

EXPERTISE DE GESTION ET EXPERTISE IN FUTURUM :  
LE FANTÔME DU PROCÈS DANS  
LES SOCIÉTÉS COMMERCIALES

PAR

Youssef GUENZOU

**Le juge et le conflit.** Il existerait un point que le juge se proposerait d'atteindre : il prend pour nom « justice »<sup>1</sup>. Pour reprendre ce manichéisme immobile des bons et des méchants, le juge, salvateur et juste, est alors placé dans le camp du Bien<sup>2</sup>. Dans l'autre camp, se trouveraient les plaideurs, certes doués pour nourrir les conflits et attiser les tensions, mais incapables de les apaiser eux-mêmes. Le manichéen nous excusera la nuance : les plaideurs ne sont pas incapables d'apaiser leurs propres conflits : ils n'en ont juste pas le pouvoir. La règle est ancestrale : nul ne peut se faire justice à soi-même<sup>3</sup>. Pour éviter ce chaos aux allures de vendetta, la République place alors la loi au-dessus de l'homme et érige le juge en bouche de la loi<sup>4</sup>. La place du juge et ses prérogatives exorbitantes trouvent directement leur fon-

---

1. Mazeaud, 1955 : 229 et s. « *Faire régner la justice, c'est établir l'équilibre entre les hommes, entre leurs droits (subjectifs) et leurs obligations. C'est le but à atteindre. Le droit (objectif), c'est le moyen d'y parvenir : en édictant des règles de droit, on peut essayer de réaliser cet équilibre auquel nous aspirons.* »

2. Frison-Roche, 1995 : « *Incarnation d'une vertu de justice qui peut parfois prendre des allures de dieu vengeur (...), c'est désormais le plus souvent à lui que l'on se réfère lorsqu'on attend quelque chose du droit.* »

3. Réserve faite de l'arbitrage. En effet, Motulsky parle de « justice privée dont l'origine est normalement conventionnelle » (1974, spéc. 6). Mais la présence d'un tiers reste tout de même nécessaire ; v° Jarrosson (1985 : 586) : « *L'arbitrage est l'institution par laquelle un tiers, règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci.* »

4. Béguin, 1966 : 41 et s. : « *Le citoyen lésé peut et doit agir. Mais il faut que ce soit « en justice ». Entre lui et ses adversaires, L'Etat place ses juges. (...) Le règne de la loi appelle celui du juge : la paix civile semble à ce prix.* »

dement<sup>5</sup> : l'intervention d'un tiers non partisan permet de mettre à distance la violence du conflit (Salas, 2001 : 29). Mais le problème devient difficilement surmontable si l'on analyse le procès lui-même comme une forme de conflit (Terré, 1994 : 100 et s.). Il doit pourtant être dépassé.

**Les vertus du tiers.** Car le tiers présente tout de même ses avantages<sup>6</sup>, et ce, même si le droit privé répugne à son intrusion dans ses sphères. Le contrat en est l'exemple parfait. Présenté traditionnellement en droit des obligations comme le serviteur du contrat, le juge n'aurait aucun droit de regard dans la cité contractuelle. L'intérêt d'une telle intrusion a pourtant été avancé. L'on vise en effet à imprégner le contrat d'une certaine justice<sup>7</sup> que la main invisible d'Adam Smith a du mal à imposer. Elle sera dès lors imposée par la main du juge. Animé par ce même souci de justice, qui fait office de passe-partout pour pénétrer les sphères les plus privées, le juge vient aussi apaiser les antagonismes extrêmement violents existant au sein du contrat de société.

**La spécificité de l'information dans les sociétés commerciales.** Mais, s'agissant de la société, l'intrusion de ce « corps étranger » qu'est le juge en son sein est nettement plus gênante, et ce pour des raisons qui se comprennent aisément : c'est le secret des affaires qui vient dresser des remparts beaucoup plus épais que dans de vulgaires rapports privés. En effet, il faut protéger l'entreprise qui ne doit pas se révéler à la concurrence. Il est dès lors légitime pour les dirigeants de craindre le procès, étalage d'informations par excellence, comme la mort. Dans le monde des affaires, la valeur de l'information dépend, en effet, de sa confidentialité (Daragon, 1998 : 63). Une information peut présenter un intérêt considérable si une seule personne en a connaissance et perdre toute son importance lorsqu'elle est diffusée au grand public, à l'instar de la nouvelle, information actuelle transmise par les médias, qui s'use vite puisqu'elle n'est intéressante qu'inédite ou récente.

**L'universalité relative de l'information.** Pourtant, la vérité est, soi-disant, l'affaire de tous ; la connaissance est ce qui peut être découvert par chacun, ce à quoi même l'esclave Théétète peut prétendre (Frison-Roche, 2001 : 759 et s.). L'information présente donc un caractère universel<sup>8</sup>. Tirillée entre la discrétion, moteur de toute compétition, et la

5. *Ibid.* : « Dangereuse pour la paix sociale, la justice privée apparaît comme une atteinte directe au pouvoir (ou au monopole) des tribunaux. L'Etat fournit au justiciable qui veut défendre, ou imposer son droit, des juridictions organisées pour réaliser l'égalité des plaideurs devant la justice, assurer la garantie des droits de la défense et aboutir à un règlement éclairé, impartial et pondéré des litiges ».

6. Salas, 2001 : « A lui seul, le tiers représente un personnage neutre et désintéressé et, pour cela, apte à renouer le fil brisé qui unit les groupes et les individus à une communauté. »

7. Cadet, 2001 : 179 ; du même auteur, 1999 : 41 et s., où l'auteur évoque le phénomène de « processualisation du contrat ».

8. Daragon, 1998 : « Si l'information est universelle, c'est parce qu'elle ne se « cède » pas, elle se « partage ». Mais loin de se scinder, elle se multiplie. En effet, la transmission de l'information par son détenteur ne dépoussède pas celui-ci dans la mesure où il dispose encore de ce renseignement. »

transparence, nécessité du marché, la société développe alors sa propre conception de l'information. Il a d'ailleurs été démontré que l'information et, par voie de conséquence, l'entreprise n'était plus la seule chose des associés (Touyeras Paulze d'Ivoy, 1993). Du Ministère public à l'Autorité des Marchés Financiers, le droit de regard s'étend au-delà des frontières de la société, phénomène de la dématérialisation de l'entreprise aidant. Les créanciers d'informations se sont donc multipliés.

**L'information comme obligation.** Mais *a priori*, le créancier privilégié reste l'actionnaire ; l'obligation d'information, qui a connu une fortune considérable en droit des contrats, s'étend donc aussi au contrat de société, dont le dirigeant va être le principal débiteur. Cette obligation d'information, comme toute obligation, peut alors être sanctionnée si celle-ci n'est pas ou est mal exécutée. L'exécution forcée d'une telle obligation supposerait alors de transmettre l'information au créancier. Or, le juge a, certes, le pouvoir d'appréhender la vérité mais il en est incapable, de par une formation, par hypothèse, incomplète<sup>9</sup>. Il doit néanmoins juger. L'on retrouve ici le paradoxe de l'« obligation impossible » (Terré, 1994), où le juge est obligé de juger, alors qu'il lui est impossible techniquement de le faire. Puissance sans maîtrise n'est rien.

**L'information, objet de l'expertise.** C'est alors l'expert qui va s'affirmer comme un connaisseur, un scientifique, apte à déceler les subtilités de certaines vérités qui échappent à l'intelligibilité de l'homme, et même à celle de ce « surhomme » qu'est le juge. Le Professeur Oppetit avait d'ailleurs souligné cet « effacement de la fonction juridictionnelle qui résulte de la primauté du scientifique ou du technique »<sup>10</sup>. Mais l'expert n'est-il qu'un interprète, soumis aux lois scientifiques qui gouvernent une matière, en l'occurrence le droit des sociétés ?<sup>11</sup> Or, même l'interprète dispose d'une marge de manœuvre suffisamment grande pour imposer sa propre vérité. C'est là toute la distinction entre l'acte de connaissance et l'acte de volonté chère à Kelsen<sup>12</sup>. Toujours est-il que les réalités comptables, foisonnantes dans la vie des sociétés, risquent pour l'actionnaire de relever de l'intraduisible et, nonobstant ces critiques apportées à l'interprète, le décryptage délicat de telles informations ne peut se faire sans l'aide de ce connaisseur, de ce

9. Terré (1969 : 213) : « Ne faut-il pas admettre la réalité d'un juge dont la formation est, par hypothèse, incomplète au regard de la multiplication et de la diversification des branches du droit, et, par conséquent, lui reconnaître le droit de s'informer, sur le droit comme sur le reste, pour juger en connaissance de cause ? ».

10. Oppetit, 1975 : 61. V<sup>o</sup> aussi Carbonnier, 2004 : 395 : « L'ascension de l'expertise (est) une révolution de palais au sein de la classe juridique. (Les experts) s'emparent du terrain du juge. C'est que beaucoup de questions de fond sont devenues des questions techniques, pour lesquels des techniciens sont indispensables : médecins ou psychologues dans le droit des personnes, architectes ou économistes dans le droit patrimonial. ».

11. Carbonnier, 2004 : « Que reste-t-il au magistrat ? Le contrôle de l'expertise, de la qualification de l'expert, de l'honnêteté des opérations. Le droit, c'est de la science - et la science n'est que du fait - enserrée dans une forme de droit. »

12. Cf. la très habile métaphore du jeu qui propose une solution médiane : comme tout jeu, l'interprétation suppose un part de « règles » (game) mais aussi d'« indétermination » (play) ; une « marge de jeu » serait autorisée à l'interprète, mais dans le cadre tracé par la « règle du jeu ». L'opération d'interprétation ne se ramène dès lors, ni à l'objectivité d'un texte conventionnel qui détiendrait un sens unique et vrai, ni à la subjectivité arbitraire de l'interprète. Ost, 1992.

spécialiste : l'expert de gestion. Il sera alors, de par ses caractères tiers et indépendant, garant d'une information fiable à leur égard (Lefebvre, 2004 : 152 et s.).

**L'expertise de gestion.** Seulement, la nomination d'un expert de gestion s'est souvent révélée comme un avant-procès. Ainsi, la pratique témoigne qu'il est de très mauvais augure pour les dirigeants qu'un expert de gestion soit nommé. Le procès se manifeste de manière latente : échappant au visible et au réel, il n'en est pas moins ici présent, pressant et oppressant. Pourtant, à l'origine, c'est bien d'une vérité qu'il s'agissait, à savoir une information demandée par l'actionnaire. Il reste que le procès va être l'étape suivante. Cet ordre vient alors jeter le trouble dans nos esprits : le procès n'est-il pas *a priori* le moyen d'atteindre la vérité, et non l'inverse ?

**L'expertise *in futurum*.** Pire, lorsque l'actionnaire ne répondra pas aux conditions pour faire nommer un expert de gestion<sup>13</sup>, il se rabattra sur cette autre expertise, l'expertise *in futurum*, que la jurisprudence<sup>14</sup> lui a, bon gré mal gré<sup>15</sup>, concédé, sachant que les deux expertises aboutissent pratiquement au même résultat : l'obtention par les actionnaires d'éléments d'information qui peuvent servir de preuves, rouvrant par là même le brûlant dossier de l'effectivité des règles de droit, la voie légale de l'expertise de gestion ne trouvant plus d'utilité. L'expertise *in futurum*, quant à elle, jette un autre trouble, tout aussi lancinant : en permettant d'obtenir du Président du tribunal que soit ordonnée une expertise « s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige »<sup>16</sup>, l'on réalise qu'ici, avant tout procès, l'on peut réclamer une vérité.

Au regard de ces deux expertises, l'on ne sait plus ce qui, de la vérité ou du procès, se situe en amont et en aval. La vérité est-elle la finalité du procès ou bien son moyen ? Les plaideurs recherchent-ils à établir une vérité dans le procès ou bien voient-ils dans le procès une fin en soi ? S'agit-il d'intenter un procès pour découvrir une vérité ou bien s'agit-il de se ménager une vérité pour intenter un procès ? Chemins croisés, procédés entremêlés, utilisations différenciées. C'est, en toile de fond, le combat entre la vérité et le procès qui apparaît, chacun des deux aspirant à être la finalité et l'enjeu de l'autre. Or, loin d'être le but assigné au procès, la vérité va sembler lui servir plutôt d'amorce (I) ; Paradoxalement, elle permettra parfois de l'éviter (II).

13. En effet, l'action en désignation d'un expert de gestion ne peut être exercée que par les actionnaires détenant individuellement, ou en se groupant, 5% du capital social dans les sociétés anonymes (art. L. 225-231 du Code de commerce) et 10% du capital social dans les SARL (art. L. 223-37 du Code de commerce). De plus, l'expertise ne peut porter que sur une opération de gestion. L'expertise *in futurum*, quant à elle, ne connaît que le « motif légitime » comme condition d'application.

14. Com., 7 décembre 1981, Rev. Soc. 1982, p. 519, note S. Michelin-Finielz ; Com., 21 septembre 2004, Bull. Joly, 2005, p. 74 et s., note L. Godon.

15. *Bon gré* : La bonne information des actionnaires autorise l'application concurrente des deux textes (Jeantun, 1984, I : 3158). *Mal gré* : L'application concurrente des deux textes ôterait tout intérêt à l'expertise de gestion, de par ses conditions beaucoup plus draconiennes que celles de l'expertise *in futurum* (Moury, 1999 : 299 et s.).

16. Art. 145 du Nouveau code de procédure civile.

## *I - La vérité, amorce du procès*

La vérité, en droit, relève de la contingence<sup>17</sup>. Cette contingence est exacerbée dans le procès, car la vérité est ici *médiatisée*, car passant par l'*intermédiaire du juge* (Théry, 1996). Or, l'intervention de l'expert vient distendre ce lien et dénaturer cette vérité. Entre le destinataire final que constitue l'actionnaire, à l'émetteur que doit être le dirigeant, deux protagonistes sont déjà de trop. De la « *dyade à la triade* » (Carbonnier, 2004 : 342), l'équation «  $2 + 1 =$  la procédure »<sup>18</sup> se transforme ici en «  $2 + 1 + 1$  » !

Pourtant, « *les lois veulent qu'une chose jugée passe pour vérité* » (Domat, 1771 : 213). Ainsi, loin d'être parole d'évangile, la vérité n'est ici qu'une vérité judiciaire, car « *la décision rendue n'a pas à s'enquérir de vérité absolue, notion qui confine à l'inaccessible pour le droit, dont le domaine ne peut être que celui de la vérité relative si l'on veut à toute force assigner une quelconque idée de vérité à la matière juridique* » (Le Masson, 1998 : 21 et s.). Le fantôme de l'obligation impossible erre à nouveau, si l'on est tenté d'assimiler l'obligation de rendre la justice à celle de découvrir la vérité. Ainsi, « *dans cette mouvance, certains pensent qu'il est prudent d'affirmer qu'en définitive le juge civil n'a que faire de la vérité et que son office est beaucoup plus modestement d'éteindre les litiges entre les personnes privées* » (Ibid.).

Pire : l'impossible perfection d'un syllogisme juridique atteste qu'il n'y a guère, en réalité, de vérité dans les sphères juridiques. Ce serait braver les convenances et heurter les bienséances de ne pas envisager le jugement rendu comme une vérité établie, mais il suffit d'observer les vicissitudes de l'art. 12 du Nouveau code de procédure civile<sup>19</sup> pour se convaincre des doutes réels quant à l'existence d'une règle de droit adéquate à chaque fait litigieux<sup>20</sup>. Face au procès, la vérité se trouve donc hors-concours. Au mieux, la présence de la vérité ne sera qu'un moyen d'intenter un procès ; c'est l'hypothèse de l'expertise *in futurum* (A) ; au pire, son absence ne sera au procès que son seul prétexte ; c'est l'hypothèse de l'expertise de gestion (B).

### *A/ Une arme aiguisée*

**Pas de procès éventuel, pas d'expertise *in futurum*.** L'intérêt premier de l'expertise *in futurum* rejoint celui de toutes les preuves qui sont préconstituées. C'est de « *conférer aux parties une plus grande sécurité et de bannir l'aléa et l'incertitude des preuves judiciaires a posteriori* » (Bentham,

17. Théry, 1996 : 46 : « *Dans le procès, la preuve oscille entre idéal et contingence. L'idéal est que le juge statue en connaissant la vérité. Or, s'il est en notre matière un thème obligé, c'est celui de la contingence : la vérité judiciaire serait condamnée à n'être qu'une certaine sorte de vérité.* »

18. Frison-Roche, 1994. L'on sait que l'auteur, en cherchant le chiffre de la justice, a proposé le 3, et plus précisément le «  $2 + 1$  », car il faut un tiers impartial et désintéressé.

19. « *Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* ».

20. Sur la question : R. Martin, Rép. pr. civ. Dalloz, V° Principes directeurs du procès ; La règle de droit adéquate dans le procès civil, D. 1990, Chron. p. 163 ; Le juge a-t-il l'obligation de qualifier ou de requalifier ? D. 1994, Chron. p. 308.

1823 : 32). Le risque de dépérissement des preuves dans la perspective d'un procès imminent est donc le fondement de la règle de l'art. 145 du Nouveau code de procédure civile<sup>21</sup>. La dénomination même des mesures d'instruction *in futurum* fait apparaître que l'on cherche à intervenir de façon anticipée, en prévision d'une éventuelle contestation, susceptible d'être portée devant les tribunaux (Desprès, 2004 : 26) ; malmenant quelque peu la règle « *pas d'intérêt, pas d'action* », la jurisprudence ne confinait d'ailleurs ce type d'expertise que dans une fonction purement conservatoire (*Ibid.* : 39). Ainsi, le demandeur ne pouvait prétendre à l'existence d'un motif légitime lorsque sa prétention était manifestement vouée à l'échec ou lorsqu'elle se heurtait à l'autorité absolue de la chose jugée au pénal sur le civil<sup>22</sup>. En d'autres termes, inutile d'aiguiser ses armes si aucune guerre ne risque d'éclater.

**Le procès éventuel et le juge.** Le procès apparaît ici comme la finalité de la vérité, objet de l'expertise *in futurum*. Moyen et condition *sine qua non* pour intenter un procès, la vérité contenue dans ces éléments de preuve persuadera les parties d'intenter une action en justice. Mais puisqu'il s'agit de réunir des éléments de preuve avant tout procès, il faut que ce dernier soit envisageable ; la demande sera rejetée si aucun litige n'est raisonnablement prévisible ou qu'aucun procès n'est possible<sup>23</sup>. Seulement ce caractère envisageable, éventuel, potentiel du procès, qui reste une condition nécessaire de la demande d'expertise *in futurum*, sans quoi elle ne serait pas recevable<sup>24</sup>, recèle une telle dose d'incertitude qu'il s'agira de sonder les cœurs et les reins des parties pour y déceler la perspective d'un litige (prouver que le demandeur en expertise *in futurum* souhaite intenter un procès ne relève-t-il pas de la *diabolica probatio* ?) L'incertain est d'autant plus présent que le juge est amené à se « *projeter sur l'avenir* » (Desprès, 2004 : 294), effleurant ainsi le fond de l'affaire (*Ibid.* : 235) et s'arrogeant le monopole de l'opportunité des poursuites. L'expertise *in futurum*, qui augure par sa fonction même un futur procès, est nettement moins insidieuse que l'expertise de gestion, dont l'apparence bénigne masque sournoisement une déclaration de guerre au dirigeant.

## B/ Une arme déguisée

**L'expertise de gestion comme menace.** D'emblée, l'expertise de gestion, lorsqu'elle a été introduite par la loi de 1966, a suscité de nombreuses réserves, d'aucuns craignant que l'utilisation éventuelle de ce texte ne puisse faire régner un climat lourd de menaces (Urbain-Parleani, 2003 : 223 et s.). La demande de désignation d'un expert de gestion a toujours été perçue par les dirigeants comme un « *coup de semonce* » (*Ibid.*), car c'est l'orgueil mandarin et le prestige de la société qui risquent d'être touchés. Pire : pour le dirigeant, c'est l'éventualité d'une responsabilité qui peut être engagée. Mais l'information des actionnaires est à ce prix : le législateur a

21. Cf. Civ. 2ème, 17 juin 1998, Bull. n° 200 : La procédure d'expertise *in futurum* n'est pas seulement destinée à la conservation des preuves mais peut tendre, aussi, à leur établissement.

22. Civ. 1ère, 29 avril 1985, Bull. n° 131.

23. Théry, *op. cit.* : 45, citant la jurisprudence illustrant le propos.

24. Metz, 7 janvier 1982, D. 1983, p. 564, note Reinhard.

donc offert cet instrument aux actionnaires, consacré à l'article 225-231 du Code du commerce.

**Le Procès comme Mal.** La folie processive, admirablement peinte dans *Les plaideurs* de Racine, risque donc de muer en psychose dans les sociétés commerciales. Chantage cruel - « la vérité ou le procès ! » -, cette attitude s'inscrit dans « *la tendance de l'actionnaire qui, égaré par la subtilité des spécialistes de l'ingénierie financière (...), est de considérer le dirigeant comme suspect* » (Urbain-Parleani, 2003). Il suffit d'observer le retentissement médiatique de l'affaire Messier pour s'en convaincre. Moyen de pression psychologique à l'encontre du dirigeant, le procès emprunte alors, sans scrupule aucun, le visage troublant du Mal. Et comme tout mal, le procès va fasciner. Kafka, dans son chef-d'œuvre, l'a suggéré<sup>25</sup>, en reprenant la méthode préconisée par Baudelaire qui vise à extraire « les fleurs » du Mal. A l'instar d'enfants qui se ruent autour d'une rixe pour assister béats au spectacle de la violence, Kafka, non sans ironie, peint alors une belle justice et rend même beaux les hommes à qui sont intentés les procès. Là où la beauté du Diable se manifeste même en procédure...

**L'actionnaire : La plainte de Job.** Seulement voilà : une fois que nous nous sommes détachés de toutes les vertus du Procès (si tant est que la justice qui y est rendue puisse faire office de « Fleur » du mal), c'est à un triste spectacle que nous assistons. L'actionnaire, perplexe devant des informations qu'il ne saisit pas, va revendiquer le statut de victime et, par voie de conséquence, optera pour le statut de plaideur<sup>26</sup>. Pour lui, une vérité incomprise vaut un procès du dirigeant, ce qui frôle tristement le procès d'intention. Ainsi, « *dans le même temps qu'on en a pris conscience, la critique du phénomène a pris corps : cette victimisation nous transformerait tous en pleurnicheurs réfugiés dans les robes du juge, se plaignant de tout, n'assumant plus rien* » (Frison-Roche, 2001). Certes, il plane au-dessus du plaideur, en l'occurrence l'actionnaire, le risque d'une condamnation à des dommages-intérêts en cas de procédure abusive<sup>27</sup>, même si l'on peut parfois estimer qu'il est déjà condamné, d'un point de vue moral, par son rétrécissement. D'ailleurs, la possibilité d'être condamné d'« abus de droit d'ester en justice » révèle que le procès n'est pas toujours en soi signe de vertu. Ainsi, l'on est conduit à penser qu'il risque souvent, sinon toujours, d'y avoir un mal à faire un procès<sup>28</sup>. Le procès a beau se vêtir d'un blason brodé de justice, l'éviter semble rester le plus souvent la solution la plus sage. La vérité peut alors reprendre le flambeau et faire office d'alternative au procès.

25. Kafka, *Le procès*, éd. Folio : « *La justice a un extraordinaire pouvoir de séduction (...). Les affaires de justice, je trouve ça très excitant.* »

26. Pour une approche sociologique de ce phénomène de victimisation : Lac, 1996.

27. Com., 12 janvier 1976, Rev. Soc. 1976, p. 330, note Ph. Merle.

28. Cf. *Sociologie juridique, Le procès et le jugement*, ronéot. d'après le cours de J. Carbonnier, Association corporative des étudiants en droit, 1961-1962 : 236. L'auteur dégage deux grandes attitudes, deux grands courants opposés concernant le procès : l'attitude optimiste, qui conçoit le procès comme « *une réalisation bienfaisante du droit* », et une attitude pessimiste, selon laquelle « *le procès est une sorte d'excroissance parasite qui a poussé sur le droit* ».

## II - La vérité, alternative au procès

Dévoilant des atouts beaucoup plus attrayants, la vérité ne se voudra plus persuasive mais dissuasive : la vérité étant déjà établie, dans l'expertise *in futurum*, les plaideurs trouveront inutiles de s'engager dans la voie du procès (A), ou, dans la phase préalable de l'expertise de gestion, s'arrogeront un délai de réflexion avant toute perspective contentieuse (B).

### A/ L'adieu aux armes

**L'expertise *in futurum* et l'inutilité d'un procès.** La préconstitution des preuves revêt ce paradoxe que, nonobstant son caractère précontentieux, elle a des vertus propres à éviter un procès. Ainsi, si la vérité apparaît via ces preuves, il est fort probable que le procès soit évité, tant les plaideurs, notamment celui contre lequel la preuve joue, réalisent l'inutilité d'un procès dont l'issue est déjà connue. Le rôle de la vérité est ici dissuasif. La vérité reprend ici son empire sur le procès : l'apparition de l'une dissuade l'apparition de l'autre. En effet, cette expertise permettrait désormais de « *fournir au demandeur des informations plus complètes sur une situation donnée et (...) de mieux apprécier l'opportunité d'entamer ou de ne pas entamer une procédure devant le juge du principal* » (Héron, 1991 : 249). Ainsi, « *la perspective de tuer dans l'œuf un litige et ainsi, de pouvoir éviter un procès grâce à une intervention ponctuelle, est certainement de nature à permettre l'exercice bien compris de la mission de justice dévolue aux tribunaux* » (Desprès, 2004 : 42). Où la vérité rejoint la justice...

**Expertise *in futurum* Vs Secret des Affaires** ? L'on a cependant observé l'utilisation de l'expertise *in futurum* à d'autres fins qui lui étaient assignées. En effet, le procès soi-disant envisagé peut aussi servir de prétexte à l'obtention d'une vérité, nonobstant le secret des affaires qui est censé lui faire obstacle ; ainsi, l'on a pu voir l'utilisation de l'article 145 du Nouveau code de procédure civile comme l'ouverture d'« une chasse aux trésors » (Perrot, 1984 : 562). Moyen de s'approprier certains documents confidentiels (Pierre-Maurice, 2002 : 3131), l'article 145 du Nouveau code de procédure civile semble délivrer un véritable droit d'entrée dans les papiers d'une société rivale. La jurisprudence semble d'ailleurs timide sur cette délicate question du secret des affaires. Ainsi, dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt de la Chambre commerciale du 5 janvier 1988<sup>29</sup>, l'expertise demandée (afin de déterminer « tous faits susceptibles de caractériser des actes de concurrence déloyale ») aurait permis à la société demanderesse « *de connaître, malgré le secret des affaires, la structure commerciale de sa concurrente* ». Dans cette perspective, l'expertise ne peut avoir lieu car la vérité doit être protégée. Certaines vérités ne sont pas bonnes à dire ; elles ne peuvent que s'incliner devant le secret des affaires : l'expertise y sera donc interdite. Cependant, un arrêt de la deuxième Chambre civile du 7 janvier 1999<sup>30</sup> vient poser en principe que « *le secret des affaires ne constitue*

29. D. 1989, jur. p. 354, note G. Virassamy.

30. Bull. Civ. II, n°4, p.3 ; Bull. Joly 1999, § 148, p. 666, note F.-X. Lucas.

*pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du Nouveau code de procédure civile, dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées* ». Selon un auteur, le secret des affaires ne serait donc pas ce « *talisman que le défendeur n'aurait qu'à brandir pour conjurer le risque de voir un expert se pencher sur ses secrets, grands ou petits* »<sup>31</sup>. L'on surprend la gêne de la jurisprudence qui tente de trouver un point d'équilibre entre la protection de la vérité, au nom du secret des affaires, et le droit à la vérité, qui ne peut se manifester qu'au cours d'une expertise ou d'un procès. En effet, d'un côté, la protection du secret empêche d'intenter un procès ou de demander une expertise ; de l'autre, le droit à la vérité autorise une telle voie si un « motif légitime » est avancé. Au gré des arrêts d'espèce de la Cour de Cassation, vérité et procès perdent leur orientation pour, semble-t-il, laisser place à l'opportunisme des solutions. Ce rempart que constitue le secret des affaires ne semble d'ailleurs pas aussi solide que la phase préalable dans l'expertise de gestion.

### **B/ Le choix des armes**

**La phase préalable, antichambre de l'expertise.** Le législateur a compris qu'il était inutile d'étaler sur le forum des informations qui, une fois révélées, risquent d'être fatales à la santé, voire à la vie de la société. Aussi, depuis la loi NRE du 15 mai 2001, le nouvel article L. 225-231 du Code du commerce soumet-il la procédure d'expertise de gestion à une phase préalable de questions écrites au dirigeant. Désormais, le ou les actionnaires détenant au moins 5% du capital de la société peuvent poser par écrit des questions au président du conseil d'administration (ou du directoire) sur une ou plusieurs opérations de gestion de la société ainsi que, le cas échéant, sur les sociétés qu'elle contrôle. C'est uniquement en cas de défaut de réponse ou de réponse insatisfaisante que les demandeurs peuvent requérir en référé la nomination d'un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur ces opérations de gestion. En cherchant à dissuader les actionnaires d'intenter un procès, le législateur va donc ici plus loin en les dissuadant de recourir à un expert. A nouveau perçu comme un mal, le procès est donc ici conditionné et l'intrusion du tiers (juge ou expert), différée. Quant à la vérité, elle reste confinée dans le secret gardé par les membres de la société ; partagée entre l'actionnaire et le dirigeant, ni juge, ni expert ne peuvent, durant cette phase préalable, l'approcher.

**La phase préalable, obstacle au procès.** Cette antichambre a révélé toute son efficacité dans trois récents arrêts de la Cour de Cassation. Cette dernière a en effet rejeté le pourvoi d'un actionnaire demandeur qui, après avoir adressé certaines réclamations écrites au président du conseil d'administration, s'est néanmoins vu refuser l'accès à la phase numéro deux visant à la désignation en justice de l'expert de gestion<sup>32</sup>. C'est donc au

31. F.-X. Lucas, note sous Civ. 2ème, 7 janvier 1999, préc.

32. L. Godon, note sous Com, 11 octobre 2005, Com. 17 janvier 2006, Com. 14 février 2006, Bull. Joly 2006, p. 626 et s.

regard de la « réponse insatisfaisante » à la question posée que la jurisprudence apporte ici de nettes précisions. En effet, selon les termes de l'arrêt du 17 janvier 2006, « *il appartient au juge saisi, sur le fondement de l'article L. 225-231 C. Com., d'une demande d'expertise formée par un actionnaire invoquant le défaut de communication d'éléments de réponse satisfaisants aux questions posées par lui, de rechercher si les éléments de réponse communiqués présentent ou non un caractère satisfaisant* ». Cette antichambre s'est donc transformée en sas depuis que le choix des armes n'est plus celui de l'actionnaire, mais celui du juge. Cette mesure permettra évidemment d'éviter certaines procédures abusives et donnera aux dirigeants la possibilité de s'expliquer dans un contexte moins formel que celui d'une procédure judiciaire. Car un procès sera le plus souvent néfaste au bien-être de la société, tant son image et sa notoriété commerciale contribuent, voire conditionnent son essor. Certes, le risque est que la vérité peut être occultée par les dirigeants pour se préserver lors d'un éventuel procès : l'on peut, en effet, craindre que ce délai imposé par le législateur ne permette à certains dirigeants de réduire les risques de mise en cause de leur responsabilité en faisant disparaître des éléments de preuve (Boissel Dombreval, 2004 : 34-38). Mais un point d'équilibre semble trouvé entre, d'un côté, la vérité au profit de l'actionnaire et de l'autre, un procès évité en faveur du dirigeant.

### **Conclusion**

On le voit, les actionnaires et le dirigeant sont entre guerre et paix : prêts à se battre, ils aiguisent leurs armes avant tout procès, via l'article 145 du Nouveau code de procédure civile, en se préconstituant des preuves ; mais prêts aussi à rendre les armes, via le même article, la vérité établie par ces preuves préconstituées les dissuadant d'emprunter la voie du procès. A double tranchant, l'article 145 du Nouveau code de procédure civile présente ainsi une réelle part d'incertitude, tant son application se mesure au gré des plaideurs, leur choix ne pouvant qu'échapper à notre appréhension. Les plaideurs sont donc les seuls à nous révéler les orientations respectives du procès et de la vérité. N'est-ce pas d'ailleurs l'essence-même du principe du dispositif, principe cher à Motulsky, prônant une pleine maîtrise du procès par les parties ?

S'agissant de l'expertise de gestion, la carence d'une information va servir de prétexte à l'amorce d'un procès contre le dirigeant. Vérité négligée, procès engagé ! Heureusement, « contre cette psychopathie juridique, il y a (...) de la thérapeutique » (Carbonnier, 2001 : 433). Souhaitons que le filtre de la phase préalable, visiblement effectif, permettra un tant soi peu de modérer ces ardeurs processives.

## RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

Béguin, J. (1966) L'adage « nul ne peut se faire justice à soi même » en droit français in *Travaux de l'association Henri Capitant*, Tome XVIII.

Bentham (1823) *Traité des preuves judiciaires*, t. 1, éd. Bossange frères, (tr. fr. E. Dumont).

Boissel Dombrevail, H. (2004) Le droit d'information des actionnaires des sociétés non cotées après les réformes récentes, *Gaz. Pal.*, 26 mai, n° 147, doct. : 34-38.

Cadiet, L. (1999) Les jeux du contrat et du procès in *Mélanges offerts à Gérard Farjat*, Ed. Frison-Roche.

Cadiet, L. (2001) Une justice contractuelle, l'autre in *Mélanges Ghestin*, Paris : LGDJ.

Carbonnier, J. (2001), *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris : LGDJ, 10ème éd.

Carbonnier, J. (2004) *Sociologie juridique*, Paris : PUF.

Daragon, E. (1998) Etude sur le statut juridique de l'information, D. 1998, chron. p. 63.

Desprès, I. (2004) *Les mesures d'instruction in futurum*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Paris : Dalloz.

Domat, J. (1771) *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, livre III, titre VI, section IV, n° 5, p. 213.

Frison-Roche, M.-A. (1994) 2 + 1 = la procédure in *La justice. L'obligation impossible*, Paris : Ed. Autrement.

Frison-Roche, M.-A. (1995) La philosophie du procès, propos introductifs in *Le Procès*, Archives de philosophie du droit, tome 39.

Frison-Roche, M.-A. (2001) Le droit d'accès à l'information ou le nouvel équilibre de la propriété in *Mélanges Catala*, Paris : Litec.

Héron, J. (1991) *Droit judiciaire privé*, Paris : Montchrestien.

Jarrosson, C. (1985) *La notion d'arbitrage*, thèse Paris II.

Jeanin, M. (1984) Le référé probatoire de l'article 145 du Nouveau code de procédure civile, *JCP* 1984, I, 3158.

Kafka, F. *Le procès*, Paris : Gallimard, coll. Folio.

Lefebvre, T. (2004) *L'expertise face à la production d'informations financières des sociétés*, Aix-en-Provence : PUAM.

Le Masson, J.-M. (1998) La recherche de la vérité dans le procès civil, *Droit et Société*, 38.

Mazeaud, H. (1955) Les notions de « droit », de « justice » et d'« équité » in *Aequitas und Bona fides* : 229 et s.

Motulsky, H. (1974) *Ecrits*, T. II, *Etudes et notes sur l'arbitrage*, Paris : Dalloz.

Moury, J. (1999) Expertise de gestion : la concurrence indélicat de l'article 145 du Nouveau code de procédure civile in *Dialogues avec M. Jeanin, Perspectives du droit économique*, Paris : Dalloz.

Oppetit, B. (1975) Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve en droit privé in *Les rôles respectifs du Juge et du Technicien dans l'Administration de la preuve*, Xe colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires, Poitiers, 26-28 Mai 1975, Paris : PUF.

Ost, F. (1992) *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris : PUF.

Pierre-Maurice, S. (2002) *Secret des affaires et mesures d'instruction in futurum*, D. 2002, chron. p. 3131, spéc. n° 6.

Salas, D. (2001) Le procès, *Droits*, 34.

Terré, F. (1969) Rapport français in *L'expertise dans les principaux systèmes juridiques d'Europe*, Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de Paris.

Terré, F. (1994) Au cœur du droit, le conflit in *La justice. L'obligation impossible*, série « Morales », Paris : éd. Autrement.

Théry, P. (1996) Finalités du droit de la preuve, *Droits*, 23.

Touyeras-Paulze d'Ivoy, B. (1993) *L'expertise en droit des sociétés*, Thèse, Paris X.

Urbain-Parleani, I. (2003) L'expertise de gestion et l'expertise in futurum, *Rev. Soc.*