DROIT DES SOCIÉTÉS

L'EXPERTISE DE PRIX 1843-4 ENFIN RÉHABILITÉE, UNE VICTOIRE PRESQUE PARFAITE

La réforme de l'article 1843-4 relative à l'expertise de prix en matière de vente de droits sociaux restitue à l'accord des parties toute sa force contraignante en matière de prix de vente. Elle ne parvient cependant pas à dessiner clairement le périmètre d'application de l'article 1843-4 du Code civil, notamment eu égard au mécanisme concurrent d'expertise de prix posé par l'article 1592 du même code.

L'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014 réforme plusieurs pierres angulaires de notre droit des sociétés, parmi lesquelles le régime du recours à l'expertise prévue par l'article 1843-4 du Code civil en cas de désaccord concernant le prix entre un vendeur et un acquéreur de droits sociaux (actions ou parts sociales). À cet égard, l'objectif du législateur, en habilitant le Gouvernement à réformer le texte, était clair : restaurer la sécurité des cessions de titres en redéfinissant les conditions d'intervention de l'expert en cas de désaccord entre les parties.

L'ordonnance remanie en profondeur le texte de l'article 1843-4 (1) du Code civil : elle uniformise le régime de l'expertise de prix en imposant à l'expert le respect de l'accord des parties sur les modalités de prix dans deux typologies de situation (2), à savoir les cas de cession prévus par des textes de loi renvoyant expressément à l'article 1843-4 et les cas de cession de titres prévus par les statuts. Le besoin impérieux de modifier cet article était apparu incontournable depuis un arrêt de la Cour de cassation du 4 décembre 2012 (3). Ce dernier avait été très critiqué par les commentateurs et autres professionnels du droit, en ce qu'il permettait à l'expert tenu de trancher un différend relatif au prix de vente de droits sociaux, de s'affranchir complètement des modalités de calcul du prix prévues conventionnellement par les parties, dans le cas d'espèce dans une charte d'actionnaires complétant les statuts d'une société anonyme d'expertise comptable.

Cette décision constituait une nouvelle dérive de la jurisprudence de la Cour de cassation amorcée en 2007 et qui avait conféré, à l'expert désigné sur le fondement de cet article, un pouvoir souverain de détermination du prix sans considération des modalités de calcul du prix convenues par les parties : tout d'abord, s'agissant de cas de cession prévus par les statuts par renvoi impératif de la loi puis étendu aux cas où la vente résultait librement des statuts sans référence à la loi pour finalement être appliqué aux cas de simples accords contractuels sans lien avec les statuts (4).

Ces évolutions jurisprudentielles, marquées par des attendus liminaires et ambivalents, ont donné cours aux commentaires et interprétations les plus byzantins (5) sur la liberté d'écarter l'accord des parties selon que le prix est contesté avant ou après la levée de l'option et ce, au mépris de principes fondateurs de notre droit : d'une part, la force obligatoire des contrats pour les parties et, d'autre part, le recours à l'expertise pour rétablir un élément de validité de la vente, le prix. Les règles du jeu étaient peu à peu devenues illisibles et l'insécurité juridique qui en résultait mettait en péril une partie essentielle du droit français des affaires.

Le régulateur a mis un terme aux déviances jurisprudentielles et a donné un cadre légal qui ramène l'expertise de prix à ses fondamentaux.

Les apports de cette réforme sont remarquables. Désormais, les risques induits par la jurisprudence (6) développée depuis 2007 sont officiellement écartés. Le régime et le champ d'application de l'article 1843-4 sont profondément modifiés et redonnent toute sa force à la convention des parties. Pour autant, la lettre du texte comporte

(1) Nouvel article 1843-4 : « I. Dans les cas où la loi renvoie au présent article pour fixer les conditions de prix d'une 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'expert ainsi désigné est tenu d'appliquer, lorsqu'elles existent, les règles et modalités de détermination de la valeur prévues par les statuts de la société ou par toute convention liant les parties. II. Dans les cas où les statuts prévoient la cession des droits sociaux d'un associé ou le rachat de ces droits par la société sans que leur valeur soit ni déterminée ni déterminable, celle-ci est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné dans les conditions du premier alinéa. L'expert ainsi désigné est tenu d'appliquer, lorsqu'elles existent, les règles et modalités de détermination de la valeur prévues par toute convention liant les parties ».

(2) Visés au premier alinéa du I et du II du nouvel article 1843-4.

(3) Cass. com., 4 déc. 2012, n° 10-16280 - Cass. com., 24 nov. 2009, n° 08-21369 : Bull. civ. IV, n° 223 ; BJS 2013, p. 101, n° 62, obs. J. Barbieri ; BRDA 1/2013, inf. 1 ; JCP E 2013, 1000, obs. B. Dondero ; RTD com. 2012, p. 805, obs. A. Constantin ; D. 2013, p. 147, obs. A. Lienhard ; Dr. sociétés 2013, p. 147, comm. 41, note R. Mortier ; F.-X. Lucas, « Extension aux promesses de cession de titres du recours forcé à l'expertise pour la détermination du prix » : BJS 2013, p. 230 ; A. Gaudemet, « La controverse sur le domaine d'application de l'article 1843-4 du Code civil : état actuel et perspectives de dépassement » : BJS 2013, p. 521.

(4) Notamment Cass. com., 4 déc. 2007, n° 06-13912 : BJS 2008, § 49, p. 216, obs. F.-X. Lucas ; R. Dammann et S. Périnol, « L'article 1843-4 du Code civil prévoyant une valorisation des droits sociaux par un expert est-il applicable aux pactes extra-statutaires ? » : BJS 2008, 844 ; D. 2008, obs. A. Lienhard ; Dr. sociétés 2008, comm. 23, note R. Mortier - Cass. com., 5 mai 2009, n° 08-17465 : JCP E 2009, 1767, n° 1, obs. F. Deboissy et G. Wicker ; JCP E 2009, 1632, note R. Mortier ; D. 2009, p. 1349, obs. A. Lienhard et p. 2195, note B. Dondero ; BJS 2009, p. 529, obs. F.-X. Lucas et p. 728, note A. Couret ; Dr. sociétés 2009, comm. 114, note R. Mortier ; RJDA 8-9/2009, n° 051 ; J. Mestre : RLDA juill. 2009, p. 10 ; J. Moury : Rev. sociétés 2009, p. 503 ; H. Le Nabasque : BJS 2009, p. 1018 ; J. Moury : D. 2011 - Cass. com., 24 nov. 2009, n° 08-21369 : JCP E 2010, 1146 ; D. 2009, p. 2924, obs. A. Lienhard ; Dr. sociétés 2010, 21, note M.-L. Coquelet ; Rev. sociétés 2010, p. 2, note J. Moury ; BJS 2010, p. 318, note P. Le Cannu et H. Mathez - Cass. com., 12 févr. 2013, n° 11-27521, Sté STDE : BJS, p. 388, B. Dondero.

(5) JCP E 2008, n°s 31-34, p. 32-35, note C. Grimaldi et P. Netto ; JCP E 2008, n° 5, p. 39-41, note H. Hovasse ; RTD com. 2008, n° 3, p. 615, note B. Bouloc ; J. Moury, « La liberté du tiers estimateur de l'article 1843-4 du Code civil en dépit de la présence d'une clause statutaire d'évaluation des droits sociaux » : Rev. sociétés 2008, n° 2, p. 341-347 ; H. Croze, « Portée d'une clause d'évaluation des droits sociaux » : Procédures 2008, n° 4, p. 19-20 ; P. Netto et J.-C. Dubarry, Capital finance 26 janv. 2009, n° 914, avis d'expert p. 8 ; D. 2009, n° 32, p. 2170-2171.

(6) Cass. com., 11 mars 2014, n° 10-16280, obs. A. Couret ; JCP E 27 mars 2014, n° 13, p. 33, obs. B. Dondero ; D. 27 mars 2014, n° 12, § 759 ; BJS juin 2014, p. 360, P. Le Cannu ; RLDA juin 2014, n° 94, M. Caffin-Moi ; JOS mai 2014, n° 119, p. 33, J.-C. Duhamel.

quelques zones d'ombre. Une lecture conforme à l'intention du législateur devrait cependant permettre, espérons-le, d'éviter de nouvelles interprétations déviantes des praticiens et des juges.

I. Les apports de la réforme : un champ d'application d'ordre public clarifié et la prévalence réaffirmée de la convention des parties

Le débat qui a opposé les acteurs du monde de l'économie et leurs conseils aux magistrats portait à titre principal sur l'obligation pour l'expert désigné sur le fondement de l'article 1843-4 d'appliquer l'accord des parties sur les modalités de calcul du prix. En effet, les exigences d'appréciation de la juste valeur de participations (non cotées), conduisent le plus souvent, en dehors des marchés de capitaux, à convenir non d'un prix fixe, mais d'une méthode de calcul du prix de cession d'une participation pour l'appliquer à une date donnée, la plus proche possible de la date du transfert de propriété. En cas de désaccord entre les parties au moment de l'application de cette méthode, l'engagement de vente et/ou d'achat existe de sorte que la question de l'application ou non de la formule convenue par l'expert saisi est cruciale.

À l'origine, le texte de l'article 1843-4 du Code civil, issu d'une loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 (7), n'avait vocation à imposer le recours au tiers expert pour fixer le prix que dans les hypothèses de cession prévues impérativement par la loi. Simplement, la lettre du texte n'était pas aussi précise puisqu'elle évoquait : « Dans tous les cas où sont prévus la cession de droits sociaux (...) ou le rachat » sans faire référence explicitement aux hypothèses prévues par la loi.

Aussi la pratique (suivi dans un premier temps par la jurisprudence) a-t-elle pu consacrer la possibilité de se soumettre volontairement à l'expert de l'article 1843-4 dans les statuts ou dans une convention extra-statutaire (8). Les déviances jurisprudentielles, amorcées en 2007, ont rapidement mis un terme à ces pratiques jusqu'à conduire à bannir l'article 1843-4 dans les conventions de toutes sortes, statutaires (hors le port-franc de la SAS) et extra-statutaires (contrats de cession, pactes d'associés, promesses...).

Le nouveau texte de l'article 1843-4 clarifie le champ d'intervention de l'expert de prix en distinguant désormais deux situations générales.

La première situation (alinéa 1er du I du nouvel article) correspond aux cas de cession ou de rachat de droits sociaux pour lesquels la loi renvoie expressément à l'article 1843-4. Il s'agit de tous les textes qui conféraient à l'origine à l'article 1843-4 son caractère d'ordre public (refus d'agrément du cessionnaire, exclusion, continuation de la société entre associés survivants ou avec un héritier conjoint, retrait d'un associé, etc.) (9).

La seconde situation (alinéa 1er du II du texte) vise les clauses statutaires qui se réfèrent à des cas d'expertise de prix non prévus par la loi, dans lesquelles le prix n'est ni déterminé ni déterminable. Autrement dit, les parties peuvent ne pas avoir stipulé le moindre prix ou bien avoir stipulé une méthode de calcul défectueuse, et alors l'article 1843-4 est automatiquement applicable et son caractère d'ordre public clairement réaffirmé.

L'intention du législateur de couvrir ainsi le risque de nullité pour indétermination du prix de ces clauses est claire. Dans ces situations, même sans aucun prix et même sans référence à l'article 1843-4, l'une des parties, en cas de contestation, pourra demander la désignation d'un expert sur le fondement de l'article 1843-4, là où précédemment seule une nouvelle volonté de l'ensemble des parties permettait de pallier le défaut de la convention initiale pour la fixation du prix. On ne peut que se féliciter de ce retour du législateur à la règle de la déterminabilité du prix dans la formation de la vente qui semblait avoir disparu des préoccupations du juge dans ses tentatives d'interprétation extensive de la lettre de l'article 1843-4 du Code civil.

Le second apport majeur du nouveau texte de l'article 1843-4 du Code civil réside dans l'affirmation pour la première fois du caractère impératif de la convention des parties quant aux principes et modalités qu'elle définit pour la détermination du prix par l'expert. L'innovation est d'autant plus spectaculaire qu'elle laisse aux parties intéressées, dans les deux situations précitées d'intervention de l'expert — et notamment les cas de renvoi impératif de la loi — la possibilité d'aménager, par une convention privée, les conditions et modalités de détermination du prix d'une vente ou d'un rachat, dont l'existence même résulte d'une clause statutaire ou d'un mécanisme légal. La force obligatoire de la volonté initiale des parties est ainsi pleinement restaurée, redonnant tout son sens à l'article 1134 du Code civil dans les cas visés par l'article 1843-4.

Ainsi, à l'opposé des dérives de la jurisprudence rappelées précédemment, lorsque les parties ont prévu d'organiser les conditions de l'intervention de l'expert, l'une d'entre elles ne peut seule les remettre en cause ultérieurement, le juge pas davantage et les experts seront tenus de respecter l'accord des parties. Le moment de la levée d'option (dès lors qu'elle est statutaire) n'apparaît plus l'enjeu du droit de recourir à l'expert, sauf convention particulière des parties.

L'article 1843-4 règle tout à la fois la question de son périmètre d'application, de son régime et des conditions d'intervention de l'expert. Toute la construction jurisprudentielle bâtie sur le fondement de sa rédaction floue antérieurement à cette réforme est donc désormais purement et simplement caduque.

(7) Parue in JO 5 janv. 1978, p. 00179.

(8) Cass. com., 26 nov. 1996, n° 94-15403 - Cass. com., 8 mars 2005 : Bull. civ. IV, n° 47 ; BJS 2005, p. 995, § 237, note P. Le Cannu ; D. 2005, AJ, p. 839, obs. A. Lienhard ; Rev. proc. coll. 2005, p. 229, note M.-P. Dumont ; Act. proc. coll. 2005, n° 87 ; Rev. sociétés 2005, p. 618, obs. D. Randoux ; RDC 2006, p. 449, obs. F.-X. Lucas.

(9) 54 textes législatifs ou réglementaires, dont 37 textes codifiés, dont 20 articles du Code de commerce, 4 articles du Code civil, 2 articles du Code de propriété intellectuelle, 4 articles du Code rural et de la pêche maritime, 5 articles du Code de la santé publique et 1 article du Code monétaire et financier.

II. Les zones d'incertitude persistantes concernant le champ d'application des expertises de prix (1843-4 *vs* 1592)

Les cas où la loi renvoie expressément à l'article 1843-4 du Code civil visés au I de cet article sont aisément identifiables (10) et concernent le plus souvent un mécanisme d'agrément, de retrait ou d'exclusion. En revanche, le périmètre d'application du nouveau II de l'article 1843-4 est d'appréhension plus complexe. Il s'agira le plus souvent de clauses statutaires de préemption, de droit ou d'obligation de sortie conjointe (11) ou de promesses de vente ou d'achat. La difficulté tient au fait que le texte subordonne l'application de l'article 1843-4 aux clauses de cession de titres dont la valeur (il faut comprendre le prix) n'est ni déterminée ni déterminable. Autant l'absence de détermination est logique car le désaccord entre les parties n'a d'autre issue que l'arbitrage d'un tiers, autant l'absence de déterminabilité est surprenante. En effet, dans nombre de cas, l'accord portant cession contient une formule de prix qui, dans la tradition civiliste, conduit à considérer que le prix est déterminable (mais non déterminé). C'est alors le désaccord entre les parties sur l'application de la formule qui va requérir l'intervention d'un tiers expert. Mais, dans la rédaction nouvelle de l'article 1843-4, on doit comprendre à notre avis que le recours à l'expert ne s'impose pas dans les cas où l'accord contesté contient une formule de calcul qui rend le prix déterminable, selon une formule valable *a priori*, alors même qu'il y a contestation sur son application. Le second alinéa du II précise même que l'expert saisi est tenu d'appliquer « lorsqu'elles existent, les règles et modalités de détermination de la valeur prévues par toute convention liant les parties ».

Il faut, à notre avis, en déduire que l'accord, objet de la contestation, peut contenir une formule qui rend le prix déterminable en droit commun de la vente. Si cette formule est contenue dans les statuts, le prix est déterminable au sens de l'article 1843-4 II et le recours à l'expertise de prix de l'article 1843-4 ne sera pas possible, sauf peut-être à avoir été prévu dans les statuts concernés. À l'inverse, si la formule est convenue hors les statuts, on pourrait penser que le prix n'est pas déterminable au sens de l'article 1843-4 II et que l'expert, éventuellement saisi, doit statuer sur le fondement de l'article 1843-4 en appliquant les modalités de calcul extra-statutairement convenues. Cela signifierait aussi que, dans les cas où la formule statutaire ne rend finalement pas le prix déterminable (en raison d'une défectuosité ou d'une imprécision dans la rédaction par exemple), l'article 1843-4 s'appliquerait de plein droit, le cas échéant au détriment de tout autre mécanisme contractuellement prévu. Rappelons que l'article 1591 du Code civil exige (en matière de vente en général en ce compris la vente de droits sociaux) un prix déterminé, que le droit positif étend de manière constante au prix déterminable (12). Ainsi, l'expertise de prix de l'article 1843-4 ne s'appliquerait de plein droit qu'aux cas dans lesquels les parties ont échoué à rendre statutairement le prix effectivement déterminable. La vente convenue encourrait alors un risque d'annulation pour indétermination du prix sur le fondement de l'article 1591 précité. L'article 1843-4 viendrait alors sauver l'accord si l'une des parties ou l'une d'entre elles le souhaite.

Cette interprétation est cohérente avec les termes mêmes du rapport au président de la République relatif à l'ordonnance. En revanche, l'ordonnance et ledit rapport n'apportent aucune réponse quant à la possibilité de se soumettre contractuellement à l'article 1843-4 en dehors de ses cas d'application impérative (indétermination ou indéterminabilité). La nouvelle rédaction amène ainsi à notre sens de nouvelles interrogations sur les futures expertises de prix en présence d'une formule de prix statutaire ou conventionnelle pouvant rendre le prix déterminable. En cas de désaccord sur l'application de la formule, le caractère effectivement indéterminable du prix pourrait alors participer du débat entre les parties. Dans une première hypothèse d'application par un expert d'une clause contenant une formule, désigné en application de l'article 1592 du Code civil selon la commune volonté des parties, l'expert pourrait devoir caractériser sa propre inaptitude à trancher le différend, si la formule s'avérait inopérante par exemple. Dans une seconde hypothèse, si la formule de prix est uniquement extra-statutaire, comment justifier tout d'abord de l'écarter pour apprécier l'indéterminabilité du prix fondant la compétence de l'expert de l'article 1843-4 pour ensuite exiger son application dans le calcul du prix ? Ces ambiguïtés nous semblent regrettables, compte tenu des apports de l'ordonnance. Alors que la concurrence entre ces deux mécanismes d'expertise ne contient plus d'enjeu, elle pourrait néanmoins faire le jeu d'abus ou à tout le moins d'actions dilatoires. Gageons cependant que les praticiens sauront œuvrer pour contourner ses interrogations dans la rédaction des statuts et des actes et que les juges apporteront sur ce sujet un éclairage favorable à la bonne exécution des conventions en autorisant le recours à l'expert de l'article 1843-4 quelle que soit la situation.

Stéphanie ROY et Gilles GAILLARD
Avocats associés, de Gaulle Fleurance et associés (*)

---

(10) V. supra *note 9.*

(11) Tag along *ou* drag along.

(12) Cass. 3e civ., 26 sept. 2007 : Bull. civ. III, n° 202 ; Defrénois 2007, 1725, obs. R. Libchaber – Cass. com., 7 avr. 2009 : D. 2009 ; AJ 1138 ; RLDC 2009/61, n° 3450, obs. M. Maugeri ; Dr. et patr. juill. 2009, p. 89, obs. L. Aynès et P. Stoffel-Munck ; RTD civ. 2009, 321, obs. B. Fages – Cass. com., 8 avr. 2008 : Bull. civ. IV, n° 84 ; D. 2008, AJ 1203, obs. X. Delpech, ibid. 2009, pan. 323, obs. E. Lamazerolles ; RLDC 2008/50, n° 3010, obs. C. Le Gallou ; RTD civ. 2008, 475, obs. B. Fages.

(*) Les auteurs ont pris part à la commission mise en place par l'AFIC (Association française des investisseurs pour la croissance) pour sensibiliser la Chancellerie sur la nécessité de réformer l'article 1843-4 du Code civil afin de mettre un terme aux dérives de la jurisprudence et restaurer la sécurité des transferts de titres. Cette commission de l'AFIC a été ensuite consultée aux côtés de l'ANSA (Association nationale des sociétés par actions) sur le projet de l'ordonnance et plus particulièrement sur le projet de modification de l'article 1843-4 du Code civil.