



COLLOQUE DU 4 MARS 2016

Section Bordeaux-Pau

AU POLE JURIDIQUE ET JUDICIAIRE DE L'UNIVERSITE DE BORDEAUX

La section Bordeaux-Pau de la Compagnie Nationale des Experts-Comptables de Justice

L'article 1843-4 du Code civil : difficultés d'application

Vendredi 4 mars 2016 > 15h à 19h30

Conférence exceptionnelle

Pôle juridique et judiciaire, amphi Duguit, Bordeaux



Dans le cadre de son assemblée générale annuelle, la section Bordeaux-Pau a organisé un colloque sur le thème « **l'article 1843-4 : difficultés d'application** » dans les locaux du Pôle Juridique et Judiciaire de l'UNIVERSITE DE BORDEAUX Place Pey Berland.

L'amphithéâtre Duguit a permis d'accueillir près de 200 participants, magistrats, avocats, experts, universitaires et étudiants.

Après les mots introductifs du président de la section, de Madame Laura SAUTONIE-LAGUIONIE, Vice-doyen de la Faculté de droit et science politique et de Monsieur Jacques HORRENBERGER, Bâtonnier de l'Ordre des avocats de Bordeaux, la conférence avait pour objectif de situer la mission de l'expert désigné dans le cadre de l'article 1843-4 du Code civil après la publication de l'Ordonnance du 31 juillet 2014.

Le colloque a permis d'entendre successivement les intervenants suivants :

Monsieur Daniel TRICOT, président honoraire de la chambre commerciale de la Cour de cassation. Ses propos ont permis de revisiter les textes et d'évoquer une réécriture idéale de l'article 1843-4.

Monsieur Dominique FERRIERE, premier président de la Cour d'appel de Bordeaux et Monsieur Robert CHELLE, président de la chambre commerciale de la Cour d'appel ont traité des aspects de procédure et notamment du rôle du juge et des limites de son intervention.

Monsieur Dominique LENCOU, expert près la Cour d'appel de Bordeaux, agréé par la Cour de cassation, a développé la conduite de la mission et l'importance de la lettre de mission.

Monsieur Jacques MARTIN, expert près la Cour d'appel de Bordeaux, est intervenu pour évoquer les principales erreurs à ne pas commettre en matière d'évaluation d'entreprise. Les travaux réalisés par la CCEF (Compagnie des Conseils et Experts Financiers) ont servi de base pour cette intervention.

Monsieur le professeur d'université Ronan RAFFRAY a ensuite abordé les difficultés rencontrées par les experts dans leurs missions en fonction de la rédaction des clauses statutaires ou extrastatutaires relatives aux méthodes d'évaluation prévues par les parties.

Maître Paul-André VIGNE, avocat au barreau de Bordeaux, a exploré les recours et la notion d'erreur grossière.

Le président de la section Bordeaux-Pau a clôturé le colloque en remerciant les conférenciers ainsi que le Professeur Olivier DUBOS et Madame Aurélie MATHIS, chargée de projets.

L'article 1843-4 - rappel des textes

Créé par Loi 78-9 1978-01-04 JORF 5 janvier 1978 rectificatif JORF 15 janvier, 12 mai 1978 en vigueur le 1er juillet 1978

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.

Modifié par ORDONNANCE n°2014-863 du 31 juillet 2014 - art. 37

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



Les intervenants dans l'amphi Duguit – Pey Berland Bordeaux

SOMMAIRE

Intervention de M. Dominique Ferrière, premier président Cour d'appel de Bordeaux, et de M. Robert Chelle, président de chambre

L'application des dispositions de l'article 1843-4 du Code civil page 4

I – Les cas d'ouverture de l'article 1843-4 du Code civil

II – Le choix de l'expert désigné

III – Le périmètre de la désignation de l'expert

IV – Le règlement des difficultés relatives à la désignation de l'expert.

Intervention de M. Dominique Lencou, expert près la Cour d'appel de Bordeaux, agréé par la Cour de cassation.

La conduite des missions par l'expert page 10

I – Les modalités de la mission

II – L'obligation de fixer le prix

III – La responsabilité de l'expert

Intervention de Maître Paul-André Vigné, avocat au Barreau de Bordeaux

L'article 1843-4 du Code civil et les recours page 20

I – Champ d'application

II – Le contentieux de l'appréciation du travail de l'expert

L'APPLICATION DES DISPOSITIONS DE L'ARTICLE 1843-4 DU CODE CIVIL

Assemblée générale de la chambre régionale des experts-comptables de justice
COUR D'APPEL DE BORDEAUX

vendredi 4 mars 2016

Interventions de
M. Dominique Ferrière, premier président,
et de M. Robert Chelle, président de chambre

I - Les cas d'ouverture de l'article 1843-4 du code civil

Le besoin de déterminer, à un moment précis, la valeur des droits sociaux d'un associé, est susceptible de se faire jour fréquemment, particulièrement en cas de départ de l'associé pour une raison ou une autre - avec l'hypothèse particulière de son décès et de sa succession -, en cas de fusion ou scission de deux ou plusieurs sociétés, ou quand il est nécessaire de procéder à l'évaluation comptable de la valeur des parts détenues par une autre personne morale.

Le texte de l'article 1843-4 du code civil lui-même prévoit les cas de cession de droits sociaux dans lesquels il va trouver à s'appliquer. Mais il faut tout de suite observer qu'une réforme récente, introduite par l'article 37 de l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014, est venue préciser davantage les cas d'ouverture, en les limitant.

En effet, de la formulation générale du texte initial : « Dans tous les cas où sont prévus la cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société », on est passé en 2014 à une double hypothèse expressément énoncée par le texte d'une prévision par une disposition légale, d'une part « 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 », et, d'autre part, à une prévision contractuelle « 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 ».

Il faut noter que, historiquement, on était passé d'une liste limitative de cas d'ouverture prévus par l'ancien article 1868, à une version plus généraliste dans la rédaction de la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 de l'article 1868, devenu l'article 1843-4 resté en vigueur jusqu'au 4 août 2014.

Cette intervention du législateur, a été qualifiée par certains auteurs de réponse aux « suppliques adressées au législateur en vue d'une réécriture globale de l'article 1843-4 »¹, notamment en vue de réduire le contentieux portant sur l'interprétation des « cas prévus », ou encore de mettre fin aux hésitations quant à l'application du texte, par extension, à des hypothèses de cessions volontaires ou forcées.

¹ Anne-Françoise Zattara-Gros, *Gaz. Pal.* 21-23 septembre 2014

-2-

Son intervention, en réalité celle du Gouvernement sur habilitation du Parlement – et souvenons-nous que l'ordonnance avait pour vocation de simplifier - a entraîné la redéfinition du périmètre d'intervention de l'expert.

Il y a donc recours à l'expert d'abord dans les cas où la cession est imposée par la loi et l'utilisation des dispositions de l'article 1843-4 expressément prévue.

Les hypothèses en apparaissent nombreuses. Citons seulement deux exemples :

- le rachat des droits sociaux de l'associé susceptible de se prévaloir d'une nullité de la société ou d'actes ou délibérations postérieurs, fondée sur un vice du consentement ou l'incapacité d'un associé (art. 1844-12 du code civil)

- la transmission par voie de succession ou de liquidation de communauté de biens ou de libre cession entre conjoints et entre ascendants et descendants (art. L. 223-13 du code de commerce)

Il faut donc désormais une disposition légale particulière qui prévoit le principe d'une cession, et qui renvoie à l'article 1843-4 pour en fixer les conditions de prix.

La seconde série d'application des dispositions de l'article 1843-4 correspond aux cas où les statuts eux-mêmes le prévoient.

Il faut ici une stipulation statutaire, mais aussi une cession ou un rachat imparfaits, c'est à dire que la valeur des droits cédés ne soit ni déterminée ni déterminable.

Il résulte donc de cette nouvelle écriture du texte que, si la loi ne fait pas un renvoi exprès à l'article 1843-4 et si les statuts ne le prévoient pas, le président du tribunal ne peut pas être saisi dans ce cadre juridique, même si les parties en étaient d'accord.

Il en résulte aussi que le texte n'est pas applicable en cas de cession volontaire de titres selon un prix déterminable par des éléments objectifs, même si c'est par des stipulations d'une promesse unilatérale ², ou en application d'une clause de garantie de passif ³.

Il résulte encore de la nouvelle rédaction que le recours à ce cadre juridique n'est pas ou plus possible en application d'un acte extra statutaire, alors que la doctrine y était favorable sous l'ancienne rédaction, et que la Cour de cassation semblait l'avoir accepté ⁴, tout en définissant les cas dans lesquels l'article 1843-4 ne trouvait pas à s'appliquer.

D'ailleurs, dans ces deux hypothèses, il faut qu'il y ait une contestation sur la valeur des parts. C'est donc bien dire que l'application du texte s'insère dans une procédure contentieuse, et ne relève pas d'une quelconque procédure gracieuse.

En tout état de cause, la procédure de l'article 1843-4 ne peut pas être mise en application par le juge en dehors des cas où la loi le prescrit (Cass. Com. 26 novembre 1996 n° 94-15.403).

² Cass. Com. 24 novembre 2009 n° 08-21.369

³ Cass. Com. 26 février 2013 n° 11-27.521

⁴ Cass. Com 4 déc. 2012 n° 10-16.280 (cas d'une cession prévue par une « charte des associés » extra-statutaire)

-3-

Après avoir avant tout constaté, comme toujours, la régularité formelle de sa saisine, le juge saisi devra donc d'abord vérifier qu'il se trouve bien dans un des cas d'ouverture de la procédure de l'article 1843-4. C'est aux parties, particulièrement au demandeur, de l'établir, par l'invocation précise du texte de loi qui l'a prévu ou par la production des statuts invoqués.

Mais ce ne sera que le tout premier pas du juge, avant qu'il ne passe au choix de l'expert.

II - Le choix de l'expert désigné

L'article 1843-4 n'impose pas de procéder à la désignation d'un expert inscrit, mais le juge choisit naturellement sur la liste établie par la cour d'appel dans la rubrique D 02 "Evaluation d'entreprise et de droits sociaux". 13 experts inscrits sont dans cette spécialité pour le ressort de la cour d'appel de Bordeaux.

Il n'y a pas lieu pour le juge de désigner un expert proposé par les parties, soit qu'il soit proposé par l'une d'entre elles seulement et que l'adversaire ne s'accorde pas sur ce choix - et on ne saurait faire droit à cette préférence unilatérale -, soit qu'il soit proposé par les deux ou par l'une seulement mais accepté par l'autre - mais alors, dans ce cas, quel intérêt légitime avaient-elles à la procédure judiciaire ? -.

Aux yeux des parties, le juge est "garant" des connaissances théoriques, de la compétence technique et de l'expérience pratique de l'expert qu'il désigne, mais aussi de sa rigueur déontologique et de la qualité juridique et procédurale de son travail.

La matière spécialisée de l'article 1843-4 du code civil justifie qu'à l'occasion d'un contact préalable avec l'expert pressenti, le juge s'entretienne avec lui de la mission qu'il envisage de lui confier pour s'assurer de son acceptation, non seulement en vérifiant qu'il n'a aucun lien d'aucune sorte avec les parties qui l'en empêcherait et que son plan de charge lui permet d'assurer la mission dans un délai raisonnable, mais aussi et surtout pour vérifier qu'il se considère apte à l'exécuter au mieux.

III - Le périmètre de la désignation de l'expert

L'expert est désigné, à défaut d'accord entre les parties, « par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés ».

Le président du tribunal a compétence exclusive. La jurisprudence l'a fermement confirmé. Le juge du fond n'a pas ce pouvoir, même s'il est saisi d'un litige portant sur les droits sociaux en cause.⁵ Bien entendu, cette compétence exclusive n'interdit pas au président du tribunal de déléguer un autre juge de sa juridiction, comme pour toute matière que la loi lui attribue exclusivement.

⁵ par exemple *Cass. Com. 9 février 2010 n° 09-10.800 (cassation de la désignation de l'expert par un tribunal de commerce)* ; *Cass. Civ. 3° 28 mars 2012 n° 10-26.531 (cassation de la désignation de l'expert par un tribunal de grande instance)*

-4-

On peut relever ici qu'il peut s'agir soit du président du tribunal de grande instance, juridiction de droit commun, soit, pour les matières relevant de cette juridiction spécialisée, du président du tribunal de commerce.

C'est une décision en la forme des référés, et non pas rendue en référé.

La procédure de référé est prévue par le code de procédure civile, qui donne ce pouvoir au président d'une juridiction pour prendre en cas d'urgence des décisions, qui, pour simplifier, ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou qui s'imposent pour prévenir un dommage imminent ou faire cesser un trouble manifestement illicite (art. 808 et 809 du code de procédure civile).

Une décision rendue en la forme des référés n'aura en commun avec la décision de référé ordinaire que la procédure, et notamment sa rapidité : c'est ainsi que la demande, portée par assignation mais qui est sans représentation obligatoire, sera examinée à bref délai, sans mise en état préalable, le juge s'assurant seulement du respect du contradictoire (article 486 sur renvoi de l'article 492-1 1° du code de procédure civile).

C'est en réalité une décision de fond. Tout particulièrement, la décision en la forme des référés n'a pas le caractère provisoire des décisions de référé (ainsi limitées par l'art. 488 du code de procédure civile), elle a l'autorité de la chose jugée, et elle est exécutoire à titre provisoire (art. 492-1 du code de procédure civile).

La décision du président consiste seulement à désigner l'expert. Le texte ne lui fait pas d'autre obligation, mais ne lui donne pas non plus d'autres possibilités.

La seule mission qu'il peut donner à l'expert est celle d'évaluer la valeur des droits sociaux en cause. Le juge ne peut pas étendre la mission de l'expert à autre chose, même si les parties lui demandaient.

Dès lors, on peut en conclure que le juge ne peut pas être saisi de demandes accessoires ou incidentes, ni de demandes reconventionnelles. Seules les demandes relatives aux frais irrépétibles de l'article 700 du code de procédure civile, par la généralité de leur champ d'application, pourraient être considérées comme recevables, sans préjuger de leur bien fondé ou de l'opportunité d'y faire droit.

La désignation de l'expert en évaluation de droits sociaux par application de l'article 1843-4 n'est pas une mesure d'expertise au sens procédural de mesure d'instruction, demande très habituellement traitée par le juge des référés, tout particulièrement en application de l'article 145 du code de procédure civile, qui prévoit la possibilité d'ordonner en référé une mesure d'instruction s'il existe un motif légitime d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige.

La conséquence est que cette désignation de l'expert n'emporte donc pas, comme dans une « expertise-mesure d'instruction », application des articles 155 et suivants du code de procédure civile qui prévoient les modalités de déroulement de l'expertise et le règlement des difficultés qui surviendraient.

Au vu des décisions rendues ces dernières années dans notre ressort, force est d'abord de constater que le recours à l'article 1843-4 du code civil est peu fréquent, certaines juridictions déclarant même n'avoir pas ordonné d'expertise de ce type.

Il n'en demeure pas moins que l'étude de ces décisions révèle qu'il existe des pratiques variées.

Si les rares demandes reconventionnelles présentées par les défendeurs sont invariablement déclarées irrecevables, certaines décisions, à tort, tracent, en sus de la mission d'évaluation, un cadre procédural à l'expert - convoquer les parties, déposer son rapport au greffe -, et lui impartissent un délai, allant même jusqu'à désigner le « juge chargé du contrôle des expertises pour suivre le déroulement de la présente mesure d'instruction ».

Toutes s'aventurent sur le terrain de la rémunération de l'expert, notamment pour ordonner le versement et la consignation au greffe d'une provision, qui conditionne le début des opérations, et tranchent la question de la charge de la rémunération de l'expert, même, semble-t-il, quand cela n'était pas expressément demandé.

Enfin, certaines décisions accordent une indemnité sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile tandis que d'autres disent n'y avoir lieu en cette matière.

On pourrait donc trouver parfois dans ces décisions matière à considérer que le juge a excédé les pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 1843-4.

Or, le dernier point important à relever au titre du périmètre de la désignation de l'expert est que la décision sur la demande de désignation est rendue « sans recours possible ».

Cette expression particulièrement radicale ne peut que signifier qu'aucune voie de recours, ordinaire ou extraordinaire, n'est ouverte, y compris en cas de rejet de la demande par le président.⁶

La question du pourvoi en cassation a fait l'objet de controverses, et la jurisprudence avait commencé par dire que le pourvoi n'était pas ouvert⁷. Il semble désormais admis que seul le pourvoi contre une décision entachée d'un excès de pouvoir soit recevable.⁸

On explique généralement cette rigueur par le souci d'éviter que le déroulement de l'expertise ne soit retardé par des moyens dilatoires.

Pourtant, tant l'exécution de cette décision de désignation, que parfois la décision elle-même, peuvent ne pas être exemptes de difficultés.

⁶ *Cass. Com. 11 mars 2008 n° 07-13.189*

⁷ *Cass. Civ. 1°, 6 décembre 1994 n° 92-18.007*

⁸ *Cass. Com. 15 mai 2012 n° 11-12.999*

IV - Le règlement des difficultés relatives à la désignation de l'expert

Au contraire de la décision ordonnant une expertise ordinaire en référé ou avant-dire droit, la décision du président du tribunal statuant en la forme des référés par application de l'article 1843-4 ne prévoit pas les modalités de remplacement de l'expert désigné. Il convient de distinguer deux situations : soit l'expert est contraint de renoncer à la mission qu'il avait acceptée (par exemple à raison d'un problème de santé) et rien alors n'interdit de saisir à nouveau le président du tribunal pour qu'il désigne un autre expert, soit la demande de remplacement de l'expert dissimule en réalité une contestation contentieuse de sa désignation (par exemple au motif qu'il ne serait pas impartial) et s'assimilant à un recours - qui n'est pas possible en cette matière - la demande de remplacement est alors irrecevable.

La décision du président du tribunal statuant en la forme des référés par application de l'article 1843-4 ne commet pas un juge à la surveillance des opérations d'expertise et le président du tribunal n'a donc pas la responsabilité, ni même le pouvoir d'en assurer le bon déroulement, notamment en vérifiant les diligences de l'expert, en ordonnant la production de documents en cas de carence des parties, en prescrivant l'établissement d'un pré-rapport ou en fixant un délai pour l'exécution de la mission et le dépôt du rapport définitif (au contraire de ce que prévoient les articles 265 in fine, 273, 275, 276 et 279 du code de procédure civile en matière d'expertise ordinaire).

De même, aucun fondement légal ne donne pouvoir au président du tribunal pour trancher les litiges susceptibles de survenir à propos de la mission de l'expert désigné par application de l'article 1843-4 du code civil quant à l'existence, à la pertinence, à l'actualité, à la faisabilité des règles et modalités conventionnelles de détermination de la valeur des droits sociaux, et à défaut de convention, quant à la méthode de détermination choisie par l'expert.

Les articles 269, 270, 271, 280, 282 alinéa 5 et 284 du code de procédure civile relatifs à la rémunération de l'expert ne sont pas non plus applicables dans le cadre de l'article 1843-4 du code civil et si, en pratique, on peut comprendre que, de manière pragmatique et par analogie, et parce que cela lui est souvent demandé, le président du tribunal soit malgré tout tenté de fixer une provision à valoir sur la rémunération de l'expert qu'il désigne - qui ne peut cependant en aucune façon être consignée au greffe - il n'a pas le pouvoir de taxer la rémunération finale de l'expert et aucune procédure de recours comparable à celle des articles 714 et suivants du code de procédure civile qui donnent compétence au premier président de la cour d'appel n'est prévue.

A défaut de prescriptions légales ou réglementaires, les difficultés relatives à la désignation de l'expert ne peuvent être solutionnées que préventivement et contractuellement, par l'établissement concerté d'une lettre de mission, mais demeure en tout état de cause, la question de l'issue de la mesure dans le cas où les parties ne s'accordent pas sur cette lettre de mission.

L'application des dispositions de l'article 1843-4 du Code civil

Colloque organisé par la section des Cours d'appel de Bordeaux et Pau
de la Compagnie nationale des experts comptables de Justice
Vendredi 4 mars 2016

La conduite des missions par l'expert

par

Dominique Lencou

expert près la Cour d'appel de Bordeaux agréé par la Cour de cassation

Comment l'expert désigné par le juge dans le cadre de l'article 1843-4 du Code civil va-t-il conduire la mission confiée par les parties ?

Il est opportun de rappeler qu'il s'agit d'un **expert** et qu'il convient d'éviter le terme de tiers évaluateur qui fait référence à l'article 1592 du Code civil, qui, à mon humble avis, se situe dans un autre champ d'application.

Monsieur le Premier président vient de nous rappeler la notion de « **l'expert désigné** » que le juge choisit, sans qu'il en est l'obligation, sur la liste établie par la cour d'appel dans la rubrique D.02 intitulée « évaluation d'entreprise et de droits sociaux ».

Cette inscription devrait devenir une garantie de qualité pour le juge et pour les parties. Les formations organisées par notre compagnie devraient permettre d'éviter des errements dans la conduite des missions.

L'objectif est de maintenir la sécurité juridique, pour parvenir au **juste prix** dans le respect des « **modalités de valorisation statutaires et extrastatutaires** ».

L'arrêt de la Cour de cassation du 11 mars 2014, puis l'ordonnance du 31 juillet 2014 relative au droit des sociétés coupe court à toute interprétation de l'article 1843-4 du Code civil, et le replace dans son lit naturel.

Les rédacteurs de l'ordonnance ont voulu atteindre « **un juste équilibre** entre la nécessaire **protection des associés ou actionnaires auxquels la cession ou le rachat sont imposés** et le **respect des conventions librement consenties** ».

L'expert de l'article 1843-4 du Code civil n'est rien d'autre qu'un mandataire des parties à l'opération (de cession ou de rachat), un comodatitaire chargé de déterminer le prix et de parfaire ainsi l'acte juridique qui les lie.

Obéir à ceux que l'on représente est bien naturel.

Le fondement véritable de l'article 1843-4 n'est pas la protection du cédant, mais la **nécessité de déterminer à coup sûr** (« en cas de désaccord ») **le prix d'une cession ou d'un rachat forcés** par la loi ou par les statuts.

C'est le parti retenu par les rédacteurs de l'ordonnance, qui ne font pas mystère du fait que, selon eux, c'est bien cette thèse qui est la bonne. Il faut lire ce passage clé du rapport, celui qui éclaire tout :

« les dispositions de l'article 1843-4 du Code civil ont pour finalité de permettre à un processus de cession ou de rachat imposé d'aller à son terme en dépit d'une contestation entre le cédant et le cessionnaire sur la valeur des droits sociaux ».

Les missions confiées dans le cadre de l'article 1843-4 du Code civil entraîne une obligation de fixer le prix pour l'expert et il convient de s'interroger sur les modalités de celle-ci (I) avant de fixer le prix (II) et d'aborder son éventuelle responsabilité (III).

I Les modalités de la mission

Il convient de rappeler que le texte de l'article 1843-4 du Code civil est silencieux quant aux modalités d'accomplissement de la mission par l'expert, qu'il soit désigné par les parties ou par le Président de la juridiction saisie.

Dans le premier cas, que sa désignation intervienne par obligation de la loi (alinéa 1) ou par soumission volontaire à ce régime (alinéa 2), les conventions liant les parties (statuts, pactes extrastatutaires ou promesse de vente) ne peuvent, en vertu du principe de l'effet relatif des contrats, encadrer la mission de l'expert et créer des obligations à sa charge, excepté celle tenant au respect du contradictoire tel que la jurisprudence l'a reconnu antérieurement à la réforme.

Dans le second cas, le Juge ne pourra pas encadrer sa mission comme il peut le faire lorsqu'il désigne un expert judiciaire et devra seulement statuer sur sa désignation.

dès lors pour conduire sa mission l'expert doit en principe proposer un document contractuel (I.1.) qui précise le déroulement de la mission (I.2.).

I.1. Le document contractuel

Comme nous l'avons vu l'expert désigné pour fixer le prix des titres sociaux est un mandataire des parties, ce qui suppose un mandat, et plus particulièrement un mandat spécial¹, qui est un contrat par lequel une personne, le mandant, donne à une autre personne, le mandataire, le pouvoir de faire un ou des actes juridiques en son nom et pour son compte.

Examinons le principe de ce document (I.1.1.) puis son contenu (I.1.2.).

I.1.1. Le principe résulte des textes du Code civil.

L'article 1984 du Code civil dispose :

« Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom.

Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire. »

L'acceptation de la mission par l'expert et les parties est indispensable et il convient de se poser la question de savoir si le document contractuel doit être appelé lettre de mission ou acte de mission par référence à l'arbitrage.

Compte tenu du caractère contractuel de la mission, il paraît souhaitable de préférer le terme de lettre de mission, qui a parfois été contesté au motif du risque d'atteinte à l'indépendance de l'expert.

Cependant, il convient de rappeler que puisque l'expert est le mandataire commun des parties, celles-ci pourraient dans la convention déterminer certaines règles d'évaluation qui s'imposeraient à l'expert.

Une lecture attentive de l'article 1843-4 laisse penser que l'expert a toute liberté dans les méthodes d'évaluation sauf lorsque les statuts (al.1) ou toute convention liant les parties (al. 1 et 2) prévoient des règles et modalités auquel cas l'expert n'a pas d'autre choix que de les suivre.

En dehors de ces cas, il convient de se poser la question de savoir si les parties peuvent imposer des méthodes à l'expert, notamment dans la lettre de mission. Il convient alors de s'interroger, puisque le texte a été reconnu comme étant d'ordre public par la jurisprudence antérieure à la réforme, sur l'admission de la renonciation par la jurisprudence.

La lettre de mission se justifie car très souvent les clauses contractuelles ou statutaires sont succinctes ou compliquées ou plus adaptées car elles résultent de statuts très anciens.

Il conviendra de porter une attention particulière à sa rédaction, car dans l'hypothèse où les parties consentiraient dans un acte postérieur à les modifier, le risque serait que l'une des parties pourrait estimer

¹ article 1987 du code civil

avoir été victime d'un vice du consentement et demande la nullité de la nouvelle clause ou du mandat car, en tant que contrat, il est soumis à la théorie générale des obligations.

Dans cette hypothèse, le rapport pourrait être déclaré nul et il conviendrait de revenir à la clause contractuelle initiale.

I.1.2. Le contenu de la lettre de mission.

Dans le cadre d'un mandat commun, il est opportun de clarifier le déroulement de la mission de l'expert et d'apporter les précisions nécessaires sur des dispositions statutaires ou conventionnelles très anciennes.

Est-ce qu'il serait possible d'envisager un mécanisme qui n'est pas prévu par le Code civil, mais qui dirait qu'en cas de difficultés il en serait référé à un juge ou à toute autre autorité que l'on désignerait contractuellement. Les missions de l'article 1843-4 du Code civil se situent dans le domaine contractuel et c'est la liberté des contrats de l'article 1134 du Code civil qui s'applique. Il s'agirait en quelque sorte de recourir à un juge d'appui comme il est prévu en matière d'arbitrage.

D'autres dispositions devraient être envisagées tel que :

- Le respect du principe de la **contradiction** et notamment de la communication des pièces, ainsi que des demandes éventuelles d'éléments complémentaires.

Sur ce point il est opportun de prévoir que chaque partie doit avoir été mis en mesure de faire valoir ses moyens, de connaître et discuter ceux des autres parties.

- Il est possible de prévoir que l'expert pourra le cas échéant **se faire assister** dans l'exercice de sa mission par toute personne qu'il désignera et qui agira sous sa responsabilité.
- Il est possible de prévoir contractuellement le **régime de la responsabilité** de l'expert et notamment **l'aménagement de la prescription** de l'action en responsabilité dans les conditions prévues par la loi du 17 juin 2008.
- Même si les statuts ou des conventions en ont fait mention, il peut être opportun d'aborder dans la lettre de mission la ou les **méthodes d'évaluation** que l'expert devra utiliser, ainsi que les critères qu'ils devra retenir ou écarter.

Lorsqu'il n'existe pas de clause contractuelle, l'expert conserve son entière liberté. Il convient donc d'être particulièrement attentif aux méthodes d'évaluation préconisées et notamment veiller à ce que les intérêts en présence soient ménagés afin d'éviter qu'une des parties en position de force impose une ou des méthodes de calcul qui lui seraient favorables ce qui pourrait conduire à la nullité de la lettre de mission pour vice du consentement.

- Il est aussi essentiel de prévoir une clause sur le **calendrier**, notamment sur les délais pour fournir les éléments qui sont nécessaires à l'expert au départ, ou qui seront demandés par celui-ci en complément.

De même peut-être spécifié le **délai pour la remise de la décision de l'expert**. La question de la rapidité de l'exécution de la mission est essentielle et il est opportun d'envisager des sanctions pour le non-respect de ces délais. Des retards dans la communication de l'information ont parfois pour résultat de suspendre le délai donné à l'expert pour la réalisation de sa mission. Il serait anormal que le retard ou toute manœuvre dilatoire d'une partie soit préjudiciable à l'expert lui-même. Par similitude avec une pratique constatée en matière d'arbitrage, il est toujours possible d'obtenir une prolongation du délai avec l'accord des parties.

- On pourra inclure également une clause sur la **confidentialité** qui est importante pour l'expert qui ne devra pas utiliser ailleurs les informations qu'il a recueillies dans le cadre de sa mission.

Il appartiendra aux parties de savoir si elles souhaitent que cette confidentialité s'impose dans leur propre rapport, c'est-à-dire si ultérieurement elles pourront ou non utiliser les informations qu'elles auront recueillies dans le cas de la mission de l'expert.

Cependant, cela conduirait à fermer la voie de la saisine ultérieure du juge pour contester le prix retenu au motif d'une erreur grossière. Sauf à ce que les parties aient renoncé expressément à tout recours ultérieur, je ne pense pas qu'une telle clause puisse persister dès lors qu'elle serait contraire à la liberté de saisir le juge et au droit au procès

- Enfin, il faut prévoir, sinon le montant des **frais et honoraires** définitifs, au moins leur mode de calcul et préciser si la charge de ses frais et honoraires sera partagée par moitiés entre les parties, ou bien si une décision de l'expert interviendra sur la répartition entre les parties.

Cette lettre de mission interviendra à un moment assez favorable pour obtenir l'accord des parties par rapport à des problèmes qui se poseront ultérieurement, au fur et à mesure du déroulement de la mission.

Il conviendra de prévoir le cas où une des parties refuse de signer la convention tout en participant ou non aux opérations d'expertise.

I.2. Le déroulement de la mission

Les principes à mettre en œuvre dans le déroulement de la mission auront été définis autant que faire se peut dans la lettre de mission. La **conduite de la mission ne relève pas de l'expertise judiciaire et n'a pas un caractère juridictionnel**.

Ce n'est pas une mission d'arbitrage mais bien un **mandat** irrévocable, d'intérêt commun **confié par les parties** qui laissent un tiers le soin de fixer un prix.

C'est une mission de mandataire, une **mission contractuelle**, avec bien évidemment comme corollaire une importante liberté contractuelle laissée aux parties.

Le déroulement de la mission peut ainsi se révéler complexe, car elle consiste en une recherche de la volonté des parties. Or, rien n'est plus variable et insaisissable que cette dernière.

Tout expert peut engager sa responsabilité et compte tenu de ce risque non négligeable, il est recommandé que, dans la conduite de sa mission, l'expert s'inspire des règles de l'expertise judiciaire et met en œuvre les principes d'indépendance, d'impartialité, de transparence et de respect de la contradiction, bien que ce dernier point ne soit pas obligatoire et ne constitue pas, s'il n'est pas mis en œuvre une faute.

I.2.1. L'indépendance, l'impartialité, la transparence

Afin d'assurer une transparence totale, l'expert doit mettre un soin tout particulier à **définir** dans la lettre de mission **la règle du jeu**, pour donner aux parties l'information nécessaire sur le processus opératoire afin qu'elles puissent réagir préalablement au démarrage de la mission.

Il est indispensable qu'il précise qu'en qualité de mandataire commun des cocontractants il est et restera indépendant, ce qui suppose qu'il n'a jamais été en aucune façon sous la dépendance ou l'autorité de l'une des parties à la cause.

Il reste astreint un devoir d'impartialité afin que son évaluation ne puisse être remise en cause si la preuve était rapportée de son manque d'objectivité ou s'il avait manqué à sa mission contractuelle notamment en privilégiant les intérêts d'une des parties. Il convient de rappeler la notion d'**impartialité subjective et objective**.

Chaque nouvelle mission doit être pour un expert une source de questionnement personnel, dans un contexte de plus en plus restrictif. Il doit se poser la question de son indépendance lors de l'acceptation de la mission, il devra également rester vigilant sur ce point tout au long de l'expertise, afin d'identifier toute situation nouvelle génératrice de difficultés.

Les professionnels exerçant de plus en plus dans des cabinets issus de regroupements de structures voire de réseaux de taille significative, doivent mettre en place des procédures strictes et efficaces leur permettant de détecter à tout moment la survenance de causes d'incompatibilité nouvelles.

Au-delà de sa propre appréciation, l'expert devra être extrêmement attentif à l'image que pourraient avoir les parties, de telle ou telle relation professionnelle, associative, personnelle, financière ou autre,

entretenu par le passé ou de façon actuelle avec l'une des parties au litige et ce directement ou indirectement.

À cet égard il faut penser en priorité à des relations « positives » ou de connivence présumée, il ne faut pas omettre les éventuelles situations conflictuelles susceptibles d'avoir créé une inimitié ou une suspicion d'inimitié.

I.2.2. De l'utilité de la contradiction.

Lorsque l'expert sera soumis à une interprétation des dispositions contractuelles, il faut se poser la question de trancher les difficultés en raison de problèmes objectifs tels que l'insuffisance de données ou l'attitude des parties qui peuvent faire obstruction, notamment en refusant de communiquer certaines informations nécessaires

Même si l'article 1843-4 du Code civil ne mentionne pas l'obligation du respect de la procédure contradictoire, une analyse de la jurisprudence récente des cours d'appel révèle que les juges opèrent un contrôle précis des conditions de déroulement de l'expertise parmi lesquelles le respect de la procédure contradictoire par l'expert.

L'arrêt de la Cour de cassation rendu le 8 mars 2011 en matière de QPC précise que l'évaluation des droits sociaux par l'expert « de l'article 1843-4 » **ne porte pas atteinte au principe de la contradiction.**

Ceci laisse entendre que la procédure contradictoire doit être respectée afin d'éviter toute annulation pour « erreur grossière ».

La Cour d'appel de Pau a jugé que « *quelles que soient les spécificités de l'expertise ordonnée par voie judiciaire sur le fondement de l'article 1843-4 du code civil, l'expert désigné doit, par application de l'article 16 du code de procédure civile, respecter et faire respecter le principe du contradictoire, cette obligation étant d'autant plus renforcée qu'il dispose d'un quasi pouvoir juridictionnel dans la détermination de la valeur des droits sociaux* ».

Elle a ainsi annulé récemment le rapport d'expertise en question pour le non-respect de la procédure contradictoire sur le fondement de l'article 16 du code de procédure civile, ce qui laisse perplexe puisque l'on se situe en dehors de toute procédure.

L'expert aura tout intérêt à **proposer aux parties de s'exprimer sur la controverse.**

Il devrait le faire lorsqu'il connaîtra un doute en l'exprimant publiquement et en suscitant un débat, qui sera bénéfique à la sécurité dans la recherche d'une bonne décision dans la fixation du prix.

Il est fortement recommandé à l'expert de déposer un **document de synthèse avant son rapport définitif** en invitant les parties à présenter leurs observations dans le respect du principe de la contradiction.

I.2.3. La quête documentaire et l'identification des pièces

Les parties ont le devoir de collaborer à la fixation équitable du prix et l'expert doit faire jouer ce devoir complètement pour que l'on ne puisse pas lui reprocher de ne pas avoir réclamé et utilisé certaines pièces essentielles à la fixation du prix.

L'expert doit rechercher toutes les pièces utiles et disponibles sur le marché.

Comme en expertise, il faut chercher les documents nécessaires après en avoir parlé avec les parties.

Il faut avoir évoqué avec elles la manière dont on va les obtenir.

C'est souvent à ce stade que l'on se verra opposer le secret professionnel ou le secret des affaires.

Il faut que cette **quête documentaire se déroule dans la contradiction et la transparence**, c'est-à-dire que l'expert avec les parties définisse les pièces nécessaires et la façon d'aller les chercher, ce qui ne veut pas dire que l'expert ne va pas en chercher d'autres s'il considère que c'est nécessaire à la manifestation de la vérité mais à condition de les présenter aux parties et d'en discuter avec elle.

Sur les pièces il paraît opportun de rappeler que l'expert pourra être amené à gérer les pièces car dans ce type d'affaires il peut se trouver qu'il n'y ait pas d'avocat et que les parties soient assistées d'autres conseils.

Par conséquent, si l'expert est amené à justifier son travail et surtout la manière dont il a mené son raisonnement, il n'est pas inutile de les avoir numéroté et annexé à son rapport, de façon à présenter une **véritable traçabilité à la fois du raisonnement et des pièces**, c'est-à-dire des différents éléments sur lesquels il s'est appuyé pour parvenir à la fixation du prix qu'il a donné.

I.2.4. Le choix motivé de plusieurs méthodes

Cette situation se rencontre lorsque l'expert n'est pas tenu d'appliquer les règles et modalités de détermination de la valeur des titres sociaux en application de l'article 1843-4.

Lors de l'exécution de la mission, alors que l'expert est libre d'utiliser les méthodes qu'il juge opportunes, il paraît indispensable de justifier les choix qu'il aurait fait dans celles-ci pour parvenir à la fixation du prix.

C'est la question des « **multicritères** ».

Avant d'aborder les erreurs à ne pas commettre, il est opportun de rappeler la nécessité, ou l'obligation, d'employer une pluralité de méthodes qui permettront de réduire les chances de se tromper.

En première analyse, il ne faut pas généraliser car toutes les méthodes ne sont pas équivalentes. Il y a des méthodes qui ne sont pas pertinentes, il y en a qui sont très pertinentes, et il y en a qui ont une pertinence limitée.

C'est pour cela que l'expert doit au cours de ses opérations discuter avec les parties sur la pertinence de telle ou telle méthode, sur celle qu'il faut écarter, celle qu'il faut privilégier.

Il faut éviter les méthodes qui sont redondantes, montrer qu'à finalement été exploré tout le panel des méthodes envisageables et justifier du choix fait pour arriver à sélectionner une ou plusieurs méthodes éventuellement après avoir trouvé un point d'équilibre entre les différents résultats.

L'expert ne devra pas omettre dans son rapport de rappeler les débats qui ont eu lieu sur le choix motivé et contradictoire des méthodes employées pour parvenir à la fixation du prix

Il semble opportun d'envisager la production avant le rapport définitif d'une **note de synthèse** ou d'un pré-rapport pour **permettre aux parties de faire part de leurs observations** sur les méthodes retenues.

I.2.5. La difficulté de fixer le prix définitif

La difficulté de trancher peut paralyser l'expert car si l'on veut être honnête il faut reconnaître que la vérité en matière de prix ou de valeurs n'existe pas.

Les bons experts ont l'habitude de fixer une fourchette de prix.

Mais les missions de l'article 1843-4 du Code civil entraînent pour l'expert l'obligation de fixer non pas une fourchette mais un prix.

L'examen de la jurisprudence démontre que beaucoup de décisions ont été cassées ou annulées, car l'expert, par honnêteté intellectuelle, avait donné une fourchette.

L'expert doit en l'espèce trouver une motivation pour arriver à dire que le prix peut raisonnablement être fixé à un montant, qui ne pourra pas entraîner une quelconque ambiguïté.

II L'obligation de fixer le prix.

L'expert, en qualité de mandataire, a l'obligation de rendre compte de la mission qui lui a été confiée en fixant le prix. Le rapport doit fixer le prix comme nous l'avons dit sans aucune ambiguïté pour que les parties puissent l'utiliser.

C'est aussi l'éléments sur lequel l'expert pourra être jugé et apprécié si le travail de l'expert est contesté. Si le rapport est solide il sera plus facile au juge, qui éventuellement appréciera le travail, de l'analyser

plutôt que d'aller faire des investigations dans le dossier de travail pour savoir de quoi l'expert a disposé et comment il a mené ses travaux.

Le rapport doit ainsi présenter une bonne traçabilité, à la fois du raisonnement et des pièces, des éléments d'incertitude, de la motivation, de l'explication des choix effectués lorsqu'il y a des points qui soulèvent des difficultés et surtout justifier les choix en les motivant.

Le rapport devrait comprendre :

II.1. La description des opérations et la traçabilité des pièces

Le rapport devra a priori contenir la description des opérations qu'il a effectué pour parvenir à fixer le prix des titres.

Pour cela il devrait relater l'ensemble des documents examinés en démontrant qu'il a veillé au respect du principe de la contradiction dans la communication des pièces entre les parties.

Il rappelle qu'il n'a participé à des entretiens qu'en présence de toutes les parties.

Il rappelle qu'il s'est assuré que le cheminement intellectuel qui l'a amené à la fixation du prix est fondées sur des pièces dont la traçabilité ne peut être remise en question.

II.2. La prise de décision d'ordre juridique

L'expert dans ce type de mission n'est pas là pour rendre un quasi jugement ou une sentence et il n'a pas la possibilité de tirer les conséquences juridiques de ces constatations. Cependant il peut se trouver en face de questions juridiques qui s'y elles ne sont pas rendues au préalable risque de paralyser la mission.

Prenons l'exemple d'un contrat contenant une formule de détermination du prix qui a donné lieu à une contestation. L'expert désigné par le président du tribunal s'apprête à appliquer la formule en recherchant les composants mais la prise en considération des composants est contestée par l'une des parties qui l'estime contraire aux principes fondamentaux du droit des sociétés.

L'expert doit-il passer outre ?

La même question se poserait dans le cadre de la mission confiée sous le régime de l'alinéa 2 de l'article 1843-4 du Code civil.

Quelle posture peut adopter l'expert confronté à une clause contractuelle prévue au dernier alinéa de l'article 1843-4 du Code civil lorsque celle-ci est strictement similaire à celle des statuts, cette dernière ne permettant pas de déterminer la valeur des titres sociaux ?

Pourtant, le dernier alinéa de l'article 1843-4 n'impose-t-il pas à l'expert d'en faire application ?

Quel que soit sa décision il aura pris une décision d'ordre juridique, car il ne dispose plus du recours au juge du contrôle.

En l'absence du visa des articles 263 et suivants du code de procédure civile, l'expert pourrait se retrouver paralysé, mais il n'a pas le choix.

Pour fixer le prix, l'article 1843-4 lui impose d'appliquer les éléments contractuels et ce n'est qu'en leur absence qu'il retrouvera son libre choix.

II.3. La motivation ou l'explication du raisonnement

Dans la mesure où il est expressément admis par la jurisprudence qu'en cas de contestation du prix fixé par l'expert, les juges ne peuvent rejeter les critiques formulées contre cet avis sans rechercher si les griefs allégués à l'encontre des opérations d'expertise constituent ou non des erreurs grossières, il apparaît évident et indispensable que le rapport soit suffisamment motivé.

L'examen de quelques décisions de la Cour de cassation laisse apparaître le caractère indispensable de la motivation qui devra s'imposer avec d'autant plus de rigueur dans l'hypothèse où le principe de la contradiction n'aura pas été respecté.

Bien qu'aucun texte n'impose à l'expert la forme de son rapport, ni celle de ses conclusions, il faut constater que la plupart des experts s'efforce de détailler et de justifier leurs approches et leurs conclusions. Cet effort pédagogique trouve deux justifications principales :

– tout d'abord, la nécessité d'être parfaitement **compris**. L'exposé du cheminement intellectuel suivi par l'expert et, le cas échéant, des limites de ce raisonnement ainsi que le rappel des principales données utilisées et des hypothèses mises en œuvre, devrait éviter les risques de mauvaise compréhension, voir la tentation de l'interprétation.

– Ensuite, le souhait de **parer les éventuelles demandes en annulation**. Il ne serait pas possible de reprocher à un expert d'avoir mis en œuvre ou écarté telle ou telle méthode d'évaluation, s'il explique les raisons l'ayant conduit à ce choix.

À titre d'exemple, il sera justifié économiquement dans certains cas de mettre en œuvre la méthode d'actualisation des flux futurs de trésorerie (dite des DCF ou *discounted cash-flow*) ou celle des comparables pas référence à des multiples boursiers observés, quand ces méthodes s'avéreront totalement inappropriées dans d'autres cas (indisponibilité de données prévisionnelles fiables par exemple, absence de sociétés réellement comparables, évolution récente des marchés, de la réglementation, des pratiques comptables, etc.).

L'expert ne devra pas se contenter d'utiliser la ou les méthodes les plus adaptées, mais devra **expliquer quelles étaient les approches envisageables**, et pourquoi il en a écarté certaines aux cas particuliers alors qu'elles sont utilisées dans d'autres circonstances. On ne lui reprochera pas davantage d'avoir par exemple défini un « nuage » de points, représentant une fourchette de valeurs au sein de ce nuage, l'essentiel étant alors que l'expert explique dans le cadre de son rapport pourquoi il a privilégié telle ou telle méthode, telle ou telle hypothèse, etc, pour fixer le prix à l'intérieur de la fourchette de valeur.

II.4. La détermination du prix

En confiant une mission de l'article 1843-4 du Code civil à un expert les parties ont voulu qu'il fixe un **prix définitif et incontestable**.

Dans son rapport l'expert doit trancher de manière définitive et sans ambiguïté.

Pour l'expert le rapport sera sa première défense. Les parties, qui ne seront pas satisfaites du prix fixé, seront davantage tentées d'attaquer un expert si son rapport est creux ou lacunaire, alors que si le rapport est solide avec une bonne structure, cela présentera une certaine forme de dissuasion pour prévenir des tentatives de mise en cause de la responsabilité de l'expert.

III La responsabilité de l'expert

C'est la contrepartie de l'obligation de fixer le prix en dernier ressort et de la sécurité juridique recherchée. Examinons le cadre de la responsabilité (III.1.) avant sa mise en œuvre (III.2.).

III.1. Le cadre de la responsabilité de l'expert.

La responsabilité de l'expert découle de la loi (III.1.1.) et des relations conventionnelles entre les parties et leur mandataire (III.1.2.).

III.1.1. Le cadre légal.

L'expert désigné dans le cadre de l'article 1843-4 du Code civil, en qualité de mandataire devra utiliser des moyens et obtenir un résultat.

Tout d'abord une **obligation de moyens** en faisant preuve de diligences, ce qui dépendra de l'indépendance qui lui aura été laissée mais aussi de l'initiative dont il doit faire montre quel que soit l'indépendance qui lui est octroyée.

Ensuite une **obligation de résultat**, puisqu'il doit, conformément à l'article 1993 du Code civil, rendre compte par la fixation du prix dans son rapport.

Quel est le régime de la responsabilité ? délictuelle ou contractuelle ? professionnelle ?

III.1.2. Le cadre conventionnel

Il importe pour un bon accomplissement de la mission que l'étendue de sa mission soit déterminée le plus précisément dans ses modalités d'exercice comme nous l'avons examiné ci-dessus.

Rappelons que dans la lettre de mission il serait possible d'envisager des aménagements au régime de la responsabilité de l'expert et utiliser les dispositions de la loi du 17 juin 2008 pour aménager le délai de prescription d'une éventuelle action en responsabilité, en fixant le point de départ du délai à la notification du rapport et éviter l'insécurité juridique du point de départ « glissant » de l'article 2224 du Code civil.

III.2. La mise en œuvre de la responsabilité de l'expert

La responsabilité du tiers estimateur pourra être recherchée en cas de défaillance de sa part dans l'exécution de sa mission (III.2.1.) à la condition qu'il existe un préjudice (III.2.2.).

III.2.1. La défaillance de l'expert

La défaillance de l'expert pourra être engagée s'il n'a pas respecté ses obligations.

En matière de résultat s'il n'a pas fixé le prix comme il en était chargé dans son mandat.

Il en sera de même s'il n'a pas respecté son obligation de moyens ou de diligences telle qu'elle était décrite dans la lettre de mission.

III.2.2. Le préjudice

Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé que « ...le vendeur est en droit d'obtenir réparation du préjudice que lui cause la sous-évaluation fautive de la chose vendue. ».

C'est ainsi qu'est admis le principe de la réparation de la sous-évaluation ou de la surévaluation fautive, il serait a priori cohérent que le préjudice reconnu, et par conséquent la réparation allouée, est pour assiette l'écart existant entre le prix arrêté par l'expert et la valeur des titres cédés, c'est-à-dire concrètement, s'agissant de celle-ci, le résultat auquel serait parvenu l'homme de l'art s'il avait procédé à une estimation exempte de faute.

La question qui se pose alors est celle de savoir : à partir de quel seuil va-t-on considérer que cet écart est générateur de préjudice ?

C'est ici le lieu de mettre en parallèle les notions de prix et valeur des titres vendus.

Il est économiquement souhaitable que le prix de la chose vendue soit en rapport avec sa valeur, il ne lui correspond pas nécessairement.

Il n'y a pas d'adéquation nécessaire ou imposée, du prix de la chose vendue à sa valeur, et le caractère variable du prix, dès lors que ce dernier a été déterminé librement par les parties n'a pas, hors les hypothèses de prix dérisoires et de lésions, d'incidence sur la validité de la cession des titres.

La valeur de la chose est une donnée objective, quoique sujette dans bien des hypothèses à une marge d'incertitude.

Il est évident que la même quantité des mêmes titres d'une même société ne sera pas cédée au même prix suivant qu'il s'agira d'une cession isolée ou d'une cession permettant d'en acquérir le contrôle.

La nuance importante qui sépare le prix d'avec la valeur paraît devoir être prise en considération pour appréhender avec une certaine souplesse, dans son existence, le préjudice invoqué contre l'expert fautif et ménager ainsi, en quelque manière une marge de tolérance.

IV. Conclusion

Outre les recommandations déjà évoquées pour respecter les obligations de moyens et de résultat imposées aux mandataires dans la conduite de leur mission, les experts devraient prendre trois précautions :

1. Etre convenablement assuré contre les risques de leurs éventuelles fautes et je rappelle que le contrat d'assurance responsabilité civile des experts membres des compagnies adhérentes au Conseil national prévoit expressément cette garantie.
2. Etre très précis dans la lettre de mission en décrivant les diligences et leurs limites. Ce document pourrait être aussi celui qui permettrait de définir les contours de la responsabilité limitée à une absence de fixation du prix ou de non-respect des diligences prévues sans la lettre de mission. Il me paraît également possible d'insérer une clause fixant le point de départ de la prescription de l'action en responsabilité à la fin de mission par l'envoi aux parties du rapport fixant le prix de cession des titres concernés par la mission.
3. Et enfin faire un excellent travail dans le respect des droits des parties après un débat loyal et contradictoire

Les missions confiées dans le cadre de l'article 1843-4 du Code civil sont passionnantes et doivent être accomplies avec beaucoup de rigueur dans un cadre contractuel précis qui aura été débattu avec les parties.

Ces dernières attendent la fixation d'un prix définitif et sans ambiguïté, qui leur permettra d'obtenir leur dû à l'issue d'une mission au cours de laquelle le mandataire commun des parties aura rempli toutes ses obligations.

Intervention de Maître Paul-André Vigné

Avocat au barreau de Bordeaux

L'ARTICLE 1843-4 DU CODE CIVIL ET LES RECOURS

La question des recours, qui est en réalité celle du contentieux, est a priori paradoxale s'agissant de l'expertise de l'article 1843-4 du Code civil.

En effet cet article, tant dans sa lettre (une désignation judiciaire « sans recours possible ») que dans sa finalité, a vocation à trancher de façon rapide et définitive la contestation, entre cédant et cessionnaire, de la valeur (ou du prix, l'article emploie indifféremment les deux termes) des droits sociaux.

La confiance dans la qualité du travail de l'expert de l'article 1843-4 du Code civil, et dans sa capacité à résoudre définitivement la contestation, a conduit la jurisprudence de la Cour de cassation, animée par la volonté, clairement affirmée, de protéger les intérêts de l'associé cédant¹, tout à la fois, à étendre les hypothèses de recours à l'article 1843-4 et à restreindre les possibilités de contestation de l'évaluation de l'expert.

La vocation de l'expert de l'article 1843-4 du Code civil à fixer de façon définitive et souveraine la valeur des titres cédés a d'ailleurs amené la doctrine à le qualifier de tiers évaluateur (dénomination que nous nous proposons de retenir) pour le distinguer de l'expert judiciaire des articles 263 et suivants du Code de procédure civile.

En effet l'expert judiciaire intervient sous mandat judiciaire, aux termes d'une mission qu'il est tenu de respecter, sous un contrôle strict, et sans que son travail ne lie le juge qui peut amender, voire écarter, ses conclusions.

A l'inverse le tiers évaluateur s'est vu conforté, par la jurisprudence de la Cour de cassation, dans un rôle souverain, au vaste champ d'application, qui semblait échapper à tout contrôle, sauf celui de l'erreur grossière.

Cette jurisprudence a été largement commentée, voire critiquée, et a même suscité une réforme substantielle de l'article 1843-4 du Code civil par l'ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014, au terme d'une loi d'habilitation précisant que cette réforme avait pour objectif d'assurer : « *le respect par l'expert des règles de valorisation des droits sociaux par les parties.* ».

Par ce texte, qui avait été en quelque sorte auguré par l'arrêt précité du 11 mars 2014, le pouvoir d'appréciation de l'expert de l'article 1843-4 du Code civil se trouve désormais limité par les dispositions statutaires ou conventionnelles qu'il a l'obligation légale de respecter.

Parce que le contentieux de la cession des droits sociaux est celui de l'argent, du pouvoir et d'intérêts nécessairement divergents, nous craignons que cette réforme ne suffise pas à tarir

¹ Cass. com., 11 mars 2014 n° 11-26.915 : « *Attendu que les dispositions de ce texte, qui ont pour finalité la protection des intérêts de l'associé cédant ...* »

un contentieux aussi âpre qu'abondant, voire suscite de nouvelles difficultés que nous nous efforcerons d'augurer, quand bien même il s'agit d'un exercice périlleux de conjecture.

Nous proposons d'envisager le contentieux de l'expertise de l'article 1843-4 du Code civil au fil de celle-ci, c'est-à-dire à l'occasion de la désignation du tiers évaluateur (I) et à l'occasion de l'appréciation du travail du tiers évaluateur (II).

I Le contentieux de la désignation du tiers évaluateur

Il nous semble que la juridiction, saisie dans le cadre de l'article 1843-4 du Code civil d'une demande de désignation doit s'assurer, d'une part que le litige qui lui est soumis ressort du champ d'application de cet article (I.1), d'autre part, qu'il entre bien dans ses pouvoirs de l'ordonner (I.2). Nous envisagerons quel recours peut être exercé contre une décision qui aurait méconnu les conditions de mise en œuvre de l'expertise de l'article 1843-4 du Code civil. (I.3).

I.1 Champ d'application

Il ne fait aucun doute que l'article 1843-4 du Code civil est un article d'ordre public de protection du cédant.

Le cédant doit en effet être protégé du risque de se voir imposé un prix de cession insuffisant, qui romprait l'égalité qui a présidé à la constitution du capital social, chaque associé ayant reçu des droits dans le capital en proportion de ses apports.

Il n'apparaît donc pas possible qu'une disposition statutaire ou conventionnelle écarte l'application de l'article 1834 du Code civil dès lors que le litige s'inscrit dans une des hypothèses prévues par le texte.

On a d'ores et déjà indiqué à quel point la jurisprudence, notamment de la chambre commerciale de la Cour de Cassation, avait largement étendu le champ d'application de l'article 1843-4 du Code civil.

L'article 1843-4 du Code civil dans sa nouvelle version est venu mieux délimiter son champ d'application qui désormais se limite à deux hypothèses, le renvoi à l'article 1843-4 du fait de la loi, le renvoi du fait des statuts.

➤ Lorsque l'expertise de l'article 1843-4 est expressément prévue par la loi, à notre avis il faut entendre le terme au sens large, le renvoi pouvant procéder d'un décret, il suffit, pour qu'elle soit mise en œuvre, qu'il y ait contestation.

Certains auteurs, relevant que l'ordonnance a supprimé la référence à la « prévision » de cession, ce qui empêchait de recourir à l'expertise 1843-4 lorsque la cession avait d'ores et déjà été réalisée², n'excluent pas qu'une contestation puisse « *maintenant intervenir alors que la cession est déjà conclue et que le transfert des droits sociaux a été réalisé, ce qui va susciter chez les praticiens de nouvelles perspectives (ou de nouvelles angoisses)* ».³

² Cass. com., 26 févr. 2013, n° 11-27.521

³ B. Dondéro : JCP E n°43, 23 octobre 2014, 1531

➤ Quand l'expertise procède d'une cession, ou d'un rachat, du fait des statuts, outre la contestation, il faut également que le prix ne soit ni déterminé ni déterminable.

On relève au passage une difficulté, voire une contradiction de rédaction, dans le fait que l'expert ne peut être désigné que si le prix n'est pas déterminé ou déterminable, mais doit faire application des règles et modalités de détermination de la valeur prévues par toute convention liant les parties (c'est-à-dire lorsqu'il existe des règles qui excluent la possibilité de recourir à la procédure de l'article 1843-4).

On ne sait pas s'il faut comprendre que le législateur a voulu envisager l'hypothèse d'une partie qui obtient la mise en œuvre de l'expertise à laquelle il n'avait pourtant pas droit et a voulu pallier l'impossible remise en cause de cette désignation (sans recours possible) en imposant à l'expert l'obligation de respecter la loi des parties, ou si, plus simplement, il faut entendre par « toute convention » tout acte autre que statutaire, de sorte qu'est respectée la condition d'absence de règle de détermination du prix dans les statuts⁴.

Quoi qu'il en soit, l'expert désigné devra respecter les prévisions des parties quant à la fixation de la valeur.

Ainsi on ne peut que s'interroger sur l'intérêt qu'aura, désormais, une partie à contester une valorisation faite en application d'une clause statutaire ou conventionnelle, alors que le tiers évaluateur sera tenu de l'appliquer.

Le Juge saisi sur le fondement de l'article 1843-4 devra s'assurer que le demande s'inscrit bien dans le champ d'application de cet article.

Reste toutefois à savoir s'il devra effectuer cette vérification en considération du texte applicable à la date de sa saisine, c'est-à-dire désormais dans sa version qui résulte de l'ordonnance du 31 juillet 2014, ou par application du texte en vigueur à la date de la convention.

I.2 Le pouvoir de désignation

Il n'y pas d'avant et d'après 31 juillet 2014 quant aux modalités de désignation du tiers évaluateur, cette désignation se fait, soit d'un commun accord, soit par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible.

Le tribunal dont il s'agit est le tribunal de grande instance, ou le tribunal de commerce pour les affaires qui relèvent de sa compétence, dont la détermination ne pose a priori pas de difficulté.

La juridiction du président statuant en la forme des référés n'est pas une création de l'article 1843-4 du Code civil ; on la retrouve dans d'autres hypothèses (article 62-5 du décret n° 67-223 du 17 mars 1967 en matière de copropriété ou article L. 212-9 du Code de la construction et l'habitation pour les sociétés ayant pour objet la construction ou l'acquisition d'immeubles en vue de leur division par fractions destinées à être attribuées aux associés en propriété ou en jouissance).

⁴ Cette interprétation est confortée par le fait que le I de l'article 1843-4 envisage bien les statuts ou toute convention liant les parties alors que le II n'envisage que les conventions.

Cette disposition, bien que parfaitement claire, est pourtant à l'origine d'un contentieux relativement abondant né, soit d'une confusion avec la juridiction des référés, soit de la tentative de certains plaideurs de s'affranchir de cette particularité procédurale en saisissant une autre formation du Tribunal, juge du fond ou juge de la mise en état.

On ne voit rien dans la nouvelle rédaction du texte qui devrait conduire à une modification de la jurisprudence.

Toute désignation du tiers évaluateur par une autre juridiction que le président statuant en la forme des référés, qu'il s'agisse du juge du fond⁵, de première instance ou d'appel, du juge de la mise en état ou du juge des référés, est nulle.

La Cour de cassation a ainsi jugé de façon très nette, à l'occasion de l'appel d'une sentence arbitrale, 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 ; Attendu qu'en désignant elle-même un expert après avoir écarté la détermination de la valeur des parts sociales de la SCP faite par M. Y..., la cour d'appel a violé le texte d'ordre public susvisé.* »⁶

La Cour de cassation a toutefois admis que le juge du fond, en l'espèce une Cour d'appel, demande à l'expert d'actualiser son rapport au motif qu'il ne s'agit pas d'une désignation.⁷

I.3 Le Recours

Le texte est clair, l'ordonnance est sans recours possible.

Il s'agit d'une interdiction générale en raison de laquelle sont irrecevables l'appel, l'opposition, la tierce opposition, le pourvoi en cassation.⁸

En revanche est possible l'appel-nullité lorsque le juge a commis un excès de pouvoir.

La jurisprudence a écarté l'excès de pouvoir dans les hypothèses suivantes :

- Mise à l'écart d'une clause de conciliation préalable.⁹
- Inobservation par le président du Tribunal des conditions d'application de l'article 1843-4¹⁰
- Remplacement de l'expert en cours d'exécution de sa mission,

En revanche l'excès de pouvoir a été retenu lorsque la juridiction fixe la date à laquelle doivent être évalués les droits sociaux, ce qui est logique puisque la jurisprudence considère que l'expert est souverain.¹¹

⁵ Cass. com., 9 fév. 2010, n° 09-10.800 et Cass. civ. 3^{ème}, 28 mars 2012, n° 10-26.351

⁶ Cass. civ., 1^{ère}, 25 nov. 2003, n° 00-22.089

⁷ Cass. civ., 1^{ère}, 9 déc. 2010, n° 09-10.141

⁸ Cass. com., 15 mai 2012, n° 11-12.999

⁹ Cass. com., 15 mai 2012, n° 11-17.866

¹⁰ *ibid.*

¹¹ Cass. com., 3 mai 2012, n° 11-12.217

Nous n'avons pas connaissance de jurisprudence rendue à cet égard sous l'empire de la nouvelle rédaction de l'article 1843-4.

Il nous semble que, désormais, il ne saurait y avoir excès de pouvoir quand l'ordonnance de désignation rappellera à l'expert qu'il doit respecter les règles et modalités de détermination de valorisation des droits sociaux prévues par les parties, puisqu'il ne s'agit que d'un rappel (que d'aucuns jugeront superflus) des dispositions légales.

Plus délicate est la question de la possibilité pour le président de trancher la question de la détermination des règles et modalités de fixation de la valeur applicables, ce qui pourrait être le cas si les parties sont en désaccord sur ce point.

La difficulté sera encore plus grande si le président tranche l'interprétation, discutée par les parties, des règles.

Si l'on considère que le tiers évaluateur doit rester souverain dans son appréciation, il est certain que ce sera à lui seul, et non à l'ordonnance qui le désigne, de déterminer quelles règles appliquer et comment les interpréter en cas de divergence.

Ce sera ensuite au juge du fond d'apprécier le travail du tiers évaluateur avec cet inconvénient, majeur pour les parties, de devoir attendre une décision du tribunal après évaluation, et en cas de sanction de ce travail, dont la juridiction considérerait qu'il serait entaché d'erreur grossière, de devoir solliciter une nouvelle désignation selon la procédure spécifique prévue par le texte.

Il nous paraît donc possible qu'une partie obtienne la censure du travail du tiers évaluateur pour erreur grossière au motif que celui-ci aura respecté les termes d'une mission... qui n'aurait pas dû lui être confiée.

En clair, cela revient à déporter le contentieux de la désignation de l'expert sur le contentieux du travail de l'expert, avec les inconvénients d'insécurité et de perte de temps que cela entraîne.

II Le contentieux de l'appréciation du travail du tiers évaluateur

Nous ne voyons pas, dans la nouvelle rédaction de l'article 1843-4 du Code civil, de raison pour que soit remise en cause la jurisprudence constante de la Cour de cassation selon laquelle « à défaut d'erreur grossière » le rapport du tiers évaluateur ne peut pas être remis en cause¹².

En effet, en s'en remettant à l'estimation d'un expert désigné conformément à l'article 1843-4 du Code civil, les parties font de la décision de celui-ci leur loi.¹³

En revanche on peut supposer que cette nouvelle rédaction ouvrira la possibilité d'étendre le champ de l'erreur grossière

L'erreur grossière se définit comme celle que ne commettrait pas un : « appréciateur avisé et consciencieux ».¹⁴

¹² Cass. com., 19 déc. 1989, n° 88-13.519

¹³ Cass. com., 9 avril 1991, n° 89-21.611

¹⁴ M. Cozian, *Droit des sociétés*, Litec, 16^e éd., 2003, n° 917

La jurisprudence, conformément à la vocation même de l'article 1843-4 du Code Civil d'apporter une solution définitive au litige, n'apprécie que restrictivement la notion d'erreur grossière.

Cette erreur peut-être commise dans la conduite des opérations d'expertise (II.1) ou dans la l'évaluation retenue (II.2).

II.1 La conduite de l'expertise

La violation du principe du contradictoire par le tiers évaluateur, ne constitue pas, ipso facto, une erreur grossière.

En effet la jurisprudence semble exiger qu'il soit démontré en quoi la violation du principe du contradictoire a entaché d'erreur l'évaluation des droits sociaux.

Ainsi, la Cour de Cassation a approuvé une Cour d'Appel qui avait jugé que le défaut de respect de la contradiction ne constituait pas une erreur grossière en raison de l'absence de grief qui en avait résulté.¹⁵

En revanche, commet une erreur grossière l'expert qui fait preuve d'une partialité manifeste.

Nous ne voyons pas de raison pour que l'appréciation de l'impartialité du tiers évaluateur se fasse différemment que s'agissant d'un expert judiciaire.

Ainsi l'impartialité est souvent appréciée selon un faisceau d'indices, comme l'illustre un arrêt du 3 novembre 2005 : « *la cour d'appel, après avoir analysé l'ensemble des éléments de preuve qui lui étaient soumis, a souverainement retenu que la société ne démontrait pas qu'elle était fondée à douter raisonnablement et suffisamment de l'impartialité des experts* ». ¹⁶

Il a également été jugé, il est vrai au visa de l'article 1592 du Code Civil, qu'il importe que *"le mandataire commun des cocontractants ait véritablement la qualité de tiers, c'est-à-dire qu'il ne soit pas sous la dépendance de l'une des parties."*¹⁷

Dans une autre espèce, la Cour de cassation a rejeté le grief de partialité de l'expert dont elle a estimé qu'il n'était pas constitué en dépit d'échanges musclés avec l'une des parties, qui révélaient une « *tension perceptible* ». Pour la Cour, cette tension n'était pas uniquement imputable à l'expert et « *ce simple fait n'est pas de nature à affecter les constatations techniques sous-tendant les conclusions expertales* »¹⁸

En revanche, il a été jugé que commet une erreur grossière l'expert qui modifie le sens de sa mission en sortant du cadre juridique qui en était le fondement : « *Mais attendu que la cour d'appel a pu retenir qu'en modifiant le sens de la mission qui lui était confiée, et en sortant du cadre juridique qui en était le fondement, l'expert avait commis une erreur grossière.* ».¹⁹

¹⁵ Cass. Com., 19 avril 2005, n° 03-11790

¹⁶ Cass. 2^{ème} Civ., 3 nov.2005, n° 05-13005

¹⁷ Cass. 1^{ère} Civ., 2 déc. 1997, n° 95-19791

¹⁸ Cass. 2^e civ. 9 juill. 2009, n° 08-16.825

¹⁹ Cass. 1^{ère} Civ., 25 nov. 2003, n° 00-22089

II.2 La valorisation retenue

Il est bien évident que la partie insatisfaite du travail du tiers évaluateur aura une inclination naturelle à reprocher à celui-ci une erreur grossière dont elle aura tendance à considérer qu'elle est constituée du seul fait qu'elle n'a pas obtenu une valeur satisfaisante.

Là encore la jurisprudence est restrictive.

Ainsi, ne se rend pas coupable d'erreur grossière le tiers évaluateur qui n'a pas pris en compte l'incidence de l'impôt sur les sociétés dans le calcul de la valeur de rentabilité de celle-ci.²⁰

Il semble qu'il suffise, pour écarter l'erreur grossière, que l'expert ait expliqué et justifié ses choix et la valorisation qui en résulte.

Un arrêt récent, du 29 septembre 2015, rappelle que l'exigence de motivation du rapport ne va pas au-delà de la justification, par le tiers évaluateur, de la méthode adoptée pour effectuer son travail et des réponses apportées aux questions des parties.

La Cour exprime cette exigence en ces termes : « (...) attendu que l'expert désigné en application de l'article 1843-4 du Code civil a toute latitude pour déterminer la valeur des actions selon les critères qu'il juge opportuns ; qu'après avoir relevé que l'expert s'était expliqué sur les modalités de son évaluation, précisant la méthode qu'il avait choisie en indiquant les motifs pour lesquels il excluait certaines d'entre elles, et qu'il avait longuement répondu aux dires des parties, explicitant les raisons pour lesquelles il n'admettait pas de considérer les obligations convertibles au même titre que les actions et avait écarté les provisions pour risques, l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, que l'expert a exactement appliqué l'article 1843-4 du Code civil en faisant cette évaluation (...) ».²¹

Il a toutefois été jugé qu'a commis une erreur grossière le tiers évaluateur qui a :

- omis un actif important dans l'évaluation de la société²² ;
- fixé la valeur des parts sociales en considération de la disparition de la société alors que son exploitation a continué.²³

La jurisprudence qui refusait de voir une erreur grossière dans la mise à l'écart par l'expert des directives d'évaluation contenues dans les statuts ou conventions entre les parties, ne paraît évidemment plus d'actualité.²⁴

En effet, le tiers évaluateur a désormais l'obligation légale d'appliquer les statuts ou toutes conventions entre les parties, qui fixent les règles et modalités de détermination de la valeur des droits sociaux.

²⁰ Cass. Com., 4 novembre 1987, n° 86-10027

²¹ Cass. Com., 29 sept. 2015, n° 14-15.767

²² Cass. Com., 6 juin 2001, n° 98-18503

²³ Cass. Com., 19 décembre 2000, n° 98-10301

²⁴ Cass. Com., 16 fév. 2010, n° 09-11668 et Cass. Com., 4 fév. 2004, n° 01-13516

Ainsi, la liberté qui était reconnue au tiers évaluateur pour le mettre à l'abri de l'erreur grossière l'y exposera désormais.

Pour autant la question ne nous paraît pas définitivement réglée sur ce point.

On peut en effet tout à fait concevoir que les règles fixées par les parties ne soient plus applicables, ou que leur application aboutisse à des valorisations incohérentes ou extravagantes.

Si les règles ne sont plus applicables, non seulement il sera difficile de prétendre que le tiers évaluateur a commis une erreur grossière à ne pas les appliquer, mais au contraire il aura satisfait à son obligation d'évaluer, en appliquant sa méthode et non pas celle des parties.

Plus délicate est la question de l'application de règles qui aboutirait à des incohérences ou à une valorisation extravagante.

Il s'agit ici de savoir si c'est au tiers évaluateur de se faire juge de ce qu'il doit appliquer ou pas, de ce qui est cohérent et de ce qui ne l'est pas.

La question est d'autant plus délicate que les méthodes de valorisation retenues par les parties peuvent n'être incohérentes qu'en apparence mais justifiées par des considérations extérieures à la simple valorisation de la société ; on pense, par exemple, aux clauses good/bad leaver.

Compte tenu de la jurisprudence existante, nous considérons qu'il sera bien du rôle du tiers évaluateur de prendre position, à charge pour lui de s'expliquer et de se justifier, et sous réserve du contrôle de l'erreur grossière.

Il existe également une autre difficulté.

On vient de rappeler que la décision qui désigne le tiers évaluateur de l'article 1843-4 du Code Civil n'est pas susceptible de recours, et que ne constitue pas, a priori, un excès de pouvoir une désignation ordonnée alors même que le litige n'entraîne pas dans le champ d'application de l'article 1843-4 du Code Civil. (cf. jurisprudence sous note n°10)

Se pose donc la question de savoir quel moyen aura la partie de s'opposer à la mise en œuvre de la cession des droits sociaux sur la base de la valeur déterminée par l'expert qui a été désigné en vertu de l'article 1843-4 du Code civil, mais dont elle soutiendra qu'il n'avait pas vocation à s'appliquer.

Sur ce point, on suppose que c'est dans le cadre du contentieux qui sera engagé par la partie qui aura intérêt à la cession forcée, qu'il sera jugé si l'article 1843-4 était, ou non, applicable.

Il nous paraît en tout cas certain qu'il appartiendra au tiers évaluateur d'apporter un soin tout particulier à l'explication et à la motivation de sa méthode d'évaluation pour éviter de se voir reprocher l'erreur grossière.

II.3 Les conséquences de l'erreur grossière

La juridiction saisie ne peut pas se substituer au tiers évaluateur dont elle aura reconnu l'erreur grossière et procéder à la valorisation des droits sociaux.

La Cour de cassation a, sur ce point, une jurisprudence aussi nette que constante : *« attendu qu'en se remettant, en cas de contestation sur le prix de cession de droits sociaux, à l'estimation d'un expert désigné conformément à l'article 1843-4 du Code civil, les contractants font de la décision de celui-ci leur loi et qu'à défaut d'erreur grossière, il n'appartient pas au juge de remettre en cause le caractère définitif de cette décision ; qu'ayant exactement rappelé que les experts ont toute latitude pour déterminer la valeur des actions selon les critères qu'ils jugent opportuns et constaté qu'en l'espèce l'évaluation était exempte d'erreur grossière, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision ; que le moyen ne peut être accueilli. »*²⁵

De ce fait, la seule issue sera, pour la partie qui y a intérêt, de solliciter à nouveau la désignation d'un expert dans le strict respect des dispositions de l'article 1843-4 du Code civil, c'est-à-dire par le président du Tribunal statuant en la forme des référés.

Les pouvoirs limités du Tribunal saisi d'une demande de cession forcée de titres sociaux, dont le prix doit être déterminé selon les modalités de l'article 1843-4 du Code civil, peut également être source de difficulté dans une hypothèse particulière.

En effet, la Cour de cassation admet que le cédant puisse demander au juge des référés une provision sur le prix de cession : *« les dispositions de l'article 1843-4 du Code civil n'interdisent pas à la juridiction des référés d'accorder une provision à l'associé retrayant lorsque celui-ci est créancier d'une obligation dont l'existence n'est pas sérieusement contestable ; qu'ensuite la Cour d'Appel a, par motifs adoptés, constaté que la SCP avait, dans des lettres du 23 décembre 2009 et du 18 mars 2010, accepté l'application d'un coefficient de 0,5 pour la valorisation des dossiers en cours, faisant ainsi ressortir l'absence de contestation sérieuse sur ce point. »*²⁶

On ne voit pas de raison qu'une telle demande ne puisse pas être faite devant le juge de la mise en état qui tient de l'article 771 du Code de procédure civile, des pouvoirs équivalents à ceux du juge des référés.

Si le Tribunal dans son jugement devait, en définitive, retenir l'erreur grossière, il n'aurait pas d'autre choix que de rejeter la demande de cession des titres sociaux, dont la réalisation serait impossible, faute de prix qu'il n'entre pas dans ses pouvoirs de fixer.

De notre point de vue il y aura également lieu au remboursement de la provision qui avait été accordée par une décision qui n'a pas autorité de la chose jugée.²⁷

Les parties n'auront alors pas d'autre choix que de recommencer la procédure d'évaluation, sans préjudice de la possible mise en jeu de la responsabilité de l'expert, mais il s'agit là d'un autre contentieux...

²⁵ Cass., Com., 19 avr. 2005, n° 03-11790

²⁶ Cass., 1^{ère} Civ., 27 fév. 2013, n° 12-15828

²⁷ Article 775 du Code de procédure civile.