

JBS-2010-209

Bulletin Joly Sociétés, 01 décembre 2010 n°12, P. 966 - Tous droits réservés

Droit des sociétés

209. Note – Désignation judiciaire de l'« expert » de l'article 1843-4 et excès de pouvoir : une occasion manquée.

L'ordonnance de désignation de l'expert de l'article 1843-4 du Code civil n'est, selon cet article, susceptible d'aucun recours. Cette disposition s'applique, par sa généralité, au pourvoi en cassation, comme à toute autre voie de recours. Il n'y est dérogé qu'en cas d'excès de pouvoir. Est donc irrecevable le pourvoi formé contre une décision qui n'est pas entachée d'excès de pouvoir, et qui n'a pas consacré un excès de pouvoir.

Fondement : C. civ., art. 1843-4

Dorothee Gallois-Cochet, « Associé » : Joly sociétés, EA170

Cass. com., 14 sept. 2010, n°09-58850 (n°FD), Sté SCM c/ Coutellier et a.

La cour

Sur la recevabilité du pourvoi, contestée par la défense :

Attendu qu'il résulte de l'article 1843-4 du Code civil que la décision rendue par le président du tribunal statuant en la forme des référés sur la demande de désignation d'un expert pour la détermination de la valeur de droits sociaux est sans recours possible ; que cette disposition s'applique, par sa généralité, au pourvoi en cassation comme à toute autre voie de recours ; qu'il n'y est dérogé qu'en cas d'excès de pouvoir ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 12 mai 2009), que M. X, associé de la Société civile des mousquetaires (la SCM), a été informé par celle-ci que son assemblée générale avait ratifié la décision d'exclusion prise à son encontre et qu'il lui serait versé, pour le remboursement de ses parts sociales, une certaine somme calculée selon la valeur unitaire de la part déterminée par l'assemblée ; qu'un désaccord ayant opposé les parties sur la valeur des parts, M. X et son épouse M^{me} Y ont, en application de l'article 1843-4 du Code civil, obtenu du président du tribunal de grande instance la désignation d'un expert avec mission de déterminer la valeur des dites parts ; que la SCM ayant formé contre cette décision un appel-nullité et un appel et les procédures ayant été jointes, la cour d'appel, retenant que le premier juge avait excédé ses pouvoirs en soumettant la mission de l'expert aux règles du code de procédure applicables aux seules expertises judiciaires, a déclaré l'appel-nullité recevable, partiellement annulé l'ordonnance et déclaré l'appel irrecevable pour le surplus des chefs non annulés ;

Attendu que la SCM fait grief à l'arrêt de l'avoir déboutée de sa demande de nullité du jugement pour avoir désigné un expert sur le fondement de l'article 1843-4 du Code civil et d'avoir déclaré son appel irrecevable de ce chef, alors, selon les deux moyens, réunis :

Mais attendu, en premier lieu, que l'arrêt ayant déclaré l'appel-nullité recevable, le moyen manque en fait en ce qu'il soutient le contraire ;

Et attendu, en second lieu, que l'arrêt s'étant borné à se prononcer sur les recours formés à l'encontre de l'ordonnance ayant procédé à la désignation de l'expert, le moyen manque en fait en ce qu'il fait grief à la cour d'appel d'avoir excédé ses pouvoirs en procédant à cette désignation ;

D'où il suit que, formé contre une décision qui n'est pas entachée d'excès de pouvoir et qui n'a pas consacré un excès de pouvoir, le pourvoi n'est pas recevable ;

Par ces motifs

Déclare irrecevable le pourvoi.

Note – Désignation judiciaire de l'« expert » de l'article 1843-4 et excès de pouvoir : une occasion manquée.

1. S'il est rare qu'un arrêt d'irrecevabilité fasse l'objet d'attention, celui rendu par la chambre commerciale le 14 septembre 2010, parce qu'il évoque la question des recours dans le cadre de l'article 1843-4, mérite quelques développements¹. Une fois n'est pas coutume, est en jeu non pas la question du recours contre la fixation du prix par le tiers, dont il serait un euphémisme de dire qu'elle a fait couler beaucoup d'encre, mais celle des recours contre l'ordonnance par laquelle le juge a désigné le tiers. On sait que pour « évacuer tout débat judiciaire sur la valeur des droits sociaux² », l'article 1843-4 met en place une procédure définitive de fixation du prix par un tiers, mal qualifié d'« expert » dans les cas où sont prévus la cession ou le rachat de droits sociaux. Il prévoit que ce tiers est désigné, à défaut d'accord, par ordonnance du Président du tribunal, statuant en la forme des référés et « sans recours possible », à moins, comme l'a précisé la jurisprudence, que le juge n'ait commis un excès de pouvoir. Encore faut-il savoir ce que cette notion recouvre dans un tel contexte. Cet arrêt, dont l'interprétation est périlleuse pour des raisons procédurales (I), suscite, quant à cette notion, des interrogations (II).

I – L'interprétation

2. Pour ne retenir que ce qui est nécessaire, un associé de la société civile des mousquetaires (SCM) a été exclu par l'assemblée générale, qui a évalué le montant du remboursement de ses parts sociales. Un désaccord ayant opposé les parties sur la valeur, il a obtenu du président du TGI la désignation d'un expert par une ordonnance, aux termes de laquelle la mission devait être exercée « conformément aux dispositions des articles 263 et s. du C.P.C. ». La SCM a formé contre cette ordonnance un appel-nullité, alléguant que le juge aurait outrepassé ses pouvoirs d'une part en plaçant la mission du tiers sous l'égide des articles 263 et suivants, d'autre part en nommant un expert en méconnaissant les conditions et la portée de l'article 1843-4. Ce dernier argument est également repris au fondement d'un appel ordinaire, par lequel est demandée la réformation de l'ordonnance. La cour d'appel de Paris³ considère l'appel-nullité recevable, mais juge qu'il n'est qu'en partie fondé. Il est fondé en ce que l'ordonnance a visé des textes applicables seulement aux seules expertises judiciaires. En revanche, et sans plus de précision, il est infondé en ce qui concerne le grief de violation de l'article 1843-4. Elle déclare enfin l'appel-réformation irrecevable, aux motifs qu'aucun recours n'est possible contre l'ordonnance. La SCM se pourvoit alors en cassation, faisant grief à la cour d'appel tant de l'avoir déboutée de sa demande en nullité de l'ordonnance pour violation de l'article 1843-4, que d'avoir déclaré son appel-réformation irrecevable. Pour ce faire, elle reproche de manière curieuse à la cour d'appel – et non au président du TGI – d'avoir outrepassé ses pouvoirs en désignant le tiers. Dans un moyen en cinq branches, elle tente ainsi de démontrer que l'article 1843-4 n'avait pas lieu d'être sollicité et a été mal appliqué (et ce pour diverses raisons : hypothèse factuelle située hors du champ de cet article, existence d'une clause statutaire de détermination de la valeur des parts, défaut de la qualité d'associé du demandeur, caractère non sérieux de la contestation nécessaire à la mise en œuvre de l'article). La défense conteste la recevabilité de ce pourvoi, sur laquelle la Cour de cassation devait se prononcer. Elle conclut à l'irrecevabilité, au terme de deux attendus, dont l'un est placé en exergue. Par le premier, elle énonce : « Attendu qu'il résulte de l'article 1843-4 du Code civil que la décision rendue par le président du tribunal statuant en la forme des référés sur la demande de désignation d'un expert pour la détermination de la valeur de droits sociaux est sans recours possible ; que cette disposition s'applique, par sa généralité, au pourvoi en cassation, comme à toute autre voie de recours ; qu'il n'y est dérogé qu'en cas d'excès de pouvoir ». Par le second, elle ajoute que « formé contre une décision qui n'est pas entachée d'excès de pouvoir et qui n'a pas consacré un excès de pouvoir, le pourvoi n'est pas recevable ».

3. Pour une bonne compréhension, il faut rappeler quelques rudiments de procédure civile. Il arrive qu'un texte légal interdise le recours contre une décision judiciaire, au mépris de la règle du double degré de juridiction. Le droit des procédures collectives est le domaine de prédilection de ces interdictions. L'article 1843-4, strictement entendu sur ce point par la jurisprudence, en est une autre illustration⁴. Toutefois, pour ne pas laisser dans l'ordonnement juridique des décisions dont les irrégularités sont trop criantes, la jurisprudence a, dans ces hypothèses, restauré des recours⁵, à une condition : que le juge ait excédé ses pouvoirs. S'ouvre alors, selon les hypothèses, soit un appel-nullité, soit un pourvoi-nullité. Ils se distinguent des recours ordinaires en ce qu'ils ne peuvent prospérer qu'en cas d'excès de pouvoir. La nécessité de circonscrire ces recours explique que l'on ait fait de l'excès de pouvoir non seulement la condition du bien-fondé de ces recours, mais, en amont, celle de leur recevabilité. Ce qui aboutit à un résultat surprenant, car pour statuer sur la recevabilité, la cour d'appel ou la Cour de cassation doivent examiner les griefs, pour savoir si le vice invoqué est au moins susceptible de constituer un excès de pouvoir. Or d'ordinaire, les causes d'irrecevabilité affectent le recours dès l'origine, sans qu'il soit besoin d'examiner les griefs.

4. La curiosité s'accroît davantage lorsque, comme en l'espèce, on se situe, non pas dans le cadre d'un pourvoi en nullité, mais dans le cadre d'un pourvoi contre un appel en nullité. Dans ce type d'hypothèse, la jurisprudence a pour habitude de transposer la règle de recevabilité de l'appel en nullité au pourvoi en cassation. C'est d'ailleurs ce que justifie ici la Cour de cassation, reprenant mot pour mot la solution d'un arrêt plus ancien⁶, lorsqu'elle énonce que l'article 1843-4, par sa généralité, s'applique aussi au pourvoi en cassation. Mais alors, cela suppose, pour la Cour de cassation, de vérifier l'excès de pouvoir à deux niveaux : la cour d'appel a-t-elle commis un excès de pouvoir ? La cour d'appel a-t-elle consacré un excès de pouvoir de la part du premier juge, soit en jugeant l'appel en nullité irrecevable soit en le jugeant, comme en l'espèce, mal fondé ? Les arrêts sont légion qui, comme celui-là, concluent à l'irrecevabilité du pourvoi aux motifs qu'il est « formé contre une décision qui n'est pas entachée d'excès de pouvoir et qui n'a pas consacré un excès de pouvoir⁷ ». Où l'on voit, dans le libellé même de cette formule, que la Cour de cassation est amenée à procéder à un examen au fond, pour statuer sur la seule recevabilité du pourvoi ; paradoxe qui se justifie certainement par une volonté de limiter les atteintes au texte qui prohibe tout recours.

5. Reste que dans cette espèce, on peut, à première lecture, se demander sur quels éléments se fonde la Cour de cassation pour considérer que la cour d'appel n'a pas consacré d'excès de pouvoir. Contrairement aux arrêts rendus d'ordinaire dans ce contexte, la Cour de cassation ne motive aucunement la solution sur ce point. La cour d'appel n'avait d'ailleurs elle-même pas exprimé sa motivation⁸, alors que l'appelant l'y invitait, en invoquant le défaut de contestation sur la valeur des parts. On peut donc s'étonner que la Cour de cassation exclue de manière si péremptoire qu'il y ait eu un excès consacré. Toutefois, cela tient peut-être à l'inconsistance des moyens du pourvoi qui, au lieu de faire grief à la cour d'appel d'avoir consacré l'excès, lui font grief de l'avoir commis elle-même en désignant le tiers (!). La Cour de cassation s'est donc certainement cantonnée dans les limites du pourvoi. Si tel est le cas, la société SCM s'est privée d'un réel examen de l'excès de pouvoir, et nous a privés de réponses à des interrogations sur les conditions dans lesquelles le recours interdit par l'article 1843-4 peut être restauré.

II – Les interrogations

6. La notion d'excès de pouvoir, que la jurisprudence n'a jamais définie, est mystérieuse et, à en croire les spécialistes, plutôt empirique⁹. Dès lors, il est légitime de se demander dans quelle mesure une violation du domaine et des conditions de l'article 1843-4 peut en relever. La seule certitude, à la lecture de l'arrêt d'appel rendu dans cette affaire, est qu'un tel excès est bel et bien constitué lorsque l'ordonnance a confondu expert de l'article 1843-4 et expert judiciaire. Sur ce point en effet, la cour d'appel a considéré le recours non seulement recevable, mais bien-fondé. Mais ce n'était pas le seul grief invoqué par l'appelant. Il critiquait également le fait que le juge ait désigné un expert au mépris d'une condition de cette désignation : la contestation. Dans le pourvoi, certes mal adressé, il ajoutait un autre grief, selon lequel le droit de reprise des apports d'associés exclus d'une société à capital variable ne s'analyse pas en une cession ou un rachat de droits sociaux, mettant hors jeu l'article 1843-4. Aussi douteux soit l'argument, puisque la reprise d'apports n'est qu'une modalité de retrait, de sorte qu'elle est soumise à l'article 1869, renvoyant sur ce point à l'article 1843-4, sans que des dispositions spécifiques aux sociétés à capital variable ne viennent le contredire, on peut se poser la question de la possibilité même d'invoquer un excès de pouvoir quand le juge fait sortir l'article 1843-4 de ses gonds. Se posent alors deux questions en une : le non-respect d'une condition intrinsèque à l'article 1843-4 ou l'application de l'article en dehors de son domaine constituent-ils des excès de pouvoir ? L'immunité de l'ordonnance de désignation, à laquelle risquerait de mener une réponse négative, suffit à mesurer l'enjeu pratique.

7. La réponse n'est pas évidente. Issue du principe de séparation des pouvoirs, la notion d'excès de pouvoir, envisagée à l'origine seulement comme cas d'ouverture du pourvoi en cassation, visait l'empiètement du juge sur le pouvoir législatif ou exécutif. Mais la notion a enflé dans le contexte des recours restaurés, jusqu'à recouvrir aujourd'hui la transgression des règles délimitant les fonctions du juge¹⁰. Dès lors, on peut penser que le juge qui s'arrogerait le pouvoir de désigner un tiers dans une hypothèse ne relevant pas du domaine de l'article 1843-4, commettrait un excès de pouvoir, en outrepassant ses fonctions. Il faut espérer qu'il en soit ainsi, tant les frontières du domaine de l'article 1843-4 ne sont, à ce jour, pas clairement tracées.

8. En revanche, il est permis d'être moins optimiste sur la possibilité de retenir un excès de pouvoir lorsque le juge n'a pas respecté une condition intrinsèquement prévue par l'article 1843-4. Il est en effet enseigné que l'excès de pouvoir se distingue de la violation de la loi, fût-elle d'ordre public. Précisément, on a suggéré d'exclure le premier au profit de la seconde lorsque fait défaut une condition d'application d'un texte, en présence de laquelle le juge aurait pu statuer comme il l'a fait¹¹. Toutefois, la jurisprudence montre que lorsqu'il apparaît qu'une violation de la loi est grave, le recours est restauré¹². Ce qui rend la clef de répartition bien évanescence. C'est peut-être en raison de la grossièreté de la confusion entre tiers estimateur et expert judiciaire que la cour d'appel a considéré dans cette

affaire qu'il s'agissait d'un excès de pouvoir. On peut en revanche douter que le non-respect d'une condition de l'article 1843-4, telle que l'existence d'une contestation, revête un niveau de gravité suffisant pour la restauration du recours. Et on le comprend : à trop dilater la notion d'excès de pouvoir, on en vient à ouvrir un recours que la loi a entendu fermer. Quoique précisément, dans l'article 1843-4, la raison d'être de cette fermeture n'apparaît pas avec la force de l'évidence... À défaut de trouver des réponses dans l'arrêt, il faudra se contenter de ces quelques suppositions. L'occasion était pourtant belle.

Marie Caffin-Moi

Professeur à l'université de Valenciennes Membre du LIEN

1 1. Au risque de faire « soupirer le lecteur un peu blasé », selon les termes de A. Couret, « L'évolution récente de la jurisprudence rendue sur le fondement de l'article 1843-4 du Code civil », in *Mélanges dédiés à B. Bouloc*, Dalloz, p. 260.

2 2. D. Cohen, *Arbitrage et société*, LGDJ, 1993, préf. B. Oppetit, n°370.

3 3. CA Paris, 12 mai 2009, n°08/57189.

4 4. V. Cass. com., 11 mars 2008, n°07-13189, selon lequel aucun recours n'est possible à l'encontre de l'ordonnance, même lorsqu'elle refuse de désigner le tiers : Bull. Joly Sociétés 2008, p. 487, § 105, note J.-J. Barbieri.

5 5. Selon l'expression de P. Cagnoli, *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, LGDJ 2002, n°479.

6 6. Cass. 1^{re} civ. , 6 déc. 1994, n°92-18007 : Dr. sociétés 1995, n°68, obs. T. Bonneau.

7 7. V. par ex., Cass. com., 11 mai 2005, n°09-65960 – Cass. com., 8 juin 2010, n°09-14076.

8 8. Le défaut de motifs ne saurait au demeurant suffire à constituer un excès de pouvoir (v. par ex. Cass. com., 26 janv. 2010, n°08-21330).

9 9. V. en ce sens J. Héron et T. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, Montchrestien, 2010, n°708 ; C. Charruault, « L'excès de pouvoir du juge civil », in *Études offertes au Doyen P. Simler*, Dalloz, 2006, p. 857.

10 10. S. Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz action, 2009/2010, n°553-421.

11 11. P. Cagnoli, *op. cit.*, n°499 ; J. Héron et T. Le Bars, *op. cit.*, n°708.

12 12. *Ibid.*