et les autres. On parle des sociétés faisant publiquement appel à l'épargne; il y a une définition de l'épargne et si ce n'est quelques petites différences en matière d'information des commissaires aux comptes, rien ne sépare véritablement ces deux types de sociétés.

En réalité cette solution va être mise à mal, vous le savez comme moi, à la suite des crises. On en a eu une terrible dans les années 70. On en a à nouveau une actuellement, très importante. En 1974, à partir du moment où il y a eu des crises financières qui se sont ajoutées à une concurrence extraordinaire pour nos entreprises, on a assisté au naufrage de secteurs très importants de l'industrie française (construction navale, textile, métallurgie). On a voulu faire face aux fermetures d'entreprises, au chômage grandissant. Vous savez comme moi que les Pouvoirs publics ont investi des sommes considérables pour sauver les entreprises, que les textes ont été modifiés pour les rendre plus efficaces :

 les procédures collectives, en mettant l'accent sur la protection de l'entreprise et le plein emploi;

 puis, le texte sur les sociétés : on a allégé la réglementation des sociétés pour faciliter leur dynamisme. On a permis de créer des titres de forme nouvelle pour séduire l'épargne;

- mais surtout, on a créé une réglementation boursière et on a conduit les marchés financiers à prendre une importance considérable dans le pays. Par des avantages fiscaux considérables, on a essayé d'amener les Français à investir en bourse, car c'est là que les entreprises pouvaient tirer de l'argent pour faire face aux difficultés et se développer.

Donc la bourse est devenue quelque chose de grande importance. Là six, sept, huit millions de Français ont placé leur argent alors que, jusqu'à présent, la bourse était plutôt le terrain de jeu de quelques spéculateurs, et de plus elle était mal réglementée. Dans un pays où l'on restait prudent, la bourse était un marché peu ouvert que l'on ne fréquentait pas facilement. Il y a eu des millions de Français qui y sont allés et la bourse, vous le savez, a été pour les sociétés un élément essentiel, non seulement pour trouver les fonds dont elles avaient besoin, mais aussi pour prendre le contrôle d'autres sociétés. La technique des OPA qu'on nous a très admirablement décrite a été un moyen de regroupement extraordinaire.

Mais pour aller de l'avant de façon sûre, il a fallu réguler tout cela. C'est là ce qui me paraît intéressant : le pouvoir politique, quelle que soit sa tendance, n'a pas essayé de protéger les épargnants par le droit des sociétés ; pourtant les épargnants étaient des obligataires et des actionnaires. Non. Il a créé une réglementation applicable aux sociétés dont les titres sont négociables sur le marché financier : il a créé une réglementation boursière. Ont été protégés les épargnants et les investisseurs par le contrôle des titres de sociétés dont on assurait la qualité, la rentabilité, la négociabilité.

Quand ces qualités n'étaient plus assurées, on enlevait les titres de la cote. On a protégé également les investisseurs par la règlementation des OPA/OPE. On les a encadrées pour assurer la loyauté des « batailles boursières » et la protection des actionnaires minoritaires en leur permettant de se retirer de la société. On a établi aussi des mesures pour éviter les manipulations de cours, les informations trompeuses, les opérations d'initiés.

Quand vous voyez les procès qui sont en cours, vous constatez habituellement qu'ils ne concernent pas le droit des sociétés mais essentiellement les OPA, le droit de retrait, l'évaluation des titres des minoritaires.

Nous sommes sur deux mondes différents, c'est extrêmement important : celui des marchés financiers et des sociétés cotées, d'une part, celui des sociétés fermées, de l'autre.

A l'heure actuelle, notre monde économique et financier traverse une période de grande tempête.

Cette bourse a été pendant longtemps relativement raisonnable; elle était le lieu où les sociétés venaient chercher de l'argent pour se développer et celui où les investisseurs plaçaient leurs économies pour en recevoir une juste rémunération. Tout cela était à mon avis fondé très largement sur la réalité. Cela pouvait fonctionner de façon convenable.

Voilà qu'une évolution se produit.

Première observation : de par le monde, des millions de gens ont placé leur argent pour assurer leur retraite (fonds de pension). En France, le phénomène est moins considérable qu'aux USA mais il est important. Les relations qui existent entre ces épargnants et les sociétés dans lesquelles ils ont investi se sont distendues ; ce ne sont plus que des portefeuilles dont ils ont acheté des actions, des obligations, etc. *L'intuitu personae* a disparu. On vend et on achète les titres en considération de leur rentabilité.

J'ouvre une parenthèse. Je suis réticent lorsque j'entends certaines associations de minoritaires, associations dont j'approuve par ailleurs le dynamisme actuel, car j'ai souffert, lorsque j'étais à la COB d'être le technocrate qui se battait à l'époque pour des fantômes (ces minoritaires qui se taisaient), alors que maintenant ces fantômes sont devenus réalité, prennent en main leurs affaires et se battent. Mais quand j'entends soutenir en cas de retrait obligatoire : « je demande la valeur de liquidation, je suis privé de mon bien, je suis exproprié »... alors que ce ne sont que des investisseurs en réalité indifférents à la vie de la société et, pour certains, exiger la distribution de toutes les sommes produites par la société à titre de bénéfice, je suis réticent. Il faut rester dans une optique de marché comme le Conseil des marchés l'a considéré et comme celà a été confirmé par la jurisprudence.

Je reviens à cette évolution des marchés financiers qui est très extraordinaire avec ces millions de minoritaires qui ont des portefeuilles importants et qui fondent leur capacité de bien-être et leur espoir d'une vieillesse heureuse sur ces placements.

On n'a pas refusé de conserver en France le système des fonds de pension américains mais les choses peuvent évoluer. Cela aurait été, par certains côtés, une bonne chose sans doute. Cela aurait évité aux sociétés françaises d'aller placer leurs titres à New York ou ailleurs et d'avoir finalement à l'heure actuelle 30 %, 40 % (ou quelquefois plus dans les grandes sociétés cotées) aux mains de fonds de pension étrangers.

Comme quoi la bourse est devenue finalement le pilier de la société libérale. Je n'insiste pas, vous le savez comme moi vous experts-comptables, les démarches d'un certain nombre de sociétés lorsque la bourse est prospère, qui ont des portefeuilles considérables et qui, à la limite, préfèrent même ne pas développer leur activité industrielle, mais acheter des titres qui progresseront peut-être plus rapidement que la rentabilité de leur activité.

Quand la tendance de la courbe boursière se retourne, ce n'est pas un problème de marché financier, mais un problème de société. Les scandales qui ont éclaté aux USA à la suite de la crise boursière ont révélé, dans certaines sociétés, de très graves dysfonctionnements avec tous ces conflits d'intérêt, l'absence de contrôle efficace du conseil d'administration, le problème des auditeurs, le problème de tous ces professionnels de la bourse qui ont créé une bulle professionnelle à côté de la bulle financière et qui l'alimentent: banques d'affaires confondues avec les banques de crédit, annotateurs américains qui apprécient la qualité des entreprises. Il y a tous ces dirigeants, notés par ces professeurs comme des écoliers, que l'on pousse toujours vers l'avant, qui s'endettent pour acquérir et qui ne vivent que dans la hantise du jugement des marchés. Il y a aussi l'Internet, ce formidable moyen de communication et vous savez comment se sont créées certaines petites sociétés pratiquement sans contrôle, qui ont piégé tant d'investisseurs. Ont été ainsi lancées sur le marché des quantités de sociétés qui n'avaient pas de support réel, qui se sont rapidement effondrées et ont entraîné la chute de titres de sociétés saines.

Quelle leçon en tirer et j'en reviens à mon problème des minoritaires ?

Je vois une première chose positive pour notre continent européen : celle qui résulte de la mise en cause du modèle américain par les autorités elles-mêmes de ce pays, à savoir la toute puissance du marché, la dérégulation, les exigences des fonds de pension trop gourmands et les associations parfois trop gourmandes aussi. On ne peut pas prendre le « citron » que constitue une société pour le presser et ensuite le jeter. Notre conception européenne de l'intérêt social, telle que je l'ai évoquée, me paraît plus satisfaisante.

En ce qui concerne l'audit légal, je constate que les autorités des USA rejoignent maintenant l'analyse de la réglementation française, consistant à séparer l'audit légal du conseil.

Par ailleurs, la présence de deux commissaires aux comptes, telle qu'elle existe en France, paraît présenter des avantages. J'ai même entendu des commissaires aux comptes, dont il me semblait pourtant qu'ils n'étaient pas tellement favorables, vanter le système de révélation au Procureur!

Je voudrais pour terminer m'interroger sur cette notion de minoritaires, en matière de marchés financiers et de droit des grandes sociétés. La notion n'est pas très claire. En effet, ces minoritaires sont en réalité majoritaires dans les sociétés. Par contre, ils sont habituellement passifs. Mais quand ils se réveillent, soit ils quittent la société, soit ils peuvent devenir majoritaires s'ils se sont regroupés, et, finalement, ils imposent leur loi.

Je crois qu'il faut prendre en considération le problème des minoritaires, lutter contre les abus dont ils peuvent être les victimes, amener la transparence et la sécurité des marchés financiers. Mais, au fur et à mesure que monte la puissance des minoritaires, ce qui est une bonne chose, on est en droit d'attendre d'eux une attitude non égoïste et raisonnable.

(Applaudissements)

M. Cotte. – Merci beaucoup de la réflexion complémentaire très dense que vous nous proposez. Madame Roussel, vous êtes discrète, est-ce que vous auriez souhaité prendre la parole sans oser la demander ? Mais je ne veux pas vous imposer de prise de parole.

Mme Roussel – Chef du Service juridique de la COB. – Après le Président Bézard, c'est particulièrement difficile, d'autant qu'il a soulevé beaucoup de sujets. Je vais essayer d'être dans la suite de ce qu'il a dit, juste sur un tout petit aspect.

Il a introduit une distinction entre l'investisseur et l'actionnaire. Si l'actionnaire ne réagit pas, personne ne le fera à sa place. Je rappelle que la COB, elle, a pour mission essentielle de s'assurer que les investisseurs, les épargnants disposent de toutes les informations qui leur sont nécessaires lorsqu'ils doivent prendre une décision concernant leur épargne, c'est-à-dire au moment



d'une opération. Le rôle de la COB est alors de viser ces informations, de surveiller en permanence l'information et de s'assurer que le marché a bien à tout moment l'information nécessaire, c'est-à-dire celle qui est de nature à avoir une incidence sur le cours et qui doit être exposée de manière précise, exacte et sincère. Cette approche par le marché ne peut donc qu'être une approche partielle.

J'essaierai peut-être par ailleurs de compléter sur un petit point ce qu'a dit M. Colineau qui a beaucoup insisté sur le rôle du CMF en matière d'OPA. Effectivement ce rôle est essentiel, mais la COB intervient également en la matière, toujours dans son rôle constant de contrôle de l'information. Comment articulons-nous nos fonctions respectives? C'est une question difficile et qui sans être soulevée systématiquement, est sous-jacente à tous les contentieux dont on a parlé aujourd'hui. En effet, les actionnaires minoritaires contestent systématiquement la décision du CMF et le visa de la COB et se servent des documents, d'information visés par la COB pour alimenter la contestation de la décision de recevabilité du CMF.

Tout à l'heure on a par exemple parlé de l'attestation d'équité. C'est la COB qui l'exige. Il est évident que cette attestation d'équité est susceptible d'avoir une incidence sur la façon dont le CMF se prononce. Il y a donc une coordination très forte entre les deux organismes. Nous nous concertons en amont des décisions que le CMF prend puisque c'est lui qui statue en premier et nous évoquons notamment les difficultés que peut soulever l'opération ou la qualité de l'information donnée sur le prix de l'offre.

Nous espérons à terme une modification des deux structures ; si tout se passe bien la logique de rapprochement se fera et il y aura une décision unique qui portera aussi bien sur les aspects de recevabilité que sur l'information. Après avoir apporté ces petits compléments, je tiens à vous remercier beaucoup pour le caractère passionnant de tout ce que j'ai entendu aujourd'hui.

(Applaudissements)

Mme Berne-Lamontagne. – Nous vous remercions, Madame, de votre présence et de votre intervention. Je voudrais poser une question. J'ai cru comprendre qu'il existait une « rumeur » de rapprochement entre la COB et la CMF. Ma question est double.

- D'une part, pensez-vous que ce rapprochement soit susceptible d'aboutir ?

- D'autre part, en quoi, d'après vous, un tel rapprochement peut-il être utile pour la question et aux débats qui nous occupent aujourd'hui ?

Mme Roussel. – L'idée d'un rapprochement existe déjà depuis un certain temps. Notre Président actuel l'a souhaité. Le Président du CMF s'est également prononcé en ce sens. Le précédent Gouvernement avait élaboré un projet de loi en ce sens. Le Gouvernement actuel a repris les travaux sur le sujet, travaux auxquels nous sommes associés, au moins sur un plan technique.

Porter une appréciation sur sa propre réforme est tout à fait impossible, et vous ne me le demanderez pas. En revanche, je peux vous confirmer que la fusion des deux autorités de place aura une incidence directe, si les conséquences en sont tirées, sur les sujets dont nous traitons aujourd'hui. En matière d'offre publique, il y a évidemment des synergies à attendre d'un rapprochement. C'est en effet l'opération dans tous ses aspects qui sera examinée par le collège. A partir de là tous les éléments seront au même moment sur la table, ce qui permettra une approche plus complète et évitera tous risques éventuels d'incohérence ou de distorsion entre les deux autorités.

Cela permettra peut-être aussi d'accélérer le cours des choses. Aujourd'hui les minoritaires se plaignent parfois que la COB tarde dans le visa de la note d'information, parce qu'elle n'est pas toujours finalisée. Ils déposent souvent, un peu à l'aveugle, un recours contre la décision de recevabilité du CMF, en attendant d'avoir l'information dans le prospectus visé par la COB. A partir du moment où l'offre fera l'objet d'une décision unique, il y aura peut-être une certaine incitation à ce que les documents atteignent dès leur dépôt un meilleur niveau de qualité. Cela permettra ainsi de raccourcir les délais ; en tout cas cela évitera ce décalage dans le temps dont certains se plaignent à juste titre.

F. Bouchon. – J'avais deux choses à dire.

Une première remarque : quelqu'un a dit il y a un siècle que le droit commercial était le droit des forts. On n'est pas minoritaire par hasard : on est minoritaire parce qu'un jour on a souscrit une participation minoritaire, donc on a pris ce risque pour soi et pour ses ayant-droits, en prenant plus ou moins de précaution. Le risque étant pris, il convient de l'assumer.

J'ai une deuxième remarque qui s'adresse plus spécialement à Didier Kling sur l'évaluation des entreprises. J'essaye actuellement de faire un point de mes connaissances sur ce sujet. J'ai recensé plus d'une dizaine de méthodes d'évaluation et quand on prend les variantes, on dépasse allègrement la centaine, le problème étant que ces méthodes appliquées à la même entreprise donnent des résultats totalement différents.

On arrive à une première conclusion : l'évaluation dépend de la méthode choisie ; certaines méthodes sont adaptées à certains cas et pas à d'autres ; l'art de l'évaluateur consiste en grande partie à choisir la méthode adaptée.

Cette méthode adaptée va dépendre de la personne concernée.

Didier Kling nous en a donné des exemples. Le majoritaire s'intéresse au résultat, le minoritaire au dividende, ce qui nous amène à la seconde conclusion : *l'évaluation dépend de la personne qui est intéressée*. L'évaluation peut être différente pour le majoritaire et pour le minoritaire.

En définitive, le problème de l'évaluation n'est pas un problème de doctrine; c'est un problème d'adaptation des méthodes choisies en fonction du but recherché et c'est donc l'évaluateur qui procèdera au choix, parmi des méthodes reconnues, de la méthode adaptée.

M. Kling. – Tu as raison. Par exemple, si un expert immobilier devait évaluer l'immeuble dans lequel nous nous trouvons, il est de fait que la question qu'il poserait, assez naturellement j'imagine, serait de dire: « Dans quelle hypothèse vous placez-vous? Est-ce que votre hypothèse est une hypothèse d'exploitation, d'utilité ou est-ce que l'hypothèse envisagée est la vente de ce bien immobilier sur le marché? Et si l'on retient l'hypothèse d'une vente de ce bien immobilier sur le marché, j'imagine que d'autres questions vont se poser, très simples. »

La première: « est-ce que vous voulez vendre ce bien dans les 24 heures quel que soit le prix ou est-ce que vous avez deux ans devant vous? »

L'expert, l'expert immobilier, l'expert financier, quelle que soit la matière dont il traite, doit effectivement prendre en considération ces différents éléments. Cela étant, ce n'est pas un problème de norme, c'est un problème de droit, un problème d'expérience. C'est toute la richesse et la difficulté des expertises qui vous sont soumises que de trouver, dans un cas particulier, quels sont les éléments et les critères qui sont les plus pertinents et les plus appropriés.

M. Peillon – Expert près la Cour d'appel de Lyon. – Je voudrais répondre à François Bouchon que l'on n'a pas forcément toujours choisi d'être minoritaire. Je constate dans les missions que nous avons en province que l'on n'a pas tous les jours Vivendi « à se mettre sous la dent ». Qu'est-ce que l'on a à se mettre sous la dent ?



On a le problème suivant : nul n'est obligé de rester dans l'indivision. On se retrouve avec des successions dans lesquelles on n'a pas pu, à un moment donné, procéder à certaines répartitions. On se retrouve avec des minoritaires qui n'ont pas du tout choisi d'être actionnaires minoritaires, car à l'époque papa ne leur a pas demandé leur avis.

On a également des cas de séparations de patrimoine : des couples se défont qui étaient investis dans une entreprise commune. A ce moment-là l'expert doit souvent gérer un problème humain avant de gérer un problème technique. Il a en face de lui des gens qui, encore une fois, n'ont pas choisi le statut dans lequel ils sont. Bien souvent il faut que l'on arrive à trouver des solutions qui, la plupart du temps, ne passent pas forcément par des méthodes techniques.

Les minoritaires, pour moi, sont généralement des gens qui subissent un statut et non pas des gens qui ont choisi un statut. François, excuse-moi de ne pas être d'accord avec toi pour une fois, mais cela arrive.

Jacques Salato – Expert agréé par la Cour de cassation. – Je

tiens à féliciter mon confrère Jean-Louis Hemmer pour le brillant exposé qu'il a fait sur l'aspect pénal des droits des associés minoritaires. Je voudrais rebondir en même temps sur une boutade de mon confrère Jean Fleury de ce matin qui disait ceci : lors d'une action devant les juridictions civiles, c'est le plaignant qui fait personnellement l'avance des frais de la procédure alors que lors d'une action pénale, c'est le contribuable qui en supporte les frais. Mais lorsque les intérêts et les enjeux sont considérables, est-ce que l'on ne pourrait pas concevoir que le plaignant intente simultanément une action civile et se constitue partie civile devant la juridiction pénale, lorsque le préjudice est direct, afin d'obtenir plus vite la réparation du préjudice, même s'il doit emprunter l'autoroute du pénal que vous avez dépeinte ce matin, Monsieur le Président Cotte ?



Ma deuxième réflexion est d'ordre plus général. Elle concerne le rapport spécial du commissaire aux comptes. Est-ce que l'on ne pourrait pas imposer le dépôt de ce rapport au Greffe ?

M. Cotte. - M. Hemmer a évoqué cela.

M. Kling. – Je suis inquiet, car je ne voudrais pas contredire mon ami Jean-Louis Hemmer.

Le dépôt au Greffe du rapport spécial du commissaire aux comptes, a priori je n'y suis pas favorable pour une raison simple. Autant le rapport général est destiné aux actionnaires, aux créanciers, à l'ensemble des parties prenantes ; c'est pourquoi il y a non seulement dans la loi mais dans une directive européenne la préconisation du dépôt au Greffe de ce rapport.

En revanche, le rapport spécial n'intéresse, me semble-t-il, que les actionnaires. Donc il fait partie des documents qui sont mis à leur disposition. Il leur appartient soit d'être présents à l'assemblée, soit d'en demander communication, mais c'est un problème qui n'intéresse que le mode de fonctionnement de l'entreprise, que les opérations réalisées par elle. Il n'est pas du tout de même nature et donc il n'est pas susceptible, de mon point de vue, d'être porté à la connaissance des tiers pour cette raison.

M. Cotte. – Jean-Louis Hemmer, est-ce que vous souhaitez revenir sur vos propres propositions?

M. Hemmer. – Je les maintiens, Monsieur le Président, si vous le permettez. Une solution alternative serait d'enregistrer ces rapports spéciaux, sinon les conventions elles-mêmes, sur Internet.

M. Cotte. – S'il n'y a plus de demandes de parole, je vais confier à votre confrère M. Devillebichot le soin de synthétiser et de clôturer nos travaux, exercice complexe qui lui revient.

M. Devillebichot. - Merci Monsieur le Président.

RAPPORT DE SYNTHÈSE

Rapport présenté par Monsieur Michel DEVILLEBICHOT

Expert près la Cour d'appel de Paris Expert agréé par la Cour de cassation

M. Devillebichot. – Permettez-moi tout d'abord de remercier tout particulièrement les différents rapporteurs, Claude Gutierres-Requenne, Henri Lagarde, Jean-Louis Hemmer, Christian Colineau et Didier Kling, qui ont consacré beaucoup de leur temps à l'étude et à la réflexion et, ajouterai-je, qui m'ont supporté pendant plus d'un an, dans les deux sens du terme...

Mes vifs remerciements vont aussi au comité de lecture, composé des Présidents Dana, Ducoroy, Gaillard, Thorin, ainsi qu'à M. Le Professeur Schmidt qui a bien voulu jouer le rôle de conseiller scientifique.

Un grand merci à tous les intervenants qui ont largement contribué à enrichir nos réflexions au cours des échanges qui ont suivi la présentation des rapports.

Enfin, nous sommes redevables à M. Le Président Cotte d'une conduite parfaite de cette réunion.

Comme à l'accoutumée, le texte des rapports et de toutes les interventions sera reproduit dans la « plaquette » qui sera adressée à chaque participant.

Il ne m'appartient pas de résumer ces rapports et ces interventions, mais plutôt d'essayer d'en dégager quelques points importants qui nous aideront à retenir l'essentiel des enseignements de cette journée.

Au risque d'être incomplet, ces points importants me paraissent être les suivants :

Premièrement, la transparence, c'est-à-dire le droit de l'associé minoritaire à une information fiable et complète.

Deuxièmement, la résolution des conflits d'intérêt entre associés par le recours à la notion d'intérêt social.

Troisièmement, point qui a peut-être été moins complètement évoqué aujourd'hui mais qui me paraît important : la possibilité de retrait de la société.

Nous essaierons, pour terminer, de quitter les rigueurs de la science juridique pour rejoindre le quotidien de nos missions d'expertise, en rappelant le rôle de l'expert-comptable judiciaire.

Premier point important, la transparence, c'est-à-dire le droit de l'associé minoritaire à des informations fiables et complètes

En dehors de toute action contentieuse, Claude Gutierres-Requenne nous a rappelé que l'associé minoritaire a la possibilité d'obtenir, comme tout associé, des précisions sur les comptes annuels et les opérations importantes de la société. Malheureusement, les rapports de gestion pèchent souvent par omission, nombre de sociétés confondent d'ailleurs information et communication, cette dernière notion les conduisant à présenter les informations dans une perspective systématiquement favorable à la société.

Henri Lagarde a étudié en détail les sources d'information accessibles par la voie judiciaire. C'est d'abord l'expertise dite de minorité qui porte sur une ou plusieurs opérations de gestion de la société. La jurisprudence ajoute qu'il doit s'agir d'opérations précises, révélatrices d'une présomption d'irrégularité et susceptibles de nuire aux intérêts de la société. C'est aussi l'expertise préventive prévue à l'article 145 du nouveau Code de procédure civile.

En ce qui concerne les expertises préventives, la jurisprudence a évolué quant à l'application de ce texte à la protection des intérêts minoritaires, puisque celles-ci constituent précisément la voie judiciaire spécifique qui lui est réservée. La jurisprudence a d'abord systématiquement refusé ce genre d'expertise, puis elle a fini par l'admettre si les conditions étaient réunies. Sous la pression d'une partie de la doctrine, on note actuellement une amorce d'évolution jurisprudentielle qui tend à limiter le recours à l'expertise préventive au motif que c'est la mesure d'instruction spécifique qui doit être utilisée, c'est-à-dire l'expertise de gestion (1).

Il reste que l'expertise *in futurum* peut toujours permettre d'obtenir des informations sur des questions qui ne concernent pas directement les fautes de gestion et si le pourcentage de capital exigé n'est pas atteint.

Au plan pénal, Jean-Louis Hemmer nous a expliqué comment l'associé minoritaire, même s'il ne possède qu'un seul titre de la société, peut avoir accès au dossier en portant plainte avec constitution de partie civile contre le ou les dirigeants. En outre, cette procédure peut lui permettre d'obtenir réparation de son préjudice personnel, alors que les actions civiles ont plutôt pour résultat d'obtenir une réparation du préjudice subi par la société elle-même.

L'associé minoritaire a donc droit à une information complète

⁽¹⁾ TC Paris 27/6/2002, Bull. Joly nº 166 du 22/7/2002, note G.B.

et cette information doit être fiable. Or, dans la quasi- totalité des affaires qui défraient actuellement la chronique, les comptes annuels présentés ne donnent pas de la société ou du groupe une image fidèle. Divers procédés frauduleux sont utilisés pour masquer la situation catastrophique de la société ou du groupe concerné. Cette présentation est évidemment préjudiciable à tous les tiers mais surtout aux associés minoritaires qui sont le plus souvent ruinés.

A l'heure de l'Europe et de la mondialisation, il est grand temps qu'un référentiel comptable international unique soit enfin défini et surtout respecté.

Deuxième point important, la résolution des conflits d'intérêt entre associés par le recours à la notion d'intérêt social

Comme l'explique M. Le Professeur Schmidt, « l'expression "conflit d'intérêts" vise toute situation dans laquelle un actionnaire ou un dirigeant choisit d'exercer ses droits et pouvoirs en violation de l'intérêt commun, soit pour satisfaire un intérêt personnel extérieur à la société, soit pour s'octroyer dans la société un avantage au préjudice des autres actionnaires ».

Comment résoudre ces conflits ?

La principale difficulté vient de ce que la notion d'intérêt commun n'est pas clairement définie. De nombreuses décisions de jurisprudence se réfèrent d'ailleurs plus souvent à la notion d'intérêt social, également non définie. Même dans la loi NRE, le législateur n'en donne aucune définition précise.

La doctrine est partagée entre la théorie contractuelle, selon laquelle l'intérêt social est celui des associés et la théorie institutionnelle selon laquelle l'intérêt social est celui de l'entreprise exploitée par la société. Monsieur Le Président Bézard a insisté sur la différence qu'il convient de faire entre les sociétés fermées et les sociétés ouvertes. En effet, il ne faut pas oublier que l'entreprise est source de richesse et créatrice d'emplois, surtout si elle est importante. Dès lors, il paraît possible d'envisager que le strict respect des intérêts des actionnaires puisse s'effacer devant l'intérêt collectif.

La jurisprudence n'a pas non plus proposé de définition générale. Elle précise seulement, au cas par cas, des situations où les faits relevés constituent ou non des atteintes à l'intérêt social. Il en résulte un risque d'arbitraire ou même de discrétionnaire judiciaire. C'est d'ailleurs maintenant la notion d'intérêt de groupe à laquelle il faut, le cas échéant, se référer. Le champ d'investigation de l'expertise a en effet été fort opportunément élargi à l'ensemble des sociétés du groupe dont fait partie la société concernée.

Le groupe se constitue par rapport à la notion de contrôle telle que définie par les articles 233-1 et 233-5 du Code de commerce. En substance, une société en contrôle une autre lorsqu'elle détient, directement ou indirectement, une fraction du capital lui conférant la majorité à l'assemblée générale ou lorsqu'elle détermine, en fait, les décisions de l'assemblée générale.

Cette notion un peu vague d'intérêt social est complétée par d'autres critères plus précis.

Ainsi, il y a abus de majorité si l'opération étudiée est contraire à l'intérêt social et si elle favorise un ou plusieurs associés majoritaires au détriment des associés minoritaires.

Ainsi, il y a abus de minorité si l'action du ou des minoritaires est contraire à l'intérêt de l'ensemble des associés, ou si cette action interdit la réalisation d'une opération essentielle à la pour-

suite de l'activité sociale, voire à la survie de la société, ou encore si le comportement des associés minoritaires a été dicté par le souci de favoriser leurs intérêts personnels au détriment de ceux de l'ensemble des autres associés, voire par une simple intention de nuire.

Troisième point important, la possibilité de retrait de la société

L'associé minoritaire n'a pas seulement le droit de vote à l'assemblée générale et l'espoir de toucher des dividendes; il cherche aussi, bien entendu, à réaliser une plus-value en ayant la possibilité de revendre ses titres.

Or, dans les sociétés dont les titres ne sont pas cotés, les associés minoritaires risquent d'être prisonniers de leurs titres, faute de trouver un acquéreur lorsqu'ils souhaitent se retirer de la société. La plupart des statuts prévoient la possibilité de cession libre des titres entre associés et, s'il s'agit d'une cession à des tiers non associés, après agrément. Cet agrément peut être refusé. Les titres doivent alors être rachetés par les autres associés ou par la société. Si, dans ce cas, il y a désaccord sur son montant, le prix de rachat est fixé par un expert en application de l'article 1843-4 du Code civil.

Certes, il s'agit d'une mesure de protection intéressante. Cependant, dans la plupart des situations conflictuelles, les associés minoritaires ne trouvent pas d'acquéreur. Ceci explique d'ailleurs pour l'essentiel que les titres d'une société non cotée soient évalués avec une large décote pour défaut de liquidité.

Il n'en est pas de même dans les sociétés cotées où les actions sont cessibles à la bourse. De plus, comme nous l'a expliqué Christian Colineau, lorsque les actionnaires majoritaires détiennent au moins 95 % des droits de vote, les minoritaires peuvent demander au Conseil des marchés financiers de requérir des majoritaires le dépôt d'une offre de retrait. Si la demande est jugée recevable, le retrait devient obligatoire.

Ce dispositif permet aux actionnaires minoritaires de sortir d'une situation dans laquelle le marché de leurs titres est devenu trop étroit pour répondre à des conditions satisfaisantes de liquidité.

La situation des minoritaires est donc largement plus favorable dans les société cotées. Cependant, en cas de retrait obligatoire, il est nécessaire que l'indemnisation soit calculée sur des bases équitables se rapprochant du cours de bourse.

Mme le Professeur Frison-Roche envisage l'hypothèse d'un droit général de retrait des minoritaires (2). Ce droit, qui n'est pas reconnu actuellement, serait fondé sur la notion de rupture du pacte social. En effet, écrit-elle : « si une décision prise à la majorité change la règle du jeu, alors le minoritaire doit pouvoir s'en retirer sans dommage ». Ce droit de retrait pourrait trouver son origine dans l'article 1844-7 du Code civil qui prévoit, dans son alinéa 5 : « la dissolution anticipée prononcée par le Tribunal, à la demande d'un associé pour juste motif, notamment en cas d'inexécution des obligations par un associé ou de mésentente entre associés paralysant le fonctionnement de la société ».

Si le prix proposé n'est pas accepté par l'associé minoritaire, le Tribunal pourrait recourir à l'expertise prévue à l'article 1843.4 du Code civil, comme indiqué précédemment.

On peut également prévoir des clauses statutaires ou extra-

⁽²⁾ JPC 1996, Cahier du droit de l'entreprise, 4/1996, p. 22.

statutaires fixant à l'avance la procédure de fixation et le mode précis de calcul de ce prix de rachat. Ces clauses existent en pratique mais sont souvent difficiles à appliquer. Il est sans doute possible de les améliorer.

Enfin, ce droit de retrait pourrait constituer une plus juste sanction de l'abus de majorité. Il présenterait aussi, en contrepartie, le risque pour les minoritaires de pouvoir constituer un abus de minorité. Il permettrait encore, le cas échéant, l'achat par les associés majoritaires des titres minoritaires.

Quittons maintenant cette spéculation prospective pour rejoindre le quotidien de nos expertises.

Quatrième point important, le rôle de l'expert-comptable judiciaire

Comme toujours, le rôle de l'expert consiste à réunir un ensemble de faits pour permettre au Tribunal de trancher le litige. Le recours à l'expert-comptable judiciaire sera toujours indispensable dans les affaires complexes, lorsqu'il s'agit par exemple de caractériser des fautes de gestion, de permettre la sauvegarde d'éléments de preuve dans une expertise préventive ou encore d'estimer les préjudices subis en cas d'abus de majorité ou d'abus de minorité.

Dans ce type d'expertises, l'expert se trouve confronté à plusieurs difficultés dont les principales sont :

- l'origine unilatérale des éléments de preuve ;
- le respect du principe de la contradiction et du secret des affaires.

Première difficulté:

L'origine unilatérale des éléments de preuve

Certes le dossier du minoritaire, demandeur à l'instance, contient quelques informations utiles puisque, par hypothèse, le Tribunal a accepté de désigner un expert. Cependant, la plupart des éléments de preuve ne peuvent être en général recherchés que chez le majoritaire qui est défendeur. Dès lors, celui-ci sera enclin à ne pas les communiquer, voire à ne pas les révéler.

Deuxième difficulté:

Le respect du principe de la contradiction et du secret des affaires

La jurisprudence de la Cour de cassation a admis que l'expert désigné en matière d'expertise de gestion « peut procéder seul à certaines investigations dans la comptabilité et les documents remis en consultation par la société, sans qu'au cours de l'expertise ceux-ci ne soient communiqués au demandeur, dès lors que le rapport qu'il est chargé de présenter est destiné à fournir tous les éléments utiles à l'information sur la ou les opérations de gestion en cause » (3).

Cette décision tend donc à protéger le secret des affaires au détriment du principe de la contradiction.

Selon une décision plus récente (4), la Cour suprême estime « que le secret des affaires ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du Nouveau Code de Procédure Civile, dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un souci légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées ».

Dans ce contexte difficile l'expert devra donc faire montre à la fois de discernement et de ténacité.

Pour ce qui concerne les sociétés cotées, Didier Kling a montré comment l'information et la protection des actionnaires minoritaires étaient améliorées par l'expertise indépendante et l'attestation d'équité. Il reste que les conditions actuelles d'exercice de ces missions posent des problèmes d'indépendance et, là encore, de respect du principe de la contradiction. Nous pensons que la Compagnie nationale des experts-comptables judiciaires peut contribuer à améliorer la réflexion dans ce domaine.

Ma conclusion sera optimiste.

Malgré la montée récente des périls :

les différentes dispositions légales et réglementaires,

l'interprétation de la jurisprudence et de la doctrine.

Les initiatives des actionnaires minoritaires qui se regroupent de plus en plus souvent en associations :

l'intervention des experts judiciaires dans les cas les plus complexes,

permettent une protection relativement efficace des intérêts des associés minoritaires, même si certaines améliorations paraissent souhaitables.

Indépendamment de la protection légitime de leurs intérêts financiers, les minoritaires jouent aussi un rôle indispensable et irremplaçable.

Je vous remercie de votre aimable attention.

(Applaudissements)

M. Cotte. – Mesdames, Messieurs, je vis un de ces instants rares où on a le sentiment que la vie vaut la peine d'être vécue. Pourquoi ? Les vœux que je formulais ce matin en ouvrant vos travaux ont été exaucés. Il est si rare d'avoir des sujets de satisfaction... Votre journée d'étude a parfaitement, me semble-t-il, rempli le triple rôle qui lui était assigné.

Son rôle pédagogique d'abord grâce à des exposés, on vient de le dire et je le répète, passionnants, nourris de la science juridique mais aussi de la pratique professionnelle et expertale des intervenants, même si certains ont été interrompus un peu plus tôt que prévu. Vraiment, à titre personnel et, je pense, en votre nom, je les remercie vivement.

Grâce aux échanges provoqués par ces interventions, des échanges que l'on aimerait toujours plus longs, plus nombreux; le temps manque toujours, vous y êtes habitués. Échanges qui ont permis d'approfondir et de préciser nombre des questions évoquées. échanges qui nous ont permis de profiter, Pierre Bézard, de votre vision très élevée et unique du droit des sociétés. Lorsque vous êtes avec les experts-comptables judiciaires et avec nous tous, vous savez que c'est un réel bonheur.

Cette journée d'étude a également rempli son rôle critique et constructif. Critique du droit positif, et modérément, car vous êtes femmes et hommes bien élevés, de la jurisprudence. Il faut favoriser des rencontres comme celles-ci, savoir se montrer critiques, interpeller et le législateur et les juges, car ce n'est pas pour eux qu'ils travaillent!

Je crois que cette journée d'étude a joué autant qu'elle le pouvait, car le temps était limité, son rôle de force de proposition, pour tenter d'améliorer les textes, tenter d'en susciter là où ils manquent, tenter d'en supprimer quelques-uns là où ils auraient

⁽³⁾ Consorts Latty c/SA Latty, Cass. Com. 26/11/96, DPDA 1996, p. 86. (4) Cass. 2° Civ., 7/1/1999. RJDA 5/99 n° 623, Bull. Joly 1999, p. 66, note F.X. Lucas.

tendance à foisonner. Au travers de toutes ces discussions, vous avez essayé d'améliorer vos pratiques professionnelles et nos pratiques professionnelles.

Cêtte journée a enfin parfaitement rempli le rôle convivial, le rôle amical (ce n'est apparemment pas terminé d'ailleurs!), propre à tout congrès. Rencontres, retrouvailles qui permettent de resserrer les liens entre celles et ceux, experts-comptables judiciaires, qui, souvent dans des conditions difficiles – car les textes sont instables et insuffisants, les magistrats sont exigeants, les dirigeants des sociétés sont plus ou moins coopérants, les minoritaires sont eux aussi exigeants – qui exercent la même mission. Cette journée a donc permis à chacun de se ressourcer, de reprendre des forces pour, durant l'année qui suit un congrès et jusqu'au prochain congrès, tenter de mieux remplir encore leur mission, votre mission qui est essentielle au service de la justice. Madame le Président, j'ai été vraiment très honoré de présider

ce congrès pour la première fois. Ce XLI° congrès et cette journée d'étude sont donc clos.

J'adresse un immense merci à ses organisateurs et un sincère et très grand remerciement à celles et ceux qui l'ont fait vivre, c'est-à-dire à vous tous.

(Applaudissements)

Mme Berne-Lamontagne. — Merci de ces propos extrêmement élogieux à notre égard. Nous sommes à la fois très honorés et émus de votre appréciation sur notre Compagnie, sur ses efforts et sur les actions de réflexion qu'elle conduit, et qui doivent beaucoup à l'aide précieuse et à l'estime des Magistrats de votre qualité qui l'ont toujours accompagnée.

La séance est levée à 17 h 30.



ANNEXES

1 – ANNEXE AU RAPPORT DE M. GUTIERRES-REQUENNE

Documents d'information des associés lors des assemblées générales extraordinaires.

En cas d'opérations sur le capital social

Rapport de l'organe dirigeant

Projet des résolutions

En cas d'augmentation du capital avec suppression du droit préférentiel de souscription, rapport du commissaire aux comptes (article 225-135 du Code de commerce) :

« Le commissaire aux comptes donne son avis sur la proposition de suppression du droit préférentiel, sur le choix des éléments de calcul du prix d'émission et sur son montant ainsi que sur l'incidence de l'émission sur la situation de l'actionnaire appréciée par rapport aux capitaux propres et, le cas échéant, sur la valeur boursière de l'action... » (article 155-1 du Décret sur les sociétés commerciales).

En cas d'augmentation du capital et de libération d'actions par compensation avec des créances, rapport du commissaire aux comptes. (article 225-146 du Code de commerce et article 166 du Décret sur les sociétés commerciales).

En cas d'émission d'obligations convertibles ou échangeables contre des actions, rapport du commissaire aux comptes (articles 225-161 et 225-169 du Code de commerce, article 155-3 du Décret sur les sociétés commerciales).

En cas d'émission d'obligations avec bons de souscription d'actions, rapport du commissaire aux comptes (article 225-150 du Code de commerce et article 155-3 du Décret sur les sociétés commerciales).

En cas de création d'actions à dividende prioritaire sans droit de vote, rapport du commissaire aux comptes (article 228-12, al. 4 du Code de commerce et article 153-6-1, al. 2 du Décret sur les sociétés commerciales).

En cas de réduction du capital, rapport du commissaire aux comptes sur la régularité de l'opération et sur le respect de l'égalité entre les actionnaires (articles 225-204 ou 225-209 du Code de commerce et article 179 du Décret sur les sociétés commerciales).

En cas d'apports en nature

Rapport de l'organe dirigeant

Projet de résolutions

Rapport du commissaire aux apports

Article 225-147 du Code de commerce : « En cas d'apports en nature et de stipulation d'avantages particuliers, un ou plusieurs commissaires aux apports... apprécient, sous leur responsabilité, la valeur des apports et les avantages particuliers... »

En cas de fusions et de scissions

Rapport de l'organe dirigeant

Projet de résolutions

Projet de fusion

Rapport du commissaire à la fusion

Article 236-10 du Code de commerce : « Un ou plusieurs commissaires à la fusion, désignés par décision de justice, établissent sous leur responsabilité un rapport écrit sur les modalités de la fusion... ils vérifient que les valeurs relatives attribuées aux actions des sociétés participant à l'opération sont pertinentes et que le rapport d'échange est équitable... ils doivent indiquer la ou les méthodes suivies pour la détermination du rapport d'échange proposé, indiquer si cette ou ces méthodes sont adéquates en l'espèce et mentionner les valeurs auxquelles chacune de ces valeurs conduit, un avis étant donné sur l'importance relative donnée à ces méthodes dans la détermination de la valeur retenue, indiquer en outre les difficultés particulières d'évaluation, s'il en existe. »

2 - ANNEXES AU RAPPORT DE M. COLINEAU

PARTICULARITÉS DU DROIT DES ACTIONNAIRES MINORITAIRES DANS LES SOCIÉTÉS FAISANT APPEL PUBLIC A L'ÉPARGNE RÔLE DU CONSEIL DES MARCHÉS FINANCIERS

ANNEXE I

LES OFFRES PUBLIQUES Extrait du rapport du CMF 2001

Le nombre d'offres publiques a été exceptionnellement bas en 2001 par référence aux années précédentes :

	2001	2000	1999	1998	1997
Procédure normale	18	19	25	15	12
Procédure simplifiée	22	31	27	11	16
Garantie de cours	6	13	23	44	29
OPRA	2	4	2	5	4
OPR	2	5	3	3	4
OPRO	<u>34</u>	_51	_51	45	_60
Total	84	123	131	123	125

Ces chiffres s'entendent des offres publiques ouvertes dans le courant de l'année. Ils n'incluent pas, par définition, les offres déposées et déclarées irrecevables (1). Des tableaux récapitulatifs de ces opérations figurent plus loin.

Huit des offres réalisées selon la procédure normale ont été des offres publiques d'achat à comparer à dix en 2000. Les trois opérations les plus significatives en montant – offres publiques d'échange à titre principal ou exclusif – ont concerné Legrand, Usinor et Coflexip.

L'entrée en vigueur du titre V modifié (2) a permis que l'offre publique devant conduire au rapprochement entre Usinor, Arbed et Aceralia au sein de Arcelor puisse être mise en œuvre selon les dispositions du nouvel article 5-1-3-2 (condition de succès liée à la réussite des deux autres offres). Par ailleurs, les initiateurs de cinq opérations, qui se sont déroulées durant le second semestre, ont usé de la faculté offerte par le nouvel article 5-2 3-1 de réouvrir l'offre publique.

Sur les vingt-deux offres simplifiées, douze – dont une offre d'échange – ont été émises par l'actionnaire historique des sociétés concernées (3), huit par la ou les personnes qui venaient d'en prendre le contrôle majoritaire, directement ou indirectement, et deux par des sociétés visant l'acquisition par échange de leurs propres titres : actions à dividende prioritaire pour l'une, obligations dites « océanes » pour l'autre.

En ce qui concerne les OPRO, la tendance se confirme de mise en œuvre dans les mois suivant la prise de contrôle ou d'une offre simplifiée : huit OPRO ont été émises à l'issue d'une offre à l'occasion de laquelle évaluation et expertise avaient été réalisées et rendues publiques, quatorze ont concerné des sociétés ayant fait l'objet d'une offre publique dans les mois précédents en 2000 ou 2001.

Les décisions de dérogation à l'obligation de dépôt d'un projet d'offre publique ont été au nombre de vingt-trois en 2000, trente-six en 1999, quarante-trois en 1998, déduction faite d'une décision devenue caduque du fait de la non-réalisation de l'opération déclenchant le franchissement de seuil. Treize d'entre elles ont été rendues par le Conseil avant mise en œuvre de l'opération en cause, comme le permet l'article 5-5-8 du Règlement général.

La répartition par motif principal de dérogation est la suivante :

- reclassement, ou opération s'analysant comme un reclassement entre sociétés ou personnes appartenant à un même groupe : 12 ;
- majorité des droits de vote préalablement détenue par le demandeur, seul ou de concert : 7 ;
- souscription à l'augmentation de capital d'une société en difficulté : 2 ;
- cumul d'une opération de fusion et de la conclusion d'un accord de concert : 1 ;
 - réduction du capital : 1.

⁽¹⁾ Un projet d'OPRO a été déclaré irrecevable en 2001 : celui portant sur les actions Louis Dreyfus Citrus. La décision du CMF fait l'objet d'un recours en annulation devant la Cour d'appel de Paris.

⁽²⁾ Homologué par arrêté du $\hat{1}8$ décembre 2000 publié au Journal Officiel du 17 juillet 2001.

⁽³⁾ Dont une a concerné une société de droit étranger (Forestière Équatoriale), en application de l'alinéa 2 de l'article 5-1-1 du Règlement général.

ANNEXE 2

Code monétaire et financier

Article L. 465-1

(Loi nº 1001-1062 dit 15 novembre 2001, art. 33, VIIIº Journal Officiel du 16 novembre 2001) (Ordonnance nº 2000-916 du 19 septembre 2000, art. 3, Journal Officiel du 22 septembre 2002 en vigueur le 1º janvier 2002)

Est puni de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 1 500 000 euros dont le montant peut être porté au-delà de ce chiffre jusqu'au décuple du montant du profit éventuellement réalisé, sans que l'amende puisse être inférieure à ce même profit, le fait, pour les dirigeants d'une société mentionnée à l'article L. 225-109 du Code de commerce, et pour les personnes disposant à l'occasion de l'exercice de leur profession ou de leurs fonctions, d'informations privilégiées sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé, de réaliser ou de permettre de réaliser, soit directement, soit par personne interposée, une ou plusieurs opérations avant que le public ait connaissance de ces informations.

Est puni d'un an d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende le fait, pour toute personne disposant dans l'exercice de sa profession ou de ses fonctions d'une information privilégiée sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé, de la communiquer à un tiers en dehors du cadre normal de sa profession ou de ses fonctions.

Est puni d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 150 000 euros dont le montant peut être porté au-delà de ce chiffre jusqu'au décuple du montant du profit réalisé, sans que l'amende puisse être inférieure à ce même profit, le fait pour toute personne autre que celles visées aux deux alinéas précédents.

Possédant en connaissance de cause des informations privilégiées sur la situation ou les perspectives d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé, de réaliser ou de permettre de réaliser, directement ou indirectement, une opération ou de communiquer à un tiers ces informations, avant que le public en ait connaissance. Lorsque les informations en cause concernent la commission d'un crime ou d'un délit, les peines encourues sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 1 500 000 euros si le montant des profits réalisés est inférieur à ce chiffre.

Est puni des peines prévues au premier alinéa le fait, pour toute personne, de répandre dans le public par des voies et moyens quelconques des informations fausses ou trompeuses sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé, de nature à agir sur les cours.

ANNEXE 3

Recours la rochette, Cour d'appel de Paris arrêt le 3 avril 2001 (1)

Le recours formé le 6 novembre 2000 par des minoritaires tendait à l'annulation de la décision du CMF du 25 octobre 2000, selon laquelle le projet de cession à une firme canadienne de deux des filiales de La Rochette, soumis par cette dernière au CMF, n'entrait pas dans les cas prévus par l'article 5.6.6 du Règlement général.

Cet article vise notamment le projet de cession à une autre société de « ... la totalité ou du principal des actifs, de la réorientation de l'activité sociale... », projet soumis au CMF par les personnes qui la contrôlent, le CNOE devant apprécier les conséquences de l'opération au regard des droits et intérêts des détenteurs de titres et décider s'il y a lieu à mise en œuvre d'une offre publique de retrait.

Les deux filiales en question, détenues à 100 % par La Rochette, avaient pour activité la production et la commercialisation de pâte à papier. La Rochette avait fait valoir, d'une part, que l'activité « pâte à papier » n'était qu'un de ses deux pôles d'activité, le pôle « emballages » étant l'activité historique, principal et prépondérante, d'autre part, que l'activité « pâte à papier » rencontrait des difficultés depuis plusieurs années et que la société avait décidé, dès 1994, de s'en séparer pour se recentrer sur l'activité « emballages ».

Le CMF avait considéré que la cession de l'activité « pâte à papier » n'affectait pas la substance du groupe, et que la contribution positive de cette activité par rapport aux autres activités du groupe n'était ni déterminante ni durable, en raison de son caractère cyclique et de l'endettement qui y était attaché. Il considérait que l'importance des immobilisations ne pouvait à elle seule caractériser la notion de principal des actifs.

Face à une assimilation de deux notions distinctes, celle de « part essentielle de l'actif » de l'article 5.5.3, qui prévoit l'indemnisation des minoritaires dans le cas de prise de contrôle indirect et celle de « principal des actifs » de l'article 5.6.6.

La Cour a clarifié les deux hypothèses, estimant que la notion de « part essentielle des actifs » mentionnée à l'article 5.5.3 du Règlement général ne peut être assimilée à celle de « totalité ou principal des actifs » inscrite dans l'article 5.6.6 de ce règlement, qui suppose non seulement l'importance mais aussi la prédominance de l'actif dans la cession envisagée. La thèse selon laquelle la cession de l'activité « pâte à papier » aurait emporté une réorientation majeure de l'activité du groupe n'a pas non plus été retenue par la Cour. Enfin, la Cour a constaté « qu'aucune atteinte n'était portée aux droits et intérêts des actionnaires ».

⁽¹⁾ Revue CMF, $n^{\rm o}$ 38, mai 2001, p. 25 à 27, Michaëla d'ORAZIO, responsable des affaire juridiques.

ANNEXE 4

Mines de Kali-Sainte-Thérèse (2° recours), arrêt du 3 avril 2000 (1)

Un premier recours, formé le 11 août 2000 contre la décision du CMF du 28 juillet 2000 déclarant recevable l'OPR suivie d'une OPRO au prix unitaire de 325°, a été jugé irrecevable par la Cour d'appel de Paris le 19 décembre 2000.

En raison de ce recours et par décision du 20 décembre 2000, lendemain de l'arrêt, le CMF a reporté la date de clôture de l'offre publique, initialement fixée au 18 août 2000, jusqu'au 3 janvier 2001. Le 21 décembre 2000 Euronext Paris SA (2) annonçait que le retrait obligatoire aurait lieu le 10 janvier 2001.

A la suite de cette information, l'actionnaire minoritaire a déposé un second recours le 2 janvier 2001 visant à l'annulation de l'avis du 20 décembre 2000 relatif au calendrier de l'offre, arguant de la survenance d'un élément nouveau qui n'aurait pas été pris en compte dans la valorisation du titre lors de la mise en œuvre de l'OPRO.

La Cour a confirmé le caractère définîtîf attaché à la décision de recevabilité du projet d'offre depuis sa confirmation par l'arrêt du 19 décembre 2000. La dite décision recouvrait tant l'offre publique de retrait que le retrait obligatoire, opérations indissociables dans la mesure où l'initiateur ne s'était pas inscrit dans l'hypothèse optionnelle de l'article 5.7.1, à savoir la mise en œuvre de l'OPRO après l'achèvement de l'OPR et en fonction de son résultat, mais qu'il s'était placé dans l'hypothèse de la mise en œuvre automatique de l'OPRO à la suite de l'OPR (3).

La Cour a rappelé que les dispositions de l'article L. 433-4 du Code monétaire et financier (4) ne visaient pas, comme il était prétendu, à imposer que l'évaluation du prix des actions soit faite au jour où le retrait obligatoire a lieu. Il est seulement dit que l'indemnisation accordée aux actionnaires à la suite du retrait obligatoire doit être égale, par titre, à l'évaluation effectuée selon

la méthode dite « multicritère » ou, « si il est plus élevé, au prix proposé lors de l'offre ou de la demande de retrait ».

A contrario, c'est seulement dans le cas où l'initiateur s'est réservé la faculté de mettre ou non en œuvre l'OPRO à la suite de l'OPR, qu'il est tenu de faire connaître au CMF le prix proposé pour l'indemnisation s'il opte pour l'OPRO. Ce prix est au moins égal au prix de l'offre publique de retrait. Il peut lui être supérieur si des éléments susceptibles d'influer sur la valeur des titres concernés sont intervenus depuis la date de recevabilité de l'offre publique de retrait (5).

On relève que dans le cas d'une option pour une offre publique de retrait obligatoire à l'issue de l'offre de retrait, une disposition prévoit que le prix proposé pour l'indemnisation est au moins égal au prix de l'offre publique de retrait, et il peut être supérieur à ce dernier.

En revanche, lorsque l'OPRO est automatique dès la clôture de l'OPR, aucune disposition ne précise que l'indemnisation peut être faite à un prix différent de celui de l'OPR.

Dans le premier cas, le montant de l'indemnisation peut-il être inférieur au prix de l'OPR ?

La survenance d'évènements pourrait en effet justifier tant la réévaluation du prix que sa diminution, puisqu'un délai de dix jours de bourse peut intervenir entre la fin de l'OPR et la notification au CMF par l'initiateur de sa décision de procéder à l'OPRO.

Dans ce cas, l'appréciation d'un expert indépendant ne devrait-elle pas intervenir à nouveau ?

Mais peut-on imaginer que le montant de l'indemnisation des actionnaires minoritaires lors de l'OPRO soit inférieur à celui proposé lors de l'OPR au risque de « pénaliser » d'une certaine manière ceux d'entre eux qui ne se seraient pas manifestés à temps en répondant à l'OPR?

En revanche, si le montant de l'indemnisation lors de l'OPRO est, comme l'indique le texte réglementaire, au moins égal au prix proposé pour l'OPR, voire supérieur, on peut se demander si les minoritaires n'ont pas intérêt à attendre systématiquement l'OPRO (6).

⁽¹⁾ Rapporté dans la revue CNOE n° 38 de mai 2001, Michaëla d'ORAZIO, Responsable des affaires, juridiques.

⁽²⁾ Entreprise de marché centralisant les ordres de vente ou d'échange, conformément à l'article 5.6.7, modalité retenue par le CNOE dans son avis du 17 août 2000

⁽³⁾ Article 5.7.1 : « l'initiateur fait connaître au Conseil s'il se réserve la faculté de demander la mise en ceuvre du retrait obligatoire une fois l'offre terminée et en fonction de son résultat, ou s'il demande que le retrait obligatoire soit réalisé dès la clôture de l'offre publique de retrait... »

⁽⁴⁾ Article 5.7.1 du Règlement général du CMF.

⁽⁵⁾ Loi du 2 juillet 1996.

⁽⁶⁾ Art. 5.7.2 du règlement, 2° al. : « Si l'initiateur décide de procéder au retrait obligatoire, il fait connaître au Conseil le prix proposé pour l'indemnisation. Ce prix est au moins égal au prix de l'offre publique de retrait. Il lui est supérieur si des évènements susceptibles d'influer sur la valeur des titres concernés sont intervenus depuis la recevabilité de l'offre publique de retrait. »