

Le prix d'une cession de droits sociaux résultant d'une promesse unilatérale librement consentie ne peut être remis en cause sur le fondement de l'article 1843-4 du Code civil (Com., 11 mars 2014 : [👉](#)). C'est dit ! Tous les praticiens du droit des affaires se souviennent de cette jurisprudence décidant que l'expert missionné sur le fondement de l'article 1843-4 du Code civil par suite de la sortie d'un associé n'a pas à tenir compte des formules de valorisation des titres prévues par les statuts (v. not. Com., 5 mai 2009, Bull. n° 61). La solution, on le sait, a suscité beaucoup d'inquiétudes, en particulier au sujet des promesses de cessions très fréquemment stipulées dans les pactes d'associés. Le présent arrêt, promis à la diffusion la plus large (P+B+R+I), devrait calmer ces inquiétudes. Un pacte d'actionnaires signé par des associés fondateurs prévoit, notamment, que la démission de ses fonctions par l'un quelconque des dirigeants ou sa révocation pour faute grave entraînera de plein droit promesse « ferme et irrévocable » de sa part de céder à la société une partie de ses titres à leur valeur nominale, l'option pouvant être levée dans un délai de six mois. Vient la révocation de l'un des signataires du pacte, pour faute grave. La société lève l'option. Un litige s'ensuit, dans lequel ledit signataire conteste le prix de cession au nominal prévu par le pacte en se fondant sur l'article 1843-4. La cour d'appel le suit et renvoie les parties à la procédure prévue par ce texte. Son arrêt est cassé, pour le motif suivant : « *les dispositions de [l'article 1843-4], qui ont pour finalité la protection des intérêts de l'associé cédant, sont sans application à la cession de droits sociaux ou à leur rachat par la société résultant de la mise en œuvre d'une promesse unilatérale de vente librement consentie par un associé* ».

Bien des choses ont été dites et le seront, sur cet important arrêt (v. not. B. Dondero, note sous l'arrêt, D 2014, p. 759, B. Cavalié, note à paraître au JCP G). On se cantonnera ici à quelques brèves observations. Selon toute vraisemblance, sont concernées les seules cessions devenues parfaites, qu'un arrêt remarqué avait du reste déjà extraites du champ de l'article 1843-4 (Com., 24 novembre 2009, Bull. n° 151, notre Lettre, déc. 2009). Il faut donc, s'agissant d'une promesse unilatérale, que l'option ait été levée par le bénéficiaire. Cela ressort assez clairement du libellé de l'arrêt, visant « la cession » et, plus précisément, la cession « résultant de la mise en œuvre » de la promesse unilatérale. Qu'en est-il, pour autant, avant la levée d'option ? Le

promettant peut-il élever une « contestation » au sens de l'article 1843-4 ? C'est assez peu vraisemblable. D'abord, une telle contestation n'aurait guère de sens à une époque où la date et l'existence même de la cession sont encore incertaines. Ensuite, la Cour limite la solution à la promesse « librement consentie ». On peut certes en déduire, notamment, que les cessions résultant de clauses insérées dans les statuts en cours de vie sociale sans que l'associé y ait consenti demeurent soumises à l'article 1843-4 (v. B. Dondero, préc., n° 23 et s.). Mais ce qui est apparemment une délimitation vaut aussi comme justification. Et si c'est bien le libre consentement de l'associé qui explique l'absence d'application de l'article 1843-4, cela vaut dès lors que ce consentement a été émis, donc, *a priori*, au jour de la promesse.

On n'oubliera pas cependant qu'en l'état de la jurisprudence, celui qui souscrit une promesse unilatérale de vente peut toujours la rétracter et faire obstacle à la conclusion de la cession avant levée d'option (v. not. Civ. 3^{ème}, 15 décembre 1993, Bull. n° 174), ce que la Chambre commerciale elle-même a d'ailleurs tout récemment rappelé en matière de cession de droits sociaux (Com., 12 janvier 2014, n° 12-29071 faisant suite, dans la même affaire, à Com., 13 sept. 2011, 10-19526). Pour empêcher cette rétractation, deux moyens sont envisageables. Le premier passe par une clause contraire, dont un arrêt (non publié) de la troisième Chambre civile a vraisemblablement reconnu l'efficacité (Civ. 3^{ème}, 27 mars 2008, n° 07-11721). Le second consiste à convenir d'une promesse synallagmatique, laquelle est définitive et donc insusceptible de révocation. Le schéma n'est pas rare en pratique. On le rencontre, par exemple, sous la forme de cessions à terme stipulées en cas de cessation des fonctions d'un associé personne physique, quitte à ce que le prix soit différent suivant les circonstances (révocation, démission, décès, etc.). Mais le caractère synallagmatique de la promesse, qui fait obstacle à la révocation de celle-ci, fera-t-il également barrage à l'article 1843-4 ? A prendre l'arrêt au pied de la lettre, on peut avoir un doute puisque la Cour se réfère au seul schéma de la promesse unilatérale. Un élément pourrait en outre étayer cette interprétation « minimaliste » de la décision. Justement parce que la promesse unilatérale est en principe révocable, le cédant se trouve *de facto* à l'abri d'une dépossession « lésionnaire » de ses droits sociaux. Si, au

cours de la vie sociale, il constate que la formule de valorisation est trop éloignée de la valeur réelle de ses titres, il peut encore se rétracter en s'exposant uniquement à des dommages-intérêts – dont l'assiette est incertaine et la liquidation aléatoire. On peut même déduire de la jurisprudence ayant reconnu la faculté de rétractation que, selon la Cour de cassation, le promettant ne consent réellement à la vente qu'au jour de la levée d'option par le bénéficiaire (v. cep. Civ. 3^{ème}, 8 sept. 2010, Bull. n° 153, qui semble s'éloigner de cette perspective). De là, peut-être, cette éventualité que l'article 1843-4 serait sans application en cas de promesse unilatérale parce que le promettant peut empêcher la vente si la formule vire au lésionnaire, autrement dit parce que le consentement à la vente est quasi-contemporain de la détermination du prix. Et, effectivement, sous ce postulat, la position de l'associé cédant est intenable. Quel « protection » mérite-t-il, lui qui a « dit oui » au prix à un moment où il était parfaitement en mesure d'apprécier la valeur de ses titres ? La révocabilité de la promesse aurait ainsi pour contrepartie l'intangibilité du prix. Il est vrai que cette perspective doit être relativisée au vu de la jurisprudence décidant que la valorisation doit être faite au jour le plus proche du remboursement (v. not. Com., 15 janv. 2013, Bull. n° 9, à propos du retrait). Différente, en tout cas, est la situation de celui qui s'engage dans une cession synallagmatique à terme. La mise en œuvre d'une telle promesse peut intervenir des années, des décennies après que le consentement a été donné, donc à une époque où la valeur des titres peut avoir considérablement évolué sans que le cédant ait toujours pu le prévoir lors de la souscription de la promesse. En pareil contexte, la « protection des intérêts de l'associé cédant » a davantage de sens.

Cela étant, il est peu probable que la Cour ait entendu instaurer une telle distinction entre les promesses unilatérales et synallagmatiques. D'abord, en l'espèce, il semble que la promesse ait été assortie d'une stipulation d'irrévocabilité du type de celle dont l'efficacité a pu être reconnue (v. Civ. 3^{ème}, 27 mars 2008, préc.). Elle était « ferme et irrévocable », comme le souligne précisément la Cour, laissant de la sorte deviner que le cédant n'avait pas de faculté de rétractation. Ensuite, ce que vise fondamentalement l'arrêt, c'est la *cession* devenue parfaite et la volonté qui est à son origine. Et dès lors que le consentement est supposé plus ferme, « plus définitif » dans la promesse synallagmatique que dans l'unilatérale, ce serait

le comble de voir celle-ci, si fragile en amont, finalement plus contraignante en aval.

L'absorption de la sous-caution affecte-t-elle la garantie de la caution (Com., 7 janvier 2014 :  ? La Cour avait ici à connaître d'une situation assez complexe, mais qui est résolue par un arrêt dont la portée paraît à première vue très large, ne serait-ce qu'au regard de la diffusion à laquelle il est, lui aussi, destiné (P+B+R+I). L'exploitant d'un débit de tabac se fait consentir un « crédit de stock » (des ventes à terme, semble-t-il) par un fournisseur. Une société se porte caution du paiement des obligations qui en résulteront. Cet engagement est contre-garanti par le sous-cautionnement d'une banque. En d'autres termes, ladite banque se porte elle-même caution des sommes que l'exploitant pourra devoir à la société caution en remboursement des sommes payées par elle au créancier bénéficiaire du cautionnement. Environ deux ans plus tard, la banque sous-caution est absorbée. Encore deux ans plus tard, la société caution paie au fournisseur une dette impayée par l'exploitant. Elle se retourne ensuite vers la banque ayant absorbé la sous-caution, considérant que, par l'effet de la transmission universelle de patrimoine résultant de la fusion, cette banque se trouve désormais tenue des engagements résultant du sous-cautionnement. L'absorbante refuse sa garantie, principalement pour ce motif que la dette en question est née au jour où la caution a payé, donc *après l'absorption de la sous-caution*. La cour d'appel saisie du litige ne la suit pas et en est approuvée par la Cour de cassation en ces termes : « *aux termes de l'article L. 236-3, I du code de commerce, la fusion entraîne la dissolution sans liquidation des sociétés qui disparaissent et la transmission universelle de leur patrimoine aux sociétés bénéficiaires, dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération ; (...) il s'ensuit qu'en cas d'absorption d'une société ayant souscrit un engagement de sous-caution, la société absorbante est tenue d'exécuter cet engagement dans les termes de celui-ci ; (...) ayant relevé que le contrat de sous-cautionnement avait été conclu antérieurement à la fusion, la cour d'appel en a exactement déduit que [l'absorbante] était tenue de l'exécuter* ».

La solution suscite forcément l'intérêt, car elle évoque une question adjacente et relativement polémique : celle de l'incidence, sur le cautionnement de dettes futures, de l'absorption du créancier ou du débiteur. En l'état actuel de la jurisprudence, ces événements mettent fin à ce qu'il est convenu d'appeler l'obligation de couverture de la caution. Concrètement, il en résulte que seules les dettes nées avant la fusion relèvent de la garantie (v. not. : Com., 21 janvier

2003, Bull. n° 9, à propos de l'absorption du débiteur principal ; Com., 30 juin 2009, n° 08-10719, dans l'hypothèse, plus controversée, de l'absorption du créancier), non celles qui sont postérieures. Peu importe en revanche que la dette ne soit exigible qu'après la fusion, dès lors qu'elle existait avant (v. not. Com., 21 janv. 2003, préc.). Ainsi peut s'expliquer la jurisprudence décidant que les loyers échus postérieurement à la fusion tombent sous le coup de la garantie bien que découlant d'un bail antérieur à la fusion (v. not. Com., 8 nov. 2005, Bull. n° 218). Quoi qu'il en soit, l'éviction des dettes postérieures à la fusion du créancier ou du débiteur, ou, ce qui revient au même, l'extinction de l'obligation de couverture par l'effet de cette fusion, est critiquée en doctrine. L'arrêt commenté ne traite, lui, que de l'absorption de la sous-caution, à laquelle il faut assimiler celle de la caution. Il n'en conduit pas moins logiquement à s'interroger sur le maintien de la jurisprudence précitée (v. not., sous cet arrêt : H. Hovasse, JCP 2014, II, 236, D. Legeais, JCP E 2014, 1033, A. Couret et B. Dondero, Bull. Joly sociétés, févr. 2014, p. 98, D. Gallois-Cochet, Droit des sociétés, mars 2014, com. 54). Laisse-t-il entrevoir un revirement ? Il semble que non. Il est vrai que le pourvoi soutenait que la créance de la caution contre la sous-caution était née au jour du paiement, donc après l'absorption. L'argument pouvait trouver un certain appui dans la mécanique particulière du sous-cautionnement. On sait que la caution dispose contre le débiteur principal de deux recours, qu'elle peut exercer à son choix et même panacher : l'un *subrogatoire* (art. 2306 C. civ.), fondé sur la créance même qu'elle a payée au créancier, l'autre *personnel* (art. 2305 C. civ., invoqué dans le moyen de cassation). Et il est généralement considéré que la sous-caution ne garantit que le recours personnel de la caution (v. not. Com., 27 mai 2008, Bull. n° 106). Or, on peut être tenté de considérer que ce recours personnel trouve son origine et, par conséquent, sa date, dans le paiement lui-même (v. p. ex. CA Toulouse, 25 nov. 1992, JCP 1994, I, 3765, n° 7, obs. P. Simler, JurisData n° 049206). Partant de là, on pourrait voir dans l'arrêt le signe d'un possible revirement : la Cour de cassation aurait décidé que la sous-caution devait sa garantie bien que la dette soit née après l'absorption, par l'effet du paiement. En vérité, cette hypothèse est assez peu probable pour deux raisons. La première tient à ce que la jurisprudence considère que le recours personnel de la caution « prend naissance à la date de l'engagement de caution » et non au jour du paiement (Com., 30 sept. 2008, n° 07-18479). On peut en déduire que la créance dont la caution réclamait ici le paiement à la sous-caution était bien née avant l'absorption.

Certes, comme on l'a observé (v. les notes préc.), la Cour ne se fonde pas sur cet élément, mais seulement sur la transmission universelle résultant de l'opération de fusion. On peut y comprendre que la date de naissance de la créance est indifférente pour elle. Mais la perspective d'un revirement n'en demeure pas moins douteuse pour une deuxième raison. C'est qu'il n'est pas possible d'envisager de la même façon l'absorption de la caution (de la sous-caution, en l'occurrence) et celle du créancier ou du débiteur. Le nouveau créancier qu'est l'absorbante n'a pas forcément la même tempérance et la même diligence que celles que la caution a pu prêter au créancier originaire, absorbé. En d'autres termes, l'arrivée d'un nouveau créancier *peut* être de nature à augmenter le risque accepté par la caution lors de la souscription du cautionnement. Il en va ainsi spécialement s'agissant de dettes futures, dont la naissance et le volume dépendent étroitement du créancier. Même chose, *mutatis mutandis*, pour le cas de changement de débiteur principal. On ne garantit pas les dettes de n'importe qui. Tout ceci justifie que, sauf convention contraire, l'absorption du créancier, et *a fortiori* du débiteur principal, mette fin à la couverture. Il s'agit tout simplement de ne pas imposer à la caution un risque différent de celui qu'elle a accepté de courir lorsqu'elle s'est engagée. Quelques dispositions traduisent d'ailleurs ce souci, inhérent au cautionnement : celle qui protège la caution contre l'aléa que peut renfermer une dation en paiement (art. 2315 C. civ.), ou qui lui permet de forcer le débiteur au paiement en cas de prorogation du terme (art. 2316 C. civ.). Mais, lorsque l'absorption concerne la caution elle-même, les choses sont tout à fait différentes. Le risque de la caution ne se trouve pas accru par cette opération, qui a de toute façon été décidée en son sein. Plus spécifiquement, le maintien de la couverture s'impose encore au regard du critère généralement retenu pour la transmission des contrats en cas de fusion. On sait qu'échappent à cette transmission les contrats *intuitu personae*, dans lesquels la personnalité du contractant joue un rôle tel qu'il n'est pas possible d'imposer un nouveau partenaire à l'autre partie. De ce point de vue, c'est bien plutôt le créancier qui pourrait avoir à se plaindre d'un changement dans la personne de la caution, par exemple en invoquant la déchéance du terme (art. 1188 C. civ.).