

## Numéro 30 – Mai 2009

**Cessions de titres entre associés : face à l'article 1843-4 du Code civil, les clauses de valorisation statutaires n'ont plus qu'une valeur indicative (Com., 5 mai 2009 : *¶*)**. Le tiers estimateur chargé, en application de l'art. 1843-4 C. civ., de déterminer la valeur des droits sociaux dans une cession de titres entre associés, est-il tenu d'appliquer une clause statutaire de valorisation ? La controverse, on le sait, faisait rage (v., en dernier lieu, notre Lettre, mars 2009). Cet arrêt rendu par la Ch. com. de la Cour de cassation en marque une étape majeure, dans une réponse exprimée en forme de principe : « *seul l'expert détermine les critères qu'il juge les plus appropriés pour fixer la valeur des droits, parmi lesquels peuvent figurer ceux prévus par les statuts* ». Et la Cour de censurer les juges d'appel qui avaient ordonné à l'expert de tenir compte desdits critères.

La cause est donc entendue, pour la Ch. com. **Si le tiers estimateur peut tenir compte de la clause statutaire de valorisation, et en particulier de la formule qu'elle contient, il n'en a nullement l'obligation**. Libre à lui, donc, de s'en écarter, s'il estime qu'elle ne permet pas de rendre compte de la vraie valeur des titres cédés. Les craintes exprimées par beaucoup d'auteurs et de praticiens à la lecture de deux décisions récentes (v. notre Lettre, janv. 2008) étaient donc bien fondées. Le message se veut d'ailleurs très net, puisque la Ch. com. a assorti son arrêt de la diffusion la plus large qui soit, incluant sa mention dans le Rapport annuel de la Cour. Certes, la cour d'appel de renvoi pourrait résister, ce qui donnerait lieu à un nouvel examen de la question par la Haute juridiction, cette fois-ci réunie en assemblée plénière. Mais cette perspective paraît assez improbable. L'affaire est en effet renvoyée devant la juridiction parisienne, dont un arrêt très récent s'est prononcé exactement dans le même sens (v. B. Cavalié, interview au Recueil Dalloz 2009, p. 1264). Quoi qu'il en soit, la réflexion paraît, en l'état, devoir s'orienter dans deux directions. On peut, d'abord, s'interroger sur la nature des cessions relevant de l'art. 1843-4. En l'espèce, la cession procérait d'une clause d'exclusion. Est-ce à dire que les clauses de valorisation conserveront leurs effets dans les cessions classiques, pour cette raison que, pleinement volontaires, elles doivent laisser s'épanouir la liberté contractuelle ? L'espoir est toujours permis. Reste qu'il semble particulièrement maigre, car la Cour ne se réfère pas à la nature de la cession dans son attendu de principe, mais seulement aux termes, très généraux, de l'art. 1843-4. On peut, ensuite, rechercher des moyens légaux d'échapper à l'art. 1843-4. Le recours à un pacte extrastatutaire y suffirait-il ? Si la question mérite d'être posée, c'est que ce texte est un texte propre au contrat de société, contrat dont le pacte extrastatutaire se dissocie d'une certaine façon. Là encore, cependant, la généralité de la solution exprimée incite à la plus grande prudence. Le cadre juridique de la SAS pourrait en revanche être exploité avec davantage de profit. En effet, l'art. L. 227-18 C. com. laisse clairement entendre qu'en ce domaine, l'art. 1843-4 ne s'applique que « *si les statuts ne précisent pas les modalités du prix de cession des actions* » (en ce sens égal. : A. Lienhard, D. 2009, p. 1350). Il laisse donc entrevoir une petite fenêtre de sortie, qui a l'avantage d'être revêtue du sceau de la loi.

**Les dirigeants qui organisent l'insolvabilité de sa société engagent-ils leur responsabilité civile personnelle à l'égard des créanciers (Com., 10 février 2009 : *¶*)** ? Oui, est-on tenté de répondre à la lecture de cet arrêt. Une société est condamnée à payer une certaine somme à sa cocontractante pour avoir résilié trois contrats de licence avant leur échéance. Mais elle n'exécute pas cette condamnation et se trouve, par la suite, en état de cessation de paiements. La société cocontractante estime que cette situation est imputable aux dirigeants de la société condamnée (le président du conseil d'administration, ainsi que le directeur général), qui, selon elle, se sont abstenus d'inscrire certaines provisions préconisées par le commissaire aux comptes. Elle décide donc de rechercher la responsabilité civile personnelle de ces dirigeants. La cour d'appel saisie du litige rejette sa demande, aux motifs que, même en la supposant fautive, cette abstention ne caractériserait pas une faute détachable des fonctions des dirigeants, puisque ceux-ci agissaient alors dans le cadre desdites fonctions. Elle en est censurée, pour n'avoir pas recherché « *si les décisions litigieuses ne constituaient pas de la part de leurs auteurs, même agissant dans*

*les limites de leurs attributions, des fautes intentionnelles d'une particulière gravité incompatibles avec l'exercice normal de leurs fonctions sociales ».*

L'arrêt s'inscrit dans un courant jurisprudentiel aujourd'hui bien établi (cf. p. ex. : Com., 12 juin 2007, n° 06-16247 ; Com., 20 juin 2006, n° 05-10052 ; Com., 7 mars 2006, Bull. n° 61 ; Com., 20 mai 2003, Bull. n° 84 ; v. encore, pour les administrateurs d'une association : Civ. 2<sup>ème</sup>, 7 oct. 2004, Bull. n° 439). Le dirigeant qui agit dans l'exercice de ses fonctions n'engage pas, en principe, sa responsabilité civile personnelle envers les tiers. Il en va différemment lorsqu'il se rend coupable d'une faute intentionnelle d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales. En résumé, un peu comme le préposé, qui n'engage sa responsabilité à l'égard des tiers qu'à raison de certains actes bien particuliers (V. notre Lettre, mars 2008), le dirigeant bénéficie d'une immunité civile, qui cède néanmoins lorsqu'il commet une faute présentant les caractères susdits. L'arrêt signalé réaffirme cette solution, en même temps qu'il y apporte d'intéressantes précisions. D'une part, **le fait que le dirigeant ait agi dans le cadre de ses attributions n'exclut pas, en lui-même, sa responsabilité personnelle.** D'autre part, le fait d'organiser l'insolvabilité de la société *peut* donner prise à cette responsabilité personnelle et, partant, ouvrir aux créanciers une action leur permettant d'obtenir des dirigeants ce que la société n'est plus en mesure de leur payer.

**Une obligation de faire dont l'exécution est devenue impossible peut-elle être judiciairement convertie en obligation monétaire (Civ. 3<sup>ème</sup>, 8 mars 2009 : 10) ?** Une obligation de faire s'exécute en principe en nature. Mais que décider lorsque cette exécution en nature n'est plus possible ? Le créancier peut-il, en lieu et place de la prestation promise, exiger l'équivalent monétaire de celle-ci ? L'arrêt signalé ne se prononce pas clairement sur cette question. Mais il invite les rédacteurs de conventions à d'utiles précautions. En l'espèce, un bail est conclu, aux termes duquel le preneur est tenu d'un loyer mensuel et d'une obligation de « surveillance » du bailleur, jour et nuit ; il précise que le loyer tient compte de cette obligation. Le bailleur décède, si bien que l'exécution en nature de l'obligation de surveillance n'est plus possible. Le preneur est ensuite assigné pour voir cette obligation judiciairement convertie en complément de loyer. La cour d'appel saisie du litige accueille la demande. Elle en est censurée, pour ce motif « *que le bail ne comportait aucune clause prévoyant la modification des modalités d'exécution du contrat* ».

On a donc le sentiment que la conversion monétaire de l'obligation de faire ne peut en aucun cas être ordonnée par le juge, si elle n'a été expressément prévue dans le contrat. Pourtant, la Cour de cassation s'était prononcée en sens contraire à deux reprises au moins (Com., 5 oct. 1993, Bull. n° 313 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 21 avril 1976, Bull. n° 131). **Faut-il, dès lors, voir un revirement dans l'arrêt signalé ?** Il est permis d'en douter. Dans les décisions précitées, l'impossibilité d'exécuter en nature résultait d'un événement « accidentel », en ce sens que sa survenance n'était pas certaine au moment de la conclusion du contrat (ex. : grave mésentente entre les parties). Au contraire, dans l'arrêt signalé, l'impossibilité d'exécuter tient à un événement qui a fatallement vocation à se produire (le décès du bailleur). De là, sans doute, la différence. Quand l'événement est certain, il est raisonnable de penser que les parties ont intégré sa survenance future dans la négociation. En l'espèce, donc, les parties ont dû tenir compte, dans la fixation du loyer, de ce que l'obligation de surveillance était nécessairement viagère et n'aurait donc plus à être exécutée après le décès du bailleur, même survenu en cours de bail. Le montage, qui confère au bail certain caractère aléatoire, évoque le schéma de la rente viagère : la contrepartie finalement supportée par le preneur variera à la hausse ou à la baisse suivant que le décès du bailleur interviendra plus ou moins tard. Les choses sont tout à fait différentes lorsque l'impossibilité d'exécution en nature tient à un événement dont la survenance est incertaine. Reprenons, par exemple, les faits de l'espèce en supposant que l'impossibilité d'exécution résultait d'une grave mésentente des parties. Cette circonstance étant purement accidentelle, il n'aurait pas été possible de considérer qu'elle a été prise en compte dans la fixation du loyer lors de la négociation du contrat. De sorte que la conversion monétaire aurait pu, nous semble-t-il, être ordonnée. Quoi qu'il en soit, revirement ou pas, cet arrêt devrait inciter les rédacteurs de contrats à anticiper la difficulté. Si l'on souhaite qu'une obligation de faire devenue impossible puisse se muer en obligation monétaire, mieux vaut l'exprimer dans une clause, d'autant que la Cour en réserve explicitement la possibilité.



Paris  
+33 1 44 82 43 00

Bordeaux  
+33 5 56 01 31 81

Lyon  
+33 4 37 47 89 70

Marseille  
+33 4 91 15 75 75

Nantes  
+33 2 40 48 72 79