

LE PRIX DANS LES CESSIONS DE DROITS SOCIAUX

CONFÉRENCE ASSOCIATION DROIT ET COMMERCE

TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS - 28 JANVIER 2013

PAR BRUNO DONDERO*

1. La question du prix dans les cessions de parts sociales et dans les cessions d'actions est éminemment intéressante, et vous comprendrez qu'il vaut mieux choisir une belle question comme thème d'une conférence pour Droit & Commerce¹. Je remercie M. Georges Teboul, président de l'association, de son invitation, ainsi que M. Frank Gentin, président du tribunal de commerce, de me permettre d'intervenir devant vous ce soir.

2. Je dois aussi adresser mes remerciements à la Cour de cassation, qui a fait preuve de coopération et de coordination avec cette conférence, en rendant très peu de temps auparavant des décisions intéressantes sur la détermination du prix par voie d'expert, sur lesquelles j'aurai l'occasion de revenir.

* *

3. Si l'on s'en tient aux textes uniquement, notre thème de conférence est un « non-sujet », comme l'on dit maintenant pour éviter d'avoir à s'attarder sur une question, potentiellement délicate. J'entends par là que l'on peine à trouver, dans le code civil ou dans le code de commerce, à quelques exceptions près, des dispositions sur le prix dans la cession de droits sociaux

4. Dans le code civil, on trouve bien entendu des dispositions sur le prix s'agissant du contrat de vente. Mais comme on le sait, ces textes ont peu changé depuis 1804, et à l'époque, en 1804 donc, il n'est jamais envisagé dans la préparation du titre sur la vente que l'on puisse céder des parts ou des actions. Cela existe, bien entendu, mais les travaux préparatoires du code révèlent que les questions de droit des sociétés n'étaient pas la

préoccupation majeure des rédacteurs. Dans le code civil actuel, en tous les cas, très peu sur le prix dans la cession de droits sociaux, à part de rares textes comme l'article 1843-4, sur lesquels je reviendrai.

5. Dans le code de commerce, pas grand-chose non plus. On trouve des textes sur le prix dans la cession de fonds de commerce au sein du code de commerce, bien entendu. Mais on ne trouve pas de dispositions sur le prix dans la cession de parts ou d'actions, voire pas de dispositions sur la cession elle-même, sinon celles qui sont prises du point de vue de la société. C'est-à-dire que nos textes envisagent la question de l'agrément, précisent éventuellement qui est tenu de l'obligation d'apport en cas de cession d'actions non libérées (l'actionnaire défaillant et les cessionnaires successifs, solidairement), mais ils ne s'intéressent finalement que peu, voire pas du tout, aux relations entre cédant et cessionnaire.

6. Dans le code monétaire et financier, on trouve des dispositions sur le prix qui doit être proposé par l'auteur d'une offre publique. Mais ce n'est bien entendu pas là le régime général de la cession de parts ou d'actions.

7. Paradoxalement, on trouve en effet des dispositions sur le prix... dans le code du travail, mais c'est davantage le prix de la cession de fonds ou la contrepartie d'une fusion ou d'un apport partiel d'actif qui est en question. Seulement, comme on le sait, on peut parfois commencer par filialiser une activité par un apport partiel d'actif puis céder les titres de la société ainsi créée. Le passage en question du code du travail mérite tout de même d'être signalé rapidement, car ces textes sont peu connus, tant du spécialiste des cessions d'entreprise, qui n'ouvre pas forcément le code du travail pour connaître des conditions de la cession, que du spécialiste du droit du travail, qui ne s'intéresse pas nécessairement aux rapports entre l'ancien et le nouvel employeur. Lorsque le code du travail s'intéresse à la question du transfert d'entreprise, c'est d'abord par un texte très connu qu'il prévoit que

* Bruno Dondéro est agrégé des Facultés de droit, professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris 1).

1 - Conférence du 28 janvier 2013, donnée au tribunal de commerce de Paris. La forme orale a été conservée.

« Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ». C'est l'article L. 1224-1, ancien article L. 122-12 qui prévoit cela. Mais dans un second temps, c'est aux relations non pas entre salarié et nouvel employeur, mais entre nouvel employeur et ancien employeur que s'intéresse le code du travail. La disposition suivante, l'article L. 1224-2, prévoit en effet que par principe, « Le nouvel employeur est tenu, à l'égard des salariés dont les contrats de travail subsistent, aux obligations qui incombaient à l'ancien employeur à la date de la modification ». Surtout, le texte ajoute, allant assez loin dans les relations entre employeurs, que « Le premier employeur rembourse les sommes acquittées par le nouvel employeur, dues à la date de la modification, sauf s'il a été tenu compte de la charge résultant de ces obligations dans la convention intervenue entre eux ». Cela veut donc dire que si le salarié prétend au paiement de salaires, de congés payés, droits acquis avant la cession, c'est au nouvel employeur qu'il doit les demander. Mais celui-ci a un droit à remboursement, une sorte de garantie de passif légale, qui lui permet de demander à l'ancien employeur la restitution des sommes versées aux salariés, « sauf s'il a été tenu compte de la charge résultant de ces obligations dans la convention intervenue entre ancien et nouvel employeur ».

8. Hors du cadre des sociétés cotées, et hors des hypothèses d'intervention d'un expert que nous verrons tout à l'heure, le législateur ne s'intéresse donc pas véritablement au prix des actions ou des parts.

* *

9. Ce désintérêt des textes pour une opération aussi importante mérite quelques instants de réflexion, surtout dans le cadre de l'association Droit & Commerce. La cession de droits sociaux, si l'on se limite aux textes du code civil et du code de commerce, ce n'est pas droit et commerce, ou commerce et droit. C'est plutôt droit, *point*, commerce.

10. J'ai évoqué le désintérêt des textes. Ce désintérêt n'est pas qu'à prendre comme une vexation, le législateur ne s'intéressant pas à la matière.

11. C'est en réalité davantage une opportunité pour la créativité des praticiens que ce désintérêt, puisqu'en n'encadrant pas la cession de droits sociaux de manière précise, le

législateur laisse une grande liberté aux acteurs de cette opération et à leurs conseils.

12. L'époque contemporaine a vu ainsi se rencontrer deux fleuves.

Le premier, c'est l'intérêt et l'attention des acteurs du monde économique, pour lesquels la cession est bien évidemment une opération majeure. De l'entrepreneur personne physique qui cède l'activité d'une vie, à l'entrepreneur qui s'associe, aux acquisitions géantes de nos sociétés cotées, en passant par l'entrée et la sortie des fonds de *private equity*, la cession de parts ou d'actions est une mutation de l'entreprise, et de l'entrepreneur.

Le second courant, c'est l'intelligence des praticiens du droit. Ce n'est pas pour flatter les professionnels du droit ici présents que je dis cela, mais il est édifiant de voir ce que fait la pratique d'une matière économiquement importante, mais délaissée par les textes. Elle en crée elle-même les institutions : *data rooms*, *due diligence*, *earn out*, garantie de passif... Les cabinets anglo-saxons ont même créé une « matière spécifique » : le M&A...

C'est que nous sommes, je le répète, dans un espace de liberté, et dans un espace de liberté contractuelle.

* *

13. Nous sommes ici en matière contractuelle. L'article 1583 du code civil nous dit que la vente « est parfaite entre les parties » dès que celles-ci sont « convenues de la chose et du prix ». Et l'article 1591 nous dit que « le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties ». Nous sommes donc bien dans un domaine où la liberté est laissée aux parties : nous sommes dans le domaine du contrat de vente, le vendeur vend son bien, il peut en apprécier librement la valeur et donc le prix ; dans le même temps, l'acheteur peut proposer librement un prix. Si ces parties se mettent d'accord sur le prix, alors la vente se forme.

14. Le vendeur ou l'acheteur ne sauraient donc se voir imposer un prix auquel l'un ou l'autre n'auraient pas consenti. C'est bien la liberté contractuelle qui explique cela : j'ai la liberté de m'engager par contrat ou de ne pas m'engager, et j'ai la liberté, si je m'engage, de m'engager aux conditions que je souhaite. Cela doit se retrouver en matière de détermination du prix dans la cession de droits sociaux, puisque nous sommes dans un domaine contractuel.

15. Simplement, nous sommes dans la vente d'un bien particulier. Ce n'est pas un cheval ou une maison que l'on vend, c'est une personne

morale ou une partie d'une personne morale. Plus exactement, ce sont des droits contre une personne morale, ou sur une personne morale, ou « dans » une personne morale, si l'on préfère, que l'on vend.

16. Celui qui veut se donner une idée de la valeur de parts sociales ou d'actions doit donc appréhender la personne morale de la société, l'activité de cette personne, le patrimoine de cette personne. On comprend donc la complexité de la tâche consistant à évaluer une société, par rapport à l'évaluation d'un bien meuble ou immeuble « normal ». D'où cette réaction de la pratique, utilisant la liberté que lui laisse le législateur, pour tâcher de définir le prix au plus près de ce que veulent les parties, ce qui ne veut pas forcément dire au plus près de la valeur réelle du bien, comme l'illustre les clauses « *good leaver / bad leaver* ».

* *

17. Je vais donc voir dans un premier temps quel usage font les parties de la liberté qui leur est laissée en matière de détermination du prix (I). J'évoquerai ensuite dans un second temps les menaces qui pèsent sur cette liberté (II).

I - L'utilisation par les parties de la liberté dans la détermination du prix (un domaine contractuel)

18. Les parties sont donc dans un domaine de liberté. Voyons d'abord comment elles utilisent cette liberté, quelle est l'ingénierie juridique qu'elles mettent en œuvre (A), et voyons ensuite quels sont les excès auxquels cette liberté peut donner lieu, et comment y remédier (B).

A - L'ingénierie juridique mise en œuvre

19. Du point de vue du juriste, on pourrait penser qu'il n'y a pas grand-chose à dire ou à analyser, puisque le prix dans la cession de parts ou d'actions relève de la libre appréciation des parties. Vendeur et acheteur doivent se mettre d'accord pour que la cession se fasse.

Simplement, il faut s'intéresser un instant aux méthodes d'évaluation qui sont utilisées par les parties (1) et aussi à l'utilisation croissante de clauses entraînant une variation du prix (2).

1 - Les méthodes d'évaluation utilisées

20. Nous sommes, comme je l'ai dit, dans un domaine de liberté contractuelle. Les parties sont donc libres de retenir l'une ou l'autre, ou plusieurs des méthodes d'évaluation couram-

ment utilisées pour évaluer un bien. Elles sont libres de panacher les méthodes, elles sont libres de recourir à une méthode originale. Il n'est pas systématique que cette question de la ou des méthodes d'évaluation retenues intéresse le droit, sinon le droit fiscal.

21. J'entends par là que le contrat de vente se forme par la rencontre d'un accord sur la chose et le prix. Il n'est pas nécessaire que ce qui précède cet accord entre dans le contrat.

22. Cependant, je ne surprendrai personne en évoquant le fait que le travail d'analyse et d'évaluation de l'entreprise qui conduit à la détermination du prix que propose l'acheteur est souvent « contractualisé » en matière de cession de droits sociaux.

23. Ce peut être la méthode d'évaluation elle-même qui est contractualisée. Les parties se sont mises d'accord sur le fait que l'on déterminerait le prix en partant d'un multiple de l'EBE ou que l'on appliquerait la méthode des DCF, par exemple.

24. Ce peut être aussi les modalités de l'audit de l'entreprise qui sont contractualisées. Les parties auront ainsi indiqué que l'audit est confidentiel, que c'est contradictoirement que l'audit sera effectué, ou encore que c'est M. X qui interviendra en qualité d'expert pour dire quel est le prix applicable, ou pour faire fonctionner les clauses d'évaluation prévues par les parties.

25. Il faut, je crois, toucher un mot de la **pratique des data rooms**. Celles-ci consistent comme vous le savez en une mise à disposition de l'acheteur, antérieurement à la vente, de toutes les informations disponibles sur la société. Une première difficulté que cela pose tient à ce que les informations qui sont dans la *data room* ne sont pas la propriété du cédant, mais celle de la société. Une seconde difficulté tient à l'incidence de la *data room* sur le prix, précisément sur la possibilité pour le cessionnaire de remettre en cause par la suite le prix qu'il aura versé. Évoquons cette incidence de la *data room*.

26. Imaginons que l'un des contrats essentiels de la société fasse l'objet d'une annulation quelque temps après la cession. Pourrais-je encore invoquer la réticence dolosive, la garantie des vices cachés ou simplement la garantie de passif contractuelle, si j'avais eu en main ce contrat, c'est-à-dire s'il avait été mis à disposition dans la *data room* ? Dans tous les cas, *data room* ou pas, on peut soutenir que l'information de l'acquéreur doit porter sur les contrats essentiels de la société. Mais la *data room* conduit à formaliser cette

transmission, et à mettre effectivement à disposition de l'acquéreur la documentation relative à la société. La réticence dolosive ne sera plus invocable, le vice ne sera plus caché, et la garantie de passif ne jouera peut-être pas. Le prix ne pourra donc pas être rectifié... Comme on le sait, l'un des dangers de la *data room* est l'accroissement de la responsabilité des conseils du cessionnaire qui y entrent.

2 - Les clauses entraînant une variation du prix

27. La vente n'est pas loin d'être aléatoire lorsqu'elle porte sur des droits sociaux.

28. Plus exactement, le contrat de société est aléatoire, et la vente porte sur une partie du contrat de société, la position contractuelle d'associé, selon certains. Le bien cédé a facilement une valeur importante, ce sont un peu des mondes qui changent de mains, puisque c'est l'entreprise qui peut être amenée à changer de direction au final.

29. Il est donc tentant pour les parties de réduire l'impact de l'aléa relatif à la valeur de la société, au regard du prix, en ajustant celui-ci en fonction de ce que l'on saura de la valeur, postérieurement à la vente et au paiement effectif du prix.

30. Le prix peut varier à la baisse, ou à la hausse.

Cela fait longtemps maintenant que les parties stipulent des **clauses de réduction de prix**. On sait que ces clauses font partie de la famille des garanties de passif entendue au sens large.

31. Je signalerai simplement une question relative à ces clauses : il est possible que les parties mettent en place une clause de réduction de prix pour gérer la réalisation d'un risque qu'elles connaissent, plus précisément, que le bénéficiaire connaît précisément, voire qu'il a créé lui-même.

32. Imaginons qu'une organisation particulière ait été adoptée dans la gestion de l'entreprise, qui expose celle-ci à un risque fiscal. Un risque de redressement existe. Les parties à la cession peuvent traiter ce risque en réduisant directement le prix de cession. L'entreprise a, sinon une maladie, un risque d'être malade. Elle vaut de ce fait moins cher. Mais vous comprenez bien que les parties peuvent être frustrées par la réduction du prix consentie en raison de ce risque fiscal. Si le risque est un redressement qui entraînera paiement d'un million d'euros, le vendeur ne va pas accepter que l'on réduise le prix d'un million, alors qu'il n'est pas certain que le redressement ait lieu. Mais dans le même temps,

l'acheteur ne sera peut-être pas d'accord pour une réduction à hauteur d'un pourcentage seulement de la somme que l'entreprise risque d'avoir à payer : si on estime le risque à 40%, et que l'on réduit le prix de 40% d'un million, mais que le risque se réalise ensuite, l'acheteur trouvera que le système adopté était injuste. En fait, ce système de réduction en tenant compte du risque frustrer les deux parties : il baisse trop le prix si le risque ne se réalise pas, et pas assez s'il se réalise.

33. La solution la plus juste consiste donc à identifier le risque et à mettre en place une clause qui emportera réduction du prix au seul cas où le risque se réalise effectivement.

34. Cependant, ce type de clause n'est pas à toute épreuve.

La jurisprudence les remet parfois en cause, motif pris de la mauvaise foi du bénéficiaire de la clause. La Cour de cassation avait rendu une décision le 10 juillet 2007 à ce sujet, qui concernait la cession d'une discothèque. Le cédant est un minoritaire qui revend sa participation au majoritaire et dirigeant qui lui demande de manière un peu surprenante une garantie de passif couvrant le risque de redressement fiscal. Celui-ci ayant lieu, le minoritaire tente de se défendre en invoquant la mauvaise foi du cessionnaire qui était à l'origine des choix d'organisation (paiements en espèces) ayant provoqué le redressement ; la Cour de cassation juge que si le comportement déloyal peut être sanctionné, le juge ne peut porter atteinte à l'essence du contrat et empêcher complètement le créancier, le bénéficiaire, de se prévaloir de son droit.

35. Même si elle donne effet à la garantie de passif, cette jurisprudence conduit à sanctionner le bénéficiaire qui souhaite se prévaloir d'une garantie de passif portant sur un élément dont il aurait connaissance...

36. Encore plus directement liées à mon propos d'aujourd'hui sont les clauses qui peuvent entraîner une **variation à la hausse du prix**, et j'ai ici en tête les **clauses dites d'*earn out*** ou de **complément de prix**.

37. Ces clauses peuvent sembler naturelles et justes, pour les mêmes raisons que les clauses de réduction de prix. Parce que l'activité de l'entreprise se développe sur le long terme, ce n'est pas le système le plus exact que de calculer le prix une fois pour toutes, de manière définitive, lorsque le cédant abandonne la société. Il peut avoir réalisé des efforts qui ne trouveront leur concrétisation qu'à la fin de l'exercice, alors qu'on cède en cours d'exercice. Comment apprécier ces efforts dont on ne

connaît pas encore le résultat ? De même, peut-être que l'entreprise ne parviendra à son rythme de croisière que dans deux ans, et là encore, il semble juste de tenir compte de cette potentialité de succès, mais il y a le risque de frustrer l'une ou l'autre des parties. Si l'on valorise le succès potentiel à 40% de sa valeur, cela sera considéré trop bien payé par le cessionnaire si le succès ne se réalise pas ; en revanche cela sera considéré comme insuffisant par le cédant si le résultat est au rendez-vous.

38. Dès lors, le système le plus simple semble de prévoir qu'un complément de prix sera payé, si et seulement si la société cédée atteint le résultat attendu. Cela semble le système le plus simple et le plus juste, mais on perçoit tout de suite la difficulté qu'il pose, puisqu'il conduit le cédant à devoir continuer à s'intéresser à la société, c'est-à-dire à devoir garder un œil sur elle, pour s'assurer qu'elle est gérée de la façon qui doit normalement conduire au paiement du *earn out*. À cet égard, la clause est particulière, puisqu'elle conduit le cédant à quitter la société, mais à rester intéressé à l'activité de celle-ci, voire à demander au cessionnaire de prendre des engagements particuliers quant à la manière dont il va gérer la société... ce qui est tout de même un peu surprenant. Juridiquement, le cédant a perdu la qualité d'associé, mais il est encore intéressé à l'activité de la société.

39. De son côté, le cessionnaire risque d'être tenté de limiter le succès de la société, puisque celui-ci va être synonyme de paiement du complément de prix. Il pourrait être simple de passer une provision pour créances douteuses pas forcément justifiée mais bien commode pour faire baisser le résultat, voire de restructurer l'activité. Un intéressant arrêt de la cour d'appel de Paris a jugé à cet égard que le cessionnaire débiteur d'une clause d'*earn out* a nécessairement pris l'engagement implicite vis-à-vis des cédants de conserver un périmètre sensiblement constant d'activités et de personnes y affectées pour l'exploitation, jusqu'à la date de référence pour le calcul de l'éventuel complément de prix (Paris, 15 sept. 2011).

B - Les dangers de la liberté et leurs remèdes.

40. Un premier danger réside dans l'indétermination (1) ; un second réside dans l'excès (2).

1 - Le risque d'indétermination du prix

41. Parce que l'article 1591 du code civil dispose que « le prix de la vente doit être

déterminé et désigné par les parties », il convient que les parties aient arrêté le prix, étant précisé qu'au regard du droit privé, la cession des titres de plusieurs sociétés peut être faite pour un prix global (Cass. com., 8 avril 2008).

42. Comme vous le savez, ce prix peut être simplement déterminable, et c'est là que l'on peut se heurter à une difficulté, puisque comme le résumement des auteurs : pas de prix, pas de vente.

43. Nous avons eu à l'automne une série d'arrêts de la Cour de cassation qui ont rappelé l'importance d'avoir un prix déterminé ou au moins déterminable, et particulièrement un arrêt rendu par la chambre commerciale le 9 octobre 2012 (n° 11-14.498) et un autre du 6 novembre 2012 (n° 11-24.730).

44. Si l'on n'a pas de prix, il n'y a pas de vente. À cet égard, le risque pour les rédacteurs d'acte est, me semble-t-il, celui de vouloir trop bien faire leur travail, et à force de stipulations alternatives, ou d'ajouts faits par précaution, de rendre le prix indéterminable. Imaginons que les parties s'engagent sur un prix qui sera calculé sur la valeur des actions cédées, prix déterminé par application d'une clause prévoyant un mode de calcul. Et il se pourrait que l'on indique ensuite qu'en cas de désaccord, les parties conviennent de désigner un tiers, par application de l'article 1592 du code civil, qui déterminera le prix. Dans cette hypothèse, sauf à considérer et indiquer clairement que ce second mode de détermination du prix n'intervient que de manière complémentaire, en cas de difficulté à faire application de la première méthode, il y a le risque que l'une des parties, souhaitant se soustraire à la convention, plaide que les consentements du cédant et du cessionnaire, en s'arrêtant sur deux modes différents d'évaluation des actions, ne se sont pas rencontrés et qu'il n'y a donc pas cession ou promesse de cession.

45. Le prix est également important dans les **lettres d'intention**. Là aussi, nous sommes face à une création de la pratique, sur laquelle il est intéressant de s'arrêter.

46. Je parle de la lettre d'intention qui précède une cession de parts ou d'actions. Le mécanisme est connu, mais on a parfois du mal à l'expliquer, à comprendre pourquoi on ajoute cette étape dans une convention de cession. Cette question mériterait à elle seule une conférence : les parties, si l'on fait application de notre droit, sont engagées dès qu'elles se sont mises d'accord sur la chose et le prix, puisque l'article 1583 du code civil nous dit que la vente est parfaite entre les parties dès qu'on est convenu de la chose et du prix.

47. Le contrat de cession peut donc se former en un instant, ce que des auteurs appellent le « *coup de foudre contractuel* ». La lettre d'intention, pour le coup, joue avec le feu. Les parties disent, écrivent, qu'elles ont l'intention de céder une participation, et elles peuvent indiquer un prix, ou un mode de détermination du prix, ce qui devrait suffire à ce que la vente soit formée. Simplement, comme vous le savez, les parties vont indiquer, au début ou à la fin de la lettre, que celle-ci est « *non-binding* » (encore l'anglais !). Reste à savoir si un juge français ne décidera pas un jour que si les parties sont d'accord sur l'essentiel, la chose et le prix, et même si des éléments restent à déterminer pour que la cession se réalise, eh bien, ces éléments ne sont pas essentiels... C'est ce que suggère un autre arrêt de la Cour de cassation en date du 6 novembre 2012 (n° 11-26.582).

48. Un autre problème peut se poser en cas de détermination du prix par une seule des parties. Le risque que le prix soit considéré comme ne liant pas les parties est également présent dans les clauses que l'on rencontre dans les pactes d'actionnaires, dites d'achat et de vente, mais comme vous le savez, ce n'est pas le nom le plus pittoresque de ces clauses : **clauses omelettes**, clauses texanes, *shotgun* clauses, car il faut dégainer le premier.

49. Que prévoient ces clauses ? Pour faire simple, deux actionnaires s'engagent à ce que, en cas de blocage dans la gestion de la société, l'un des deux puisse céder ses titres à l'autre. Mais à quel prix ? Ce peut être un prix à déterminer, par les parties ou par un tiers, et il n'y a pas grand-chose d'original dans cette situation. Mais ce peut être également au prix proposé par celui qui appuie sur la gâchette le premier que la cession se fera : en cas de blocage dans la gestion de la société, si je mets en œuvre la clause, vous devez me racheter ma participation au prix par action que je vous indique. Si vous ne le faites pas, alors c'est moi qui vous rachèterai votre participation au prix initialement proposé. On a écrit que ce type d'accord pourrait être remis en cause, du fait du caractère unilatéral de la fixation du prix, trop potestatif.

50. Le prix peut également être déterminé par l'intervention d'un tiers, ainsi que le permet l'article 1592, et comme vous le savez, ce tiers qui n'est pas un arbitre, selon la Cour de cassation (Cass. com., 16 févr. 2010), doit suivre la méthode que les parties lui ont indiquée. S'il ne peut le faire, parce qu'il est hors d'état de le faire, ou parce que la méthode des parties ne mène à rien, la cession ne peut se

former. De même, si l'on découvre que le tiers nommé n'est pas un véritable tiers, sa désignation doit pouvoir être remise en cause, et avec elle le prix que le « faux tiers » aura retenu.

51. Rappelons enfin que le juge ne peut déterminer le prix à la place des parties ou de leur tiers évaluateur défaillant, sauf si les parties ont donné un tel pouvoir au juge. Toujours cette idée que le prix doit être convenu entre les parties. Si le consentement des parties ne se rencontre pas sur le prix, il n'y a pas de cession.

2 - Les excès dans la détermination du prix

52. Le prix de la cession, comme le prix de toute vente, est laissé à la libre appréciation des parties. Comme l'écrivent MM. Malaurie, Aynès et Gautier, « *le prix est fixé en fonction des besoins et désirs du vendeur et des moyens et désirs de l'acheteur* », et ils concluent que c'est là le prix subjectif, le point d'accord particulier, par rapport au prix objectif, le cours du bien sur un marché déterminé, par exemple. Mais est-il possible aux parties de retenir un prix très éloigné de la valeur réelle du bien cédé ?

53. En principe, c'est tout à fait possible.

Simplement, attention au prix qui serait trop sous-évalué.

Il faut se souvenir que la vente est un contrat synallagmatique et que l'obligation du vendeur, s'il transfère la propriété du bien vendu, doit avoir une contrepartie. Dès lors, si le prix est dérisoire ou symbolique, s'il n'est pas sérieux, vous disent les auteurs, la vente est nulle.

Il ne suffit pas que le prix soit insuffisant, il faut que le prix soit inexistant ou ridiculement bas.

Il faut à cet égard tout prendre en compte : le prix est l'obligation de payer une somme d'argent, vous disent les manuels. Mais ensuite, il convient de prendre en compte, au-delà de l'euro symbolique prévu par les parties, les autres engagements du cessionnaire, comme celui de tenir quitte le cédant de tel ou tel engagement, de garantie notamment, qu'il aurait pris lors de la cession.

De même, le jeu d'une garantie de passif peut conduire le cédant à verser à la société ou au cessionnaire beaucoup plus que le prix perçu. On parle parfois de « prix négatif ». La cession n'est pas nécessairement nulle pour autant.

54. Les parties ne sont pas les seules intéressées, l'acheteur n'étant pas la seule victime d'une sous-évaluation. Il y a aussi ce tiers qu'on oublie parfois, et qui s'appelle

l'administration fiscale, qui peut avoir son mot à dire...

55. La question du prix surévalué est assez proche.

L'acheteur peut considérer que le prix n'a pas de contrepartie, les droits qui lui sont transmis en échange ne valant rien, ou très peu.

56. Simplement, parce que nous sommes dans le domaine de la liberté contractuelle, les parties à une cession de parts sociales ou d'actions doivent être libres de déterminer le prix.

Pourtant, cette liberté fait l'objet d'attaques, venant des tribunaux. Ces attaques sont pour certaines anciennes, et pour d'autres inattendues, et aujourd'hui particulièrement sensibles, en ce qu'elles créent de graves incertitudes pour les parties et pour leurs conseils.

II - Les menaces pesant sur la liberté (ou l'invasion de l'institutionnel)

57. Ce qui rend le thème de cette conférence d'une actualité brûlante, ce sont bien évidemment les décisions rendues récemment par la Cour de cassation sur le fondement de l'article 1843-4 du code civil.

Je vais rappeler tout d'abord cette remise en cause de la liberté contractuelle des parties (A), avant de l'expliquer par ce que l'on peut appeler la tentation de l'institutionnalisation, l'utilisation de l'article 1843-4 n'étant pas la seule menace que les tribunaux font peser sur les clauses de prix (B).

A - Les effets de l'article 1843-4

1 - Le domaine d'intervention du texte

58. L'article 1843-4 du code civil, qui finit par être connu hors du droit des sociétés en raison du « bruit médiatique » qu'il génère, dispose en une seule longue phrase que « dans tous les cas où sont prévus la cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible ». L'article 1843-4 est issu de la loi du 4 janvier 1978 et il figure dans le chapitre édictant les dispositions applicables à toutes les sociétés.

59. L'application de ce texte suppose donc une « contestation » sur la valeur des droits sociaux concernés, une absence d'accord est-il

précisé par certains textes spéciaux prévoyant le recours à l'article 1843-4. Si les parties s'accordent sur une méthode qui permet de formuler une valeur à attribuer aux droits sociaux, le texte précité ne devrait donc pas trouver à s'appliquer, en l'absence de « contestation ».

60. L'article 1843-4 du code civil s'applique d'abord dans toute une série de cas dans lesquels une disposition, légale ou réglementaire, se réfère expressément à ce texte. Il en est ainsi, pour ne prendre que quelques exemples, du rachat des parts de l'associé de SARL et de celui des titres de capital ou des valeurs mobilières donnant accès au capital de la SA, lorsque le cessionnaire envisagé n'est pas agréé, rachats qui se trouvent placés sous l'empire de l'article 1843-4. C'est encore le cas du rachat des droits sociaux de l'associé ayant un intérêt à agir en nullité de la société ou d'actes ou délibérations postérieurs à sa constitution, nullité fondée sur un vice de consentement ou sur l'incapacité d'un associé. Le rachat peut être ordonné par le juge, la valeur des droits sociaux à rembourser étant, en cas de contestation, déterminée conformément à l'article 1843-4 (art. 1844-12 C. civ.). Ces situations sont identifiées précisément, la référence à l'article 1843-4 étant souvent formulée de manière impérative. Ainsi, lorsqu'un associé de société civile est frappé de différentes mesures (dont certaines sont surannées : déconfiture, faillite personnelle, liquidation de biens ou règlement judiciaire) et que la société n'est pas dissoute, l'article 1860 dispose qu'« il est procédé, dans les conditions énoncées à l'article 1843-4, au remboursement des droits sociaux de l'intéressé, lequel perdra alors la qualité d'associé ».

61. L'article L. 227-18 du code de commerce, relatif à la société par actions simplifiée, donne une valeur semble-t-il différente à l'article 1843-4 du code civil : lorsque la SAS met en œuvre une clause d'agrément ou d'exclusion, « si les statuts ne précisent pas les modalités du prix de cession des actions (...), ce prix est fixé par accord entre les parties ou, à défaut, déterminé dans les conditions prévues à l'article 1843-4 du code civil ». Dans cette hypothèse, l'article 1843-4 n'est donc appelé à jouer que si les statuts ne prévoient pas une méthode d'évaluation particulière et que les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord.

62. Parallèlement à ces textes spéciaux, l'article 1843-4 du code civil définit lui-même son champ d'application, et il le fait très largement : le texte s'applique en effet « dans tous les cas où sont prévus la cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la

société (...) en cas de contestation », rien de moins !

63. Les deux points sensibles du texte doivent être signalés.

Ces points sensibles tiennent à ce que l'article 1843-4 du code civil s'applique (i) « dans tous les cas où sont prévus » la cession ou le rachat des droits sociaux et (ii) « en cas de contestation ». La coexistence de ces conditions non définies est troublante, car on se demande comment la cession peut en même temps avoir été « prévue » et donner lieu à « contestation ».

64. Plusieurs auteurs suggèrent pertinemment d'opposer la cession « prévue » visée par le texte à la cession « convenue ». La cession serait prévue, selon François-Xavier Lucas, lorsque son éventualité a été envisagée par la loi ou par les statuts, mais que sa réalisation reste subordonnée à la réalisation d'un événement. Elle serait convenue lorsque l'associé s'est engagé à céder ses titres, dans un pacte ou autrement. Le prix convenu serait alors déterminé selon les prévisions contractuelles, lesquelles ne sauraient être déjouées par l'intervention d'un expert.

65. Ce serait donc la source de l'obligation de céder ses titres qui commanderait l'application de l'article 1843-4. Légale ou statutaire, l'obligation pourrait donner lieu, en cas de contestation, à l'intervention de l'expert. Contractuelle (et notamment contenue dans un pacte), l'obligation ne laisserait pas place à l'intervention de l'expert.

66. Si la lettre de l'article 1843-4 est incertaine, une partie de la doctrine avait proposé de restreindre son champ d'application aux seules cessions prévues par la loi. Les dispositions de l'article 1843-4 n'auraient donc pu s'appliquer « en dehors des hypothèses où la loi elle-même prévoit ou impose la cession des droits sociaux », selon Michel Jeantin. Des auteurs réduisent encore le champ d'application du texte, le réservant aux seuls cas où la loi prévoit une obligation d'achat des droits sociaux à la charge de la société ou des personnes choisies par elles et aux seuls désaccords entre associés. On ne peut cependant pas dire que ces thèses aient fait l'objet d'une véritable consécration jurisprudentielle.

67. La décision généralement citée au soutien de la thèse selon laquelle l'article 1843-4 ne s'appliquerait qu'aux cessions prévues par la loi est un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 26 novembre 1996 et publié au *Bulletin des arrêts* (n° 284). La Cour censure l'arrêt d'appel qui avait ordonné le rachat par un actionnaire des

titres d'un autre, au prix estimé par l'expert désigné par le tribunal, au motif que les juges du fond n'avaient pas constaté que les parties « qui ne se trouvaient pas dans un cas où est prévu la cession des droits sociaux d'un associé ou le rachat de ceux-ci par la société, avaient convenu de la vente des actions (...) au prix déterminé par un expert à désigner par le tribunal ». Une lecture attentive de l'arrêt fait cependant naître un doute. De ce que l'on comprend, deux frères, Jean et Alain Y., étaient actionnaires d'une SA, la société EAS, qui exploitait une concession automobile. Un conflit survint, qui vit Alain Y. prendre le contrôle et la direction d'une société concurrente. La société EAS assigna alors le « traître » « en paiement de dommages-intérêts sur le fondement d'une concurrence déloyale et pour demander que soit ordonné le rachat par M. Jean Y. des actions de la société EAS détenues par son frère ». La cour d'appel ordonna le rachat des actions au prix estimé par l'expert désigné par le tribunal, et son arrêt est censuré pour violation, entre autre, de l'article 1843-4. Mais il nous semble que ce n'est pas seulement l'accord sur la fixation du prix par l'expert, qui faisait défaut, mais également l'accord sur le principe même de la cession. La décision pourrait donc se lire davantage comme confortant le courant jurisprudentiel niant au juge le pouvoir d'ordonner le rachat forcé des droits sociaux d'un associé que comme précisant le champ d'application de l'article 1843-4.

68. À la lettre, l'article 1843-4 vise toute cession (mais uniquement les cessions, et non pas toutes les aliénations à titre onéreux, quelle qu'en soit la forme), sans en distinguer la source. Et c'est très largement que la jurisprudence en a fait application, comme on va le voir.

2 - L'application du texte par la jurisprudence

69. La jurisprudence a en réalité donné un très large champ d'application au texte.

70. Comme on l'a dit, une partie des auteurs pensait que ce n'était que les cessions prévues par la loi, voire par les statuts, qui étaient susceptibles de voir intervenir l'expert de l'article 1843-4. Là-dessus, ils ont été détrompés progressivement.

71. C'est d'abord l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 4 décembre 2007, l'arrêt *société Arues* (Bull. IV, n° 258), qui concernait une cession prévue par les statuts. Les statuts d'une société civile A précisait que seules pouvaient en être associées les personnes salariées d'une autre société B, remplissant certaines conditions

d'ancienneté et de catégorie professionnelle ; l'article 11 énonçait que les parts devaient être obligatoirement cédées lorsque l'associé ne remplissait plus les conditions précitées ; et l'article 12 prévoyait que chaque année la valeur nominale des parts serait déterminée par expert et qu'à défaut de contrepartie d'achat des parts d'un associé sortant, la société B s'engageait à les racheter à un prix calculé sur la base d'un certain taux appliqué au montant nominal. L'associé de la société A fut licencié par la société B, et il demanda à cette société de lui racheter ses parts A. Il ne donna pas suite à la proposition faite par B d'acquérir ses parts aux conditions prévues par l'article 12 des statuts de A, et c'est à la société A qu'il demanda alors le rachat de ses parts pour un certain montant. Celle-ci n'ayant pas accepté sa proposition, l'associé la poursuivit judiciairement en demandant l'autorisation de se retirer pour juste motif. C'est à cette occasion que la Cour de cassation a censuré, au visa de l'article 1843-4, l'arrêt d'appel selon lequel dès lors que l'associé était « *exclu en application des dispositions statutaires et que les statuts [comportaient] une clause d'évaluation des droits sociaux, ces règles statutaires [l'emportaient] sur l'article 1843-4 du code civil* ».

72. La cour d'appel de Versailles faisait résistance. Le 10 septembre 2009, elle jugeait que l'article 1843-4 est applicable « *lorsque la cession des parts sociales n'est pas spontanément voulue par les parties, mais se trouve imposée par des règles législatives, statutaires ou extrastatutaires* », mais pas « *en cas de promesse de vente librement consentie selon un prix déterminable sur des éléments objectifs* ». On peine cependant à comprendre comment une cession peut ne pas être voulue par les parties, mais être « imposée » par une « règle » extrastatutaire : si l'on entend par là un pacte d'actionnaires, celui-ci est jusqu'à nouvel ordre un contrat, et a donc été voulu par les parties. On pourrait opposer la cession « fraîchement consentie » à la promesse de longue date, et c'est peut-être en ce sens qu'il faut lire cet arrêt. L'ancienneté ne change cependant pas la nature juridique des actes considérés.

73. La Cour de cassation réitérait ensuite sa position par deux arrêts publiés au *Bulletin*.

74. D'abord, l'arrêt rendu le 24 novembre 2009 par la chambre commerciale de la Cour de cassation, et publié au *Bulletin*. La chambre commerciale de la Cour de cassation y approuve une cour d'appel d'avoir jugé que la demande de fixation du prix de parts de SARL à dire d'expert devait être rejetée, au motif que la clause de la promesse fixant le prix n'avait « *fait l'objet*

d'aucune contestation antérieure à la conclusion de la cession ». On comprend que toute promesse de cession de droits sociaux pourrait, tant que la cession n'a pas été réalisée, faire l'objet d'une « contestation », et donc d'une redistribution des cartes par l'expert de l'article 1843-4 du code civil. Ce ne serait que parce que l'option avait en l'espèce été levée avant toute contestation que le prix prévu par la promesse n'a pas été laissé à la détermination de l'expert.

75. Cette décision laisse songeur. Faut-il y voir un nouveau signe de la faiblesse des promesses unilatérales, qui pourraient être rétractées avant la levée de l'option sous peine de sanctions restreintes par la grâce de l'article 1142 du code civil, et dont la clause relative au prix pourrait être contestée et par conséquent réécrite par l'expert de l'article 1843-4, lorsque la cession porte sur des droits sociaux ?

76. J'avais écrit qu'il était à souhaiter que cette décision ne soit qu'un moment d'égarement de la Cour de cassation dans l'aventure de l'article 1843-4. Mais comme vous le savez, la Cour de cassation a très récemment parachevé son œuvre, le 4 décembre dernier.

77. Le salarié, directeur d'établissement d'une société anonyme d'expertise comptable et de commissariat aux comptes, avait signé une « charte des associés », autrement dit un pacte d'actionnaires, comportant la promesse de revendre ses actions aux membres du conseil d'administration ou à la personne qu'ils choisiraient de se substituer, en cas de départ de la société, c'est-à-dire lorsque le salarié aurait perdu cette qualité. L'arrêt commenté indique que « *la charte prévoyait une méthode de calcul du prix de cession de l'action* ». Le salarié démissionnait de la société, mais refusait de céder ses titres au prix proposé de 190.000 euros environ, dont on doit supposer qu'il était celui résultant de l'application de la charte. L'ex-salarié mais toujours actionnaire faisait alors l'objet d'une assignation visant à obtenir qu'il cède ses titres au prix indiqué. La décision rendue en première instance devait débouter les demandeurs, et retenir une valorisation des titres litigieux à 400.000 euros, selon le montant retenu par un expert désigné par les juges. La cour d'appel saisie ensuite rendait cependant un arrêt infirmatif et ordonnait la cession au premier prix, au motif que les parties n'avaient pas convenu de la possible intervention de l'expert. L'ex-salarié formait alors un pourvoi en cassation, fondé à la fois sur des dispositions relatives au plan d'épargne d'entreprise, ce qui ne le mène à rien, et sur la violation de l'article 1843-4 du code civil. Son pourvoi est accueilli sur ce dernier point, puisque l'arrêt d'appel est

censuré pour avoir violé ce texte par refus d'application. Le refus de faire intervenir l'expert motif pris de l'absence d'accord des parties sur le recours à ce tiers constitue selon la Cour de cassation une violation de l'article 1843-4 par refus d'application. En censurant l'arrêt d'appel, la Cour de cassation dit clairement ce que l'on savait en réalité déjà : tout accord définissant la valeur ou une méthode de valorisation de droits sociaux peut être remis en cause, tant que la cession n'est pas intervenue.

78. Cet arrêt a surpris, et certains commentateurs ont réagi, en disant que la charte n'était pas une situation contractuelle, et que les clauses de prix prévues dans les promesses seraient encore à l'abri...

79. Il faut ajouter à cela que lorsque l'expert de l'article 1843-4 intervient, il n'est aucunement lié par les prévisions des parties, comme l'avait retenu un autre arrêt de la Cour de cassation en date du 5 mai 2009.

80. La notion de « contestation », visée par l'article 1843-4, est tout de même intrigante. Si les parties, que la cession soit prévue par les statuts, par la loi, par un pacte ou par une promesse, ont prévu une méthode de valorisation, le texte doit-il s'appliquer ? Ou bien la contestation est-elle exclue si les parties se sont mises d'accord sur un prix ?

81. On peut concevoir la « contestation » comme la situation où les parties ont prévu une méthode d'évaluation, dans les statuts par exemple, méthode qui donne lieu à une contestation sur le prix auquel on aboutit. C'est fréquemment le cas en pratique, dès lors que les clauses d'évaluation sont souvent rédigées dans des conditions de recherche d'un compromis acceptable par les différentes parties, l'ambiguïté dans la rédaction de la clause pouvant alors être le prix à payer pour parvenir à un accord. Conséquence : au moment de la mise en œuvre de la clause, les difficultés d'interprétation qu'elle suscite apparaîtront, et donc de possibles « contestations ». Cette interprétation, sociologiquement pertinente, a cependant contre elle d'encourager les parties, qui souhaitent se délier d'une méthode d'évaluation à laquelle elles ont consenti, à faire naître des « contestations » artificielles.

82. On peut alternativement voir la « contestation » comme la situation où est prévu le seul principe d'une cession et où les parties ne sont pas d'accord sur le prix. Cette lecture imposerait d'exclure du champ d'application de l'article 1843-4 les cessions et promesses de cessions reposant sur une base contractuelle.

83. La présence d'une clause de valorisation doit exclure, nous semble-t-il, la contestation. Certes, l'une ou l'autre des parties pourrait « contester » la valeur à laquelle aboutit la méthode d'évaluation retenue, mais elles sont liées par cette méthode, et l'on ne saurait remettre en cause leur accord sur le fondement de l'article 1843-4. Ce texte est de ce point de vue moins clair que certaines des dispositions spéciales qui précisent expressément que l'expertise est requise « à défaut d'accord entre les parties » (V. ainsi art. L. 214-65, al. 3 C. mon. fin. relatif aux conséquences du refus d'agrément en cas de cession de parts de SCPI).

84. La contestation doit donc être entendue comme le défaut d'accord total et non comme la contestation par une partie d'un accord sur la détermination du prix de cession conclu antérieurement. Si les parties se sont entendues sur une méthode de valorisation de leurs droits, y compris par le recours au tiers de l'article 1592 du code civil, cette méthode de valorisation ne devrait pas laisser place à l'intervention de l'expert de l'article 1843-4, sauf à ce que :

- la méthode retenue soit inapplicable pour des raisons techniques ;

- la clause de valorisation soit remise en cause par l'une des parties, sur le fondement du dol ou de l'absence d'objet de l'obligation de payer le prix, du fait d'une valorisation dérisoire, notamment ;

- un texte ou la convention des parties écarte expressément la méthode de valorisation retenue.

Encore faudrait-il en toute hypothèse que l'on soit dans l'hypothèse d'une cession entrant dans le champ d'application de l'article 1843-4, c'est-à-dire d'une cession prévue par la loi ou par les statuts.

85. Pourtant, l'application de l'article 1843-4 du code civil est synonyme d'anéantissement des méthodes d'évaluation que les parties avaient pu prévoir, ce qui a provoqué une réaction vive d'une partie de la doctrine. C'est le cas dans l'arrêt du 5 mai 2009, qui dit que l'expert doit écarter toute instruction des parties. C'est le cas dans l'arrêt du 24 novembre 2009, où les parties avaient prévu un mode de fixation du prix. C'est le cas dans l'arrêt du 4 décembre 2012.

86. Mais c'est bien là le jeu normal de l'application de l'article 1843-4 qui prévoit qu'en cas de contestation sur la valeur de droits sociaux, « la valeur de ces droits est déterminée (...) par un expert... », et donc pas par les parties ! J'avais suggéré un ajout au texte, qui

consisterait à préciser que le texte s'applique « *en cas de désaccord des parties sur la valeur* » et non en cas de « contestation », terme par trop ambigu. Très modestement, je crois avoir été lu par la Cour de cassation, puisqu'elle cite maintenant le texte en remplaçant les mots « *en cas de contestation* » par les mots « *en cas de désaccord* ». Sauf que sa lecture du désaccord n'a pas bougé, comme on le voit dans l'arrêt du 4 décembre 2012. Les parties avaient fixé un mode de détermination de la valeur des titres, et l'une des parties n'est plus d'accord. Il y a donc désaccord !

87. On a dit et redit que ce texte était d'ordre public. Mais l'existence d'un accord des parties sur la valorisation de leurs droits sociaux est de nature à empêcher que les conditions d'application de l'article 1843-4 soient réunies. Si le texte n'est pas en mesure de s'appliquer, son caractère d'ordre public est indifférent.

88. On conclura en évoquant une interrogation troublante que fait naître l'article 1843-4. Lorsque ce texte intervient, c'est un expert qui procède à la fixation de la « valeur » des parts sociales ou des actions cédées ou rachetées. On aura bien compris que le texte est d'ordre public et que, lorsqu'il s'applique, les prévisions des parties s'effacent, sauf à ce que l'expert choisisse de s'y référer. Mais les parties doivent encore être libres, si elles ne peuvent définir la manière dont l'expert établit la valeur de leurs droits sociaux, d'influer sur... le prix (certains textes spéciaux, par exemple les articles L. 223-14 et L. 228-24 du code de commerce renvoyant à l'article 1843-4 visent toutefois le prix, et non la valeur des droits sociaux ; ces textes disposent toutefois que le prix des droits sociaux est « *fixé dans les conditions prévues à l'article 1843-4 du code civil* », ce que l'on peut comprendre comme ne donnant à l'expert pouvoir que pour statuer sur la valeur, ainsi que le prévoit l'article 1843-4). Certes, les parties ne peuvent lier l'expert de l'article 1843-4 par une clause indiquant la manière dont il doit procéder lorsqu'il détermine la valeur des parts ou des actions devant être cédées ou rachetées. De ce fait, les parties qui voudraient, par exemple, inciter les associés à se maintenir dans la société ne pourront pas stipuler qu'avant l'expiration d'un délai de détention de cinq ans, la valeur des droits sociaux s'appréciera exclusivement en prenant en compte le chiffre d'affaires de la société dans une région déterminée, mais que passé ce délai, sera pris en compte le chiffre d'affaires national, par exemple. Du moins, l'expert ne serait pas tenu par une telle stipulation. Il doit en revanche être possible aux

statuts de prévoir que la valeur des droits sociaux ayant été déterminée par l'expert, le prix de cession ou de rachat de ces droits se verra appliquer une décote de 25% lorsque la cession interviendra avant l'expiration d'un délai déterminé. Les rédacteurs de statuts pourraient-ils retrouver dans des clauses relatives au prix un pouvoir qu'ils n'ont pas au regard de la valeur ?

89. L'article 1843-4 du code civil n'a en tous les cas pas fini de provoquer le trouble, puisque c'est désormais à la question de l'erreur grossière commise par l'expert, retenue largement par la Cour de cassation lorsqu'elle considère que l'expert ne s'est pas placé à la bonne date, que le débat a été étendu. On sait qu'un arrêt de la Cour de cassation a jugé le 4 mai 2010 qu'en cas d'exercice du droit de retrait, l'évaluation des droits sociaux doit être déterminée à la date la plus proche de celle du remboursement de la valeur des droits sociaux. Dans le même temps, le juge ne peut dire à l'expert à quelle date il doit procéder, puisque l'expert est libre. Et si l'expert dit qu'il suit l'indication du juge, il commet une erreur grossière, selon un arrêt du 3 mai 2012 ! Un arrêt du 15 janvier 2013, destiné à publication au *Bulletin*, est venu juger qu'une cour d'appel avait exactement déduit que l'expert avait commis une erreur grossière en évaluant les parts sociales de l'associé retrayant d'une société civile à la date de l'arrêt ayant autorisé le retrait, alors que la valeur des droits sociaux de l'associé qui se retire doit être déterminée à la date la plus proche de celle du remboursement de la valeur de ces droits.

B - La tentation de l'institutionnalisation

90. Pour poursuivre sur les menaces qui pèsent sur la liberté en matière de détermination du prix de cession de droits sociaux, je crois qu'il est utile de rappeler que la dérive de la recherche judiciaire du « juste prix » (1), que nous voyons actuellement avec l'article 1843-4, n'est en réalité pas nouvelle (2).

1 - La dérive de la recherche judiciaire du « juste prix »

91. Il me semble que la jurisprudence se trompe en faisant application de l'article 1843-4 à des situations purement contractuelles. Ce texte est là pour résoudre des situations de blocage dans le fonctionnement des mécanismes de la société, ou du moins de mécanismes sociétaires : agrément, exclusion, retrait. On ne peut s'en servir pour venir remettre en cause des promesses de cession.

92. L'étape suivante, sinon, c'est que l'on va aller chercher des cessions déjà réalisées en se demandant si le prix était juste. Après tout, pourquoi ne pas protéger aussi celui qui a cédé ses droits sociaux, puisque l'on protège celui qui *doit* céder ses droits ?

2 - Une dérive qui n'est pas nouvelle

93. En réalité, la dérive judiciaire à laquelle nous assistons sur l'article 1843-4 n'est pas la première manifestation de l'application de mécanismes de contrôle empruntant à l'aspect institutionnel de la société à des relations entre actionnaires qui relèvent d'une nature purement contractuelle.

94. Les tribunaux ont en effet déjà fait application de cette approche à propos de la prohibition des clauses léonines prévue par l'article 1844-1 du code civil.

95. Pour rappel, la Cour de cassation a au cours des trente dernières années subordonné la validité des clauses de prix fixe ou de prix minimum dans les promesses d'achat entre associés aux critères suivants :

- localisation de la clause dans un acte distinct des statuts ;
- reconnaissance d'un objet distinct de celui du contrat de société, critère que l'on retrouve aussi sous la forme d'une constatation de ce que la clause litigieuse avait pour but d'assurer l'équilibre de l'ensemble des conventions entre les parties ;
- stipulation de promesses croisées d'achat et de vente consenties en termes identiques ;
- qualité de « bailleur de fonds » du bénéficiaire de la promesse ;
- subsistance d'un aléa du fait de la possibilité limitée dans le temps d'invocation de la promesse.

96. On sait l'insécurité que cela emporte. Les parties doivent rester libres de déterminer le prix de cession de leurs droits sociaux, comme elles le feraient de tout autre bien. C'est une manifestation de la liberté contractuelle. Le fait que le juge souhaite modifier les accords des parties concernant le prix de cession de parts ou d'actions est une menace pour la sécurité juridique, d'autant plus difficile à contrer qu'elle se fonde sur des règles institutionnelles du droit des sociétés, comme la prohibition des clauses léonines ou l'interdiction de spolier un associé qui quitte la société, au nom de l'égalité entre associés, argument entendu pour justifier les solutions actuellement bâties sur l'article 1843-4.

97. Disons, en conclusion, que le principe doit être la liberté ; la liberté assortie de correctifs, sans doute, mais la liberté quand même !