

***L'AJOURNEMENT DES ASSEMBLEES
GENERALES DANS LA SOCIETE ANONYME***

**Mémoire de D. E. S. S. de Droit des Affaires
Université Paris II PANTHEON-ASSAS**

Judith RAOUL

Sous la direction du Professeur Michel GERMAIN

Année 2002-2003

I. La diversité des fondements de l'ajournement judiciaire de l'assemblée générale et leurs modalités - 8 -

A. Les motifs d'ajournement admis en droit positif - 8 -

1. Le fondement classique : le risque d'annulation de l'assemblée générale..... - 8 -
 - a. L'appréciation stricte du risque de nullité..... - 9 -
 - b. L'hypothèse du « groupe charnière » - 11 -

2. Les autres fondements - 14 -
 - a. La prorogation de l'assemblée générale annuelle de l'article L. 225-100 C. Com. .
..... - 14 -
 - b. La violation du droit de communication des actionnaires..... - 17 -
 - La protection du droit légal de communication des actionnaires..... - 17 -
 - Le refus de prononcer l'ajournement de l'assemblée en complément d'une expertise de gestion - 19 -
 - c. La violation des règles de convocation des assemblées - 21 -

B. Le régime de l'action en ajournement..... - 21 -

1. Les différentes modalités de l'action en ajournement..... - 22 -
 - a. Les auteurs de la demande..... - 22 -
 - b. La forme de la demande - 23 -
 - c. Le temps de la demande - 24 -

2. Les pouvoirs du juge des référés - 25 -
 - a. Le juge des référés et le fond du litige - 26 -
 - b. L'étendue du pouvoir du juge des référés - 26 -
 - c. Les limites du pouvoir du juge des référés..... - 29 -

II. La recherche d'un critère unique de l'ajournement des assemblées générales et sa mise en œuvre..... - 32 -

A. La nécessité de concilier le principe de non immixtion et l'efficacité de la protection provisoire des droits - 32 -

1. Une exigence commune à toutes les interventions du juge dans la vie des sociétés...
..... - 33 -
2. Les spécificités de l'ajournement des assemblées générales - 36 -

**B. Un critère générique et pragmatique : le « bon fonctionnement » de la société.....
..... - 37 -**

1. Les contours de la notion de « bon fonctionnement »..... - 38 -
 - a. Les hypothèses reconnues en droit positif..... - 38 -
 - La société ne fonctionne plus correctement lorsqu'une irrégularité est commise
..... - 38 -
 - La société ne fonctionne plus correctement lorsque la loi de la majorité est contournée - 39 -
 - b. Un fonctionnement efficace - 40 -
2. De *lege ferenda* : l'avenir de l'ajournement des assemblées - 41 -
 - a. Le devenir de l'ajournement judiciaire des assemblées au regard de la réforme des injonctions de faire..... - 41 -
 - b. L'ajournement lié à la désignation d'un expert de gestion - 43 -

Conclusion - 43 -

Bibliographie - 45 -

Le principe de non immixtion du juge dans le fonctionnement sociétair est toujours en vigueur aujourd'hui. Cependant, il semble qu'une redéfinition s'impose au regard des diverses et nombreuses interventions du juge dans la vie des sociétés.

Ces interventions sont parfois ponctuelles, telles la convocation judiciaire d'une assemblée générale¹, son ajournement, la révocation de dirigeants, l'exclusion judiciaire d'un associé, ou encore la nomination d'un mandataire *ad hoc* aux fins de voter à la place des minoritaires à la suite d'un abus de minorité². Elles peuvent au contraire s'inscrire dans la durée : ainsi, un administrateur provisoire, mandataire désigné en justice, peut être chargé en cas de difficultés graves, empêchant le fonctionnement normal de la société, d'assurer momentanément la gestion des affaires sociales. Les tribunaux ne nomment en principe un tel mandataire que lorsque l'entrave est telle qu'elle empêche réellement le fonctionnement régulier de la société et compromet gravement les intérêts sociaux³. Cependant, alors même que les organes de gestion fonctionnent régulièrement, la nomination d'un administrateur provisoire est de plus en plus souvent sollicitée par des actionnaires minoritaires qui contestent la politique commerciale suivie par les majoritaires. Les tribunaux sont assez réticents face à ces requêtes. Néanmoins, ils les accueillent favorablement lorsque des faits précis conduisent à craindre un abus de droit ou un détournement de pouvoir de la part des majoritaires susceptible de porter atteinte, à bref délai, aux intérêts de la société⁴. L'immixtion du juge dans la vie des sociétés n'est toutefois pas incontrôlée : le juge adapte sa décision aux circonstances de fait et définit les pouvoirs de l'administrateur en fonction des nécessités de la cause. Il peut même se contenter de désigner un observateur, ou un contrôleur lorsqu'il n'apparaît pas nécessaire de dessaisir les dirigeants mais qu'une surveillance s'impose.

¹L'article L. 225-103 II 2° C. Com. dispose que l'assemblée générale peut être convoquée par un mandataire *ad hoc*, désigné en justice, à la demande de tout intéressé (actionnaire, obligataire, créancier ordinaire) en cas d'urgence, ou à la demande d'un ou plusieurs actionnaires réunissant au moins 5% du capital social (depuis la loi N.R.E. du 15 mai 2001), ou encore à la demande d'une association d'actionnaires répondant aux conditions de l'article L. 225-120 C. Com.

²Cass. Com., 9 mars 1993 : nomination d'un mandataire aux fins de « représenter les minoritaires défailants à une nouvelle assemblée et de voter en leur nom dans le sens des décisions conformes à l'intérêt social mais ne portant pas atteinte à l'intérêt légitime des minoritaires ».

³Hypothèses de dissensions au sein des organes de gestion ; nomination de deux conseils d'administration concurrents ; annulation d'une assemblée générale entraînant l'annulation de la nomination de plusieurs administrateurs et donc une carence dans la représentation de la société.

⁴CA Rouen, 25 septembre 1969 : nomination d'un administrateur provisoire au motif que l'associé majoritaire, ayant reçu une délégation du président du conseil d'administration (associé minoritaire) conduit une politique dangereuse pour la société. La nomination est fondée sur le « risque de conséquences financières et sociales catastrophiques pour la société » et sur le fait que les actionnaires formaient « deux groupes dont les intérêts personnels s'affrontent et font ainsi obstacle à la marche normale de l'entreprise ».

La multiplication des cas d'immixtion du juge dans la vie sociale s'explique notamment par l'évolution des pouvoirs du juge des référés commerciaux. En effet, le droit des sociétés ne pouvait ignorer la tendance du référé à user de toutes les potentialités de ses pouvoirs pour répondre aux besoins de droit des justiciables. Le juge des référés n'hésite plus désormais à apprécier l'argumentation des parties quitte à adopter des mesures provisoires proportionnées (la diversité des missions confiées aux mandataires *ad hoc* en atteste). Ainsi, l'article 809 alinéa 1^{er} du Nouveau Code de Procédure civile (tout comme son homologue en matière commerciale l'article 873) confère au juge des référés une grande latitude pour agir afin de prévenir un *dommage imminent* ou mettre fin à un *trouble manifestement excessif*. En effet, l'autonomie reconnue à ce type de référé permet au juge d'ordonner des mesures variées sans être tributaire de la condition d'urgence et sans que ses pouvoirs puissent être paralysés par l'existence d'une contestation sérieuse.

Dans la plupart des hypothèses d'intervention judiciaire, les tribunaux agissent de façon positive (nomination d'un administrateur provisoire, convocation d'une assemblée, nomination d'un mandataire *ad hoc*, etc...) mais il arrive aussi que leur décision soit purement conservatoire, qu'il suspende le cours de la vie sociale. Ainsi en est-il de l'ajournement des assemblées générales.

La mesure est qualifiée de conservatoire, cependant il ne faut pas s'y tromper, cette immixtion du juge dans le fonctionnement sociétaire peut avoir des conséquences aussi graves qu'une décision « positive » prise à la place des dirigeants sociaux. A titre d'exemple, l'ajournement judiciaire peut amener les dirigeants à renoncer à un projet de fusion⁵ ; il peut en être de même d'un projet d'augmentation de capital.

L'ajournement judiciaire d'une assemblée conduit en effet à un blocage forcé du fonctionnement sociétaire.

En principe, le pouvoir d'ajourner une assemblée appartient aux organes compétents pour convoquer ladite assemblée, la règle du parallélisme des formes s'applique. C'est donc le conseil d'administration ou le directoire qui, logiquement, détient ce pouvoir⁶. Une exception existe néanmoins, il s'agit de la prorogation du délai de réunion de l'assemblée générale annuelle d'approbation des comptes, pour laquelle l'article L. 225-100 C. Com. exige une

⁵ C. A. Paris, 3^{ème} Ch., 15 mars 1968. Arrêt *Cafés Biard*.

⁶ Article L. 225-103 I C. Com.

décision de justice. Nous analyserons plus loin le régime de cette action, dont l'articulation avec l'ajournement judiciaire d'origine jurisprudentielle pose certains problèmes.

Une fois l'ajournement décidé, les actionnaires ne peuvent se réunir à la date initialement prévue : ce serait une assemblée tenue sans convocation préalable, et par conséquent invalide. Néanmoins, les titulaires subsidiaires⁷ du pouvoir d'ajournement peuvent, s'ils estiment la tenue d'une assemblée opportune, procéder à la convocation ou demander en justice la nomination d'un mandataire de justice afin que celui-ci procède à la convocation de l'assemblée.

L'ajournement de l'assemblée doit être distingué de la suspension de séance. En effet, cette dernière n'entraîne pas la convocation d'une nouvelle assemblée : à la suite de la suspension, la séance reprend et un seul procès-verbal est établi. Au contraire, l'ajournement de l'assemblée doit donner lieu à une nouvelle convocation dans le respect des formes légales. Comme la suspension de séance, l'ajournement peut être décidé en cours de réunion, en raison de la survenance d'un incident justifiant le renvoi à une séance ultérieure, ou bien parce que, la réunion se prolongeant, il est décidé de renvoyer à une prochaine séance l'examen de la suite de l'ordre du jour. Cette décision d'ajournement appartient dans cette hypothèse à la majorité de actionnaires⁸. Mais le plus souvent, l'opportunité d'un ajournement se manifeste entre la convocation initiale de l'assemblée et la réunion.

Dans cette hypothèse, et contrairement à plusieurs législations européennes⁹ (Italie, Allemagne, Suède), le droit français ne reconnaît pas aux associés le pouvoir de décider l'ajournement de l'assemblée. On peut pourtant soutenir que cette prérogative permettrait aux actionnaires de se protéger contre des convocations hâtives décidées par les dirigeants afin de les empêcher de prendre pleinement connaissance de la situation sociale avant l'assemblée. Cependant on peut aisément imaginer le blocage qui pourrait résulter d'un tel pouvoir conféré aux actionnaires. Ceux-ci auraient la faculté de paralyser toute prise de décision, au risque de commettre des abus que le juge devra alors sanctionner.

Les actionnaires sont donc privés du droit d'ajourner leur propre réunion, hormis l'hypothèse où une majorité d'entre eux le décide au cours d'une séance. Le juge détient-il le

⁷ Il s'agit des personnes visées à l'article L. 225-103 II C. Com. : les commissaires aux comptes, les liquidateurs, un mandataire *ad hoc*, et les actionnaires majoritaires en droit de vote après une offre publique d'achat ou de d'échange ou après une cession d'un bloc de contrôle.

⁸ HEMARD, TERRE ET MABILAT, *Sociétés commerciales*, t. II, n°25

⁹ HOUPIN et BOSVIEUX, 7^{ème} édition, t. 2, n°1157

pouvoir d'intervenir dans le fonctionnement d'une société en interdisant qu'une assemblée soit réunie ? Son intervention est *a priori* plus contestable encore que celle des actionnaires. En effet, celui-ci est un tiers qui devrait en principe rester étranger à la vie sociale. Néanmoins, lorsque les circonstances font apparaître que la tenue de l'assemblée serait plus préjudiciable à la société que son ajournement, il semble indispensable que le juge puisse imposer celui-ci.

Ainsi, la jurisprudence fournit des exemples d'ajournement judiciaire.

Les motifs d'un tel ajournement apparaissent variés. En premier lieu, les tribunaux ont accepté de prendre une telle décision lorsque existait une contestation portant sur une cession d'actions, rendant incertaine la propriété de celles-ci. Dans cette hypothèse, le doute existant sur la propriété des actions est susceptible d'invalider la prochaine assemblée : les personnes présentes n'étant pas les véritables actionnaires, le quorum ne peut pas être atteint et les délibérations votées sont nulles. En second lieu, le juge de référés a fait usage de son pouvoir d'ajourner les assemblées afin de protéger le droit de communication des actionnaires. D'autres fondements, plus rarement utilisés, permettent d'obtenir l'ajournement d'une assemblée, notamment lorsque sont violées les règles relatives à sa convocation.

En raison de la multiplicité des fondements utilisés en jurisprudence, celle-ci ne permet pas une lecture intelligible du sujet. Nous devons donc nous attacher à distinguer le plus clairement possible ces différents fondements et les modalités de l'action en ajournement qui, elles, présentent certaines similitudes (I).

Derrière cette diversité de fondements, l'action du juge des référés est en réalité guidée par une seule et même préoccupation à savoir, protéger la société contre un dommage imminent. Cependant son intervention n'est pas sans conséquence pour le fonctionnement de la société. Le juge doit donc se livrer à une véritable pesée des intérêts en présence. Nous essayerons de déterminer le critère de référence qui lui permet de trouver une réponse adaptée et proportionnée à la demande qui lui est faite (II).

I. La diversité des fondements de l'ajournement judiciaire de l'assemblée générale et leurs modalités

C'est l'existence d'une contestation portant sur la propriété d'un nombre important d'actions qui, le plus souvent, fonde une décision d'ajournement judiciaire, prononcée pour éviter l'annulation de l'assemblée générale convoquée. L'ajournement peut également être prononcé dans d'autres hypothèses, notamment en application de l'article L. 225-100 C. Com. qui organise l'ajournement de l'assemblée générale annuelle d'approbation des comptes. Le Code de commerce exige en effet une décision de justice. En outre, la jurisprudence a de son côté, admis l'ajournement dans d'autres circonstances, notamment en vue de protéger le droit de communication des actionnaires. Ces différentes hypothèses sont présentées comme autonomes par les tribunaux (A). La diversité des fondements entraîne une diversité de régimes ; pourtant, l'intervention du juge des référés est une constante, dont il faudra préciser les contours (B).

A. Les motifs d'ajournement admis en droit positif

On pourrait distinguer l'action en ajournement d'origine légale et celles, multiples, d'origine jurisprudentielle. Pourtant, l'importance en termes quantitatifs de l'ajournement justifié par l'existence d'un risque de nullité de la future assemblée pousse à analyser tout particulièrement cette hypothèse (1) avant d'exposer les autres types d'ajournement mis en œuvre par les tribunaux (2).

1. Le fondement classique : le risque d'annulation de l'assemblée générale

C'est le plus souvent l'existence d'une contestation, portant sur une cession de titres, qui est à l'origine des demandes d'ajournement d'assemblées générales. Les tribunaux accueillent ces demandes afin d'éviter que l'assemblée, et les délibérations qui y sont votées, ne fassent l'objet par la suite d'une annulation, qui serait justifiée par l'utilisation de droits de vote par des personnes n'ayant pas en réalité la qualité d'actionnaire. Dans le même sens, les juges ont accepté de prononcer l'ajournement judiciaire d'assemblées au seul motif que l'incertitude existant sur la propriété des

actions pouvait avoir une influence sur le contrôle de la société, ou plus simplement influencer sur la majorité de l'assemblée générale.

a. L'appréciation stricte du risque de nullité

Le juge des référés exige qu'existe un risque de nullité de l'assemblée pour prononcer l'ajournement car ce risque permet de révéler l'urgence de la situation. En effet, la loi du 24 juillet 1966 a mis en place un régime de nullités très strict qui avait pour objectif de limiter autant que possible les annulations de délibérations sociales. En ce sens, le législateur a beaucoup favorisé les régularisations¹⁰. Dans ce contexte, on comprend aisément que la nullité frappant un acte ou une délibération sociale soit toujours perçue comme un important préjudice. Ainsi, l'imminence de ce dommage permet de caractériser l'urgence, critère de compétence du juge des référés.

L'hypothèse simple est celle où la cession d'un nombre important de titres fait l'objet d'une action en nullité. Si le propriétaire contesté assiste et vote à une assemblée avant que cette cession soit annulée, ses votes seront invalidés dès lors qu'il sera établi qu'il n'était pas le véritable propriétaire des actions. Si l'irrégularité porte sur un nombre d'actions tel que le quorum n'a pas pu être atteint, l'assemblée générale sera susceptible d'être annulée¹¹. Ainsi, la chambre commerciale de la Cour de cassation, le 11 juin 1954¹², a rejeté un pourvoi formé contre une décision de la Cour d'appel d'Aix ayant confirmé une ordonnance d'ajournement judiciaire au motif qu'il existait une contestation sérieuse au sujet de la cession d'un nombre important d'actions « rendant incertaine la validité de cette cession ». Dans cette espèce comme dans celle de la Cour d'appel de Douai du 20 juillet 1933, les actions dont la propriété était contestée étaient indispensables à l'obtention du quorum légal¹³.

L'ajournement permet de réserver les droits des parties jusqu'à ce qu'il soit statué sur la propriété des actions litigieuses.

¹⁰ Voir les articles L. 235-4 et L. 235-6 C. Com.

¹¹ C.A. Douai, 20 juillet 1933. Journ. Sociétés 1934, p. 442. Ajournement prononcé en raison d'un paquet d'actions indispensables à l'obtention du quorum légal, dont la propriété était contestée.

¹² Cass. Com, 11 juin 1954. JCP 1954. II. 8397. Dans cette espèce, une première ordonnance portait nomination d'un administrateur provisoire, avec ordre de convoquer une assemblée générale. Mais entre cette désignation et la nouvelle ordonnance, le juge du fond a été saisi d'une action en nullité visant la cession de titres. Ainsi, le même juge des référés, aux vues de ces circonstances nouvelles, prononça cette fois l'ajournement de l'assemblée dont il avait lui-même demandé la convocation.

¹³ C.A. Douai, 20 juillet 1933. *Ibid.*

Il est intéressant de noter que la nullité que l'on cherche à éviter est une nullité de « second degré », une sorte de nullité par ricochet. En effet, c'est l'annulation d'une cession d'actions, nullité de « premier degré », qui va *de facto* entraîner l'annulation des délibérations votées lors de l'assemblée. L'ajournement de cette assemblée permet donc tout autant d'éviter la nullité des délibérations qui pourront y être prises, que de limiter les conséquences de l'annulation de la cession d'actions.

Pour autant, toute contestation portant sur une cession d'actions ne doit pas donner le droit d'obtenir l'ajournement d'une assemblée générale.

A juste titre, les tribunaux refusent d'ajourner une assemblée lorsqu'il n'existe aucune contestation présente sur la propriété des actions ou lorsque cette contestation se limite à une demande de dommages-intérêts. Dans cette hypothèse, aucun actionnaire ne se voit contester sa qualité et celle-ci ne risque pas d'être remise en cause par les juges du fond. Ainsi, l'absence de nullité de « premier degré » implique l'absence de risque de nullité de « second degré ». Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 10 mars 1933¹⁴ illustre parfaitement ce raisonnement. Une première ordonnance avait prononcé l'ajournement d'une assemblée générale « sous prétexte que le droit de vote risquait d'être exercé en représentation d'actions ayant fait l'objet de négociations irrégulières à la suite de nantissements réalisés sans l'observation des formalités de l'article 93 C. Com.¹⁵ ». En réalité la Cour d'appel relève qu'« aucune contestation relative à des prétendues irrégularités n'avait pris naissance en justice » et que « n'ont été formées contre les créanciers nantis que des demandes en dommages-intérêts à l'exclusion de toute action en nullité, laquelle aurait pu *seule* avoir pour résultat de rendre contestable l'exercice du droit de vote par certains porteurs de titres ». Dans ces circonstances, la Cour d'appel a infirmé la première ordonnance. Il apparaît donc clairement que le juge des référés ne doit prononcer l'ajournement de l'assemblée convoquée que lorsqu'il existe un risque certain d'annulation de celle-ci. En dehors de cette hypothèse, l'intervention du juge constituerait « une atteinte formelle aux prescriptions impératives des statuts et à des dispositions légales d'ordre public¹⁶ ».

L'intervention du juge doit donc rester exceptionnelle. C'est pourquoi, alors même qu'il existe une contestation réelle sur la propriété de certaines actions, le juge peut refuser

¹⁴ C.A. Paris, 10 mars 1933. Gaz. Pal 1933, p. 1039.

¹⁵ Nouvel article L. 521-3 C. Com., qui énonce les formalités nécessaires à la réalisation du gage : signification au débiteur, respect d'un délai de huit jours, et vente publique des objets donnés en gage.

l'ajournement. Il oppose un tel refus lorsque la contestation porte sur un nombre si faible d'actions que l'assemblée ne risque pas d'être annulée. Cette fois, la nullité de « premier degré » est prononcée, mais elle n'entraîne pas celle du « second degré ». Ainsi, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 1^{er} décembre 1961¹⁷, refuse d'ajourner une assemblée générale extraordinaire devant statuer sur une augmentation de capital, au motif qu'il n'était pas établi que l'absence des actions litigieuses placées sous séquestre et ne représentant que 15% du capital, serait de nature à rendre irrégulières les décisions qui y seraient prises. Le juge des référés n'avait point à examiner l'opportunité de l'augmentation de capital envisagée, appréciation relevant de la compétence exclusive de l'assemblée générale : l'intervention du juge doit demeurer exceptionnelle.

Néanmoins, les tribunaux accueillent également les demandes d'ajournement lorsque le nombre d'actions litigieuses est tel que la majorité de la société s'en trouve modifiée. Dans cette hypothèse, le quorum est atteint. Les commentateurs semblent soutenir que ces décisions constituent un assouplissement de l'hypothèse précédente (hypothèse où l'assemblée risque de se voir annulée). Au contraire, il apparaît que l'ajournement repose ici sur le même fondement, à savoir le risque d'annulation de l'assemblée générale.

b. L'hypothèse du « groupe charnière »

C'est dans un arrêt du 9 mai 1961 que la chambre commerciale¹⁸ a fait usage pour la première fois de ce nouveau critère pour prononcer l'ajournement d'une assemblée générale. Ici encore, une contestation avait été formée contre une cession de titres et des actionnaires demandaient l'ajournement de l'assemblée convoquée. La Cour de cassation décide que le président du tribunal de commerce pouvait décider l'ajournement de l'assemblée générale annuelle des actionnaires au motif que les actions litigieuses « constituent un groupe charnière pouvant décider de la majorité de l'assemblée ».

Ainsi, la chambre commerciale étend la solution qu'elle applique au cas de risque d'annulation de l'assemblée, aux hypothèses où les décisions prises par l'assemblée litigieuse ont de grandes chances d'être remises en cause par la nouvelle assemblée régulièrement formée.

¹⁶ C.A. Paris, 10 mars 1933. *Ibid.*

¹⁷ C.A. Paris, 1^{er} décembre 1961. R.T.D.Com. 1962 p. 431

¹⁸ Cass. Com, 9 mai 1961. R.J.Com. 1961 p. 868.

Pourtant, la Cour de cassation semble appliquer sa jurisprudence habituelle : elle énonce que « l'absence desdites actions à l'assemblée générale était de nature à rendre *irrégulières* les décisions qui seraient prises ». Cette formule laisse à penser que les circonstances de la cause étaient identiques à celles de l'arrêt de la Cour de Douai du 20 juillet 1933, dans lequel l'absence des actions litigieuses à l'assemblée rendait impossible la réunion, car le quorum légal n'était pas atteint.

En réalité, les circonstances étaient bien différentes. Dans l'arrêt du 9 mai 1961, l'assemblée qui devait avoir lieu en l'absence d'ajournement aurait été régulière d'un point de vue strictement formel : aucun défaut de quorum ne pouvait être invoqué à l'appui d'une action en nullité. La remise en cause des délibérations prises ne pouvait être le fait que d'une nouvelle assemblée régulièrement composée, et cette remise en cause aurait découlé du fonctionnement normal de la société. Dès lors, contrairement à ce qu'affirme la Cour de cassation, la décision prise dans ces conditions n'est pas « irrégulière », elle risque tout au plus d'être contraire à la volonté de la véritable majorité des actionnaires.

Pourtant, cette jurisprudence a été à nouveau appliquée. Ainsi dans une ordonnance du Tribunal de Commerce de Paris du 13 juin 1989 *Racamier c. L.V.M.H.*¹⁹, le président du directoire de la société Louis Vuitton a demandé le report de l'assemblée générale annuelle jusqu'à ce que le conflit sur la validité des actions de la holding L.V.M.H., issues d'obligations à bons de souscription d'actions, soit tranché. En effet, ce conflit pouvait avoir une influence sur la direction de la société Louis Vuitton : selon son résultat, la majorité au sein de l'assemblée générale pouvait changer, et il existait alors un risque de révocation des membres du conseil de surveillance et, indirectement, des membres du directoire. Le président du Tribunal de Commerce a donc décidé d'ajourner l'assemblée au motif que les actions litigieuses constituaient « un groupe charnière » pouvant décider de la majorité²⁰, en l'espèce dans la société mère et dès lors dans la filiale, entièrement contrôlée.

¹⁹ Trib. Com. Paris, 13 juin 1989. *Racamier c. L.V.M.H.* JCP éd. E 1989 II 15562 n°4. Dans cette espèce, la demande d'ajournement émanait du président du directoire. Il n'est donc pas certain que cette demande soit fondée sur l'article 809 du Nouveau Code de Procédure civile, elle repose peut-être plutôt sur l'article L. 225-100 C. Com., d'autant qu'il s'agissait du report de l'assemblée générale annuelle. Dans ce cas, cet arrêt réaliserait une extension importante du domaine du report de l'article L. 225-100 C. Com. (Voir *infra*. La prorogation de l'assemblée générale annuelle de l'article L. 225-100 C. Com).

²⁰ Dans le même sens, C.A. Paris, 4 septembre 2000. J.C.P. éd. E., n°46, p.1806 ; « eu égard à l'incidence du litige portant sur la nullité éventuelle de la cession d'actions litigieuse sur le contrôle de la société, il y a lieu d'ajourner » ; en effet, l'équilibre au sein de la société suivant que cette cession était reconnue valable ou au contraire annulée se posait en de tous autres termes : la cession avait pour effet de transformer une répartition du capital à 50% - 50% en une répartition à 75% - 25%.

On peut s'étonner que le juge des référés, apparemment si prudent lorsqu'il s'immisce dans la vie sociale, ait décidé un tel ajournement alors que le fonctionnement normal de la société aurait permis de rétablir la loi de la majorité.

Néanmoins, cette apparence d'assouplissement n'est qu'illusoire. En effet, les juges acceptent aujourd'hui d'annuler des délibérations sociales au motif que l'irrégularité invoquée est de nature à influencer sur la décision, c'est-à-dire sur son sens.

En outre, une délibération peut également être annulée pour excès de pouvoir si elle porte atteinte aux droits individuels des actionnaires. Or, on peut valablement soutenir qu'une délibération prise grâce à une majorité partiellement composée de personnes non actionnaires constitue une atteinte aux droits individuels des véritables actionnaires. Leur droit de vote mais aussi leur droit d'assister et de participer aux assemblées ont en effet été bafoués.

L'utilité de prononcer l'ajournement dans cette hypothèse est évidente. L'assemblée générale est seule compétente pour décider d'opérations décisives pour l'avenir de la société, telles une fusion ou une augmentation de capital. Si une assemblée composée d'actionnaires dont la qualité est à juste titre contestée prend de telles décisions, il est probable que les véritables associés soient dans l'impossibilité de les remettre en cause une fois leurs droits restaurés. L'action au fond tendant à contester la propriété de titres peut en effet prendre plusieurs mois. Dès lors « pourquoi laisser tenir une assemblée qui, grâce à une fausse majorité, bouleversera peut-être l'avenir de la société et préludera à une cascade de procès²¹ » ?

Ainsi, lorsque la demande d'ajournement est fondée sur l'existence d'une cession litigieuse de titres, rendant la composition de l'assemblée irrégulière, la Cour de cassation exige que la contestation porte sur la validité de la cession elle-même, et que cette cession risque d'être annulée par les juges du fond. La nullité de « premier degré », c'est-à-dire celle de la cession, doit être prévisible. Ensuite, les juges prononcent l'ajournement dans deux hypothèses : soit l'annulation de la cession a pour conséquence un défaut de quorum à l'assemblée, soit elle risque d'entraîner le non respect de la loi de la majorité. En dehors de ces deux hypothèses, le juge refuse de s'immiscer dans le fonctionnement sociétaire.

²¹ VIGNES, R. T. D. Com. 1950, p.384 et suivantes.

Les bornes de l'intervention judiciaire sont donc assez clairement définies dans ce domaine ; mais d'autres motifs sont admis par les tribunaux afin de justifier le prononcé d'un ajournement judiciaire.

2. Les autres fondements

Tout d'abord, la loi du 24 juillet 1966 a organisé un ajournement spécifique de l'assemblée générale annuelle d'approbation des comptes. L'article L. 225-100 C. Com. alinéa 1^{er} dispose ainsi que « l'assemblée générale ordinaire est réunie au moins une fois par an, dans les *six mois* de la clôture de l'exercice, *sous réserve de prolongation de ce délai par décision de justice* ». Les modalités de cet ajournement sont fixées par le décret du 23 mars 1967, mais les motifs pouvant justifier celui-ci ne sont pas explicités par les textes. En outre, la jurisprudence admet d'autres motifs d'ajournement des assemblées générales, notamment la violation du droit de communication des actionnaires et la violation des règles de convocation de l'assemblée.

a. La prorogation de l'assemblée générale annuelle de l'article L. 225-100 C. Com.

Comme on l'a vu, l'article L. 225-100 C. Com. ne précise pas si la société, qui requiert la prolongation du délai de convocation de l'assemblée générale annuelle, doit invoquer un motif, et s'il est invoqué, quelle doit être sa nature. A cet égard, l'article 121 du décret du 23 mars 1967 n'apporte aucune précision. Il dispose simplement que « le délai de six mois prévu pour la réunion de l'assemblée générale ordinaire (...) peut être prolongé à la demande du conseil d'administration ou du directoire, selon le cas, par ordonnance du président du tribunal de commerce, statuant sur requête ». Comme le délai ne peut être accordé que par décision de justice, sur examen de la demande, le requérant doit nécessairement invoquer un motif plausible et sérieux pour obtenir la dérogation à la règle de l'article L. 225-100 C. Com. Le motif invoqué peut résulter d'une cause interne à la société ou de circonstances extérieures faisant obstacle à la tenue régulière de l'assemblée. En revanche, on peut penser que le motif invoqué ne doit pas révéler une faute des dirigeants, il doit s'agir d'un obstacle indépendant de leur volonté.

Ainsi, dans une ordonnance du 27 mai 1977²², le président du Tribunal de Commerce de Paris a accordé la prolongation du délai de convocation de l'assemblée générale annuelle de la société « Au Bon Marché » afin que celle-ci puisse profiter de la faculté ouverte par la loi du 29 décembre 1976 de procéder à une réévaluation légale des immobilisations non amortissables. Celle-ci était impossible à la date prévue par la convocation car le décret d'application de la loi nouvelle n'avait pas encore été promulgué.

La prorogation du délai de convocation de l'assemblée générale annuelle est également admise dans l'hypothèse où il existe un retard dans l'établissement des comptes, ou bien lorsque des dirigeants sociaux sont absents.

Les motifs de report de l'assemblée générale annuelle semblent donc différents de ceux admis par les tribunaux dans le cadre de l'ajournement judiciaire des assemblées générales. Il s'agirait de motifs techniques, rendant impossible la convocation de l'assemblée générale annuelle dans le délai légal.

Pourtant, le report de l'article L. 225-100 C. Com. peut également être justifié par l'existence d'un litige sur la composition du capital social, qui a pour enjeu la composition de la majorité susceptible d'approuver ou de ne pas approuver les comptes, qu'il s'agisse d'un litige sur la propriété des actions, ou bien qu'il s'agisse désormais d'un litige sur l'existence, la quotité, ou le délai de suspension du droit de vote dans le cadre notamment de la réglementation de l'autocontrôle²³. Ainsi, dans l'ordonnance du 13 juin 1989 prononcée par le président du Tribunal de Commerce de Paris, le report de la date de l'assemblée générale annuelle est justifiée par un litige portant sur la validité des actions détenues par L.V.M.H. dans sa filiale la société Louis Vuitton, litige dont l'issue était primordiale pour le contrôle de la société²⁴. On l'a vu, le fondement exact de la demande émanant du président du directoire n'est pas précisé dans l'ordonnance. On ignore s'il s'agit de l'article L. 225-100 C. Com. ou de l'article 809 du Nouveau Code de Procédure Civile. Néanmoins, on peut soutenir qu'il serait plus logique de fonder l'ensemble des actions concernant l'ajournement de l'assemblée générale annuelle sur l'article L. 225-100 C. Com., dès lors que l'action est initiée par le conseil d'administration ou le directoire, et que le délai de six mois ne peut être respecté. En l'espèce, le président du directoire agissait en exécution d'une décision prise par le directoire

²² Trib. Com. 27 mai 1977, Rev. Soc. 1977, p.708.

²³ cf. Bull. Joly, décembre 2001, §275 p. 1269 et s. Note sous C.A. Paris, 2 août 2001, Dominique Vidal.

²⁴ Trib. Com. Paris, 13 juin 1989, *Racamier c. L.V.M.H.* JCP éd. E 1989 II 15562 n°4.

lui-même, on peut donc penser que le fondement de l'ajournement est en l'espèce, l'article L. 225-100 C. Com.

En revanche, une demande d'ajournement formulée par des actionnaires devant le juge des référés, même concernant l'assemblée générale annuelle, devrait être fondée sur l'article 809 du Nouveau Code de Procédure civile.

Enfin, un arrêt récent²⁵ a admis le report de l'assemblée générale annuelle en vue de permettre l'établissement de comptes présentant une image fidèle de la situation de la société. Les circonstances sont les suivantes : une société de commerce électronique est détenue à 70% par des capital-risqueurs, le reste du capital appartenant aux fondateurs-dirigeants. Les investisseurs s'inquiètent de l'accumulation des impasses de trésorerie de l'entreprise, et manifestent, bien avant la clôture de l'exercice, leur intention de se retirer de la société. Or les comptes ont été établis dans la perspective de la continuité de l'entreprise, continuité qui serait sérieusement compromise dans l'hypothèse d'un retrait de l'actionnaire majoritaire. C'est pourquoi le conseil d'administration demande l'ajournement de l'assemblée générale annuelle, déjà convoquée, afin d'établir de nouveaux comptes sociaux tenant compte de cette éventualité. La Cour d'appel énonce clairement que le report peut être fondé sur la nécessité de présenter des comptes fidèles de l'exercice écoulé.

On peut reprocher à cette solution qu'elle a pour résultat de prendre en compte des événements postérieurs à la clôture de l'exercice social pour l'établissement des comptes sociaux. Cependant, la Cour prend soin de préciser que l'événement dont il s'agit s'était « suffisamment clairement manifesté avant la clôture de l'exercice ».

Mais alors, il paraît nécessaire de distinguer deux hypothèses : lorsque l'événement de nature à influencer sur la présentation des comptes sociaux apparaît après la clôture de l'exercice, seul le rapport de l'assemblée générale doit le mentionner et indiquer les incidences qu'il peut avoir sur les comptes annuels ; en revanche, lorsque l'événement survient, comme en l'espèce, avant la clôture de l'exercice, il appartient aux dirigeants d'en tenir compte lors de l'établissement des comptes annuels. A défaut, on peut imaginer que soit engagée la responsabilité du conseil d'administration, au motif qu'il a arrêté des comptes ne présentant pas une image fidèle de la situation de la société. Dès lors, l'ajournement de l'assemblée générale devrait être refusé au conseil d'administration fautif, tout comme il lui est refusé

²⁵ C.A. Paris, 2 août 2001, Bull. Joly. décembre 2001, §275, p. 1269.

lorsque le défaut d'établissement des comptes annuels est dû à sa négligence. En l'espèce, la solution de cet arrêt était donc contestable.

Dans une telle hypothèse, Les actionnaires pourraient toujours solliciter l'ajournement de l'assemblée afin d'être en mesure d'analyser les incidences sur la continuité de l'entreprise que peut avoir l'événement non mentionné dans les comptes sociaux. En effet, le sens de leur vote pourrait en être modifié.

b. La violation du droit de communication des actionnaires

En dehors du cas où l'ajournement de l'assemblée est rendu possible en raison de contestations, qui sont susceptibles d'entraîner par la suite une annulation de l'assemblée, les tribunaux ont accepté de prononcer l'ajournement lorsque, un actionnaire ayant demandé en justice communication des documents auxquels il a droit, le juge des référés estime que des raisons impérieuses justifient le report de la date de l'assemblée. L'ajournement apparaît alors comme un moyen de protéger le droit de communication des actionnaires. Cette protection a néanmoins des limites, elle ne s'étend pas aux informations résultant d'une expertise de gestion.

- La protection du droit légal de communication des actionnaires

Un tel report d'assemblée générale a été admis pour la première fois par le président du Tribunal de Grande Instance de Strasbourg le 26 septembre 1969²⁶. Un actionnaire avait demandé à sa société de lui communiquer l'ensemble des documents visés par les articles 133 et 135 du décret de 1967, pour lui permettre de voter utilement à l'assemblée générale qui devait statuer sur les comptes des trois derniers exercices. N'ayant pas reçu certains documents, l'actionnaire saisit le juge des référés afin que celui-ci ordonne à la société la communication desdits documents. Le président du tribunal de grande instance ordonne à la société de communiquer certains des documents réclamés et ajourne l'assemblée générale afin de permettre au requérant d'en prendre connaissance préalablement.

L'article L. 225-115 C. Com (ancien article 168 de la loi du 24 juillet 1966) énonce une liste de documents dont tout actionnaire peut obtenir communication dans les conditions et délais déterminés par décret. Ainsi, les articles 138 et 139 du décret de 1967 organisent respectivement un droit de communication et un droit de simple consultation de documents au

siège social de la société. Le droit de communication concerne les documents énoncés aux articles 133 et 135 du décret, tandis que le droit de consultation au siège social porte sur les documents visés aux articles L. 225-115 C. Com. et 135 du décret. Le président du tribunal de commerce a donc le pouvoir d'ordonner, sous astreinte, la communication des documents visés aux articles 133 et 135 du décret.

Cette protection du droit de communication des actionnaires peut parfois paraître insuffisante, notamment lorsque l'assemblée générale doit avoir lieu à une date proche de la décision du président du tribunal de commerce. En ce cas, les actionnaires recevront l'information sollicitée mais n'auront par le temps d'en prendre connaissance avant l'assemblée. C'est pourquoi il a paru nécessaire de rendre possible l'ajournement de l'assemblée générale dans cette hypothèse.

L'utilisation de l'ajournement comme instrument de protection du droit de communication des actionnaires a ensuite été développé en dehors du cadre de l'information préalable à l'assemblée générale annuelle. Ainsi, dans une société faisant publiquement appel à l'épargne, une assemblée devant décider une augmentation de capital a été ajournée au motif que la « convocation ne contenait, ni dans le rapport du conseil d'administration ni dans celui du commissaire aux comptes, aucune justification du prix de souscription retenu »²⁷. Dans une autre espèce, des actionnaires minoritaires ont pu obtenir l'ajournement d'une assemblée générale extraordinaire, devant statuer sur une augmentation de capital, en raison du lancement d'une offre publique d'achat sur la société entre la convocation et la tenue de l'assemblée²⁸. La solution est novatrice car le besoin d'information découlait en l'espèce d'un événement extérieur à la société. Le président du tribunal prononce le report en raison de « l'information insuffisante communiquée par le conseil », et de la « survenance d'une offre publique imposant de donner le temps aux actionnaires d'évaluer les mérites de celle-ci ».

Dans le même sens, les tribunaux ont décidé l'ajournement d'une assemblée générale extraordinaire, devant statuer sur un projet de fusion, au motif qu'un second rapport d'évaluation des parités avait été porté à la connaissance des minoritaires tardivement²⁹. Le juge ne se contente pas de relever, de façon abstraite, le non respect du délai imposé par le droit des sociétés. Il prend soin de noter que le rapport complémentaire remis avec retard aux minoritaires contenait des informations décisives pour l'information des minoritaires. On peut

²⁶ T.G.I. Strasbourg, 23 septembre 1969, R. J. Com. 1970, p. 150, n°16.

²⁷ C.A. Paris, 4 février 1988, Bull. Joly, 1988, p.274.

²⁸ Trib. Com. Paris, 25 janvier 1988, Rev. de droit bancaire et de la bourse 1988, p.99.

²⁹ Trib. Com. Paris, 28 décembre 1994, Rev. de droit bancaire et de la bourse, janvier - février 1995, p.32-33.

donc en déduire que le juge entend véritablement protéger les droits de la défense des minoritaires plus que le seul respect des formalités légales.

Cependant, la protection du droit d'information et de communication des actionnaires n'est pas sans limites, et le juge refuse notamment de fonder un ajournement judiciaire sur le seul fait qu'une expertise est ordonnée. L'absence du rapport d'expertise ne fait pas obstacle à la tenue de l'assemblée.

- Le refus de prononcer l'ajournement de l'assemblée en complément d'une expertise de gestion

La jurisprudence refuse de façon constante de prononcer l'ajournement d'une assemblée générale en complément d'une expertise de gestion. En effet, les tribunaux estiment que « l'article 226 de la loi du 24 juillet 1966³⁰ qui se limite à organiser le droit à l'information des actionnaires minoritaires, ne donne pas pouvoir à la juridiction des référés d'intervenir dans le fonctionnement normal des organes sociaux ; et que seule une inobservation des prescriptions légales relatives à ce fonctionnement est de nature à justifier une intervention judiciaire »³¹. En effet, l'usage de l'article L. 225-231 C. Com. (ancien article 226 de la loi de 1966) peut supposer qu'il existe des divergences d'opinions et des oppositions entre deux groupes d'actionnaires, mais n'implique nullement que le fonctionnement de la société n'est pas normalement assuré par ses organes régulièrement constitués ; dès lors, l'intervention du juge des référés serait inopportune. Néanmoins, nous verrons par la suite que la réforme de l'article L. 225-231 C. Com. résultant de la loi N. R. E. du 15 mai 2001 aura certainement pour conséquence de permettre plus fréquemment le prononcé d'un ajournement judiciaire parallèlement à une mesure d'expertise de gestion³².

Pour le moment, les tribunaux ont tendance à rejeter les demandes d'ajournement qui ont pour objet de reporter l'assemblée générale jusqu'au résultat d'une expertise de gestion.

En ce sens, un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 8 décembre 1988 refuse de prononcer l'ajournement sollicité par des actionnaires minoritaires, alors que leur société leur a refusé la communication d'un rapport d'expertise immobilière, et qu'ils contestent les modalités d'évaluation du patrimoine immobilier retenues pour une opération de fusion sur

³⁰ Nouvel article L. 225-231 C. Com.

³¹ C. A. Paris, 21 mars 1974, R. J. Com. 1976, n°37, p.575-576.

³² Voir pages 42-43 : *L'ajournement lié à la désignation d'un expert de gestion*

laquelle l'assemblée doit statuer. La cour relève que la « preuve n'est en définitive apportée ni d'une violation flagrante des règles de convocation de l'assemblée générale extraordinaire, ni d'une cause patente d'annulation de celle-ci, ni d'une atteinte manifestement illicite au droit d'expression des actionnaires »³³.

Il semble donc que les tribunaux protègent exclusivement le droit de communication des actionnaires prévu aux articles L. 225-115 et suivants du Code de commerce, organisant une information obligatoire préalable aux assemblées générales ordinaires. En revanche, lorsque le droit de communication ne résulte que d'une faculté ouverte aux actionnaires (expertise de gestion) les tribunaux demeurent plus réservés. En définitive, l'ajournement n'est prononcé que lorsque l'assemblée risque d'être annulée en raison d'une insuffisance d'information des actionnaires. On retrouve alors le fondement classique du risque de nullité.

Ainsi, dans l'arrêt « *3 Quartiers* » en date du 14 juin 1988³⁴, la Cour d'appel de Paris ordonne parallèlement une expertise de gestion *et* l'ajournement de l'assemblée générale extraordinaire de la société, qui devait voter une fusion impliquant la société Bouygues. L'expertise de gestion est justifiée par l'insuffisance d'information des actionnaires. En effet, « l'évaluation de la société n'était fondée que sur les cours de bourse et n'intégrait ni la valeur vénale des immeubles, ni le profit attendu par la société Bouygues de l'opération qu'elle avait engagée ». La cour en déduit que l'information des actionnaires présentait une « insuffisance manifeste ». On aurait pu penser que ce défaut d'information allait justifier l'ajournement de l'assemblée. Tel n'est pas le cas, puisque la cour prend soin de relever que les résultats de l'expertise étaient susceptibles d'établir un « détournement de pouvoir de la part des majoritaires, de nature à entraîner la nullité des délibérations ».

Ainsi, lorsque les tribunaux entendent protéger le droit de communication des actionnaires, l'ajournement semble toujours justifié par un risque de nullité. Soit l'insuffisance d'information révèle un détournement de pouvoir de nature à entraîner la nullité des délibérations, soit elle constitue une violation de l'article L. 225-115 C. Com., qui est sanctionnée par une nullité facultative en application de l'article L. 225-121 C. Com.³⁵. Ce fondement, présenté en jurisprudence comme autonome, semble donc pouvoir être rapproché du risque de nullité de l'assemblée.

³³ C.A. Paris, 8 décembre 1988, *inédit*. J.C.P. éd. E. 1989, n°15415.

³⁴ C.A. Paris, 14 juin 1988, D. 1988 p.505.

³⁵ L. 225-121 C. Com. : « En cas de violation des dispositions des articles L. 225-115 et L. 225-116 ou du décret

Le même raisonnement peut être tenu à l'égard du dernier cas d'ajournement admis en jurisprudence, la violation des règles de convocation.

c. La violation des règles de convocation des assemblées

Ce fondement est rencontré de façon beaucoup plus rare en jurisprudence. Le juge des référés n'a pas le pouvoir de prononcer la nullité d'une convocation d'assemblée générale, même si celle-ci est manifestement irrégulière. Cette tâche est laissée au juge du fond. En revanche, lorsque la convocation prononcée par le président du conseil d'administration n'est pas conforme à la décision du conseil, le juge des référés peut ordonner l'ajournement de l'assemblée. En effet, « l'assemblée, si elle s'était tenue dans de telles conditions, aurait pu exposer la société à une action judiciaire visant à en voir juger la nullité, action dont les conséquences auraient été néfastes à la vie de la société, compte tenu de sa situation économique »³⁶. Le juge prend donc soin de relever à la fois le risque de nullité pouvant atteindre l'assemblée, et la situation économique difficile dans laquelle cette société se trouve. Ici encore, l'autonomie du fondement de l'ajournement peut être mis en doute.

Pour conclure sur les fondements de l'ajournement judiciaire admis en droit positif, on remarque que la jurisprudence fait plus de distinctions qu'il n'ait nécessaire. En effet, on pourrait se contenter de distinguer la prorogation du délai de convocation de l'assemblée générale annuelle prévue par L'article L. 225-100 C. Com. et l'ajournement d'origine jurisprudentielle fondé sur un risque de nullité de l'assemblée. L'exigence d'un risque de nullité est toutefois assouplie, notamment lorsque une contestation non encore tranchée au fond peut avoir une incidence sur la majorité à l'assemblée générale. Cette dichotomie entre le fondement d'origine légale et celui d'origine prétorienne est manifeste lorsqu'on s'intéresse aux modalités de l'action tendant à obtenir l'ajournement d'une assemblée.

B. Le régime de l'action en ajournement

Le régime de l'action en ajournement présente des particularités tant en ce qui concerne les pouvoirs du juge, tenant à la forme des référés (2), qu'en ce qui concerne les modalités de la demande (1).

pris pour leur application, l'assemblée peut être annulée ».

1. Les différentes modalités de l'action en ajournement

Trois questions ont donné lieu à des discussions en ce qui concerne les modalités de l'action tendant au report d'une assemblée générale. Qui peut faire cette demande ? Sous quelle forme l'action doit-elle être intentée ? A quel moment la demande peut-elle être formulée ? A ces questions, pouvaient être apportées des réponses différentes selon que l'on s'intéressait à l'ajournement d'origine légale ou jurisprudentielle, mais peu à peu, on constate un certain rapprochement entre ces deux régimes.

a. Les auteurs de la demande

Le plus souvent, la demande d'ajournement formulée devant le juge des référés émane d'actionnaires. Ce sont les minoritaires qui dénoncent une irrégularité dans la tenue de la prochaine assemblée ; en effet, ceux-ci n'auront pas le pouvoir de décider son ajournement une fois la réunion commencée³⁷.

Un actionnaire seul, peut initier une telle action. Il n'est pas nécessaire de représenter une fraction au moins égale à 5% du capital, comme cela est exigé pour l'exercice de différentes prérogatives³⁸. L'action devant le juge des référés est en réalité ouverte à tout intéressé. Cette qualité ne peut qu'être reconnue à tout actionnaire, puisque celui-ci est le premier concerné par le fonctionnement des organes sociaux et plus encore par celui de l'assemblée générale, à laquelle il participe.

En revanche, on peut se demander si le président du conseil d'administration ou du directoire peut former une telle demande devant le juge des référés. Lui seul peut agir sur le fondement de l'article L. 225-100 C. Com. aux fins d'ajournement de l'assemblée générale annuelle d'approbation des comptes. Il ne fait alors qu'exécuter une décision du conseil d'administration prise en application de l'article 121 du décret du 23 mars 1967. Il n'agit pas en vertu d'un pouvoir propre. Dans le cadre d'une action fondée sur l'article 809 du Nouveau Code de Procédure civile, ce raisonnement ne peut pas être transposé à l'identique. En effet, le président du directoire n'est alors pas limité par les dispositions de l'article 121 du décret

³⁶ Trib. Com. Toulouse, 12 août 1993, Bull. Joly 1994, § 41, p.169.

³⁷ Ce pouvoir n'appartient, comme on l'a vu, qu'à la majorité des actionnaires.

³⁸ Article L. 225-103 C. Com. pour la désignation d'un mandataire chargé de convoquer l'assemblée générale ; article L. 225-231 C. Com. pour l'expertise de gestion.

de 1967. Toutefois, il est difficile d'accorder une telle marge d'initiative au président du conseil d'administration ou du directoire. La réponse est certaine en ce qui concerne le président du conseil d'administration qui ne serait pas également directeur général : il n'a pas le pouvoir de demander l'ajournement judiciaire de l'assemblée. En revanche, les pouvoirs de représentation que détient le président du directoire ou le président-directeur général, aboutissent nécessairement à leur conférer une certaine autonomie. On peut donc penser que ceux-ci ont le pouvoir de demander en justice l'ajournement de l'assemblée, dès lors qu'il y va de l'intérêt de la société. Ce pouvoir concernerait le report de l'ensemble des assemblées hormis celui des assemblées générales annuelles, qui, nous le pensons, devraient exclusivement être ajournées sur le fondement de l'article L. 225-100 C. Com. lorsque la demande émane du Conseil d'administration, le président seul, n'ayant pas compétence pour former une telle demande.

Il reste qu'une décision du conseil d'administration ou du directoire, aussi bien qu'un règlement intérieur peut toujours restreindre la sphère de pouvoir individuel de ces représentants sociaux.

Enfin, on peut s'interroger sur la possibilité pour un créancier de demander l'ajournement d'une assemblée générale. Il semble difficile d'admettre une telle action. En effet, les réunions d'assemblées générales relèvent de la « vie intérieure » des sociétés. Elles n'ont point d'effet à l'égard des tiers. Seules les délibérations qui y sont éventuellement prises peuvent avoir une influence sur la situation de tiers. En conséquence, les créanciers n'ont à l'évidence aucun intérêt à agir, et leur demande d'ajournement judiciaire doit être rejetée.

b. La forme de la demande

Lorsque le juge des référés est saisi par des actionnaires demandant que soit reportée la date d'une réunion d'assemblée générale, la procédure applicable est celle de *l'assignation*. En effet, les actionnaires doivent nécessairement assigner la société puisque l'ordonnance du président du tribunal devra être exécutée par cette dernière, en cas de succès des actionnaires.

A l'opposé, l'article 121 du décret de 1967, détaillant les modalités de l'ajournement prononcé sur le fondement de l'article L. 225-100 C. Com., dispose que le délai de six mois (...) peut être prolongé (...) par ordonnance du président du tribunal de commerce, statuant sur *requête*. Ce texte semble donc exclure la nécessité de procéder par voie d'assignation.

Néanmoins, par une ordonnance du 5 juin 1989³⁹, le président du Tribunal de Commerce de Paris a rappelé le domaine nécessairement limité de cette requête. En effet, la saisine sur requête du président du tribunal suppose qu'il n'existe aucune réelle contestation de la part de l'adversaire, car cette procédure est non contradictoire. Ainsi, l'article 812 du Nouveau Code de Procédure Civile dispose que cette procédure est utilisable lorsqu'une mesure est *urgente* et que les circonstances exigent que l'on agisse sans prévenir l'adversaire. Dans le cadre de l'ajournement judiciaire, le conseil d'administration demandant un report de l'assemblée ne s'oppose en principe à personne, et notamment pas à la société dont il représente les intérêts. Mais en réalité, cette absence d'opposition ne va pas de soi. En effet, le groupe majoritaire peut contester l'ajournement de la réunion. Dans cette hypothèse, le président du Tribunal de Commerce de Paris a décidé que la procédure des référés, avec le débat contradictoire qu'elle implique, devait être suivie. Cette solution est justifiée en raison notamment de l'extension du domaine de l'article L. 225-100 C. Com. qui peut fonder un ajournement non seulement lorsque des raisons techniques l'imposent, mais aussi lorsqu'il existe un risque de nullité de l'assemblée⁴⁰.

Ainsi, le plus souvent la procédure des référés s'imposera et un débat contradictoire sera possible, hormis l'hypothèse où la demande d'ajournement de l'assemblée émane du conseil d'administration, et où celle-ci fait l'unanimité au sein des actionnaires.

c. Le temps de la demande

Il faut faire une distinction de principe entre l'action d'origine prétorienne et celle d'origine légale. Néanmoins, cette opposition tend à perdre de son intensité.

L'ajournement judiciaire d'origine prétorienne est sollicité le plus souvent, par des actionnaires une fois la convocation de l'assemblée intervenue. En effet, c'est la proximité de cette réunion qui les pousse à se plaindre au juge des référés d'une insuffisance d'information, ou d'une irrégularité concernant la propriété de titres et pouvant avoir une influence sur la validité des délibérations prises. La demande d'ajournement suppose une convocation, dont le tribunal pourra suspendre les effets.

³⁹ Trib. Com. Paris, 5 juin 1989, *inédit*. J.C.P. éd. E. 1989, 15562, n°1.

⁴⁰ Trib. Com. Paris, 13 juin 1989, *Racamier c. L.V.M.H.* JCP éd. E 1989 II 15562 n°4. Dans cette espèce, la demande d'ajournement émanait du président du directoire ; il s'agissait du report de l'assemblée générale

Au contraire, la prolongation du délai de six mois prévu à l'article L. 225-100 C. Com. pour la réunion de l'assemblée générale annuelle visait, à l'origine, des hypothèses où la convocation de l'assemblée elle-même était impossible soit que les dirigeants sociaux faisaient défaut, soit que l'absence de comptes sociaux régulièrement établis empêchait l'assemblée de procéder à leur approbation. C'est dire que les raisons du report de l'assemblée étaient apparentes dès avant la convocation de celle-ci. Ainsi, on pouvait découvrir dans ce texte un motif législatif implicite, selon lequel la demande de report supposerait l'impossibilité ou du moins l'absence de convocation de l'assemblée dans le cadre du délai de six mois.

Néanmoins, la Cour d'appel de Paris écarte cette manière de voir dans un arrêt du 2 août 2001⁴¹. Elle considère que « la circonstance que l'assemblée générale ait déjà été convoquée ne fait pas obstacle à l'application de l'article 121 du décret de 1967, ce qui priverait ce texte d'une large partie de sa portée en interdisant toute prise en compte d'éléments nouveaux de nature à influencer sur l'une ou l'autre question relative aux comptes annuels de l'exercice écoulé ». Cette solution doit être approuvée au regard, ici encore, de l'extension du domaine de l'article L. 225-100 C. Com. En effet, une contestation portant sur la propriété de titres peut se révéler une fois l'assemblée convoquée, le conseil d'administration doit alors pouvoir faire usage de la faculté ouverte par l'article 121 du décret de 1967, et demander la prolongation du délai de réunion de l'assemblée générale annuelle s'il y a lieu.

Ainsi, on constate que les modalités de l'action en ajournement sont semblables hormis en ce qui concerne l'identité des personnes admises comme requérants. Les prérogatives du juge des référés constituent également un dénominateur commun des différentes actions tendant au report des assemblées générales.

2. Les pouvoirs du juge des référés

Les pouvoirs du juge des référés sont par nature limités en raison de l'interdiction qui lui est faite de préjuger du fond du litige. Néanmoins, il dispose d'une marge de manœuvre non négligeable qui lui permet d'agir avec efficacité. Il reste qu'il se refuse

annuelle et le motif d'ajournement invoqué était l'incidence que pouvait avoir une contestation au fond sur la direction de la société (*cf. supra* p.11 et 14).

à prendre à certaines initiatives, notamment en raison du principe de non immixtion du juge dans la vie des sociétés.

a. Le juge des référés et le fond du litige

En matière d'ajournement, le juge des référés tire ses pouvoirs de l'article 809 alinéa 1^{er} du Nouveau Code de Procédure civile, ou plus précisément de l'article 873 du même code, réplique du premier article en matière commerciale. Il peut dès lors prescrire *les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite*. Ce type de référés, introduit par le décret du 17 décembre 1973, dispose d'une certaine autonomie qui permet au juge de prononcer des mesures extrêmement variées. Néanmoins, l'interdiction de *trancher* le litige au fond demeure.

Le juge des référés a l'interdiction de porter préjudice au principal. On a parfois pensé qu'il n'appartenait dès lors pas au juge des référés de *prendre parti* sur le fond du droit. Cette limitation est en réalité très arbitraire. L'expérience prouve en effet que, dans bien des cas, le juge des référés doit se prononcer sur des questions de fond. Il peut, par exemple, apprécier le sérieux d'une contestation⁴².

En revanche, l'ordonnance de référé étant une décision provisoire, sa décision ne peut *trancher* définitivement un litige. Ainsi, le juge des référés ne peut pas prononcer une nullité⁴³ ou accorder des dommages-intérêts. Par ailleurs, le juge du principal n'est jamais lié par les appréciations de fait ou de droit contenues dans une ordonnance de référé, ni par les conséquences que le juge des référés a cru devoir en tirer.

b. L'étendue du pouvoir du juge des référés

L'interdiction de préjudicier au fond du litige ne prive pas le juge des référés de tout pouvoir d'appréciation. Seulement, ses pouvoirs sont limités par l'apparence et l'évidence. Le juge des référés ne doit pas avoir à réaliser un examen approfondi ou une interprétation complexe pour trancher la question qui lui est soumise.

⁴¹ C.A. Paris, 2 août 2001, Bull. Joly 2001, §275, p.1269.

⁴² cf. *infra*. b. l'étendue du pouvoir du juge.

⁴³ Ainsi, face à une violation flagrante des règles de convocation de l'assemblée générale, le juge des référés ne peut pas prononcer la nullité de celle-ci, mais peut décider d'ajourner la réunion afin de permettre une convocation régulière. Trib. Com. Toulouse, 12 août 1993, Bull. Joly 1994, § 41, p.169.

En matière d'ajournement d'assemblée générale, le juge cherche à éviter un dommage imminent (nullité de l'assemblée) ou bien à mettre fin à un trouble manifestement illicite (violation des règles de convocation, violation du droit de communication des actionnaires). Le juge des référés doit donc nécessairement constater l'imminence du dommage ou l'existence d'un trouble manifestement illicite. A cet égard, l'appréciation de l'imminence du dommage et de la nécessité d'en prévenir la réalisation relève du pouvoir souverain du juge des référés. Au contraire, la Cour de cassation se réserve le droit de contrôler le caractère manifestement illicite du trouble invoqué par le requérant.

En toutes hypothèses, l'appréciation du juge des référés doit nécessairement être pluridisciplinaire et porter sur les conséquences du litige d'un point de vue économique, financier, boursier et social, dépassant ainsi nécessairement le strict cadre juridique.

Le pouvoir du juge des référés est ainsi « légitimé par des considérations d'ordre subjectif et des limites juridiques d'ordre objectif à ne pas franchir »⁴⁴.

Dès lors, lorsque le juge est saisi d'une demande de report d'une assemblée générale fondée sur l'existence d'une contestation, portant sur la propriété de titres par exemple, il se reconnaît le pouvoir d'apprécier le sérieux de la contestation afin d'accorder ou au contraire de refuser l'ajournement⁴⁵. Cette appréciation ne préjudicie nullement au fond.

Ce pouvoir d'appréciation ne doit pas faire craindre une immixtion abusive des juges dans la vie des sociétés. Les tribunaux font preuve d'une certaine mesure dans leurs décisions d'ajournement : ils considèrent que le juge des référés « doit peser les inconvénients résultant d'une décision aussi grave que d'ajourner des assemblées générales extraordinaires (...), la protection des minoritaires ne devant pas systématiquement justifier une entrave au fonctionnement des sociétés commerciales »⁴⁶. Le plus souvent, la prudence des juges se manifeste lorsque des minoritaires contestent l'évaluation des actions de leur société, réalisée préalablement à une opération de fusion. En effet, la demande d'ajournement peut être un moyen aisé de retarder l'opération et de déstabiliser la direction. Dans ces circonstances, le juge des référés se contente de vérifier que le droit d'information des actionnaires a été formellement respecté, et que l'évaluation des actions ne révèle aucune erreur manifeste pour refuser le report de l'assemblée. Ainsi, dès lors que l'évaluation a été réalisée au moyen de

⁴⁴ *Le juge des référés au regard des principes procéduraux*. D. 1995, Chron. p.67. M. BURGELIN, M. COULON, Mme FRISON-ROCHE.

⁴⁵ Cass. Com. 11 juin 1954, J.C.P. 1954 II 8397. « Attendu que, en déclarant, (...) sans préjuger du fond, qu'il y avait contestation sérieuse la Cour d'appel a légalement justifié sa décision. » ; Paris, 5 janvier 1939, J.C.P. 1939, II, 998 ; Trib. Com. Versailles, 19 mars 1941, Gaz. Pal. 1941, 1, 405.

⁴⁶ Trib. Com. Paris, 1^{er} décembre 1992, J.C.P. éd. E. 1993, n°2, 384.

plusieurs critères, le juge des référés n'intervient pas et considère que les actionnaires ont reçu une information suffisante sur les modalités de l'opération envisagée⁴⁷.

Quand le report de l'assemblée est justifié, le juge apprécie librement la durée de l'ajournement. Ainsi, dans un arrêt du 14 novembre 1989⁴⁸, la Cour d'appel de Paris considère que les textes n'imposent pas au juge de limiter à l'année en cours la prorogation du délai de réunion de l'assemblée générale annuelle. Cette décision a été rendue sur le fondement des articles L. 225-100 C. Com. et 121 du décret de 1967, mais elle peut être étendue à l'ajournement d'origine jurisprudentielle. Bien sûr, il n'est pas souhaitable que le juge paralyse trop longtemps le fonctionnement normal de la société. En l'espèce, la société concernée (Louis Vuitton) étant prospère, la décision n'était pas contestable. Il est néanmoins certain que le juge des référés doit prendre en compte les circonstances de fait, juridiques et économiques, afin de décider de l'ampleur de l'ajournement qu'il ordonne. En outre, le juge peut limiter son ordonnance aux assemblées générales d'un certain type. Ainsi dans son arrêt du 15 décembre 1969, la chambre commerciale de la Cour de cassation confirme une ordonnance prescrivant qu'il soit sursis à l'assemblée convoquée, et à « toute autre assemblée générale extraordinaire dont l'ordre du jour pourrait prévoir une modification de l'état actuel des actions »⁴⁹. De la sorte, le juge des référés ne paralyse pas totalement le fonctionnement de la société, qui peut réunir d'autres assemblées générales, dès lors que leur ordre du jour ne permet pas une modification de l'état des actions.

Enfin, et alors que la solution inverse était autrefois retenue⁵⁰, le juge des référés peut fixer un délai différent de celui prévu par la loi entre la convocation et la tenue de l'assemblée générale (Article 126 du décret de 1967, modifié par le décret du 22 avril 1988⁵¹). Il n'est donc plus obligé de respecter le délai des quinze jours qui doivent en principe séparer la convocation de la tenue de l'assemblée générale.

⁴⁷ Trib. Com. Paris, 1^{er} décembre 1992, J.C.P. éd. E. 1993 II 384. « Attendu en l'espèce que l'information a été donnée dans le respect des critères formels en ce domaine ; que la méthode d'évaluation utilisée repose sur plusieurs critères et qu'ainsi elle ne peut être critiquée que devant le juge du fond. »

⁴⁸ C.A. Paris, 14 novembre 1989, Bull. Joly 1990 p.82 ; Rev. Soc. 1990, p. 55-58.

⁴⁹ Cass. Com. 15 décembre 1969, Bull. Civ. 1969 IV n°382.

⁵⁰ Avant le décret du 22 avril 1988 modifiant l'article 126 du décret de 1967, les tribunaux s'imposaient le respect des délais fixés par cet article. Ainsi, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 4 février 1988, considérait que « dès lors que l'ajournement se justifiait par l'irrégularité de la première convocation, la seconde était manifestement soumise à l'observation du délai de l'article 126 du décret de 1967, qui s'impose au juge des référés, comme au juge du principal ».

⁵¹ « Le délai entre la date soit de l'insertion ou de la dernière des insertions contenant un avis de convocation, soit de l'envoi des lettres, et la date de l'assemblée est au moins de quinze jours sur première convocation et de six jours sur convocation suivante. *En cas d'ajournement de l'assemblée par décision de justice, le juge peut fixer un délai différent* ».

Le pouvoir d'appréciation du juge des référés est donc étendu mais celui-ci n'en fait pas une utilisation abusive en pratique. En outre, d'autres principes s'imposent à lui et encadrent ses interventions.

c. Les limites du pouvoir du juge des référés

Le juge des référés ne peut préjudicier au principal. D'autres impératifs limitent également la liberté d'agir du juge. Ainsi, il semble qu'il n'ait pas le pouvoir de modifier l'ordre du jour d'une assemblée.

Les tribunaux refusent de se reconnaître compétents pour retrancher certaines questions de l'ordre du jour d'une assemblée, lorsque des actionnaires en font la demande. C'est une ordonnance du président du Tribunal de Commerce de Paris en date du 26 avril 1999⁵², qui prend une telle position. Le juge des référés n'aurait pas le pouvoir d'ajourner le vote de certains projets de résolutions, car il ne pourrait, directement ou indirectement, toucher à l'ordre du jour d'une assemblée générale. Il est intéressant de noter que le juge ne tire pas son incompétence de la limitation spéciale de pouvoir du juge des référés mais de la limitation de pouvoir du juge en général, qui ne doit pas s'immiscer dans la gestion des sociétés.

Il est vrai que l'ordre du jour est un élément important dans le fonctionnement d'une société : c'est lui qui donne à l'assemblée le pouvoir de décider et qui précise les limites de ce pouvoir. Il est d'ailleurs remarquable que l'assemblée elle-même ne soit pas maîtresse de son ordre du jour, sauf lorsqu'il s'agit de révoquer un administrateur. Elle peut décider à la majorité l'ajournement de la réunion, mais ne peut pas exclure certains projets de l'ordre du jour.

Pourtant, on peut se demander si le principe de fixité de l'ordre du jour fait obstacle à toute intervention du juge. Il faut en effet distinguer modification de l'ordre du jour et suspension de certaines questions afin de permettre aux actionnaires d'être mieux informés, et de voter en toute connaissance de cause. Le juge ayant le pouvoir d'ajourner l'assemblée dans son ensemble pour ce motif, il est curieux qu'il ne puisse pas prendre une mesure moins étendue, c'est-à-dire remettre à plus tard le vote de certaines questions. *Qui peut le plus peut le moins*. Il est certain que l'ajournement limité à une ou plusieurs résolutions serait moins grave en termes d'incidences sur la gestion de la société que l'ajournement complet de

l'assemblée générale. Il faut donc soutenir que le juge, lorsque les conditions d'un ajournement sont réunies, peut limiter sa mesure à certaines questions seulement, et laisser les actionnaires voter les autres résolutions.

Les hypothèses où le juge pourra procéder ainsi sont d'ailleurs très limitées. En effet, la cause de l'ajournement ne doit pas affecter l'ensemble de l'assemblée mais seulement certains projets, et seule une insuffisance d'information des actionnaires peut aboutir à ce résultat. Au contraire, si l'ajournement est justifié par l'existence d'une cession d'actions litigieuse ou par une violation des règles de convocation, c'est l'ensemble de l'assemblée générale qui se trouve affectée d'un vice.

On pourrait donc encourager les tribunaux à se reconnaître compétents pour reporter le vote de certaines résolutions d'une assemblée générale lorsque l'ajournement est justifié et que cette mesure intermédiaire permet de limiter les conséquences de l'immixtion du juge dans le fonctionnement de la société.

⁵² Trib. Com. Paris, 26 avril 1999, J.C.P. éd. E. 1999 p.1237 ; J.C.P. éd. G. II 10115.

Pour conclure cette présentation des fondements et modalités de l'action en ajournement des assemblées générales d'actionnaires, on peut remarquer que le critère d'intervention du juge, tel qu'il est présenté par les tribunaux, n'est pas uniforme. Risque d'annulation de l'assemblée et des délibérations, violation du droit de communication des actionnaires, violation des règles de convocation de l'assemblée, ces trois fondements sont présentés de façon autonome par la jurisprudence. Pourtant, il nous semble que l'intention du juge soit toujours d'empêcher la nullité d'une assemblée présentant une irrégularité. Nous l'avons vu, la violation des règles de convocation est sanctionnée par la nullité (article L. 225-104 C. Com.), il en va de même pour la violation du droit de communication justifiant un ajournement (L. 225-121 C. Com).

Néanmoins, le risque de nullité de l'assemblée générale ne peut servir de critère commun à toutes les décisions d'ajournement. En effet, un tel report est parfois prononcé en l'absence d'un tel risque, notamment lorsqu'une contestation non encore tranchée peut entraîner un changement de majorité au sein de l'assemblée générale. Il est donc nécessaire de rechercher un autre critère, permettant de systématiser la jurisprudence en ce domaine.

De façon générale, l'intervention du juge des référés est le plus souvent justifiée par une situation d'urgence. En matière d'ajournement, l'urgence est toujours présente. Le requérant sollicite le juge afin qu'il protège la société contre un *dommage imminent* ou qu'il mette fin à un *trouble manifestement illicite*. Le juge va devoir apprécier ce dommage en se fondant exclusivement sur l'apparence et l'évidence. Mais il ne va pas analyser les conséquences de ce dommage *in abstracto*, il doit comparer celles-ci et les conséquences néfastes que peut produire sa décision d'ajournement sur la société. C'est en réalisant cette comparaison que le juge va pouvoir trancher la demande qui lui est faite. La question qui se pose à ce stade est de savoir au regard de quel critère le juge va effectuer cette comparaison. C'est ce critère que nous allons tenter d'identifier dans une seconde partie.

II. La recherche d'un critère unique de l'ajournement des assemblées générales et sa mise en œuvre

Il ressort de la jurisprudence que les circonstances qui justifient que le juge des référés prononce un ajournement de l'assemblée générale des actionnaires d'une société sont diverses. Les actionnaires peuvent se plaindre d'une cession d'actions irrégulière et invoquer que cette irrégularité a pour conséquence un grave défaut dans la composition de l'assemblée générale, pouvant entraîner sa nullité ou un changement de majorité en son sein. Ils peuvent invoquer une violation de leur droit d'information légal. Lorsque la demande émane du conseil d'administration et qu'elle concerne l'assemblée générale annuelle d'approbation des comptes, on a vu que les motifs allégués peuvent être similaires. La cohérence de l'ajournement des assemblées générales ne peut donc être trouvée de ce côté là.

En revanche, il existe une constante, commune à toutes les décisions d'ajournement, qui consiste dans la pesée d'intérêts que le juge doit réaliser avant de trancher. Il a le choix entre prononcer l'ajournement afin de prévenir un dommage imminent, ou bien refuser d'ordonner le report de l'assemblée s'il considère que celui-ci serait plus néfaste pour la société que le dommage qu'il pourrait prévenir. Le juge des référés conserve cependant toujours la possibilité de prendre toutes les mesures qui lui paraissent opportunes pour prévenir le dommage imminent ou remédier à la situation créée par le trouble manifestement illicite, et de ce fait, il peut prononcer une mesure différente de celle qui lui était demandée.

Pour en revenir à l'alternative entre report et absence de report, le juge doit nécessairement comparer les conséquences des deux branches de l'alternative au regard d'un « référent ». Nous allons tenter d'identifier ce critère (B) dont l'utilisation doit permettre de concilier le principe de non immixtion du juge dans la vie sociale et l'efficacité de la justice de référé (A).

A. La nécessité de concilier le principe de non immixtion et l'efficacité de la protection provisoire des droits

Selon certains auteurs, « le régime de protection provisoire des droits peut aisément servir à mesurer l'efficacité d'un système juridique donné. Il assure au droit une intervention au cœur du litige avant que l'irréversible ne se produise et que les faits n'imposent leur

loi »⁵³. Le juge des référés apparaît alors comme le « vecteur de cette offensive de la règle de droit ». Le problème posé par la mesure provisoire est qu'elle renforce l'immixtion du juge car elle précipite son intervention dans la société alors que le litige n'est pas encore tranché par le juge du fond.

Or, il apparaît nécessaire de protéger, à la fois l'efficacité de l'intervention du juge des référés, et le principe de non immixtion du juge dans la vie sociale. Cette préoccupation n'est pas propre à la question de l'ajournement des assemblées générales d'actionnaires. Au contraire, elle existe dès lors que le juge a l'occasion d'intervenir dans le fonctionnement sociétaire : il doit toujours avoir à l'esprit que son intervention doit demeurer exceptionnelle (1). Néanmoins, le critère utilisé par le juge est apprécié sous un angle différent selon la nature de son intervention, c'est pourquoi l'approche suivie en matière d'ajournement doit être analysée (2).

1. Une exigence commune à toutes les interventions du juge dans la vie des sociétés

Le juge des référés adopte une attitude pragmatique dans ses interventions. Il procède à une pesée d'intérêts entre les inconvénients de son intervention et les inconvénients de son inaction. Le critère dont il use pour déterminer son action est le plus souvent l'*intérêt social*. On peut prendre pour exemple l'administration judiciaire et la sanction de l'abus de minorité qui donnent lieu à une intervention judiciaire, afin de montrer deux appréhensions différentes de l'intérêt social justifiant qu'un tiers s'immisce dans ce qui peut être considéré comme la « chose des associés ».

La désignation d'un administrateur provisoire par le juge des référés poursuit principalement deux préoccupations. Soit le juge entend pallier la carence ou la paralysie des organes sociaux (organes de gestion ou organes délibératifs) remédiant ainsi à une impossibilité de fonctionnement, soit il entend faire respecter les droits des associés (de la minorité) et le droit des sociétés sanctionnant ainsi un comportement abusif. Dans cette dernière hypothèse, l'action du juge est préventive.

Les tribunaux ont ainsi affirmé « l'existence d'un critère de légitimité des actions et des décisions des organes sociaux, en prévenant tout comportement *abusif* de la part de la

⁵³ *Le juge des référés et les mandataires de justice dans les sociétés in bonis*. Joël CAVALLINI. Rev. Soc. 1998 p.247 et s.

majorité »⁵⁴. Cela suppose que les juges substituent leur appréciation de l'intérêt social à celle des organes sociaux. Or, cette notion fait problème.

Son existence n'est plus aujourd'hui contestée, mais son contenu fait l'objet de vives controverses. Pendant longtemps, la majorité des auteurs s'est accordée à considérer que l'intérêt social était à la fois plus et autre chose que la somme des intérêts particuliers des associés. Certains ont avancé que l'intérêt social devrait être rapproché de celui de l'entreprise. Il consisterait alors dans le maintien et le développement des potentialités de croissance de l'entreprise. D'autres suggèrent de fonder l'intérêt social sur une « harmonieuse synthèse temporelle de l'intérêt des associés et de celui de l'entreprise⁵⁵ », au sens œcuménique que donnent à cette dernière les partisans de la « doctrine de l'entreprise », traduisant ainsi un « compromis entre l'individualisme libéral et la prise en compte de l'intérêt général⁵⁶ ». Plus récemment, un auteur a critiqué cette référence à l'intérêt de l'entreprise, constatant que l'appréciation de l'intérêt social se situait de façon quasi-exclusive dans la sphère financière⁵⁷. D'autres auteurs, comme Alain Couret, concluent leurs réflexions sur le sujet en observant que ce concept est « une notion floue que chacun remplira à sa guise⁵⁸ »⁵⁹. La notion d'intérêt social, bien que fréquemment utilisée en jurisprudence, n'est pas un référent figé, il s'agit davantage d'un concept évolutif, modelé par le juge.

Ainsi, les tribunaux ont d'abord considéré que la protection de l'intérêt social ne justifiait la désignation d'un administrateur provisoire que lorsque les organes de la société étaient paralysés ou risquaient de l'être à bref délai. C'était donc la paralysie de la société qui légitimait l'intervention du juge. Par la suite, les juges se sont reconnus le pouvoir d'agir de façon préventive et de suspendre les dirigeants, même si les organes sociaux fonctionnent, dès lors que ce dessaisissement permet d'empêcher que des irrégularités graves ne soient accomplies⁶⁰. Le contenu de la notion d'intérêt social s'en trouve donc légèrement modifié. Les juges ne se contentent plus de remédier à une situation où la société ne fonctionne plus, ils vont jusqu'à défendre un fonctionnement régulier et éviter l'apparition d'une situation périlleuse. Dès lors, en matière d'administration provisoire, « le concept de crise sociale a

⁵⁴ *L'intervention du juge dans la gestion des sociétés commerciales*. Marcel AZENCOT. Thèse. 1979.

⁵⁵ J.P. BERTREL, R.T.D. Com. 1996, p.595.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Antoine PIROVANO. *La « boussole » de la société, intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ?*

⁵⁸ *L'intérêt social*, Alain COURET, Cah. dr. entr. 1996-4, p.1 et suivantes.

⁵⁹ Antoine PIROVANO, *ibid.*

⁶⁰ Ainsi, comme l'a admis l'arrêt *Fruheauf*, une politique nuisible à l'intérêt social peut être une cause de nomination d'un administrateur provisoire. C.A. Paris, 22 mai 1965, J.C.P. 1965 II 14274 bis. D 1968, *chron.* p.45-52.

relevé celui de paralysie sociale »⁶¹. Néanmoins, en la matière, le juge n'accepte d'intervenir que lorsque la pérennité même de la société est mise en danger. Deux arrêts récents⁶² posent très clairement l'existence d'une alternative entre la *paralysie de la société* et l'existence d'une *crise grave de nature à compromettre irrémédiablement les intérêts sociaux*. Aux termes du premier de ces arrêts, « une mesure de dessaisissement des organes de direction du groupement (...) implique la réunion de circonstances exceptionnelles caractérisées par une paralysie du fonctionnement de la société ou par l'existence d'une crise grave de nature à compromettre irrémédiablement les intérêts sociaux. L'existence de ce péril imminent pour la continuité de l'entreprise est une nécessité ; à défaut, l'urgence justifiant l'intervention du juge ne serait pas caractérisée.

Une évolution semblable a eu lieu en matière d'abus de minorité. Il est caractérisé par la volonté d'entraver le fonctionnement de la société en interdisant la réalisation d'une opération essentielle pour celle-ci dans l'unique dessein des minoritaires de favoriser leurs propres intérêts au détriment des autres associés⁶³. A l'origine, le blocage abusif a été reconnu dans des hypothèses où une minorité d'actionnaires empêchait que soit prise une décision indispensable à la survie de la société. Le juge se permettait de substituer son appréciation de l'intérêt social uniquement lorsque la survie de la société était en jeu. Par la suite, les tribunaux sont allés plus loin, et ont considéré que l'atteinte à l'intérêt social est également caractérisée lorsque le refus de voter une délibération porte préjudice à l'expansion économique de la société⁶⁴. De ce fait, les juges protègent désormais la croissance de l'entreprise et non plus seulement l'existence de la personne juridique société.

Cette extension est critiquable. En effet, les minoritaires peuvent légitimement préférer sauvegarder leur intérêt personnel plutôt que favoriser la croissance de l'entreprise. Celle-ci suppose en effet une prise de risque de la part des actionnaires, que les minoritaires peuvent rejeter. Par nature, leur situation ne leur permet pas de maîtriser la mise en œuvre de l'opération une fois réalisée, la gestion normale de la société étant assurée en principe par les majoritaires.

En revanche, lorsque la survie de la société est en jeu, les minoritaires ne doivent plus agir en fonction de leur intérêt personnel, à moins qu'ils aient une justification

⁶¹ Alain VIANDIER, note sous Trib. Com. Paris, 14 février 1989, J.C.P. 1990 II 21561.

⁶² C.A. Paris, 20 mars 2002. Deux espèces : *Abessera c. société immobilière de la rue de Turin et de Gaste*. Dr. Soc., janvier 2003, p.15.

⁶³ *Traité de droit commercial*. G. RIPERT et R. ROBLOT, T.1 Vol. 2, Michel GERMAIN, n°1556-1

particulièrement convaincante. Il en est ainsi lorsque l'opération de redressement envisagée est manifestement insuffisante et vouée à l'échec. La dissolution peut en effet apparaître comme le choix le plus respectueux de l'intérêt commun des associés.

A notre avis, l'abus de minorité devrait se limiter aux hypothèses où la société est elle-même en danger. A défaut, sa sanction⁶⁵ imposerait aux minoritaires de prendre des risques supplémentaires contre leur gré. Cela semble critiquable au regard de l'interdiction faite à la société d'augmenter unilatéralement les engagements des associés, concept interprété de façon plus souple aujourd'hui⁶⁶.

Le concept d'intérêt social est donc apprécié différemment selon la cause de l'intervention du juge. Elle permet tantôt de protéger la société d'une situation périlleuse, tantôt de favoriser l'expansion de l'entreprise. En réalité, la difficulté à identifier la notion d'intérêt social à travers la jurisprudence vient du fait qu'en principe, le juge ne définit pas à proprement parler l'intérêt social. Les arrêts se bornent à énoncer l'existence d'un intérêt social supérieur à celui des associés et analysent les faits ou décisions critiquées pour les annuler ou en empêcher la réalisation ou le renouvellement. L'intérêt social n'a alors besoin que d'être *affirmé* et non point *défini* quant à sa nature et à sa substance. De la sorte, le juge décide si les actes ou faits soumis à son examen sont contraires à sa notion de référence. Celle-ci est nécessairement appréciée sous un angle différent selon la nature des faits dont le juge est saisi. On peut voir dans ce concept une sorte de curseur placé sur une ligne. Sur cette ligne, sont placées dans cet ordre, les notions de survie de la société, de fonctionnement régulier, de croissance de l'entreprise... et le juge déplace son curseur de gauche à droite, selon qu'il entend protéger telle ou telle conception de l'intérêt social.

2. Les spécificités de l'ajournement des assemblées générales

L'ajournement d'une assemblée générale d'actionnaires semble être une mesure conservatoire par excellence. En effet, contrairement à l'intervention du juge consistant à

⁶⁴ C.A. Dijon, 16 novembre 1983, « les juges doivent apprécier l'intérêt social et nécessairement l'opportunité d'une décision de gestion même dans des hypothèses où la survie de la société n'est pas en jeu. »

⁶⁵ Depuis l'arrêt *Flandin* (Cass. Com. 9 mars 1993), le juge peut « désigner un mandataire aux fins de représenter les associés minoritaires défaillants à une nouvelle assemblée et de voter en leur nom dans le sens des décisions conformes à l'intérêt social. »

⁶⁶ Pour un arrêt considérant qu'une clause de non concurrence applicable à un ancien actionnaire constitue une augmentation de ses engagements : Cass. Com. 26 mars 1996.

désigner un administrateur provisoire, un mandataire *ad hoc* avec pour mission de convoquer l'assemblée ou d'y représenter les minoritaires défaillants ayant commis un abus de minorité, l'ajournement ne conduit pas le juge à prendre des décisions à la place des actionnaires ou à dessaisir les organes de gestion. L'ajournement n'a pour conséquence que de suspendre le cours normal de la vie sociale de façon temporaire, afin de laisser le temps à la société d'adopter un fonctionnement régulier.

Par conséquent, l'intérêt social devrait être reconnu de façon plus souple et fréquente, dans la mesure où les inconvénients de l'immixtion du juge apparaissent moins nombreux que dans les autres hypothèses. Pourtant, cette vision des choses est quelque peu réductrice. On l'a vu, la décision de reporter une assemblée générale peut avoir des conséquences irrémédiables, comme d'amener la société à renoncer à une opération de grande envergure, telle une fusion ou une augmentation de capital, pourtant fondamentale pour la continuité de l'entreprise.

Néanmoins, il apparaît que certains motifs d'ajournement n'imposent pas au juge une appréciation trop complexe de l'intérêt social pour décider s'il reporte ou non l'assemblée générale. Il s'agit principalement des motifs « techniques » justifiant le report de la réunion de l'assemblée générale annuelle d'approbation des comptes. En effet, l'absence de comptes régulièrement arrêtés ou la carence des dirigeants sociaux conduit nécessairement le juge à ajourner l'assemblée sans hésitations.

Au contraire, lorsque le juge doit trancher une demande d'ajournement fondée sur des arguments plus économiques ou politiques, sa décision doit être précédée d'une confrontation entre les arguments avancés par le requérant et la référence que constitue l'intérêt social. En effet, dans ces hypothèses, le juge doit définir quelle conception de l'intérêt social il entend protéger.

En analysant la jurisprudence, il apparaît que le juge ne se contente pas d'assurer la survie de la société ni son fonctionnement régulier. Il va jusqu'à garantir ce qu'on peut appeler le « bon fonctionnement de la société », c'est-à-dire un fonctionnement correspondant à un juste équilibre entre les divers pouvoirs en place et permettant un développement efficace de l'entreprise.

B. Un critère générique et pragmatique : le « bon fonctionnement » de la société

L'expression « bon fonctionnement » de la société doit être expliquée. Après en avoir délimité les contours (1), nous essayerons de montrer les virtualités qu'elle renferme (2), nous pensons en effet que la jurisprudence est encore trop prudente à certains égards.

1. Les contours de la notion de « bon fonctionnement »

La jurisprudence actuelle agit dans deux sens. Elle prévient d'une part les irrégularités et d'autre part les comportements abusifs de la majorité. Mais les juges refusent d'aller plus loin dans le rééquilibrage des pouvoirs entre majorité et minorité.

a. Les hypothèses reconnues en droit positif

- La société ne fonctionne plus correctement lorsqu'une irrégularité est commise

Ça a été le premier fondement admis pour ajourner les assemblées générales. Il est évident que le bon fonctionnement de la société suppose le respect des dispositions légales et tout particulièrement de celles sanctionnées par la nullité.

Celles-ci sont peu nombreuses et considérées par la loi comme des dispositions impératives. On peut estimer que ces règles constituent le noyau dur de la réglementation régissant les sociétés.

Le bon fonctionnement renvoie ici au fonctionnement régulier des organes sociaux, « régulier » au sens de conforme à la règle. On rappellera une ultime fois que les présidents des tribunaux de commerce veillent à ce bon fonctionnement aussi bien lorsque l'ajournement est justifié par l'existence d'une contestation portant sur des actions et dont le résultat pourrait entraîner une absence de *quorum* à l'assemblée, que lorsqu'il découle d'une violation des règles de convocation, ou d'information des actionnaires au titre des articles L. 225-115 et suivants du Code de commerce.

Le bon fonctionnement apparaît ici dans sa dimension technique : il s'agit de s'assurer que les mécanismes du droit des sociétés ne sont pas contournés ou pervertis. La distinction entre ce qui est « bon » ou « mauvais » ne pose alors guère de difficultés. En effet, le juge ne prend pas en compte la nature de la décision que l'assemblée convoquée va être amenée à prendre, il ne fait que constater qu'une règle a été violée, et que cette violation peut entraîner l'annulation de délibérations sociales.

- La société ne fonctionne plus correctement lorsque la loi de la majorité est contournée

Voilà le second aspect du bon fonctionnement de la société. On adopte ici une approche plus politique du fonctionnement de la société. La loi de la majorité est le principe qui se trouve à la base du processus décisionnel au sein des sociétés.

Les tribunaux veillent à ce que ce principe soit respecté. C'est sur ce fondement que l'abus de minorité est sanctionné, les minoritaires faisant obstacle à ce qu'une décision soit prise alors que telle est la volonté d'une majorité d'actionnaires. Les minoritaires ne sont néanmoins en faute que lorsqu'ils favorisent leurs intérêts égoïstes au détriment de ceux de la majorité.

En outre, si le principe majoritaire est protégé, ses abus sont également combattus. Ainsi l'abus de majorité, constitué lorsqu'une décision a été prise « contrairement à l'intérêt social, dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment de la minorité »⁶⁷, est sanctionné par la nullité de la délibération.

Dès lors, lorsque la loi de la majorité est sur le point d'être violée, les tribunaux acceptent d'intervenir afin de prévenir ce dysfonctionnement. C'est l'hypothèse où le juge des référés prononce l'ajournement d'une assemblée générale d'actionnaires, au motif qu'une contestation existant sur la propriété de titres pourrait avoir pour résultat de modifier la majorité à l'assemblée. La protection de la loi de la majorité présente un intérêt particulier dans ce cadre car elle semble aller plus loin que celle qui est mise en œuvre à travers l'abus de majorité ou l'abus de minorité.

En effet, les tribunaux se contentent de relever que la contestation, portant sur la propriété d'un nombre important d'actions, peut avoir pour résultat de faire basculer la majorité à l'assemblée générale. Mais on ne trouve aucune trace en jurisprudence d'une quelconque référence à un risque d'atteinte à l'intérêt social, condition requise pour que soit constitué un abus de majorité ou de minorité. En effet, dans ces deux dernières hypothèses, la rupture d'égalité ne suffit pas, il est nécessaire qu'en outre, l'attitude adoptée soit contraire à l'intérêt de la société. On peut même se demander si, pour obtenir l'ajournement d'une assemblée, il est nécessaire qu'existe un risque de rupture d'égalité. Cet élément n'est pas

⁶⁷ Cass. Com. 18 avril 1961, D. 1961, 661.

relevé en jurisprudence. Les juges ne font que constater que le sens du vote peut être vicié. Ici encore, la nature de la décision qui doit être tranchée par l'assemblée n'est pas prise en compte. Ce qui importe, c'est la façon dont les décisions sont prises et non leurs effets. On se situe donc en amont des intérêts protégés dans le cadre de l'abus de minorité ou de majorité. C'est pourquoi le concept de « bon fonctionnement » semble bien adapté à la question de l'ajournement des assemblées d'actionnaires.

b. Un fonctionnement efficace

Il nous semble que le concept de « bon fonctionnement » ne doit pas exclusivement renvoyer au fonctionnement régulier des organes sociaux et notamment des assemblées générales.

En effet, l'office du juge pourrait aller plus loin. Déjà, dans l'hypothèse précédente où les tribunaux interviennent afin de prévenir un vice dans l'expression de leur vote par les actionnaires, la finalité de leur intervention n'est pas d'éviter une irrégularité. En l'absence d'ajournement, la décision prise au cours de l'assemblée pourrait tout au plus être « annulée » par une assemblée ultérieure, réunie une fois le litige au fond résolu, et régulièrement composée. Le terme « annulée » signifie seulement que la seconde assemblée prendra une décision contraire à celle de la première, ce qui retirera à la délibération d'origine toute efficacité.

Ainsi, on peut déjà considérer que le juge des référés protège à ce stade l'efficacité du fonctionnement de la société. Pour aller plus loin, on peut se demander si le juge ne doit pas aller jusqu'à favoriser l'efficacité de la réglementation régissant les sociétés. En effet, la réglementation du Code de commerce est destinée à organiser les pouvoirs au sein des sociétés et à définir leurs règles de fonctionnement. Ainsi, renforcer l'efficacité de la réglementation commerciale aurait pour conséquence d'améliorer le fonctionnement des sociétés. On pourrait donc encourager les tribunaux à favoriser l'efficacité de la réglementation, pas seulement *a posteriori*, mais aussi en amont des dysfonctionnements, par exemple en décidant l'ajournement d'une assemblée générale.

Ce raisonnement peut être critiqué au regard du principe de non immixtion du juge dans la vie des sociétés. En effet, comment justifier qu'un tiers intervienne dans la vie sociale alors qu'aucune irrégularité n'a été commise par les dirigeants ou les associés ?

En réalité, favoriser l'efficacité de la réglementation n'aura pas nécessairement pour effet de multiplier les hypothèses d'ajournement. Certes, cela peut conduire à admettre le

report judiciaire d'une assemblée dans des circonstances où il est aujourd'hui refusé, mais cela peut également conduire à ne pas prononcer un tel ajournement dans des hypothèses où la jurisprudence actuelle l'admet pourtant.

2. De *lege ferenda* : l'avenir de l'ajournement des assemblées

Dans l'optique d'une plus grande efficacité de la réglementation régissant les sociétés, on peut s'interroger sur le déclin de l'ajournement judiciaire des assemblées au regard de la réforme des injonctions de faire issue de la loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001, mais aussi sur son renouveau dans le domaine de l'expertise de gestion.

a. Le devenir de l'ajournement judiciaire des assemblées au regard de la réforme des injonctions de faire

Remplaçant des dispositions qui étaient spécifiques aux sociétés anonymes, un chapitre VIII intitulé *Des injonctions de faire* comporte un seul article (L. 238-1 C. Com.) s'appliquant à l'ensemble des sociétés commerciales. Au termes de cet article, les personnes intéressées qui ne peuvent obtenir la production, la communication ou la transmission d'informations dont elles sont pourtant destinataires peuvent demander au président du tribunal statuant en référé soit d'enjoindre sous astreinte aux administrateurs, gérants et dirigeants de les leur communiquer, soit de désigner un mandataire chargé de procéder à cette communication. L'innovation de cette réforme est destinée à rendre effectif le droit d'accès des associés à certains documents, et notamment ceux visés aux articles L. 225-115 et L. 225-116 C. Com., c'est-à-dire les documents dont les actionnaires doivent obtenir communication avant la tenue de l'assemblée générale annuelle d'approbation des comptes, lorsqu'ils en font la demande.

Qu'il prononce une injonction assortie d'une astreinte, ou qu'il désigne un mandataire, le juge joue alors le rôle d'un dirigeant de substitution. Cet interventionnisme est particulièrement adapté lorsqu'il faut résoudre de la manière la plus efficiente possible les litiges simples, c'est-à-dire ceux qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse. Tel est le cas de l'inexécution par les dirigeants sociaux de leur obligation de communication de certains documents, alors que les actionnaires en font la demande.

Le procédé de l'injonction de faire sous astreinte est perçu par les commentateurs comme une technique très efficace. En effet, l'astreinte n'est pas imposée à la société mais aux dirigeants eux-mêmes. Ainsi, « l'injonction sous astreinte devrait suffire à remédier à une rétention d'information et il est probable que le dirigeant récalcitrant reviendra à de meilleures dispositions d'esprit lorsqu'il aura été jugé que chaque jour de retard dans la production des documents litigieux le rendra débiteur d'une astreinte suffisamment comminatoire pour lui rappeler ses obligations »⁶⁸.

Les nouvelles dispositions de la loi du 15 mai 2001 permettent donc aux associés d'obtenir la réalisation d'obligations simples imposées par la réglementation applicable aux sociétés commerciales. Le dispositif mis en place présente l'avantage de la simplicité. L'ensemble des obligations visées à l'article L. 238-1 C. Com., qui sont nombreuses et interviennent dans des domaines différents, renvoient dorénavant à la même procédure d'injonction de faire sous astreinte, ou à l'éventuelle désignation d'un mandataire.

En outre, l'alternative existant entre l'injonction de faire et la désignation d'un mandataire renforce l'efficacité de la mesure, en permettant au juge de choisir une solution proportionnée. En effet, les auteurs estiment que le choix entre les deux types de mesures n'appartient pas au demandeur, mais bien au juge saisi. Il est certain que la désignation d'un mandataire est une solution radicale, elle s'avérera aussi indéniablement plus brutale que l'injonction de faire ; il est donc probable que l'injonction de faire sera préférée dans les cas les plus courants, et que le juge ne procédera à la désignation d'un mandataire que lorsque l'injonction se révélera inadaptée.

Quelle pourra être l'incidence de cette réforme sur la pratique de l'ajournement judiciaire des assemblées générales ?

Nous pensons que le développement prévisible des injonctions de faire devrait entraîner un certain recul de l'ajournement judiciaire. En effet, si les actionnaires se voient refuser par les dirigeants sociaux des documents auxquels ils ont droit, la procédure d'injonction de faire apparaît comme la première solution à envisager. Celle-ci doit être mise en œuvre avant toute autre car elle présente une efficacité certaine et préserve au mieux le fonctionnement de la société. Même si l'injonction de faire sous astreinte constitue certainement une immixtion du juge dans la vie des sociétés, celle-ci est considérablement

⁶⁸ F.-X. LUCAS, Dr. Sociétés août-sept. 2001, hors-série, p.17 n°110 et s.

moins grave et perturbatrice pour la société que la décision d'ajourner une assemblée générale.

En conséquence, la procédure d'injonction de faire de l'article L. 238-1 C. Com. doit être favorisée.

Ce raisonnement ne doit pas seulement être celui des actionnaires, demandeurs, il doit aussi être celui des juges. Ainsi, il est probable que les juges seront désormais plus réticents à l'égard d'une demande d'ajournement judiciaire fondée sur la violation du droit de communication des actionnaires lorsque ceux-ci n'auront rien tenté en amont pour obtenir les documents demandés.

En effet, la procédure d'injonction de faire sous astreinte permettra, dans bien des hypothèses, d'obtenir communication des documents litigieux en temps et en heure, sans que soit nécessaire l'ajournement d'une assemblée générale. Dès lors, les actionnaires pourront se voir reprocher leur sommeil, qui les conduit par la suite à demander au juge de bouleverser la « vie intérieure » de la société, en sollicitant auprès d'eux l'ajournement d'une assemblée générale. Le juge pourra alors refuser de prononcer le report de la date de l'assemblée.

Un recul de la pratique des ajournements judiciaires fondés sur la violation du droit de communication des actionnaires peut donc être pronostiqué. Celui-ci sera peut-être réservé aux hypothèses rares dans lesquelles le prononcé d'une injonction de faire sous astreinte n'aura pas suffi à convaincre les dirigeants de produire les pièces litigieuses. Alors l'ajournement sera inévitable, et sans doute le juge pourra-t-il associer à cette mesure la désignation d'un mandataire chargé de procéder à la communication en lieu et place des dirigeants. Ainsi, l'ajournement judiciaire sera affecté d'une sorte de subsidiarité : l'existence d'une injonction de faire préalable pourrait devenir une condition du succès de la demande.

b. L'ajournement lié à la désignation d'un expert de gestion

La jurisprudence refuse aujourd'hui de prononcer l'ajournement d'une assemblée au seul motif qu'une expertise de gestion a été ordonnée et que les actionnaires souhaiteraient pouvoir prendre connaissance du rapport d'expertise avant de voter. L'expertise est en effet une prérogative dont l'exercice appartient aux actionnaires, mais aucune « obligation » d'information ne pèse sur les dirigeants sociaux eux-mêmes. Ainsi, lorsque les tribunaux protègent le droit de communication des actionnaires, ils laissent de côté le cas de l'expertise de gestion : il ne s'agit pas d'un « droit » de communication comme celui des articles L. 225-

115 et suivants du Code de commerce, mais d'une « faculté » de recevoir une certaine information sur des opérations de gestion réalisées par la société, grâce à l'intervention d'un tiers, expert.

Pour ces raisons, les tribunaux limitent les décisions d'ajournement à des hypothèses particulièrement graves. Trop souvent en effet, « de telles demandes paraissent s'inspirer beaucoup moins du souci de protéger des intérêts légitimes que d'exercer un moyen de pression sur la société, au grand détriment de celle-ci⁶⁹ »

Cependant, un argument en faveur de la thèse contraire peut être invoqué. En effet, l'article L. 225-231 C. Com. *in fine* dispose que le rapport de l'expert « doit, en outre, être annexé à celui établi par les commissaires aux comptes en vue de la prochaine assemblée générale ». Dès lors, quand l'assemblée est fixée à une date trop proche de celle de la demande de nomination d'expert, ce dernier risque de n'avoir qu'un temps très court pour rédiger son rapport. Il est même certain que, parfois, les délais ne pourront pas être respectés, de telle sorte que, nécessairement, c'est seulement l'assemblée générale suivante qui aura à en connaître. Dans ces circonstances, le contrôle des actionnaires paraît plus qu'illusoire, puisque des décisions irrémédiables et engageant l'avenir de la société auront pu être prises entre temps.

Il semblerait donc plus raisonnable de ne pas totalement exclure l'éventualité d'un ajournement lié à la nomination d'un expert de l'article L. 225-231 C. Com. Assurément, l'ajournement doit alors être justifié par des circonstances exceptionnelles ; ainsi par exemple, des manœuvres du conseil d'administration conduites pour surprendre la volonté des actionnaires lors du vote en assemblée générale. Il est néanmoins nécessaire de limiter l'ajournement aux hypothèses dans lesquelles les résultats de l'expertise de gestion peuvent avoir un lien direct avec les questions figurant à l'ordre du jour.

En outre, on peut supposer, au regard de la réforme de l'article L. 225-231 C. Com. Que les juges seront plus enclins à admettre le report de l'assemblée générale parallèlement à la désignation d'un expert de gestion. En effet, dorénavant⁷⁰, cette expertise constitue une

⁶⁹ HOUIN, R. T. D. Com. 1962, 431.

⁷⁰ La loi N. R. E. du 15 mai 2001 a modifié l'article L. 225-231 C. Com. : le nouveau texte prévoit la faculté pour les associations d'actionnaires ou bien un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5% du capital de social de poser par écrit au président du conseil d'administration ou au directoire des questions sur une ou plusieurs opérations de gestion. Il dispose qu'à « défaut de réponse dans un délai d'un mois ou à défaut de communication d'éléments de réponse satisfaisants, ces actionnaires peuvent demander en référé la désignation d'un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion. »

sorte de sanction à l'absence ou à l'insuffisance de réponse des dirigeants sociaux aux questions écrites des actionnaires. Ainsi, l'expertise de gestion cesserait d'être considérée comme une « faculté » des actionnaires sans constituer une « obligation » pour les dirigeants. Cette expertise semble davantage consacrer un droit des actionnaires à une information précise sur la gestion de la société. Les commentateurs de cette réforme ont souvent insisté sur la subsidiarité nouvelle de l'expertise de gestion⁷¹, la rendant peut-être moins efficace, mais sont restés silencieux quant à cet autre volet de la réforme, qui pourrait au contraire renforcer l'efficacité du mécanisme.

Permettre l'ajournement judiciaire lié à la désignation d'un expert de gestion apparaît dès lors un moyen utile d'assurer l'efficacité de la mesure d'expertise. En effet, lorsque le rapport de l'article L. 225-231 C. Com. est déposé après l'assemblée générale et qu'il n'est étudié qu'au cours de l'assemblée suivante, ce n'est pas seulement la force de réaction des minoritaires qui subit une atteinte, c'est aussi l'efficacité de la mesure d'expertise qui est réduite à néant. Or, la mission du juge ne doit pas se limiter à l'application de la réglementation en vigueur, elle va plus loin. Les juges doivent assurer l'effectivité de la règle de droit.

⁷¹ Depuis la loi du 15 mai 2001, l'expertise de gestion suppose une question écrite faite par des actionnaires au président du conseil d'administration ou au directoire, et qui soit est restée sans réponse, soit a fait l'objet d'une réponse insatisfaisante.

En conclusion, l'intervention du juge des référés dans la vie sociale apparaît indispensable pour protéger la société. L'évolution de la justice de référé, qui témoigne d'une plus grande souplesse aujourd'hui, permet à son juge d'acquérir une légitimité semblable à celle du juge du fond. Ce rapprochement doit être approuvé. En effet, il ne saurait y avoir protection au fond sans protection provisoire comparable car cette dernière n'en est que le reflet.

En matière d'ajournement, on peut remarquer que l'approche du juge des référés demeure très pragmatique, malgré l'importance et la gravité des intérêts en jeu. Le juge ne mesure pas son intervention à l'aune de grands principes théoriques. Il agit en fonction des circonstances de fait et adapte la portée de sa décision aux besoins de la cause. Son objectif doit être, avant tout, l'efficacité. C'est pourquoi la faculté d'obtenir l'ajournement d'une assemblée générale ne doit pas être cantonnée à l'existence d'un risque de nullité des délibérations. Les tribunaux acceptent déjà de le prononcer lorsque la majorité peut être bouleversée à l'occasion d'une contestation non encore tranchée. Ils doivent également accepter d'intervenir lorsque la tenue de l'assemblée à la date convenue peut avoir des conséquences irrémédiables sur l'avenir de la société, dès lors que les actionnaires n'ont pas pu prendre pleinement connaissance et conscience des enjeux de l'opération envisagée.

Néanmoins, ce pragmatisme devrait de la même façon amener les juges à prendre en compte l'attitude des requérants, et à sanctionner leur immobilisme. L'ajournement d'une assemblée générale est une décision grave, il ne doit pas pouvoir être utilisé par les actionnaires comme un moyen de pression sur la direction de la société. On ne peut donc tolérer que des actionnaires attendent le dernier moment pour critiquer l'information qu'ils ont reçue, et demandent en conséquence l'ajournement de l'assemblée générale. Certes, au jour de la demande, l'ajournement peut apparaître comme l'unique solution efficace ; il reste que d'autres initiatives auraient pu être prises en amont, et cette passivité des actionnaires doit leur être opposée. Le blocage des organes sociaux par les actionnaires ne saurait être favorisé, même sous couvert de faire respecter la réglementation.

En pratique, l'ajournement des assemblées générales est un instrument efficace mis à la disposition des minoritaires afin de protéger leur droit d'information ; information légale aujourd'hui, et peut-être demain information issue des expertises de gestion. Les minoritaires (et les actionnaires en général) disposent désormais d'une grande palette de mesures leur permettant de faire respecter leurs droits. Le développement de l'expertise de gestion, dont le

champ d'application a été étendu à l'ensemble des opérations de gestion réalisée à l'intérieur du groupe, le renouveau des injonctions de faire, l'ajournement des assemblées générales, tous ces mécanismes sont de plus en plus utilisés dans la vie des affaires.

Néanmoins, le législateur tient à préserver l'équilibre des forces au sein de la société. Ainsi l'expertise de gestion, étendue quant à son champ d'application, a désormais un caractère subsidiaire (elle n'est possible qu'à défaut de réponse de la part des dirigeants aux questions écrites posées par les actionnaires). De la même façon, le juge doit veiller à ne pas ordonner l'ajournement d'une assemblée générale lorsque les actionnaires entendent par ce moyen déstabiliser la direction.

L'intervention du juge dans la vie sociale a incontestablement pris une certaine ampleur depuis quelques années. Cependant, celle-ci sait rester à l'abri de nombreuses critiques, car le juge a toujours à l'esprit que son immixtion doit demeurer rare, une exception à la règle.

Bibliographie

▪ **Traités**

- Droit judiciaire privé, SOLUS et PERROT, édition Sirey, tome III, 1991
- Sociétés Commerciales, HEMARD, TERRE et MABILAT, tome II, 1974
- Traité de droit commercial, G. RIPERT et R. ROBLOT, édition L.G.D.J., 18^{ème} édition sous la direction de M. GERMAIN, tome 1, volume 2 : les sociétés commerciales, 2002
- Traité général théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales, HOUPIN et BOSVIEUX, 7^{ème} édition, 1935

▪ **Thèses**

- L'intervention du juge dans la gestion des sociétés commerciales, Marcel AZENCOT, Paris II, 1979

▪ **Ouvrages**

- Procédure civile, G. COUCHEZ, J.-P. LANGLADE, D. LEBEAU, éd. Dalloz, 1998
- Procédure civile, J. VINCENT et S. GUINCHARD, coll. Précis Dalloz, 25^{ème} éd., 1999
- Droit et pratique de la procédure civile, sous la direction de S. GUINCHARD, coll. Dalloz Action, 2001-2002
- Mémento Pratique Francis Lefebvre - Sociétés commerciales, B. MERCADAL et Ph. JANIN, éd. 2002
- Juris-Classeur – Sociétés Traité, Assemblées d'actionnaires, éd. 2000

▪ **Articles**

- *L'évolution du référé commercial*, Ph. GRANDJEAN, R.J.Com. 1993, p.177
- *Le juge des référés au regard des principes procéduraux*, BURGELIN, COULON et FRISON-ROCHE, D. 1995, p.67
- *Le juge des référés et les mandataires de justice dans les sociétés in bonis*, J. CAVALLINI, Rev. Soc. avril-juin 1998

- *Le rôle du juge en droit des sociétés*, M. JEANTIN, Mélanges Perrot, *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*
- *Les pouvoirs du juge des référés commerciaux*, VIGNES, R.T.D.Com. 1950, p.384
- *La « boussole » de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ?* A. PIROVANO, D. 1997, chron. p.189