

LES DIFFICULTES RELATIVES A LA CESSION DE DROITS SOCIAUX



Université Panthéon-Assas

*Magistère de Juriste d'Affaires – DJCE
2012/2013*



Samuel BERREBBI

Mémoire rédigé sous la direction de Monsieur Charles-Edouard Bucher

« L'Université Panthéon-Assas (Paris II) Droit-Economie-Sciences Sociales n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs »

SOMMAIRE

(Une table des matières détaillée figure à la fin de l'étude)

INTRODUCTION

CHAPITRE PREMIER : L'AMBIGUITE CONCEPTUELLE INHERENTE A LA CESSION DE DROITS SOCIAUX

Section 1 : La qualification maladroite de l'objet du contrat

Paragraphe 1 : L'irréductibilité des droits sociaux aux « choses »

Paragraphe 2 : L'irréductibilité des droits sociaux à une « créance »

Section 2 : La qualification maladroite de l'opération juridique

Paragraphe 1 : Le forçage de la qualification de contrat de vente

Paragraphe 2 : Le forçage de la qualification de cession de créance

CHAPITRE SECOND : L'APPLICATION IMPARFAITE DU DROIT CIVIL A UNE OPERATION FONDAMENTALEMENT SOCIETAIRE

Section 1 : Une affirmation : un droit inadapté à la cession de droits sociaux

Paragraphe 1 : L'application limitée des vices du consentement

Paragraphe 2 : L'application restreinte des garanties légales

Section 2 : Une révélation : l'apparition d'un droit propre à la cession de droits sociaux

Paragraphe 1 : Le rééquilibrage opéré de la convention de cession

Paragraphe 2 : La problématique centrale de la valorisation des droits sociaux

CONCLUSION

*A Simon SMADJA,
A Jacques BERREBBI,*

Mes Grand-pères bien aimés.

Introduction

Opération centrale de la vie économique, la cession de droits sociaux est aujourd'hui incontournable. Mode d'acquisition d'une société lorsqu'elle opère cession du contrôle, moyen pour faire entendre sa voie ou pour bénéficier d'une affaire fructifiante, porte de sortie d'un actionnaire en quête de liberté, la cession de droits sociaux fait l'objet d'un nombre de transactions astronomique. Cette opération témoigne d'une grande vitalité tant doctrinale que jurisprudentielle, la littérature sur le sujet abonde, les prétoires s'enflamment : le fiasco autour de l'article 1843-4 du Code civil en matière de fixation du prix, le contentieux intarissable autour de la mise en œuvre des garanties de passif, l'actualité bouillonnante du dol salvateur du cessionnaire « martyr » ou encore les subtilités récemment dévoilées de la clause d'*earn-out*. De son côté, l'actualité n'est pas en reste comme en témoigne la récente affaire Dailymotion, dans le viseur de la société américaine Yahoo.

Mais qu'est-ce qu'une cession de droits sociaux ?

A notre plus grande surprise, la cession de droits sociaux est, en tant que telle, inconnue de la loi : le législateur n'a pas consacré un régime juridique unifié propre à ce contrat ce qui est d'autant plus surprenant dans le cadre d'une cession de contrôle puisque, comme nous le verrons, ce contrat opère économiquement transmission d'entreprise. Dès lors, le réflexe du juriste, dans sa quête éternelle de qualification, a été naturellement de transposer des régimes préexistants à une opération qui, est c'est là où réside toute la magie de la chose, a tout de spécifique. Si l'on veut en donner une première définition, on peut soutenir que la cession de droits sociaux est un contrat par lequel les droits d'un associé sortant sont transmis à un nouvel associé entrant à titre onéreux. On aperçoit dès lors un air de famille avec le contrat de vente ou la cession de créances qui ne cesseront de hanter la cession de droits sociaux dans sa quête d'autonomie.

En effet, la nature juridique de cette convention comme celle des droits sociaux reste entourée de nombreuses incertitudes et de mystères qui mettront à mal les qualifications que la doctrine cherche à lui appliquer. De même, sa coloration intrinsèquement sociétaire ne rendra l'application du droit civil que d'autant plus difficile.

Avant d'entamer le chapitre premier de ce mémoire, il nous faudra étudier l'esprit de la cession de droits sociaux, c'est-à-dire sa définition (I) avant de s'attarder sur le corps de la cession de droits sociaux, c'est-à-dire sa structure (II).

I. La définition : l'esprit de la cession de droits sociaux

Deux particularités vont donc caractériser cette opération juridique : il s'agit d'un contrat translatif (1) dont l'une des parties revêt une qualité particulière, celle d'associé (2).

1. Un contrat translatif

La cession de droits sociaux est un contrat translatif en ce qu'il opère un mouvement de transmission du patrimoine du cédant dans le patrimoine du cessionnaire. Si l'on réfléchit un instant sur les différents types de contrats, classés suivant leurs effets, on remarquera que traditionnellement, les deux contrats qui vont opérer une transmission d'un patrimoine à un autre moyennant paiement d'un prix sont le contrat de vente et la cession de créance. C'est ainsi que comme le souligne très justement Sandie Lacroix-De Sousa : « *Il est traditionnellement enseigné que la cession de droits sociaux peut relever de deux régimes juridiques, celui de la vente posé aux articles 1582 et suivants du Code civil ou celui de la cession de créance prévu aux articles 1689 et suivants du même Code.* »¹. C'est donc bien parce que cession rime juridiquement avec transmission qu'elle est naturellement rattachée, au stade de la qualification, à la vente ou à la cession de créance. En réalité, nous avons fait exprès de rester particulièrement évasif en ne précisant seulement que la cession de droits sociaux est un contrat translatif sans en préciser son objet : emporte-t-elle transmission d'une chose ou d'un droit ?

Ainsi, pour pouvoir être qualifiée de vente, encore faut-il que l'objet du contrat, à savoir les droits sociaux, soient considérés comme des « choses » au sens de l'article 1582 du Code civil. De même, pour pouvoir être qualifiée de cession de créance, encore faut-il que les droits sociaux puissent être considérés comme une « créance ». Mais si l'on considère de prime abord que la cession de droits sociaux opère transfert de propriété d'une chose contre paiement d'un prix, pourquoi ne pas simplement parler de « vente de droits sociaux » ?

Du verbe latin *cedere* signifiant « aller, se retirer, faire abandon de », le terme cession se définit comme « *la transmission entre vifs, du cédant au cessionnaire, d'un droit réel ou personnel, à titre onéreux ou gratuit* »².

¹ S. Lacroix-De Sousa, *La cession de droits sociaux à la lumière de la cession de contrat*, Thèse, L.G.D.J, 2010.

² G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF

Communément employé tant par les praticiens que par les universitaires, il est d'usage de préférer le terme de cession à celui de vente lorsque l'objet du contrat s'avère être un bien incorporel. Dès lors, si l'on considère les droits sociaux comme des « choses », alors on retiendra que la cession de droits sociaux est en réalité une vente, soumise aux articles 1582 et suivants du Code civil. En revanche, si l'on considère les droits sociaux comme des « créances » dont l'associé est titulaire à l'égard de la société, alors dans ce cas, la qualification retenue sera celle de cession de créance soumise aux articles 1689 et suivants du Code civil. Une première difficulté se dessine, la nature des droits sociaux.

En tant que contrat translatif de propriété à titre onéreux, la cession de droit sociaux se nourrit donc inéluctablement du droit civil mais toute sa subtilité réside dans son attachement au droit des sociétés et fondamentalement au contrat de société, pierre angulaire des difficultés relatives à cette opération.

2. Une qualité particulière : l'associé

Le contrat de société est un proche parent de la cession de droits sociaux puisque l'essence même de cette opération trouve racine dans ce dernier. Défini à l'article 1832 du Code civil, le contrat de société va permettre à deux ou plusieurs personnes désirant réaliser des bénéfices ou des économies et procédant à des apports, de mettre en commun leur entreprise en créant une personne morale autonome, titulaire d'un patrimoine distinct. Par le jeu des apports réalisés, les parties contractantes vont ainsi recevoir des droits sociaux que l'on définira comme un « *ensemble de droits et devoirs fondant la qualité d'associé* », ces droits sociaux, ayant vocation à s'exercer au sein de la société, constituent l'âme de cette dernière.

Les droits sociaux regroupent ainsi l'ensemble des droits et devoirs que les associés retirent de leur participation au contrat de société ; ils prennent la dénomination de parts sociales dans les sociétés de personnes et d'actions dans les sociétés de capitaux. Nous consacrerons principalement ce mémoire à l'étude des titres de capitaux, à savoir les actions, dans les sociétés non cotées.

Issus du contrat de société, les droits sociaux confèrent donc une qualité particulière, celle d'associé dont va découler un ensemble de droits et d'obligations. L'associé va donc disposer de droits financiers (droit au dividende, droit au boni de liquidation, droit aux réserves), de droits politiques (droit de vote, droit d'information) mais également de droits

patrimoniaux (libre négociation des droits sociaux). La particularité étant que ces droits qui figurent dans le patrimoine de l'associé auront vocation à s'exercer au sein d'une autre personne, la société. Dès lors, il est aisé de comprendre que partant du principe que les droits sociaux sont inéluctablement reliés au contrat de société, l'application d'un régime purement civiliste n'ayant pas été pensé spécifiquement pour cette opération ne permettra d'obtenir qu'une satisfaction limitée. Ainsi, lorsqu'un cessionnaire entendra acquérir une société promise par le biais d'une cession de contrôle, le droit civil démontrera des difficultés d'envergure résidant dans la schizophrénie animant cette opération : la cession constatera la transmission des seuls droits sociaux alors que le cessionnaire désirera acquérir la société comprise comme un bien. Dès lors que se passera-t-il si l'image que le cessionnaire s'est fait de la société acquise s'avère inexacte ?

L'esprit de ce mémoire sera alors de chercher si en réalité, la cession de droits sociaux ne serait pas autonome du régime juridique qu'on cherche à lui appliquer par défaut, faute d'avoir trouvé mieux. Par ailleurs, il est important de noter que l'objet de cette étude ne sera pas de reprendre l'ensemble du droit applicable à la cession de droits sociaux mais justement d'apporter un éclairage sur les points particulièrement sensibles de cette opération, nous nous consacrerons donc exclusivement aux difficultés relatives à la cession de droits sociaux.

Après avoir eu un premier aperçu de l'esprit de la cession de droits sociaux, il reste à présenter le corps de la cession de droits sociaux.

II. La structure : le corps de la cession de droits sociaux

La cession de droits sociaux peut revêtir plusieurs visages notamment lorsqu'elle se transforme en cession de contrôle (1). Du fait de l'importance de cette opération et de l'absence d'un régime propre à la cession de droits sociaux et à la cession de contrôle, la pratique a véritablement structuré cette opération (2).

1. Le visage caché de la cession de droits sociaux

La cession de droits sociaux est un des moyens offerts pour une personne physique ou morale d'acquérir une société. En réalité, et la précision est vitale, dans le cadre d'une cession de contrôle, le cessionnaire de contrôle d'un point de vue juridique, ne va acquérir que les droits sociaux qui vont lui permettre d'exercer le contrôle. Ce n'est que d'un point de vue économique que la cession de contrôle emporte acquisition ou transmission d'entreprise et cela est logique. Si l'on considère que la cession de contrôle emporte acquisition d'une

société, cela revient à affirmer que la personnalité morale est une chose qui se trouverait dans le commerce juridique ce qui est totalement exclu. C'est cette première discordance entre réalité juridique et réalité économique que l'on retrouvera parfaitement matérialisée au regard des conséquences de l'application du droit de la vente ou de la cession de créance à la cession de droits sociaux.

De plus, dans le cadre d'une cession de droits sociaux ou, selon la dénomination anglo-saxonne, d'un *share purchase agreement*, seuls les droits sociaux sont concernés par la cession : la cession porte transmission des seuls titres et non pas transmission des biens composant l'actif social qui sont la propriété exclusive de la société personne morale. C'est ainsi que la pratique distingue les *shares deals* des *assets deals*³ : la cession de droits sociaux tout comme la cession de contrôle appartiennent à la catégorie des *shares deals* et même si cette dernière permettra d'exercer le contrôle dans les assemblées, cela ne veut pas dire que l'actionnaire devenu majoritaire deviendra titulaire d'un droit direct sur l'actif social. C'est ainsi que la Cour de cassation considère depuis longtemps que la cession de contrôle ne s'assimile ni à une cession de fonds de commerce⁴, ni à une fusion-absorption⁵. A l'inverse, les *assets deals* ne porteront que sur l'acquisition de certains biens composant l'actif à l'exclusion d'une cession de droits sociaux. Traditionnellement, il est mis en exergue que la cession de contrôle emporte, outre le transfert automatique des contrats de travail⁶, le passif social correspondant à la quantité de titres acquis par le cessionnaire de contrôle dont l'obligation à la dette sociale sera indexée sur cette quantité.

Tout comme la cession de droits sociaux, la cession de contrôle ne connaît pas non plus de régime juridique qui lui est propre, étant en réalité une espèce particulière de cession de droits sociaux : « *La prise de contrôle d'une société résulte de l'acquisition directement ou indirectement d'un nombre d'actions ou de parts d'une société suffisant pour imposer sa volonté lors des assemblées générales* »⁷. La cession de contrôle peut en effet se définir comme l'opération par laquelle le cédant va céder au cessionnaire suffisamment de parts ou d'actions pour que celui-ci acquiert le contrôle de la société.

³Lamy Sociétés commerciales 2013

⁴Cass. Com. 6 juin 1990, n°88-15.784

⁵Cass. Com. 21 janvier 1970, n°68-11.085

⁶Article 1224-1, Code du travail

⁷Mémento pratique Francis Lefebvre, Sociétés commerciales, 2011

Néanmoins, si la simple cession de droits sociaux relève de la compétence des juridictions consulaires⁸, seule la cession de contrôle se voit appliquer le droit commercial et notamment la liberté de la preuve ou encore la possibilité de prévoir une clause compromissoire.

Dès lors, on ne peut pas imaginer qu'une acquisition de société atteignant plusieurs dizaines voire centaines de millions d'euros et dont le régime juridique est inexistant en droit français ne fasse pas l'objet d'une structuration minimum. C'est en réalité le fruit des praticiens qui ont véritablement posé un schéma dans le processus d'acquisition d'une société non cotée, dans le cadre d'une acquisition du contrôle.

2. La création praticienne d'une structure propre à la cession de contrôle

Du fait des enjeux économiques et financiers considérables découlant d'une cession de contrôle, les avocats spécialisés en Fusion-Acquisition ou *Mergers & Acquisitions* ont véritablement créé une structure juridique encadrant la cession de contrôle. Classiquement, une cession de contrôle comprend trois étapes⁹.

Au cours de la phase préliminaire, un acquéreur potentiel va entrer en relation avec un ou plusieurs vendeurs en vue de l'acquisition de la majorité des titres d'une société. L'objectif de cette phase préliminaire est de normaliser et de sécuriser les relations entre les parties pour permettre à l'acquéreur de disposer du plus grand nombre d'informations sur la société cible, la *target company*, en vue de prendre sa décision d'investissement.

Classiquement, le processus d'acquisition peut prendre deux formes : soit la phase préliminaire prend la forme d'une *open bid*, c'est-à-dire un processus d'enchères où le vendeur traite simultanément avec plusieurs acquéreurs potentiels qui se trouvent alors en situation de concurrence, soit il s'agit d'une *one-to-one transaction*, c'est-à-dire que la société cible ne traite qu'avec un seul acquéreur potentiel.

⁸ Article L 721-3 2°, Code de commerce

⁹ Journal des sociétés, décembre 2008, *Le transfert du contrôle de la société non cotée*, M. Coiraton-Mavré, E. Causse-Cordier, C. Charroin

Il est d'usage que lorsque la cession de contrôle va comprendre des banques d'investissement qu'une *process letter* ou lettre de procédure, adressée par le vendeur aux acquéreurs potentiels, vienne imposer un calendrier de remise et de signature des documents. Cette lettre de procédure va permettre aux acquéreurs potentiels de manifester leur intérêt pour la cible et fixer les conditions d'achat.

Afin d'asseoir les acquis de la négociation, l'acquéreur potentiel va remettre à la société cible une lettre d'intention ou une lettre d'offre indicative (*Letter of intent*) dans laquelle il va se présenter, mettre en avant sa valorisation de la cible avec justification à l'appui, décrire les modalités de financement envisagées, présenter les schémas d'acquisition... Il est important de préciser que la lettre d'intention n'est pas juridiquement contraignante mais sa signature engage les parties à négocier de bonne foi. A ce stade, l'acquéreur détient peu d'information sur la cible, dès lors, cette dernière va demander la signature d'un *non-disclosure agreement*, soit un accord de confidentialité qui permettra d'éviter des fuites d'informations particulièrement sensibles et stratégiques de la cible ou plus largement, d'assurer la confidentialité de la négociation de l'opération elle-même. De son côté, l'acquéreur pourra exiger un accord d'exclusivité par lequel la cible s'engagerait à traiter exclusivement avec lui, évinçant ainsi des acquéreurs concurrents.

La signature de la lettre d'intention va ouvrir la phase d'audit ou de *due diligence*. L'acquéreur va procéder non pas à un audit mais à des audits : financiers, juridiques, fiscal, techniques, environnemental... Soit l'audit portera uniquement sur les risques principaux afin d'évaluer leur incidence sur le prix de cession ou l'actualisation du montant de la garantie de passif, soit l'acquéreur procédera à un *full audit* qui conduira à une étude d'ensemble de la situation de la société cible. Cette dernière procèdera à une mise à disposition des documents sociaux qui peut être organisée prenant la forme d'une *data room* mais cette mise à disposition peut également être désorganisée et dans ce cas, l'acquéreur procédera lui-même à une consultation de documents directement au siège social de la cible. Classiquement, les *due diligence* sont réalisées par l'acquéreur, mais on constate aujourd'hui l'apparition de *vendor due diligence* par lequel le vendeur va lui-même procéder à une évaluation de sa société qu'il désire céder et qu'il remettra aux acquéreurs potentiels, l'objectif étant d'optimiser les conditions de la cession. L'audit va permettre d'une part à l'acquéreur de prendre définitivement sa décision d'acquisition mais également d'utiliser les informations sensibles révélées par la *due diligence* comme levier dans la négociation du prix d'acquisition ou de la garantie de passif. Ainsi se termine la phase préliminaire.

La deuxième étape d'une cession de contrôle s'ouvre par le *Signing*. Comme le souligne très justement les auteurs : « *Il est rare, compte tenu de la dimension et de la complexité que peut revêtir le transfert de contrôle d'une société (...), que ce transfert se réalise immédiatement à l'issue des opérations d'audit par la conclusion d'un contrat de cession pure et simple* ». Généralement, la *signing* se concrétise par la signature d'un protocole de cession sous conditions suspensives qui va ouvrir une période intermédiaire au cours de laquelle la gestion de la cible continue d'être assurée par le cédant. Ces conditions suspensives seront d'une part objectives : conditionner la cession à l'autorisation une autorité publique (on pense notamment aux autorités de concurrence au titre du contrôle des concentrations¹⁰), à l'absence de résiliation d'un ou plusieurs contrats significatifs teintés d'*intuitu personae* ou encore aux « clauses MAC » ou *Material Adverse Change* par lesquelles l'acquéreur se protège de tout évènement qui pourrait avoir un impact négatif sur le niveau d'activité ou sur les actifs de la cible pendant la période transitoire.

Mais les conditions suspensives seront également subjectives, on parle alors de *covenants*, c'est-à-dire d'engagements du cédant de ne pas procéder à des fuites de valeur de la cible telles que l'interdiction de céder des actifs essentiels ou encore de ne pas s'endetter sans l'autorisation de l'acquéreur. Les *covenants* sont d'autant plus importants si le prix de cession n'est pas actualisé sur les comptes arrêtés à la date du *closing*. Dans cette hypothèse, dite de *locked box deal*, l'acquéreur risquerait de payer un prix qui a été fixé au regard de comptes sociaux qui ne refléteraient plus la réalité actuelle de la société cible : sa dette aura peut être augmentée, un contentieux éclaté ou un contrat important résolu.

Enfin, la dernière étape de la cession de contrôle est le *Closing*. La période de gestion intermédiaire s'achève au moment de la réalisation des conditions suspensives et la vente est alors rétroactivement considérée comme pure et simple. Classiquement, les parties signeront un acte réitératif constatant la réalisation des conditions suspensives et l'on procédera au transfert de propriété effectif des titres. Le vendeur procédera à une convocation de l'assemblée générale qui constatera la démission des anciens organes sociaux et procédera à la nomination des nouveaux mandataires sociaux.

¹⁰Articles L 430-1 et L 430-2 Code de commerce et Règlement CE n°139/2004 du 20 janvier 2004

La cession de droits sociaux recouvre une réalité multiple tant sur le plan juridique qu'économique. La première difficulté posée par cette opération est d'ordre *théorique*, il s'agit d'une difficulté de qualification tant au niveau des droits sociaux eux-mêmes que sur le régime applicable à cette dernière (Chapitre 1). La seconde difficulté, d'ordre *pratique*, apparaît alors comme la conséquence logique de la première : parce-que la qualification de cette opération et de son objet pose problème, le régime juridique qui en découlera ne peut être qu'imparfait entraînant alors l'apparition d'un droit propre à la cession de droits sociaux (Chapitre 2).

CHAPITRE PREMIER : LES DIFFICULTES THEORIQUES
L'AMBIGUITE CONCEPTUELLE INHERENTE A LA CESSION DE
DROITS SOCIAUX

Cette ambiguïté est double puisqu'elle touche d'une part la qualification de l'objet du contrat, à savoir les droits sociaux (Section 1), et d'autre part la qualification de l'opération juridique, à savoir la cession (Section 2).

Section 1 : La qualification malaisée de l'objet du contrat

Que sont les droits sociaux ? A cette question, deux réponses semblent se confronter : une « chose » objet d'un droit de propriété (§1) ou un droit personnel représentatif d'une « créance » de l'associé sur la société (§2).

Paragraphe 1 : L'irréductibilité des droits sociaux aux « choses »

Considérer les droits sociaux comme des choses revient à mettre en exergue deux difficultés. D'une part, la question sensible de l'exercice d'un droit de propriété sur une chose incorporelle (A), d'autre part, l'exercice de prérogatives découlant d'une chose (B).

A. La question de la propriété d'une chose incorporelle

Qu'est-ce qu'une chose ?

Comme le souligne très justement le Doyen Carbonnier, le mot chose est « *le plus vague de la langue française* ». Une chose est une entité du réel qui relève d'une vérité factuelle. La chose existe par elle-même, indépendamment de toute relation juridique : elle relève du donné, du fait. La chose peut alors être une création de l'homme, matérielle ou immatérielle, telle une œuvre de l'esprit mais la chose peut également être une création naturelle. L'une des spécificités de la chose est que celle-ci se suffit à elle-même, elle est substantiellement limitée, en d'autres termes, elle n'a d'existence que par elle-même. Au regard de la *summa divisio* animant le droit des biens, les droits sociaux sont meubles par détermination de la loi¹¹ mais ils sont également des biens meubles incorporels.

¹¹Article 529 du Code civil

L'idée traditionnelle consiste à considérer l'associé comme titulaire d'un droit de propriété sur ses droits sociaux. Or, la propriété a été historiquement pensée comme un droit réel portant nécessairement sur une chose, certes, mais une chose corporelle¹². La première barrière intellectuelle touche donc à l'incorporabilité des droits sociaux.

Comment un associé pourrait-il bénéficier d'un droit réel sur quelque chose qui n'est pas tangible ? Cette difficulté de l'incorporabilité a été écartée, l'idée ayant été de dire qu'un droit de propriété va s'exercer sur un support, qui viendrait donner corps aux droits sociaux, à savoir le « titre papier ». Ainsi, selon la théorie de l'incorporation, « *la créance se matérialise dans le titre qui la constate, lequel, étant une chose corporelle, est susceptible de propriété* »¹³. Ainsi, grâce à cette fiction, la propriété s'étend de la chose corporelle au droit : « *parce qu'on admet qu'une créance s'incorpore dans le titre au porteur qui la constate, le droit de propriété a pour objet la créance en même temps que le titre* ». Cependant, la loi du 30 décembre 1981¹⁴ va introduire en France la dématérialisation des valeurs mobilières consistant à remplacer les titres physiques par des inscriptions en compte chez les intermédiaires au nom des titulaires. Dès lors, la théorie de l'incorporation va se trouver prolongée par la notion plus moderne de « propriété scripturale ». M. Martin considère que « *les valeurs mobilières n'existent et ne survivent aujourd'hui, en droit français, que par et dans les écritures, nécessairement corporelles qui les expriment en compte* ».

Mais ce qui interpelle des plus fortement n'est pas en soi le caractère incorporel des droits sociaux, c'est l'idée qu'un « droit » va se fixer sur un titre papier ou sur une écriture comptable. Autrement dit, les droits sociaux ne seraient pas des choses ! La chose est objet de droit, c'est sur elle que vient se greffer un droit réel dont bénéficiera un sujet de droit. Juridiquement, la chose est « passive ». Or, comme leur dénomination l'indique, et c'est peut-être là qu'a lieu la prise de conscience, les droits sociaux sont des droits à vocation sociétaire et non pas des choses dont la totalité de leur existence se trouve limitée en elle-même. Affirmer qu'une créance ou qu'un droit viendrait se greffer sur un titre ou une écriture comptable, c'est en soi nier la qualification de chose aux droits sociaux !

¹²D.R Martin, De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux)

¹³F. Chabas, H-L. et J. Mazeaud, Leçons de droit civil, t. II, vol. II, Biens, droit de propriété et ses démembrements, Montchrestien, 8^{ème} ed. 1994, n°1301, p. 13.

¹⁴Loi n°81-1160 du 30 décembre 1981, article 94-II

En réalité, une seconde barrière intellectuelle apparaît, celle du contrat de société et par la même de la création d'une personne morale.

B. Des prérogatives découlant d'une chose ?!

Les droits sociaux ne tombent pas du ciel et ne prennent pas non plus corps du fait d'un travail manuel ou intellectuel de l'homme. A la différence de toutes les autres choses, ces derniers prennent naissance dans un contrat, le contrat de société. Les droits sociaux sont fondamentalement tournés vers la personnalité morale de la société. En effet, ils trouvent leur origine dans le contrat de société par lequel deux ou plusieurs personnes désirant réaliser des profits ou des économies vont procéder à des apports et de ces apports vont ressortir les droits sociaux que les associés vont pouvoir exercer au sein de la société. Dès lors, les droits sociaux ont une ambition qui dépasse la définition de la « chose » : ils ont vocation à conférer des prérogatives au sein de la personne morale. Par ses droits sociaux, l'associé va voter des résolutions, va obtenir communication des comptes sociaux, va obtenir le versement de dividendes : il va faire vivre la personne morale. Le fait que les droits sociaux confèrent des prérogatives exclu *ipso facto* la qualification de chose. En eux-mêmes, ils confèrent une puissance et une qualité, ce qui est totalement exorbitant du statut des choses. On ne pourrait que s'étonner en affirmant qu'une chose pourrait naître d'un contrat ! On pourrait dire que les droits sociaux seraient *societatis causa* dans le sens qu'ils constituent la contrepartie de l'apport et donc la cause du contrat de société mais également au sens où ces derniers seront toujours à observer sous le prisme du contrat de société et tout particulièrement de la société.

Ainsi, considérer les droits sociaux comme de simples choses, de simples meubles incorporels est fondamentalement insatisfaisant. Comme le souligne très justement Madame Sandie Lacroix-De Sousa, cette conception « ne prend pas en compte la relation essentielle entre les droits sociaux et le contrat de société. Or, il s'agit d'un particularisme indéniable ». Les parts sociales et actions représentent un statut au sein de la structure sociétaire : celui d'associé. Selon l'expression de Savatier, « l'âme même des droits sociaux » est la « participation efficace à la vie interne de la société »¹⁵. Les droits sociaux ne peuvent donc pas être envisagés indépendamment du contrat de société. Le concept de chose ne rend clairement pas compte de cette singularité.

¹⁵R. Savatier, *Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels*, RTD civ. 1958, p. 360

Les droits sociaux seront donc constamment tournés vers la société dans laquelle ils auront vocation à s'exercer, ils ont une destination qui dépasse leur simple existence. Il est alors tentant de voir dans les droits sociaux un droit personnel de l'associé sur la société personne morale : les droits sociaux seraient-ils alors des créances ?

Paragraphe 2 : L'irréductibilité des droits sociaux à une « créance »

Ils semblent donc que les droits sociaux, constituant un lien de droit entre deux personnes, revêtent la qualification de droit personnel (A). Mais en réalité, les droits sociaux ont une nature juridique qui dépasse la qualification de créance (B).

A. L'apparence d'un droit de créance de l'associé

Comme nous l'avons vu, les droits sociaux sont par essence connectés au contrat de société dans lequel ils trouvent leur origine. Le contrat de société va opérer une sorte de « création-distinction ». En effet, ce dernier va donner naissance à une personne morale distincte des associés, la société, qui dispose d'un patrimoine distinct de celui des associés. Les personnalités juridiques des associés et de la société sont totalement distinctes et les patrimoines totalement étanches. Néanmoins, afin de faire fonctionner la société, il doit exister un lien entre les associés et la société : c'est justement le rôle des droits sociaux. En effet, ces derniers vont représenter le lien de droit issu du contrat de société qui va unir une ou plusieurs personnes physiques ou morales (les associés) à une personne morale (la société créée) et par lequel l'associé sera en mesure de mettre en situation d'exercer ses droits politiques et financiers, c'est-à-dire d'incarner la société.

Traditionnellement, il est enseigné que les droits subjectifs patrimoniaux comprennent d'une part les droits réels et d'autre part les droits personnels. Ces derniers peuvent se définir comme le lien de droit existant entre deux personnes en vertu duquel le créancier exigera de son débiteur l'exécution d'une obligation de donner, de faire ou de ne pas faire. Dès lors, il est particulièrement tentant de considérer l'associé comme créancier de la société. En effet, cette dernière serait débitrice à l'égard des associés des droits qu'ils retirent de leurs actions ou parts sociales. Cette analyse trouve son fondement dans les dispositions de l'article 1832 du Code civil. Il est de l'essence même de la société de poursuivre la réalisation d'un bénéfice à répartir ensuite entre ses membres ou de profiter de l'économie en résultant. L'associé jouit ainsi d'une prérogative essentielle, celle d'obtenir le partage des bénéfices réalisés par la société. Le partage peut intervenir lors de la dissolution du groupement, chaque associé

recevant alors un boni de liquidation en fonction de sa quote-part du capital social ou selon la répartition statutaire. Il peut encore avoir lieu en cours d'existence de la société. Une partie de la doctrine s'est ralliée à cette qualification des droits sociaux en droit de créance et la jurisprudence n'y est pas hostile. Dans un arrêt en date du 4 décembre 1963, la chambre commerciale de la Cour de cassation a ainsi affirmé que : « *l'associé ne détient qu'un droit de créance limité pendant la durée de la société à sa part de bénéfices* ».

Néanmoins, considérer que l'associé est créancier de la société en vertu de ses droits sociaux conduit à déformer la définition même du droit de créance.

B. Une réalité dépassant le droit de créance

La créance permet au créancier d'exiger de son débiteur que ce dernier s'exécute et ce n'est que dans de rares hypothèses que le créancier interviendra en personne pour obtenir l'exécution de l'obligation qui lui est due. En d'autre terme, la créance est une intermédiation : le créancier n'interviendra jamais en personne au stade de l'exécution de la prestation qui lui est due, il ne pourra en exiger qu'une exécution forcée en nature par la voie judiciaire si celle-ci lui est ouverte ou une simple exécution par équivalent. Ainsi, si la créance représente la face active d'une obligation, le créancier sera en principe un protagoniste passif dans la relation juridique. Or justement, les droits sociaux présentent cette particularité non pas de conférer qu'un simple droit de l'associé d'exiger de la société qu'elle procède à un quelconque acte, tel le versement des dividendes, mais de permettre à l'associé en personne d'exercer lui-même ses prérogatives au sein de la société : le concept même de créance est donc dépassé.

En effet, comme le souligne parfaitement M. Mortier : « *l'originalité de la part sociale est qu'elle confère à l'associé ce qu'un créancier n'a jamais : un droit d'intervention, c'est-à-dire une vocation à la vie sociale, dans la personnalité interne de la société* ». Les droits politiques de l'associé sont bien plus que des droits de créances, ils constituent de réels pouvoirs dans la société que l'associé va exercer par lui-même. Si la créance permet d'exiger le paiement d'une obligation de donner, de faire ou de ne pas faire, les droits sociaux, eux, permettent directement à l'associé d'agir par lui-même dans la société. C'est ainsi que la Cour de cassation semble avoir changé son fusil d'épaule.

Par un arrêt du 20 février 2007, la chambre commerciale a en effet jugé que les associés « *ne pouvaient se prévaloir de la qualité de créanciers de la société* » simplement

parce qu'ils avaient versé des sommes pour répondre aux appels de fonds nécessaires à l'accomplissement de l'objet social, alors que ces sommes « *correspondaient à des apports effectués en cours d'existence de la société* »¹⁶. Le « *mythe du droit de créance de l'associé* »¹⁷ est tombé ! Dès lors, « *par leur dimension politique, les droits sociaux ne se réduisent pas à une créance sur la société et peuvent, par suite, se voir une nature qui leur est propre* »¹⁸. Les droits sociaux ne sont donc ni des choses, ni des droits personnels. C'est ainsi que face à cette difficulté de qualification, Mme. Caffin-Moi souligne : « *les droits sociaux font partie de ces biens (à supposer déjà qu'ils en soient), dont on pourrait débattre à jamais de la nature juridique tant il est difficile de leur trouver une place au sein des catégories connues.* »¹⁹.

Il est désormais clair qu'on ne peut pas déduire de l'apport la qualité de créancier. En réalité, les droits de l'associé sont de nature hybride puisque les droits sociaux sont un ensemble de droits et de devoirs dans la structure sociale et, si le bénéfice de certains droits peut lui octroyer la qualité de créancier, les devoirs qui lui incombent le placent en revanche dans la position de débiteur. L'une des spécificités du contrat de société est donc de rendre *ipso facto* l'associé créancier et débiteur de la société. Un associé ne pourra jamais être seulement créancier ou débiteur de la société.

Ne pourrait-on pas dire que les droits sociaux sont les éléments constitutifs d'une qualité particulière, celle d'associé ? Dès lors la cession de droits sociaux emporterait non pas cession d'une chose ou d'un droit mais cession d'une « *qualité contractuelle* » ou comme le souligne Mme. Lacroix-De Sousa, d'une « *position sociétaire* », composée d'un ensemble de droits et de devoirs orientés vers la société. On pourrait alors affirmer que les biens comprendraient à côté des choses et des droits une nouvelle catégorie, les « *qualités juridiques* ». On pourrait également envisager la cession de droits sociaux comme une véritable cession de contrat !

Mais une seconde ambiguïté est inhérente à la cession de droits sociaux, après l'ambiguïté de qualification de l'objet de la cession, il nous faut maintenant étudier l'ambiguïté de qualification de l'opération juridique.

¹⁶Cass. Com. 20 février 2007, Bull. Joly 2007, §243

¹⁷J.-F. Quiévy, *Anthropologie juridique de la personne morale*, L.G.D.J, 2009, n°12

¹⁸F. Zenati et Th. Revet

¹⁹M. Caffin-Moi, *Cessions de droits sociaux et droit des contrats*, Thèse, Economica, 2009

Section 2 : La qualification maladroite de l'opération juridique

De la réponse apportée à la première ambiguïté, à savoir la qualification des droits sociaux va dépendre la réponse apportée à cette section. Si l'on considère que les droits sociaux sont des choses alors la cession de droits sociaux est assimilable à un contrat de vente (§1). A l'inverse, si l'on considère les droits sociaux comme une créance, alors la cession de droits sociaux est assimilable à une cession de créance (§2). Malheureusement, encore une fois, aucune de ces deux qualifications n'est satisfaisante et, selon l'expression de Josserand, le « forçage » de la qualification n'est pas loin...

Paragraphe 1 : Le forçage de la qualification de contrat de vente

Cette qualification en contrat de vente est due à la force d'attraction qui émane de ce contrat spécial (A) mais elle demeure profondément remise en cause sur le terrain de la pureté juridique, sacrifiée sur l'hôtel de la simplicité (B).

A. La force d'attraction du contrat de vente

Le contrat de vente est défini comme la convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une *chose*, et l'autre à la payer²⁰. La vente est indéniablement victime de son succès. Si elle n'a pas été historiquement le premier contrat à avoir été créée²¹, elle est le contrat ayant la plus grande exposition économique à tel point qu'un véritable mouvement « d'impérialisme » de la vente a vu le jour. Comme le souligne très justement un auteur : « *Le langage contemporain tend en effet à parler de vente à chaque fois qu'il y a paiement d'un prix, alors même qu'il ne s'agit nullement d'un contrat de vente* »²². Un phénomène « d'hypertrophie de la vente »²³ tend donc aujourd'hui à appliquer cette qualification à bon nombre d'opérations qui n'en revêtent cependant pas les éléments constitutifs.

Par définition, la vente implique l'existence d'une « chose » dont la propriété est transférée contre le paiement d'un « prix ». Ainsi, dans notre hypothèse, la propriété des droits sociaux, compris en tant que choses, serait transmise par le cédant au cessionnaire contre le paiement d'un prix.

²⁰ Article 1592 du Code civil

²¹ Il est souvent précisé que le contrat d'échange a précédé le contrat de vente

²² A. Bénabent, Domat droit privé, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, 8^{ème} ed. pg.15

²³ A. Bénabent, *Les contrats spéciaux*

C'est cette analyse qui est largement retenue aujourd'hui par la doctrine majoritaire²⁴ et on en comprend aisément la raison. Partant du principe que la cession de droits sociaux est un contrat innommé, ne bénéficiant dès lors d'aucun régime juridique clair et unifié, il est particulièrement tentant de rattacher cette opération à un contrat nommé dont on connaît le régime par avance. C'est ainsi que par analogie, l'on considère que la cession de droits sociaux est un contrat de vente.

Néanmoins, ce qui peut surprendre, c'est que la majorité des auteurs partent de ce postulat sans fournir d'explications ni justifications sur la qualification ainsi opérée alors que d'autres sujets intrinsèques à la cession de droits sociaux font l'objet d'une littérature particulièrement abondante²⁵. En réalité, c'est par une sorte de « paresse intellectuelle » que l'on rattache la cession de droits sociaux à la vente, parce que la cession de droits sociaux « ressemble » à la vente. La solution aura le mérite de la simplicité mais c'est courir au devant de grands risques... Assimiler la cession de droits sociaux au contrat de vente, c'est affirmer que ces derniers constitueraient une « chose » dont le cédant transférerait « la propriété » au cessionnaire en contrepartie du paiement d'un « prix ». Or, les droits sociaux représentent un ensemble de droits et de devoirs pesant sur l'associé en raison de sa situation dans le contrat de société et ne sont donc pas réductibles à une simple chose, objet du contrat de vente. C'est le concept même de qualification qui se trouve ici déformé !

Enfin, la vente n'a pas été historiquement conçue pour porter, outre sur des biens incorporels, mais surtout sur des biens comme les droits sociaux qui peuvent, par leur relation inextricable avec le contrat de société, entraîner une transmission d'entreprise, objectif véritable dans la tête du cessionnaire de contrôle. Dans ce cas, la protection accordée par les garanties légales de la vente s'appliqueront-elles aux droits sociaux juridiquement cédés ou à la société économiquement transmise ?

²⁴G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, t.1, vol.2, par M. Germain et V. Magnier, L.G.D.J. ; Ph. Malaurie, L. Aynes et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois ; M. Cozian, A. Viandier, et Fl. Deboissy, *Droit des sociétés*, Lexis nexis.

²⁵La question de la fixation du prix avec le débat autour de l'article 1843-4 ou encore les garanties de passif

B. La simplicité au détriment d'une application satisfaisante

Qualifier les droits sociaux de choses, c'est supprimer l'essence de leur spécificité, leur relation inextricable avec le contrat de société et la société elle-même. D'un point de vue juridique, ce sont les droits sociaux qui sont cédés, c'est-à-dire des biens, actions ou parts sociales, qui figurent dans le patrimoine de l'associé même si d'un point de vue économique, la cession de droits sociaux peut emporter la transmission d'une société. Lorsqu'une cession de contrôle a lieu, c'est la majorité des droits sociaux ou une partie suffisante d'entre eux qui est cédée et non pas la société personne morale en tant que telle : la personnalité morale de la société fait écran. Puisque ce sont les droits sociaux qui sont cédés, le cessionnaire ne pourra nullement se plaindre d'un défaut ou d'une irrégularité relative à la composition ou qualité particulière de l'actif social puisque par définition, les actifs de la société dont les titres sont cédés figurent exclusivement dans son patrimoine, patrimoine dont elle est seule titulaire : le patrimoine social est autonome et distinct du patrimoine de l'associé. C'est cette situation schizophrénique que ne comprendra jamais le droit de la vente qui ne s'attachera à n'avoir d'yeux que pour les droits sociaux, sans jamais regarder la société désirée par le cessionnaire.

Dès lors, il est plus qu'aisé d'entrevoir les dangers de cette qualification boiteuse : la cession de droits sociaux va revêtir un costume juridique qui n'a nullement été pensé pour elle. Le régime de la vente va artificiellement s'appliquer, mais cette application va présenter de lourds problèmes d'articulation avec les spécificités de la cession de droits sociaux : la fixation du prix de la vente va se trouver en concurrence avec les mécanismes propres au droit des sociétés, les garanties légales et d'éviction vont voir leur domaine d'application réduit à une peau de chagrin, le devoir de bonne foi va se trouver particulièrement renforcé, ou encore, de véritables « garanties conventionnelles » vont être créées par la pratique afin de remettre la société occultée au centre des préoccupations.

Qu'en est-il alors de la qualification de cession de créances ?

Paragraphe 2 : Le forçage de la qualification de cession de créance

La qualification de cession de créance peut apparaître pertinente à première vue (A). Mais le caractère unique des droits sociaux va poser les limites de cette assimilation (B).

A. Une qualification pertinente en apparence

D'un point de vue conceptuel, la cession de créance s'apparente mieux à la cession de droits sociaux que le contrat de vente. Dans le cadre de la cession de créance, le créancier cédant va transférer son droit de créance sur le débiteur cédé, à une troisième personne, le cessionnaire. Outre le fait que les parties à la cession de créance et de droits sociaux revêtent la même dénomination (cédant et cessionnaire), c'est l'objet même de la cession, la créance, qui facilite cette assimilation. Etant un droit personnel, la créance, face active de l'obligation, met obligatoirement deux personnes juridiques en relation : le créancier va exiger de son débiteur l'exécution d'une obligation. Transposer à la cession de droits sociaux, cela reviendrait à dire que l'associé sortant va céder sa créance sur la société, débiteur cédé, au profit d'un associé en devenir, le cessionnaire. Cette permutation est d'autant plus intéressante que dans les deux cas, cession de créances et cession de droits sociaux, le débiteur cédé, c'est-à-dire, la société, n'est pas une partie à la convention de cession.

Mais cette qualification n'est satisfaisante qu'en apparence. La cession de droits sociaux dépasse largement la cession de créance. En effet, les droits sociaux ont une nature hybride car, comme nous l'avons vu, ils sont constitutifs d'un ensemble de droits et de devoirs pesant sur l'associé. En effet, la face active de la qualité d'associé réside dans l'exercice des droits politiques, financiers et patrimoniaux. Néanmoins, la qualité d'associé revêt également une face passive puisque l'associé sera obligé aux dettes sociales, à la contribution aux pertes sociales ou encore soumis à un devoir général de bonne foi. Les droits sociaux confère une qualité, à la fois active et passive, issu d'un contrat bien particulier, le contrat de société. L'associé se voit donc gratifier d'un pouvoir d'immixtion, de gestion, étranger à la créance. A l'inverse, la créance confère uniquement un pouvoir de demander l'exécution d'une obligation sans jamais pouvoir décider pour le compte du débiteur. L'associé est donc par définition plus qu'un créancier

C'est ainsi que dans un cours consacré au régime général des obligations datant de 1976, M. Malaurie souligna dans l'introduction : « *La cession de parts sociales n'est sans doute pas une simple cession de créance ; mais elle est la cession de l'ensemble des droits et des obligations qui appartiennent et qui pèsent sur l'associé, c'est-à-dire la cession de la qualité d'associé* »²⁶.

²⁶ Ph. Malaurie, *La cession de contrat*, cours de doctorat, Paris II, 1976, pg. 20

B. Les limites de l'assimilation à la cession de créance

Dès lors, cette qualification est-elle judicieuse ? D'un point de vue pratique, la cession de créance est soumise à un lourd formalisme, puisque son opposabilité aux tiers est soumise soit à une signification faite au débiteur, soit par l'acceptation de la cession par ce dernier dans un acte authentique²⁷. C'est ainsi que les parts de sociétés de personnes sont cédées en recourant à ces mécanismes²⁸. En revanche, en matière d'action, c'est la négociabilité du titre qui prévaut : les créances constatées dans les titres au porteur, nominatif ou à ordre ont ainsi pu circuler selon les modes simplifiés du droit commercial, sans besoin de recourir à une signification par exploit d'huissier ou une acceptation du débiteur cédé par acte authentique. Désormais, le transfert des actions ne prend effet qu'à compter de l'inscription des titres cédés au compte de l'acheteur que la société soit cotée ou non. Dès lors, l'on voit bien que l'importance des cessions d'actions, largement majoritaire dans les cessions de droits sociaux, ne serait se voir appliquer le régime de la cession de créance. De plus, la difficulté vient de la protection du cessionnaire, protection qui à défaut de clause contraire est limitée à la seule existence de la créance cédée²⁹.

On comprend donc aisément que la protection du cessionnaire conférée par la cession de créance va s'avérer très limitée dans le cadre d'une cession de droits sociaux. Elle consistera à s'assurer que la société émettrice des droits sociaux n'a pas été dissoute et liquidée, que le cédant est bien titulaire des droits, qu'ils sont cessibles et qu'il n'existe pas de clause d'agrément. Néanmoins, elle ne permet pas de garantir au cessionnaire la valeur des droits cédés et l'apparition d'éléments réduisant la solvabilité de la société ne sera pas couverte par la garantie légale du cédant, ce que souligne l'article 1694 du Code civil. Si, en raison d'un passif latent dû à la gestion antérieure, les droits cédés n'ont plus de valeur financière, il n'est pas possible de conclure à l'absence de créance. En effet, les droits sociaux ne sont pas seulement des droits pécuniaires et dans tous les cas, ils conservent une valeur politique liée aux pouvoirs qu'ils permettent d'exercer.

Les difficultés théoriques ont été présentées : le double problème de qualification. Mais qui dit qualification dit régime juridique et sitôt que l'on comprend que la qualification est galvaudée, le régime juridique ne pourra être qu'imparfait.

²⁷ Article 1690 Code civil

²⁸ SNC : article L 221-14 Code de commerce ; SARL : L 223-17 du Code de commerce

²⁹ Articles 1693 et 1694 Code civil

CHAPITRE SECOND : LES DIFFICULTES PRATIQUES

L'APPLICATION IMPARFAITE DU DROIT CIVIL A UNE OPERATION FONDAMENTALEMENT SOCIETAIRE

La cession de droits sociaux se voient donc majoritairement imposer le régime juridique de la vente. Néanmoins, c'est le droit civil tout entier qui va s'avérer inadapté à cette opération (Section 1) et c'est de cette affirmation que va naître une révélation, l'apparition d'un droit propre à la cession de droits sociaux (Section 2).

Section 1 : Une affirmation : un droit inadapté à la cession de droits sociaux

Le droit civil va se révéler inadapté à un double égard : d'une part parce-que l'effectivité des vices du consentement va se trouver grandement limitée (§1), d'autre part parce-que les garanties légales du vendeur vont s'avérer particulièrement restreintes (§2).

Paragraphe 1 : L'application limitée des vices du consentement

En matière de cession de droits sociaux, le dol se révèle être le vice du consentement le plus sollicité faisant de lui le vice principal (A) alors que l'erreur et la violence sont reléguées au rang de vices secondaires (B).

A. Le dol, vice principal en matière de cession de droits sociaux

Le dol est particulièrement plébiscité en matière de droits sociaux, cela à plusieurs titres (1). Dans ce domaine particulier, il présente bon nombre d'illustrations que nous essayerons de classifier (2).

1. Les raisons de l'efficacité du dol

La spécificité du dol repose dans sa double composition puisqu'il est à la fois une sanction de l'acte cause de nullité et une sanction des comportements constitutifs d'un délit civil. Dès lors qu'une manœuvre frauduleuse, un mensonge ou une réticence est caractérisé, accompagné d'une intention de tromper entraînant une erreur déterminante dans l'esprit du cocontractant, le dol est irrémédiablement retenu permettant d'obtenir au choix l'annulation de la convention ou l'obtention de dommages et intérêts.

Le dol est le seul vice du consentement qui présente une véritable utilité en matière de cession de droits sociaux³⁰. Mais pourquoi cela ? L'article 1116 du Code civil relatif à la définition du dol précise que ce dernier est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées *par l'une des parties* sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. Le dol pouvant émaner aussi bien du cédant que du cessionnaire, nous nous concentrerons dans cette partie sur le dol du cédant, le dol du cessionnaire fera l'objet d'une étude spécifique ultérieure.

L'une des spécificités du dol, à la différence de l'erreur, est qu'il repose davantage sur une définition personnelle que matérielle. Pour être sanctionné, le dol doit obligatoirement émaner du cocontractant mais il ne doit pas porter nécessairement sur la chose objet de la convention. Dès lors qu'il émane du cocontractant et que le reste des conditions est rempli, il pourra porter sur n'importe quel élément, et sous réserve de négligence, sera toujours sanctionné. Cette coloration personnelle du dol est avantageuse en matière de cession de droits sociaux car comme nous l'avons vu, le cessionnaire de contrôle a davantage en vu la société transmise et donc sa réalité comptable que les titres cédés qui ne sont qu'un moyen détourné pour acquérir la société. Dès lors, le cessionnaire déçu pourra se plaindre de tout élément extérieur aux droits sociaux cédés entraînant une diminution de la valeur de ces derniers en se fondant sur le dol : l'apparition d'un passif important ou d'un litige défavorable, un actif stratégique manquant, une provision insuffisante...

Le second avantage du dol en matière de cession de droits sociaux réside dans sa face pénale. En effet, à l'occasion d'une cession de droits sociaux, « *le cédant peut être tenté de modifier à son avantage les divers postes du bilan ou de maquiller les postes du compte de résultat afin de rendre sa société plus attrayante et par la même, d'obtenir un prix de cession plus important* »³¹. Or, il s'avère que dans bien des cas, le dol civil puisse faire également l'objet d'une qualification pénale : le délit civil va se doubler d'une infraction pénale.

³⁰D. Gallois-Cochet, *Le dol et les vices du consentement*, *Gazette du Palais*, 20 mai 2010, n°140, p.21

³¹R. Salomon, Dol civil et dol pénal en matière de cession de droits sociaux, *Recueil Dalloz* 2010, p. 2792

Dès lors, la présentation délibérée à un cessionnaire de comptes ne donnant pas une image fidèle du résultat peut également être constitutive des manœuvres frauduleuses de l'escroquerie, ayant eu pour but de déterminer le cessionnaire de titres sociaux à les payer à un prix supérieur à leur valeur réelle³². Le délit d'escroquerie est défini comme « le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de *manœuvres frauduleuses*, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge »³³. Néanmoins pour que la qualification d'escroquerie puisse être retenue, il est nécessaire de trouver chez l'agent une « attitude active » caractérisant « l'emploi de manœuvres frauduleuses », c'est-à-dire des actes positifs. Dès lors on comprend rapidement que l'escroquerie aura un champ d'application plus restreint que le dol civil : il ne saurait y avoir escroquerie lorsque l'agent s'est contenté de garder le silence sur un fait qui, s'il avait été connu de la victime, l'aurait déterminée à ne point lui remettre la chose³⁴. De même, le simple mensonge émanant de l'escroc ne constitue pas une manœuvre frauduleuse : celle-ci n'est caractérisée que si le mensonge est corroboré et appuyé par des éléments externes³⁵.

La deuxième forme d'infraction pénale que peut revêtir le dol est le délit de faux défini comme : « toute altération frauduleuse de la vérité, de nature à causer un préjudice et accomplie par quelque moyen que ce soit, dans un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée qui a pour objet ou qui peut avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques »³⁶. Entre indiscutablement dans les prévisions de ce délit tout document qui vaut titre ou qui a été établi en vue d'apporter la preuve d'un fait juridique.

Dès lors, constitue un faux la fabrication de documents comptables d'une société, tels qu'un bilan ou un compte de résultat³⁷ ou encore la fabrication de fausses factures, au nom d'une entreprise de pure façade ou d'une société fictive, objet d'une cession, gonflant indirectement le résultat³⁸.

³² Cass. Crim 9 aout 1989, Rev. Sociétés 1990

³³ Article 313-1 Code pénal

³⁴ Cass. Crim. 2 octobre 1978, Dalloz 1979

³⁵ Cass. Crim. 24 avril 1984, bull. Crim., n°142 et Cass. Crim. 24 septembre 1998, Bull. crim., n°236

³⁶ Article 441-1 Code pénal

³⁷ Cass. Crim. 16 novembre 1995, Bull. crim., n°354

³⁸ Cass. Crim. 19 octobre 1987, Bull. Crim., n°353

Ainsi, d'une manière plus générale, les actes de falsification d'ordre comptable constituent des faux, dans la mesure où la comptabilité d'une société commerciale est destinée à servir de preuve³⁹.

Enfin la troisième forme d'infraction pénale envisageable, le délit de présentation ou de publication de bilan inexact qui n'a vocation à s'appliquer qu'à l'ensemble des cessions de titres de sociétés à engagement social limité⁴⁰ est défini comme le fait pour « le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme de publier ou présenter aux actionnaires, même en l'absence de toute distribution de dividendes, des comptes annuels ne donnant pas, pour chaque exercice, une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice, de la situation financière et du patrimoine, à l'expiration de cette période, en vue de dissimuler la véritable situation de la société »⁴¹.

En cas de cession de parts de sociétés de personnes, seul le recours aux qualifications de droit commun ne sera donc possible (escroquerie et faux). Plus que la présentation, c'est ici la publication des comptes inexacts, définie comme « tout procédé ayant pour but et pour effet de faire connaître le bilan aux tiers dans le cadre de l'administration de la société et pour les besoins de celle-ci »⁴², qui sera invoquée par le cessionnaire dupé. Aucun mode de diffusion n'est exclu : il peut s'agir de modes écrits de publication aussi divers que le dépôt des comptes au greffe du tribunal, une publication au *Bulletin des annonces légales obligatoires*, des articles dans la presse, des circulaires, des affiches ou des prospectus. Il peut même s'agir de modes oraux de publication, tels qu'une conférence de presse.

Dès lors quel est le choix le plus avantageux pour le cessionnaire déçu ?

L'un des avantages du dol civil est indéniablement la possibilité de se prévaloir du simple mensonge ou de la réticence qui ne sont pas des dols pénaux. Néanmoins, le dol pénal peut s'avérer être un précieux atout processuel. En effet, dès l'instant où les cédants seront condamnés au pénal pour délit d'escroquerie, le dol civil sera caractérisé, comme cela est fréquemment jugé⁴³ : le dol pénal permet ainsi de faciliter l'administration de la preuve du dol civil.

³⁹Cass. Crim. 13 juillet 1991, Dr. Pén. 1992

⁴⁰Sont donc concernées la SA (C.com L 242-6 2°), la SARL (L 241-3, 3°), la SCA (L 243-1), la SAS (L 244-1).

⁴¹Article L 252-6 2° Code de commerce

⁴²CA Paris 12 juillet 1969

⁴³Cass. Com. 26 mai 2009, n° 08-15.980

De plus, le dol pénal permet une admission des victimes qui est beaucoup plus large car elle englobe les tiers à la cession, autorisés à se constituer partie civile⁴⁴.

Concernant la réparation du dol, un arrêt important de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 10 juillet 2012 vient apporter un éclairage dépassant le cadre spécifique de la cession de droits sociaux : « alors que la société Parsys a fait le choix de ne pas demander l'annulation du contrat, son préjudice réparable correspondait uniquement à la *perte d'une chance d'avoir pu contracter à des conditions plus avantageuses*. »⁴⁵. Ainsi, comme le souligne très justement un auteur « *une alternative à deux branches se dessine : soit la victime demande la nullité du contrat et peut obtenir en sus des dommages-intérêts en réparation de la perte de chance de conclure un autre contrat, soit elle opte pour le maintien du contrat et ne peut dès lors obtenir réparation que de la perte de chance de conclure le même contrat à des conditions plus avantageuses* »⁴⁶. Dès lors, la deuxième option conduit à un « rééquilibrage économique du contrat » ou à une « réduction du prix »⁴⁷.

2. Les illustrations du dol en matière de cession de droits sociaux

Comment le dol se présente-t-il en matière de cession de droits sociaux ?

Lorsqu'une cession de droits sociaux ou de contrôle a lieu, nous avons vu que le cessionnaire procède à un audit de la société dont il va acquérir les titres afin de s'assurer de la bonne santé financière de cette dernière. Pour se faire, le cessionnaire va se fonder sur les documents comptables tels que le bilan, le compte de résultat ou encore les annexes. Classiquement, la manœuvre dolosive consistera pour le cédant à fausser intentionnellement l'image financière de sa société afin de convaincre le cessionnaire d'acquiescer ses titres.

⁴⁴Cass. Crim. 6 septembre 2000

⁴⁵Cass. Com. 10 juillet 2012, n°11-21.954

⁴⁶M. Caffin-Moi, *Dol dans la formation du contrat : la question délicate du préjudice réparable*, Recueil Dalloz 2012, p. 2772

⁴⁷P. Jourdain, *Dol dans la formation du contrat : quel préjudice réparable ?* RTD Civ. 2012, p.732

Ainsi, constituent un dol les manœuvres frauduleuses pratiquées par le cédant présentant un bilan « falsifié » ou « tronqué » masquant ainsi des dettes ou des pertes connues du cédant⁴⁸, camouflant un important déficit fiscal, réduisant à néant la valeur des parts sociales⁴⁹ ou encore l'omission délibérée d'une provision pour dépréciation de stock dans le but de masquer les difficultés de la société⁵⁰.

La manœuvre dolosive pourra encore être caractérisée par le fait d'établir une double comptabilité faisant apparaître un chiffre d'affaires qui a déterminé la volonté du cessionnaire⁵¹. Ainsi, la production de documents comptables inexacts et trompeurs est-elle la source de nombreuses annulations prononcées sur le terrain du dol ce qu'à récemment rappelé la Cour de cassation⁵². Dès lors, on voit apparaître le second avantage du dol puisqu'en permettant de sanctionner une tromperie sur l'image comptable de la société, il sanctionne indirectement l'erreur sur la valeur des droits sociaux ou sur un actif social et l'on imagine bien que dans une telle convention, seule la valeur des droits sociaux compte.

Néanmoins, la Cour de cassation est venue récemment rappeler que pour que le dol soit retenu, le cessionnaire doit impérativement rapporter la preuve de l'élément intentionnel, le cédant doit avoir eu l'intention de tromper son cocontractant⁵³. Cependant, il semble que la jurisprudence fasse preuve de clémence sur la preuve de l'intention de tromper puisqu'elle estime que, du non respect des règles comptables et, plus particulièrement, du principe de prudence, on peut déduire le caractère volontaire de l'oubli⁵⁴. Dès lors, si l'élément intentionnel fait défaut, le dol ne sera pas retenu. Ainsi, le cédant ne commet pas de dol lorsque la surévaluation de certains éléments d'actif ne traduisait pas une volonté de celui-ci de tromper le futur acquéreur, mais tenait plutôt à une méconnaissance de sa part des règles comptables⁵⁵.

⁴⁸Cass. Com. 3 avril 1979, n° 77-12.261

⁴⁹CA Reims 8 juin 1988

⁵⁰CA Versailles 6 mars 2003

⁵¹CA Paris 16 avril 1992

⁵²Cass. Com. 26 mai 2009, n°08-15.341

⁵³Cass. Com. 27 janvier 2009, n°08-10.052

⁵⁴CA Paris, 31 mai 1990

⁵⁵CA Lyon 8 décembre 2005

A côté de la manœuvre, le dol peut prendre la forme du mensonge ou de la réticence. Il est d'usage que le cédant procède avant la cession à des déclarations, les *representations & warranties*, dans lesquelles il va affirmer au cessionnaire la véracité de certains éléments relatifs à la société dont il cède les titres. Ainsi, le mensonge effectué par le cédant qui déclare après avoir reçu une assignation qu'aucun litige n'est en cours est un dol entraînant la nullité de la cession des actions⁵⁶.

Le dol par réticence sera quant à lui constitué par le silence intentionnellement gardé du cédant sur une information pertinente et déterminante du consentement du cessionnaire. Ainsi, la réticence dolosive est constituée lorsque le cédant cache sciemment la situation financière obérée de la société dont les parts sont cédées⁵⁷, lorsque le cédant n'avise pas le cessionnaire de l'éventualité du passif fiscal pesant potentiellement sur la société et dont le montant est tel que la vie même de l'entreprise est compromise⁵⁸, lorsque le fonds de commerce de la société était dépourvu de clientèle et que les cédants avaient dissimulé aux cessionnaires les difficultés d'exploitation⁵⁹ ou encore lorsque le cédant dissimule la résiliation des contrats de crédit-bail relatifs aux machines utilisées par la société d'imprimerie dont les titres sont cédées⁶⁰.

Néanmoins, l'hypothèse du dol est écartée dans un certain nombre de situations. Ainsi, la nullité ne sera pas encourue si la victime des manœuvres frauduleuses connaissait de toute façon la situation exacte, et donc si le dol ne l'a pas amenée véritablement à se décider⁶¹. Il en sera de même lorsque le cessionnaire a clairement indiqué qu'il acceptait en pleine connaissance de cause la situation très difficile de la société⁶². De plus, la jurisprudence admet difficilement qu'un dol puisse être invoqué lorsque les cessionnaires sont des professionnels compétents⁶³ ou d'anciens dirigeants ou fondateurs de la société dont les parts sont acquises⁶⁴.

⁵⁶Cass. Com. 15 juillet 1992

⁵⁷Cass. Civ. 1^{ère} 9 mars 1983

⁵⁸Cass. Com. 12 octobre 1993, n° 91-19.838

⁵⁹Cass. Com. 10 mai 2006

⁶⁰Cass. Com. 8 juillet 2003, n° 99-18.925

⁶¹Cass. Com. 19 mars 1985, n° 92-19.617 et Cass. Com. 20 octobre 1998, n° 96-15.871

⁶²Cass. Com. 15 mars 1994, n° 92-10.813

⁶³Cass. Com. 22 février 1983, n° 81-15.432

⁶⁴CA Paris 5 décembre 1997

Par ailleurs, il convient de préciser que la matière consacre un véritable devoir de se renseigner pesant sur le cessionnaire. Par un arrêt du 20 mai 2003, la chambre commerciale de la Cour de cassation souligna : « *les cessionnaires, qui agissaient au titre d'une activité professionnelle, avaient la faculté de s'informer par eux-mêmes* »⁶⁵. Cette jurisprudence est à mettre en relation avec un arrêt de la même chambre du 17 novembre 1992 par lequel la haute juridiction affirma : « *le cessionnaire qui était un professionnel de la concession automobile et avait la possibilité de se faire assister d'un expert, ne pouvait ignorer que le projet de bilan qu'on lui présentait n'était pas le bilan définitivement arrêté et approuvé* ».

La Cour de cassation considère que le dol doit être apprécié au regard de la qualité de cessionnaire et de la capacité de ce dernier à avoir accès aux informations que le cédant ne lui a pas spontanément communiquées. Le droit positif impose dès lors une « obligation renforcée » pour le cessionnaire de s'informer lors d'une cession de contrôle. Les parties sont alors censées connaître les risques liés à l'opération. Ainsi, la jurisprudence a pu retenir l'imprudence du cessionnaire qui n'a pris en compte comme année de référence pour les résultats de la société que celle précédant le compromis de vente des droits sociaux⁶⁶. On voit bien que le cessionnaire ne peut se contenter de consulter les documents comptables : conscient des aléas inhérents à l'opération de cession de contrôle, il doit solliciter des informations précises afin de procéder à « *une évaluation sérieuse et étayée par des documents comptables définitifs et relatifs à plusieurs exercices, à défaut d'un audit que la prudence recommandait* »⁶⁷. Ainsi, le fait pour la société cessionnaire « *de ne pas procéder à des vérifications financières recommandées par la prudence constitue une erreur grossière écartant le bénéfice du dol* »⁶⁸.

Après le dol, il nous faut à présent étudier l'erreur et la violence, vices secondaires en matière de cession de droits sociaux.

⁶⁵ Cass. Com. 20 mai 2003, n°99-17.232

⁶⁶ CA Paris 6 avril 1993

⁶⁷ CA Paris 9 avril 1986

⁶⁸ Cass. Com 15 novembre 1983, n° 82-13.470

Nota : Cass. Com. 12 février 2013, n°11-22.641 : hypothèse de dol la plus récente, la situation étant celle où le cédant, homme clé de l'entreprise, avait maintenu l'acquéreur dans l'illusion qu'il resterait dans l'entreprise le temps nécessaire pour assurer la transmission de son savoir-faire et la présentation aux clients.

B. L'erreur et la violence, vices secondaires en matière de cession de droits sociaux

L'erreur sur les qualités substantielles est la forme d'erreur la plus invoquée mais avec peu de succès (1) alors que le vice de violence est quasi inexistant (2).

1. L'erreur sur les qualités substantielles

Pourquoi l'erreur sur les qualités substantielles est-elle aussi peu accueillie en jurisprudence ? Afin que l'erreur soit sanctionnée par la nullité de la convention de cession, il faut impérativement qu'elle porte « *sur la substance même de la chose qui en est l'objet* »⁶⁹. Or, comme nous l'avons vu précédemment, la chose objet du contrat de cession est justement les droits sociaux et non la société. De fait, les incidences relatives à son patrimoine seront totalement indifférentes : la cession de droits sociaux ne pourra être annulée que si l'erreur porte sur la substance mêmes des droits sociaux cédés et non sur la société ou son patrimoine. Ainsi, si la cession de contrôle emporte économiquement une transmission d'entreprise, sur le plan juridique, elle ne transfère que les droits sociaux. La première fissure de l'application du droit civil et des vices du consentement commence à apparaître...

Qu'est-ce qu'une qualité substantielle en matière de droits sociaux ? La jurisprudence ayant retenu une conception subjective de la substance⁷⁰, cette dernière peut se définir comme les qualités de la chose qui ont déterminé la volonté de *l'errans*, celles sans lesquelles il n'aurait pas contracté.

La première forme d'erreur sur la substance en matière de droits sociaux consisterait dans l'existence des droits conférés par les titres cédés, on parlera alors « d'erreur sur les attributs des droits sociaux ». Dans une vision classique, ces attributs sont constitués par les droits normaux reconnus à tout associé : le droit de vote et les droits financiers. Dès lors, il y aurait erreur sur les qualités substantielles si les droits sociaux cédés ne permettraient pas au cessionnaire d'exercer pleinement ces prérogatives. Dans une vision plus moderne, les droits sociaux peuvent comprendre davantage qu'un simple droit de vote ou un droit au dividende. Depuis la création des actions de préférence⁷¹, les actions peuvent désormais revêtir des prérogatives spécifiques.

⁶⁹ Article 1110 Code civil

⁷⁰ Cass. Civ. 28 janvier 1913

⁷¹ Ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004

Ainsi, les actions de préférence peuvent permettre d'obtenir des droits politiques renforcés tel un droit de vote multiple, un droit de véto, un droit d'information spécifique mais également des droits pécuniaires renforcés tel un droit à dividende majoré, cumulatif ou encore précipitaire. Il y aurait erreur sur la substance si les qualités spécifiques à ces catégories de titres feraient défaut, par exemple l'absence d'un droit à dividende majoritaire. Cette vision moderne pourrait donner un second souffle à l'erreur sur les qualités substantielles en matière de droit sociaux.

La deuxième forme d'erreur sur la substance consiste dans la position conférée par les droits sociaux acquis soit l'aptitude du cessionnaire à acquérir le pouvoir dans la société, on parlera alors « d'erreur sur la position conférée ». Ce qui constitue, dans cette hypothèse, la qualité substantielle des droits cédés, c'est donc le contrôle de la société, et le cessionnaire serait en droit d'invoquer l'erreur sur les qualités substantielles des parts ou actions cédées si ce contrôle n'était pas effectif⁷². Ainsi, et c'est la révélation lapidaire de l'article 1110 qui le précise, toute erreur étrangère à la substance des droits sociaux cédés mais uniquement relative au patrimoine de la société concernée semble devoir être écartée : c'est ainsi que la jurisprudence a pu retenir que la dissimulation de difficultés financières de la société dont les parts sont cédées constitue une erreur sur la valeur qui ne constitue pas une cause de nullité de la convention⁷³. De même, ne peut être annulée la cession de droits sociaux dont le passif se révèle plus important que prévu⁷⁴. Cependant, toute atteinte au patrimoine de la société ou à son activité est-elle nécessairement une erreur indifférente ?

C'est par le fameux arrêt « Quille » du 1^{er} octobre 1991⁷⁵ que la Cour de cassation est venue poser la troisième forme d'erreur sur la substance en matière de droits sociaux, « l'erreur sur la viabilité économique ». La Cour affirma que les cessionnaires étaient fondés à invoquer l'erreur sur les qualités substantielles dès lors que la société dont les titres avaient été cédés s'était dépouillée de l'essentiel de son actif ne lui permettant plus de *réaliser son objet social*. L'arrêt Quille constitue un véritable assouplissement jurisprudentiel puisqu'il reconnaît l'erreur sur les qualités substantielles si la société dont les titres ont été cédés ne peut plus exercer l'activité économique constitutive de son objet social.

⁷²CA Bordeaux 11 juillet 1986

⁷³Cass. Com. 30 juin 1998, n° 96-15.898

⁷⁴Cass. Com. 28 juin 1994, n° 92-13.135

⁷⁵Cass. Com. 1^{er} octobre 1991, n°89-13.967

Ainsi, la seule hypothèse dans laquelle l'atteinte patrimoniale à la société sera prise en compte pour reconnaître une erreur atteignant la substance des droits sociaux cédés sera uniquement caractérisée lorsque son objet social ne sera plus réalisable. Cette jurisprudence fut confirmée à plusieurs reprises : l'acquéreur d'une société qui, au moment de la cession, n'était déjà plus en mesure de se redresser économiquement et de remplir durablement son objet social et d'exploiter son fonds de commerce, a commis une erreur sur les qualités substantielles⁷⁶ ou encore lorsque l'acquéreur ignorait l'indisponibilité du matériel constituant l'essentiel de l'actif de la société cédée, celle-ci étant dans l'impossibilité de réaliser son objet social⁷⁷. On notera au passage que cette jurisprudence n'est pas sans rappeler l'erreur sur la rentabilité économique récemment consacrée en matière de franchise^{77Bis}.

Arrêtons-nous un instant sur cette erreur sur la viabilité économique de la société. Nous avons dit que la cession de droits sociaux est proche de la cession de créance. Or, quelle est la garantie octroyée par le cédant dans le cadre d'une cession de créance ? Le cédant ne doit garantir que l'existence de la créance au jour de la cession. Dès lors, l'erreur sur les qualités substantielles est reconnue lorsque la société est dans l'impossibilité de réaliser son objet social parce que si cette dernière ne peut plus réaliser son objet social, la créance cédée du cédant au cessionnaire n'existe plus ! De plus, lorsque l'actif social est imputé ou le passif social aggravé, l'erreur sur la valeur est invoquée pour écarter l'action du cessionnaire déçu mais ne pourrait-on pas plutôt dire que cette erreur n'est pas substantielle non pas parce qu'elle porterait sur la valeur mais uniquement parce que, dans le cadre de la cession de créance, le cédant ne garantit pas la solvabilité du débiteur cédé, à savoir la société ? On retrouve donc en creux, le droit de la cession de créance qui réapparaît. De même, si la diminution de la valeur des titres acquis n'est pas constitutive d'une absence de cause⁷⁸, ne pourrait-on pas soutenir que l'impossibilité d'exercer l'objet social constitue une absence de cause de la cession de droits sociaux si l'on considère le contrat de société comme étant à exécution successive ou à tout le moins comme un motif de caducité de la cession de droits sociaux ?

Terminons maintenant avec le vice de violence, qui, il est vrai, est quasi inexistant en la matière.

⁷⁶Cass. Com. 28 février 2006, n° 01-14.951

⁷⁷Cass. Com. 17 octobre 1995, n° 93-20.523

^{77Bis}Cass. Com. 4 octobre 2011, n° 10-20.956

⁷⁸Cass. Com. 19 juillet 1971

2. La violence, vice quasi inexistant en matière de cession de droits sociaux

Le domaine de la violence dans le cadre des cessions de droits sociaux se réduit à une véritable peau de chagrin. On comprendra, en effet, que la violence physique ou morale en la matière ne puisse être admise que de manière exceptionnelle, d'autant plus qu'une certaine rigueur est déjà de mise dans la jurisprudence civile. En outre, c'est plutôt le cédant qui se prétend victime d'une violence dans le cadre du contrat de cession. On pourrait, dès lors, concevoir que la violence morale se concrétise par le fait d'exploiter les difficultés économiques rencontrées par le cédant contraint de céder ses parts ou ses actions. Une telle hypothèse serait conforme au droit positif de la théorie générale des vices du consentement comme le souligne un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 5 juillet 1965 affirmant que l'exploitation des difficultés économiques d'autrui peut, en certains cas particulièrement caractéristiques, être constitutive d'une violence morale⁷⁹. Mais la jurisprudence se montre dans l'ensemble très restrictive. Ainsi, intenter une action judiciaire contre le cédant pour obtenir la nomination d'un expert qui viendrait évaluer les droits cédés ne constitue pas une menace vis-à-vis du cédant⁸⁰. De même, la menace de poursuites pénales fondées sur le fait que le dirigeant d'une société perçoit des rémunérations d'un montant excessif n'est pas une cause d'annulation de la cession de ses parts pour violence dont il aurait été victime⁸¹. Notons enfin, cet arrêt de la Cour d'appel de Paris du 2 novembre 2010 qui prend notamment en compte le fait que le cessionnaire était « assisté, dans toutes les phases de la négociation, par un cabinet d'avocat expérimenté » afin d'écarter le vice de violence.

Comme nous l'avons vu, les vices du consentement, pensés il y a plus de deux cents ans, peinent à trouver une effectivité satisfaisante en matière de cession de droits sociaux. Face à cet « objet juridique non identifié », seul le dol permet d'obtenir une certaine satisfaction mais plus en ce qu'il sanctionne un comportement par le biais du délit civil. A présent, il nous faut nous tourner du côté du droit spécial de la vente, plus particulièrement des garanties légales du vendeur qui vont malheureusement s'avérer également restreintes.

⁷⁹Cass. Com. 5 juillet 1965, n° 62-40.577

⁸⁰CA Versailles 2 juin 1987

⁸¹CA Paris 13 juin 1990

Paragraphe 2 : L'application restreinte des garanties légales

En vertu de l'article 1625 du Code civil : « La garantie que le vendeur doit à l'acquéreur a deux objets : le premier est la possession paisible de la chose vendue ; le second, les défauts cachés de cette chose ou les vices rédhibitoires. ». Le cédant doit donc d'une part la garantie d'éviction (A) et d'autre part, la garantie des vices cachés (B).

A. La garantie d'éviction

En matière de cession de droits sociaux, la garantie d'éviction va amener deux sujets de réflexion : d'une part l'éviction *stricto sensu* (1) et d'autre part, la question de l'obligation de non concurrence légale et contractuelle (2).

1. La garantie d'éviction *stricto sensu*

Conformément à l'article 1626 du Code civil : « Quoique lors de la vente il n'ait été fait aucune stipulation sur la garantie, le vendeur est obligé de droit à garantir l'acquéreur de l'éviction qu'il souffre dans la totalité ou partie de *l'objet vendu*, ou des charges prétendues sur cet objet, et non déclarées lors de la vente ». Ainsi, la garantie d'éviction due par le cédant au cessionnaire porte sur « l'objet vendu » à savoir les droits sociaux. Dès lors, inévitablement, nous allons retrouver les mêmes difficultés d'attribution qu'en matière d'erreur sur les qualités substantielles : la garantie d'éviction ne porte pas sur la société mais uniquement sur la potentialité de jouissance conférée par les titres cédés. On voit donc immédiatement que l'application de la garantie d'éviction sera très restrictive en matière de cession de droits sociaux. Il faudra que le cessionnaire soit réellement victime d'un trouble imputable au cédant, et il est évident que l'on ne peut mettre en œuvre la garantie que lorsque cette dernière portera sur les actions ou sur les parts sociales elles-mêmes.

Le cédant doit garantir la jouissance paisible des parts ou actions cédées, que l'atteinte à cette jouissance soit le fait du cédant lui-même ou d'un tiers. L'éviction du fait des tiers est rare en matière de cession de droits sociaux, de ce fait nous ne nous attarderons pas dessus. L'éviction du fait des tiers repose le plus souvent sur des troubles de droit. Dans un arrêt de la chambre commerciale du 12 décembre 1972, la Cour de cassation a condamné le cédant des parts d'une société exploitant un hôtel à restituer au cessionnaire le prix d'achat des parts à la suite de la fermeture de l'hôtel. De même, un arrêt de la Cour d'appel de Paris a admis la mise en œuvre de la garantie dans un cas où le cessionnaire avait été durablement privé de la

possession paisible des titres par une mise sous séquestre de ces derniers et par la désignation d'un administrateur provisoire⁸².

La garantie d'éviction du fait personnel étant d'ordre public, le cédant ne pourrait valablement s'abstraire de cette obligation, ce que prévoit l'article 1628 du Code civil : « Quoiqu'il soit dit que le vendeur ne sera soumis à aucune garantie, il demeure cependant tenu de celle qui résulte d'un fait qui lui est personnel : toute convention contraire est nulle. » Mais que recouvre la garantie d'éviction du fait personnel du cédant ?

Le premier cas d'éviction envisageable serait l'hypothèse dans laquelle les titres vendus n'appartiennent pas au cédant⁸³ ou bien lorsque les titres cédés se trouveraient grevés d'un droit réel accessoire, tel un nantissement. Mais toute concurrence est-elle susceptible d'être sanctionnée ? Appliquée aux cessions de titres, l'obligation de garantie du fait personnel interdit au cédant, même en l'absence de clause de non-concurrence, de se rétablir mais sous de strictes conditions. L'arrêt de principe incontournable en matière d'éviction du fait personnel dans la cession de droits sociaux est l'arrêt « Beghin-Say » de la chambre commerciale du 21 janvier 1997 par lequel la Cour de cassation affirma que la garantie d'éviction du fait personnel ne peut jouer que si le rétablissement du cédant est de nature à empêcher l'acquéreur des droits sociaux de « *poursuivre l'activité économique de la société et de réaliser l'objet social* »⁸⁴. Ainsi, la garantie légale d'éviction du fait personnel du vendeur n'entraîne pour celui-ci l'interdiction de se rétablir que si ce rétablissement est de nature à empêcher les acquéreurs des parts ou des actions de poursuivre l'activité économique de la société et de réaliser l'objet social.

En réalité, on peut affirmer que la garantie d'éviction du fait personnel trouvera toujours à s'appliquer dès lors que l'objet social ne pourra plus être poursuivi car cela viderait inévitablement les droits sociaux de leur substance, et cela quel que soit la forme de l'atteinte. Dès lors, la jurisprudence a admis le jeu de la garantie d'éviction au profit d'un cessionnaire victime de la dissimulation d'un passif par le cédant entraînant l'impossibilité de poursuivre l'objet social⁸⁵. La garantie d'éviction vient ainsi recouper le champ d'application de l'erreur sur les qualités substantielles puisqu'elles sont toutes les deux soumises à un élément déclencheur commun : l'impossibilité de réaliser l'objet social.

⁸²CA Paris 24 février 2006, n° 04/22666

⁸³CA Paris 21 janvier 2010, RJDA 2010, n°752

⁸⁴Cass. Com. 21 janvier 1997, n°94-15.20

⁸⁵Cass. Com. 25 janvier 1983

L'arrêt « Béghin-Say » fut précisé dans un deuxième temps par un autre arrêt, également fameux dit « Société Brabo » du 9 juillet 2002 par lequel la chambre commerciale précisa qu'il est interdit au cédant d'effectuer « *des actes de nature à constituer des reprises ou des tentatives de reprise du bien vendu ou d'atteintes aux activités telles qu'elles empêchent le cessionnaire de poursuivre l'activité de la société et de réaliser l'objet social* »⁸⁶. Dès lors, la garantie d'éviction ne trouvera à s'appliquer uniquement lorsque l'objet social de la société dont les titres sont cédés est devenu illusoire ou insusceptible de réalisation, ce qui prendra classiquement la forme du « détournement de clientèle »⁸⁷. Ainsi, le coupuret de la garantie d'éviction est implacable, un simple obstacle au développement de l'activité du cessionnaire est insuffisant pour en bénéficier⁸⁸ tout comme la seule diminution de l'importance de la clientèle cédée⁸⁹.

Cependant, si le cédant se rétablit à proximité de la société dont il a cédé les titres avec un commerce identique, ayant les mêmes fournisseurs, distribuant les mêmes marques ou encore même s'il a engagé un salarié précédemment employé par la société cédée, la garantie d'éviction joue-t-elle automatiquement ? Dans cette espèce, les juges d'appel ont accueilli la garantie d'éviction mais la Cour de cassation cassa cette décision au motif que les juges n'ont pas recherché si les agissements retenus à l'encontre des cédants avaient empêché l'acquéreur de poursuivre l'activité économique de la société cédée en diminuant l'achalandage ou en détournant la clientèle de son fonds de commerce, en d'autres termes, l'objet social, bien qu'atteint, pouvait toutefois être poursuivi. Il est important de préciser que lorsque le cédant est une société, la garantie d'éviction du fait personnel pèse non seulement sur celle-ci mais aussi sur son dirigeant ou sur les personnes qu'il pourrait interposer pour échapper à son obligation !⁹⁰

Néanmoins, il est à noter que la première chambre civile, compétente en matière de société civile professionnelle ne partage pas la stricte lecture de la chambre commerciale et considère que des actes de concurrence suffisent à caractériser la violation de la garantie d'éviction⁹¹.

⁸⁶Cass. Com. 9 juillet 2002, n° 98-22.284

⁸⁷Cass. Civ. 1^{ère} 24 janvier 2006, n°03-12.736

⁸⁸Cass. Com. 17 décembre 2002, n°00-19.684

⁸⁹Cass. Com. 18 février 2004, n°00-10.512

⁹⁰Cass. Com. 24 mai 2005, RJDA 8-9/05 n°962

⁹¹Cass. Civ. 1^{ère} 24 janvier 2006, RJDA 8-9/06 n°912

Le critère de l'impossibilité de réaliser l'objet social est donc écarté en matière de société civile professionnelle. Dans tous les cas, si la garantie d'éviction ne pourrait pas être invoquée au titre d'un simple détournement de clientèle dans le cas des sociétés commerciales, le cessionnaire pourra, à titre salvateur, engager la responsabilité civile délictuelle du cédant, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil pour concurrence déloyale⁹².

Par un arrêt pour le moins audacieux, la première chambre civile de la Cour de cassation a jugé que bénéficient de la garantie d'éviction du fait personnel du cédant, non seulement le cessionnaire, mais aussi la société dont les titres sont cédés⁹³. Cette solution fut critiquée sur le fondement de l'effet relatif des contrats puisqu'en effet, seuls les cédant et cessionnaires sont parties à la cession, la société dont les titres sont cédés étant tiers, on voit mal comment cette dernière pourrait bénéficier d'une garantie que le Code réserve au seul cessionnaire, à moins qu'une stipulation pour autrui soit prévue dans l'acte de cession. Bien que la durée de la garantie d'éviction ne soit expressément prévue par la loi, on peut penser qu'elle n'en demeure pas moins soumise à la prescription de droits commun, c'est-à-dire qu'elle peut être mise en œuvre dans un délai de cinq ans à compter du jour où celui qui a agit a connu ou aurait dû connaître l'éviction⁹⁴.

Garantie d'éviction et obligation de non concurrence sont particulièrement proches en matière de cession de droits sociaux, c'est ce que nous allons maintenant étudier.

2. L'obligation de non concurrence légale et contractuelle

Garantie d'éviction rime-t-elle juridiquement avec obligation de non concurrence en matière de cession de droits sociaux ? En effet, si l'obligation de non concurrence interdit normalement à son débiteur toute activité susceptible de concurrencer directement ou indirectement le créancier de l'obligation, la garantie d'éviction à un domaine sensiblement plus étroit. Elle interdit uniquement au débiteur de porter atteinte à l'activité effectivement cédée, qu'il s'agisse du débauchage de personnel permettant de réaliser l'activité, de la reprise des moyens permettant d'exercer cette activité, ou plus banalement du détournement des clients appartenant à la société cédée.

⁹²Cass. Com. 20 février 2007, n°04-19.932

⁹³Cass. 1^{ère} Civ. 24 janvier 2006, RJDA 8-9/06 n°912

⁹⁴Article 2224 Code civil

Ainsi, l'on voit bien que la clause de non-concurrence a un effet « paralysant » automatique : le débiteur de l'obligation de non-concurrence ne peut pas se réinstaller dans un périmètre défini pendant un temps défini et cela *ipso facto*. A l'inverse, la garantie d'éviction comporte un gradient, un seuil déclencheur : elle ne joue que lorsque la concurrence du cédant emporte impossibilité de réaliser l'objet social. En d'autres termes, la garantie d'éviction ne fait pas naître *ipso facto* une obligation de non concurrence à la charge du cédant.

C'est ce que souligne très justement la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 8 mars 1994 confirmé par la Cour de cassation⁹⁵ : « *La garantie d'éviction édictée par les articles 1626 et suivants du Code civil ne saurait interdire au vendeur tout rétablissement, même dans une activité concurrentielle, dès lors qu'elle n'est pas prohibée dans l'acte de cession ou qu'elle n'est pas de nature à détourner par voie même indirecte la récupération de la chose aliénée* ». En réalité, la question de l'obligation légale de non-concurrence doit être regardée suivant la forme sociale. La position de la jurisprudence n'est pas très claire, mais une distinction de principe semble s'être dessinée. Dans les sociétés de personnes et dans la SARL, la jurisprudence semble reconnaître l'existence d'une obligation légale tacite de non-concurrence. En revanche, dans les sociétés par actions, l'obligation de non concurrence légale tacite est fermement rejetée. Cette distinction est logique : dans les sociétés de personnes, la considération des associés est essentielle et la vocation des parts à circuler est extrêmement réduite, à l'inverse des sociétés de capitaux qui repose davantage sur un « *intuitu pecuniae* ». Il faut noter toutefois un assouplissement dans la mise en œuvre de la garantie d'éviction lorsque les parts cédées proviennent d'une société civile professionnelle. Par un arrêt de la Première chambre civile du 24 janvier 2006, la Cour de cassation souligna : « *La réinstallation du cédant de parts sociales de SCP à une date antérieure à celle conventionnellement prévue et ses manœuvres pour capter la clientèle de la société quittée et priver ainsi la cession de son objet établissent la violation de la garantie d'éviction due par le cédant au titre de son fait personnel tant envers la personne morale qu'envers l'ancien associé* »⁹⁶. Mais où est donc passé notre épineux critère de l'impossibilité de poursuivre l'objet social ? Cet assouplissement jurisprudentiel s'explique sans doute par les faits de l'espèce.

⁹⁵Com. 27 janvier 1997

⁹⁶Cass. Civ. 1^{ère} 24 janvier 2006, n°03-12.736

D'une part, la mauvaise foi du cédant était patente celui-ci ayant usé de manœuvres afin de capter la clientèle de la société. D'autre part, et surtout, la société dont les parts ont été cédées est une société civile professionnelle au sein de laquelle cédant et cessionnaire exerçaient leur commune activité médicale. Or on sait que la SCP est une société dans laquelle la prise en considération de la personne des associés, de leurs talents, compétence et notoriété, est primordiale. De plus, dans ce type de société, les parts d'une SCP sont essentiellement composées d'un droit de présentation de clientèle. Enfin, la SCP a pour objet l'exercice en commun de la profession unique de ses membres, la société ne pouvant accomplir des actes sans lien avec la profession des associés. La réalisation de l'objet social ne peut donc émaner que de personnes physiques membres de la même profession. Toutes ces considérations expliquent alors que dans la SCP, l'obligation de non concurrence est un élément de l'acte de cession, ce que souligne Yves Guyon considérant que les cessions de parts de la SCP « entraînent de plein droit une obligation de non-concurrence à la charge du cédant ».

Par ailleurs, il est également envisageable de prévoir une clause de non-concurrence afin d'obtenir une meilleure protection du cessionnaire. La première question serait alors de savoir où insérer la clause ? La clause de non concurrence pesant sur le cédant peut être stipulée dans l'acte de cession lui-même. Dans ce cas, le consentement du cédant à une telle clause doit évidemment être exprès. Mais l'engagement de non-concurrence du cédant peut également résulter de sa présence dans les statuts de la société dont les titres sont cédés. Cette formule a l'avantage de s'imposer au cédant, indépendamment de son consentement exprès lors de la cession. Mais on notera qu'en cours de vie sociale, l'insertion d'une telle clause de non concurrence dans les statuts suppose l'accord unanime des associés, car il y a pour la Cour de cassation augmentation de leurs engagements au sens de l'article 1836 alinéa 2 du Code civil⁹⁷. Serait-il alors possible de prévoir une clause de non concurrence dans un règlement intérieur ? Un arrêt de la Cour d'appel de Paris a rejeté cette hypothèse en affirmant que « l'objet d'un règlement intérieur ne saurait excéder les modalités pratiques de fonctionnement interne de la société »⁹⁸.

⁹⁷Cass. Com. 26 mars 1996, n° 93-21.250

⁹⁸CA Paris 30 novembre 1993

La deuxième question serait de savoir quelle est le régime applicable à la clause de non concurrence ? Aujourd'hui, sans remettre fondamentalement en question ces solutions protectrices de la liberté du cédant, la Cour de cassation se place plutôt sur le terrain nouveau de la proportionnalité.

L'idée est, en effet, que la clause de non-concurrence n'est valable que si elle porte une atteinte à la liberté du cédant débiteur qui demeure proportionnée aux intérêts nécessaires du cessionnaire créancier⁹⁹ et, plus généralement aujourd'hui, « *proportionnée à la protection des intérêts en présence* »¹⁰⁰.

Enfin, la troisième question concerne la relation entre garantie d'éviction et obligation de non-concurrence contractuelle : le cessionnaire, après l'expiration d'une clause de non-concurrence ou après le rachat d'une telle clause par le cédant, peut-il se prévaloir de la garantie d'éviction ? A cette question, la chambre commerciale a répondu par la positive dans un arrêt du 15 décembre 2009 en affirmant : « *Qu'après l'expiration de la clause de non-concurrence, le cessionnaire des actions demeurerait fondé à se prévaloir de la garantie légale d'éviction, qui interdisait au cédant tout agissement ayant pour effet de l'empêcher de poursuivre l'activité économique de la société et de réaliser l'objet social* »¹⁰¹. De ce fait, l'expiration d'une clause de non-concurrence n'a pas pour conséquence de priver une action postérieure sur la garantie d'éviction qui demeure un moyen de droit autonome se superposant à la clause de non-concurrence.

La garantie d'éviction comme l'erreur sur les qualités substantielles ne seront donc efficaces dans un seul cas extrêmement étroit, l'impossibilité de poursuivre l'objet social. La garantie des vices cachés permettra-t-elle d'obtenir une protection du cessionnaire plus grande ?

B. La garantie des vices cachés

Malheureusement, la garantie des vices cachés va poser des difficultés d'application d'ordre pratique (1) qui ne feront que confirmer les difficultés d'application du droit civil (2).

⁹⁹Cass. Com. 4 janvier 1994, n° 92-14.121

¹⁰⁰Cass. Com. 4 décembre 2007, n° 04-17.449

¹⁰¹Cass. Com.15 décembre 2009, n° 08-20.522

1. Les difficultés d'application d'ordre pratique

Aux termes de l'article 1641 du Code civil : « Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la *chose vendue* qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus. »

Tout comme l'erreur sur les qualités substantielles ou la garantie d'éviction, la garantie des vices cachés porte implacablement sur la « *chose vendue* ». La garantie des vices cachés trouvera donc, encore une fois, une application particulièrement limitée. Comme pour la garantie d'éviction, la garantie des vices cachés portera uniquement sur les droits sociaux et les atteintes patrimoniales de la société dont les titres sont cédés seront indifférentes : le vice doit affecter les titres cédés et non pas la société ou son patrimoine.

A cet égard, la décision de la chambre commerciale du 23 janvier 1990 est très explicite : « *en matière de parts sociales, il n'y aurait vices cachés que si se révélait une impossibilité ou une gêne dans l'exploitation par la société de son fonds. Un passif fiscal révélé postérieurement à la cession n'affecte pas les qualités substantielles des parts, mais seulement leur valeur. En conséquence, en l'absence de toute clause expresse de garantie de passif ou de révision du prix, la découverte d'un passif fiscal ne saurait constituer un vice caché ni justifier la réduction du prix convenu. Mais attendu que la garantie prescrite par l'article 1641 du Code civil ne s'applique qu'à raison des défauts de la chose vendue elle-même* »¹⁰². Ainsi, lorsque la réalisation de l'objet social n'est pas illusoire, toute atteinte au patrimoine social, quel que soit sa forme, ne sera pas prise en compte. Si l'accomplissement de l'objet social est impossible, là, les titres deviennent bien *impropres à leur usage*

Les vices cachés garantis ne peuvent être que ceux relatifs aux titres eux-mêmes et sont dès lors écartés ceux qui touchent par exemple un élément de l'actif social, ce qu'affirma la Chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt du 29 novembre 1971 : « *En matière de cession de titres sociaux, le cédant doit garantir les vices affectant les titres eux-mêmes et non ceux affectant la société, à moins que l'opération soit requalifiée en une vente du fonds lui-même* »¹⁰³.

¹⁰²Cass. Com. 23 janvier 1990, Rev. Sociétés 1990, p.248

¹⁰³Cass. Com. 29 novembre 1971, n° 69-10.863

Ainsi, constituerait un vice caché l'existence d'une sureté réelle grevant les titres et dont le cessionnaire n'aurait pas eu connaissance au moment de la cession, hypothèse recoupant le champ d'application de la garantie d'éviction. Il en serait de même lorsque le vice frappant les droits sociaux cédés est suffisant pour empêcher la société d'exercer l'activité économique constituant son *objet social*¹⁰⁴. Au titre des conditions d'application de la garantie des vices cachés, la troisième chambre civile est récemment venue rappeler dans un arrêt du 14 mars 2012 que seule la connaissance par l'acheteur de l'ampleur et des conséquences du vice exclut le jeu de la garantie¹⁰⁵.

Partant du principe que les faits générateurs de la garantie d'éviction, des vices cachés et de l'erreur sur les qualités substantielles sont sensiblement les mêmes, le cessionnaire déçu peut-il librement décider de l'action de son choix ? Il semble clair qu'en cas de conflit entre l'erreur et la garantie des vices cachés, cette dernière soit le seul fondement sur lequel l'acquéreur peut asseoir son action¹⁰⁶. En revanche, en cas de conflit avec le dol, la jurisprudence n'a pas retenu cette solution : l'option reste donc ouverte pour le cessionnaire entre l'action fondée sur les vices cachés et celle résultant du dol¹⁰⁷.

De ces difficultés d'ordre pratique, nous pouvons en déduire des difficultés d'ordre théorique, qui en réalité, dépassent largement le cadre des garanties des vices cachés et qui vaudront pour l'ensemble du droit civil applicable à la cession de droits sociaux.

2. Les difficultés d'application d'ordre théorique

Pourquoi la garantie des vices cachés et plus largement le droit civil ont-ils tant de mal à s'appliquer à la cession de droits sociaux ? Parce que la société fait écran ! La cession de droits sociaux comme son nom l'indique ne fait que transférer du patrimoine du cédant dans le patrimoine du cessionnaire des droits sociaux. Les éléments composant le patrimoine social, inscrit dans le bilan de la société personne morale, ces actifs sociaux sont étrangers à tout transfert de propriété entre le cédant et le cessionnaire. Ainsi ce n'est pas parce que la cession de contrôle emporte transmission du pouvoir au sein de la société qu'elle emporte de même transmission des actifs sociaux ou même qu'elle emporterait transmission de la société, juridiquement parlant.

¹⁰⁴Cass. Com. 12 décembre 1995, RJDA 10/1996, n° 120

¹⁰⁵Cass. Civ. 3^{ème} 14 mars 2012, n°11-10.861

¹⁰⁶Cass. Civ. 1^{ère} 14 mai 1996 D. 1998. 305 ; Civ. 1^{ère} 12 juillet 2001, JCP 2001 I. 370, n°10

¹⁰⁷Cass. Civ. 1^{ère} 6 novembre 2002, Contrats, conc., consom. Mars 2003, n°38

Comme nous l'avons vu, le contrat de société fonde la personnalité sociale, l'existence de la société en tant que personne morale. Etant désincarnée, cette personne morale devra donc naturellement être « pilotée » afin de réaliser son objet social.

Il faut donc établir un lien de droit entre les associés et la société, qui demeurent indubitablement deux entités juridiques distinctes. Ce lien entre associés et société sont les droits sociaux qui représentent non pas une fraction de la personnalité morale de la société mais une fraction du capital social, soit la masse des apports effectués. Les droits sociaux vont conférer des pouvoirs aux actionnaires qui leur permettront de désigner les mandataires sociaux et également de bénéficier de leur investissement. Mais ce lien, ces droits sociaux n'ont d'intérêt que si, d'une part, la société dans laquelle ils ont vocation à s'exercer existe bel et bien et si d'autre part, cette société présente une certaine viabilité économique : de la valeur de la société dépend la valeur des droits sociaux.

Mais toute la difficulté repose sur la qualification donnée aux droits sociaux. Peut-on dire qu'ils sont des biens ? On peut le penser puisqu'ils constituent indéniablement une richesse susceptible d'appropriation. Si l'on retient la qualification de bien, dès lors, sont-ils des choses ou des droits ? Justement, c'est là que ça coince ! Si l'on considère que les droits sociaux sont une chose, on détruit d'un coup sec la relation irréductible entre les droits sociaux et la personne morale dans laquelle ils aspirent à s'exercer, la société. En effet, la chose, corporelle ou incorporelle, n'existe que par elle-même. Les droits sociaux tendent, par essence, vers autrui : la société. Dire que les droits sociaux relèvent de la catégorie des choses, c'est supprimer leur destination. Ainsi l'on comprend mieux la difficile application des garanties légales de la vente : le vice caché comme l'éviction doivent obligatoirement porter sur la *chose vendue* ou *l'objet vendu* c'est-à-dire uniquement les droits sociaux et cette configuration est normale : en 1804, les rédacteurs du Code civil ont principalement rédigé un Code qui avait pour modèle une chose corporelle, de la vie de tous les jours, essentiellement pour les travaux manuels et non pas des instruments financiers dématérialisés. Le vice comme l'éviction doivent porter sur le titre et pas sur l'actif de la société, ce dernier étant étranger à la cession de droits sociaux.

A l'inverse, si l'on considère que les droits sociaux sont représentatif d'une créance, alors dans ce cas, ils constituent un lien de droit entre une personne et une autre permettant à la première d'exiger de la seconde l'exécution d'une obligation de donner, de faire ou de ne pas faire. A dire vrai, les droits sociaux ressemblent fortement à des créances mais confèrent

des prérogatives plus importantes puisqu'ils donnent à l'associé un pouvoir d'intervention au sein de la société, pouvoir étranger à la créance. Par le même mécanisme de simplification qui conduit à considérer les droits sociaux comme des choses et à leur appliquer le droit de la vente, l'application du droit de la cession de créance entraîne les mêmes difficultés : le cédant garantit par principe l'existence de la créance cédée mais il ne doit pas, sauf clause contraire, en garantir la valeur.

Ainsi, lorsque le cessionnaire croit acquérir la société par le biais d'une cession de contrôle, il ne fait qu'obtenir une quantité suffisante de droits sociaux qui lui permettront d'exercer le contrôle dans les assemblées d'actionnaires. Or, s'il s'avère qu'un actif de la société fait défaut, qu'un passif plus important que prévu apparaît ou un contentieux jaillit de nulle part, seule la valeur des droits sociaux est affectée or par définition, la valeur n'est pas garantie de droit par le cédant. Il faudra alors que l'objet social soit impossible à poursuivre pour que la garantie puisse jouer car dans ce cas, l'existence de la créance serait remise en cause. Le blocage est donc plus que prévisible : si les droits sociaux sont des choses, le vice doit porter exclusivement sur eux, toute atteinte à la société n'empêchant par la poursuite de l'objet social est indifférente. Si les droits sociaux sont des créances, seule leur existence est garantie : toute atteinte à la société n'empêchant par la poursuite de l'objet social est indifférente.

Le constat est donc clair, l'application du pur droit civil à la cession de droits sociaux est clairement insatisfaisant tant sur le point de vue intellectuel que sur le point de vue de la sécurité juridique des opérations économiques. C'est donc face à ce constat d'impuissance qu'un véritable droit propre à la cession de droits sociaux a été créé par la pratique. Il convient à présent de s'attarder sur cette révélation, l'apparition d'un droit propre à la cession de droits sociaux.

Section 2 : Une révélation : l'apparition d'un droit propre à la cession de droits sociaux

Le droit civil ne peut donner qu'une satisfaction limitée en matière cession de droits sociaux : appliquer un droit qui n'a pas été pensé pour une opération aussi particulière est naturellement voué à entraîner des distorsions. C'est ainsi que par la reconnaissance de la réalité économique de l'opération et de sa coloration sociétaire intrinsèque, qu'un véritable rééquilibrage de la convention va être opéré (§1) et que les spécificités du droit des sociétés en matière de fixation du prix vont ressortir (§2).

Paragraphe 1 : Le rééquilibrage opéré de la convention de cession

Ce rééquilibrage a été opéré par deux acteurs différents. D'une part, afin de sécuriser davantage les opérations de cession de contrôle en comblant les lacunes révélées du droit civil, les praticiens ont créé de véritables garanties contractuelles (A). D'autre part, le juge, conscient de l'asymétrie qui existe entre les parties dans la détention des informations relatives à la société, va consacrer une véritable obligation de loyauté pesant sur le dirigeant social (B).

A. Les garanties contractuelles

Le droit spécial de la vente comme de la cession de créance ne prémunit en aucune manière la réalité patrimoniale de la société dont les titres ou le contrôle est cédé. Partant du constat que les garanties légales se sont révélées largement insuffisantes, les praticiens ont développé des garanties contractuelles dénommées d'une façon générale « garanties de passif » (1) qui font l'objet d'un contentieux pour le moins abondant (2).

1. Les garanties de passif

Le terme de garantie de passif recouvre en réalité une pluralité de mécanismes de garantie qui peuvent faire l'objet d'une double lecture (a). Par ailleurs, il nous faudra présenter les différents types de clauses de garantie de passif utilisées par la pratique (b).

a. La double lecture des garanties de passif

Les conventions de garanties, auxquelles il est traditionnellement fait référence de façon générique sous le terme de « garanties de passif », sont des « *mécanismes contractuels permettant à un acquéreur de droits sociaux de s'assurer de la réalité patrimoniale de la société dont il acquiert ou souscrit des titres et qui le prémunissent contre les conséquences financières d'un évènement dont la cause ou l'origine est antérieure à la date de la réalisation de son investissement mais qui se révèlent postérieurement à cette date* »¹⁰⁸. Par le jeu de la liberté contractuelle, les garanties de passif vont permettre de contractualiser la valeur comptable de la société et donc des titres cédés ou encore d'assurer l'existence de certains éléments qui sont essentiels aux yeux du cessionnaire.

La première lecture, traditionnelle, consiste à distinguer les garanties contractuelles *suivant l'identité de leurs bénéficiaires*.

¹⁰⁸O. Deren, Les différents types de garanties contractuelles, Gazette du Palais, 20 mai 2010, P. 9

Ces garanties contractuelles peuvent, tout d'abord, bénéficier à la société dont les titres sont cédés par le biais d'une stipulation pour autrui, cette dernière étant un tiers à la convention de cession. On parle alors de « garantie indemnitaire » ou de « garantie de reconstitution ». Mais les garanties peuvent également profiter au cessionnaire. On parle dans ce cas de « garantie de prix » ou de « garantie de valeur ».

Y-a-t-il une incidence pratique ou théorique à ce que la clause de garantie profite au cessionnaire ou à la société dont les titres sont cédés ? Oui.

Lorsque la garantie indemnise directement le cessionnaire, elle conduit en réalité à une clause de révision de prix du contrat de cession. Le mécanisme de garantie reste donc « à l'intérieur » du contrat de cession ce que souligne parfaitement un auteur : « *Nous sommes alors dans une hypothèse originale où la garantie n'est pas externalisée dans une garantie extérieure, mais fait corps avec l'élément fondamental du contrat qu'est le prix* »¹⁰⁹. Dans cette situation, la garantie touchant un élément essentiel du contrat de vente, il faudra impérativement faire prévaloir le droit applicable à la cession de droits sociaux, c'est-à-dire le droit de la vente. La conséquence est alors de taille : le prix ne pourra en aucun cas devenir négatif.

Prenons un exemple. Le prix d'acquisition de la majorité des titres de la société X est fixé à 100. Une clause de garantie de passif est prévue dans le contrat de cession. Un passif apparaît après la cession pour un montant de 150.

Que se passe-t-il ?

Le cédant va voir sa créance de prix de 100 se compenser avec le passif de 150 : il restera donc un passif de 50. Néanmoins, la garantie étant internalisée dans le contrat de vente, cette dernière se voit donc soumise au droit de la vente. Or dans la vente, seul l'acheteur est tenu à une obligation de payer le prix à l'exclusion du vendeur, sinon, il ne s'agirait plus d'une vente ! Dès lors, le cédant ne sera pas tenu de verser au cessionnaire le passif restant de 50.

La seconde lecture propose de classer les garanties contractuelles non plus en fonction du bénéficiaire mais en fonction de l'étendue des garanties consenties. Dans cette optique, on distinguera alors les *garanties comptables* d'un côté et les *garanties déclaratives* de l'autre.

¹⁰⁹M. Germain, *Conclusion*, Gazette du Palais, 20 mai 2010, P. 97

Les garanties comptables vont s'assurer de contractualiser la réalité et la sincérité du bilan, du compte de résultat ou de certaines informations figurant en annexe. Présentons donc concrètement les différents visages de la clause de garantie de passif.

b. Les différents visages de la clause de garantie de passif

Les garanties de passif dites « comptables » diffèrent suivant l'objet qu'elles garantissent.

Les *garanties générales de comptes* assurent que le cédant se porte garant de l'exactitude des comptes sociaux de la société dont les droits sont cédés, tels qu'ils ont été établis à une date de référence, usuellement la date du dernier exercice clos ou la date la plus proche de la réalisation de la cession. Les garanties de compte protègent le cessionnaire tout à la fois contre les augmentations de passif et les insuffisances d'actif mais également sur les conséquences préjudiciables qui résulteraient d'une inexactitude de l'annexe aux comptes de référence, par exemple résultant de l'omission d'un engagement hors-bilan.

Les *garanties d'actif* vont porter uniquement sur l'existence et la valeur des actifs de la société objet de l'opération telles qu'elles ressortent des comptes de référence convenus contractuellement. Les garanties ainsi limitées aux postes d'actif permettent essentiellement au cessionnaire de s'assurer que l'ensemble des moyens nécessaires à l'exploitation de son activité sont effectivement détenus par la société, ce qui peut être crucial dans certaines typologies d'opérations d'acquisition, par exemple, celles où la valeur de la société-cible repose principalement sur la valeur d'un actif technologique, lorsqu'il est valorisé dans les comptes, tel un brevet stratégique.

Les *garanties de passif*, lesquelles permettent au cessionnaire de s'assurer qu'il n'existe pas de passif non révélé par rapport aux comptes de référence contractuels ou, à tout le moins, qu'il n'en assumera pas les conséquences financières. Ces garanties posent en particulier la question délicate de l'adéquation du montant des provisions, notamment pour risques et charges, constituées dans les comptes de référence.

Les *garanties d'actif net* permettent un mécanisme de compensation entre les suppléments de passif et/ou les insuffisances d'actif d'une part, et les suppléments d'actif et/ou diminutions de passif, d'autre part.

A côté de ces garanties comptables se trouve les garanties déclaratives, les *representations & warranties*, aux termes desquelles les cédants formulent un certain nombre de déclarations plus ou moins étendues sur la société-cible et les différents aspects de son exploitation. Ces garanties déclaratives se superposent le plus souvent avec les diverses garanties comptables distinguées ci-dessus tout en ayant un champ beaucoup plus large. Concrètement, une cession de contrôle va comprendre toute une série de déclarations affirmant notamment que le cessionnaire est bien propriétaire des actions de la cible, qu'il n'y a aucune contrainte statutaire à la cession ou encore que les droits sociaux cédés ne font pas l'objet d'une sûreté tel un nantissement. La portée de ces seules déclarations est alors de perçue comme visant à faciliter la caractérisation par le cessionnaire d'une manœuvre dolosive du cédant et, en conséquence, la possible mise en œuvre d'une action fondée sur les garanties légales. Néanmoins, d'autres conventions de garanties associent à ces déclarations du cédant une véritable garantie d'exactitude ayant une traduction indemnitaire contractualisée au profit du cessionnaire, laquelle se superpose, comme nous l'avons indiqué ci-avant, avec les garanties de nature comptable. C'est à cause de toutes ses subtilités que la garantie de passif fait l'objet d'un contentieux aussi abondant.

2. Les difficultés contentieuses des clauses de garantie de passif

Stipuler une clause de garantie de passif, c'est prévoir de façon extrêmement précise et rigoureuse l'ensemble de ses modalités d'application notamment un délai de couverture du passif et un plafond de couverture. Mais l'actualité du contentieux de la matière se concentre autour de deux points essentiels : le respect du délai d'information du cédant garant (a) et l'exigence de bonne foi du cessionnaire garanti (b).

a. Le respect du délai d'information

La garantie contractuelle a pour objet de « baisser le seuil » d'exigence du déclenchement retenu pour les garanties légales : en contractualisant l'élément générateur de la mise en œuvre de la garantie, les garanties contractuelles vont considérablement augmenter la protection du cessionnaire. En ce qu'elle fait peser sur le cédant une garantie de valeur des titres cédés (clause de révision de prix) ou de la société cédée (clause de passif *lato sensu*), ce dernier va exiger que la garantie de passif ainsi octroyée s'accompagne de certaines conditions : la garantie ne pourra jouer que si le cessionnaire notifie au cédant un fait générateur de la garantie contractuelle dans un certain délai contractuellement arrêté, la

garantie ne jouera alors que pendant une certaine période et pour un certain montant bien précis.

A ce titre, la clause d'information du cédant fait l'objet d'une actualité jurisprudentielle particulièrement vivante. Comme le souligne très justement un auteur : « *L'un des moyens les plus fréquemment utilisés par les cédants pour priver les garanties de passif d'efficacité, au stade de leur mise en œuvre, consiste à invoquer la violation par le cessionnaire de la clause d'information dont ces garanties sont souvent assorties, laquelle met à la charge de ce dernier l'obligation de prévenir le vendeur, dans un délai impératif et selon une forme contractuellement déterminée, de tout évènement de nature à entraîner la mise en œuvre de la garantie de passif* »¹¹⁰. Néanmoins, les garanties qui comportent une obligation d'information de ce type ne précisent pas toujours la sanction de l'inexécution de cette obligation. Dans un premier temps, la Cour de cassation a considéré que ce manquement à l'obligation d'informer le garant d'un évènement susceptible d'entraîner la mise en jeu de la garantie n'emportait pas, à lui seul, une déchéance du droit à la garantie¹¹¹ et elle a maintenu le droit à la garantie malgré le non respect du délai convenu pour sa mise en œuvre dès lors qu'aucune sanction n'avait été contractuellement prévue¹¹².

Mais dans un second temps, la Cour de cassation a suivi un courant jurisprudentiel principalement initié par la Cour d'appel de Paris¹¹³ modifiant ainsi sa jurisprudence. En effet, la Haute juridiction retient depuis un arrêt de la chambre commerciale du 28 mars 2006, qu'à défaut de prévision expresse des parties, le non respect de l'obligation d'information interdit au bénéficiaire de la clause de garantie de s'en prévaloir¹¹⁴.

¹¹⁰ A. Constantin, *Mobilisation des droits sociaux : sanction du non respect des conditions de mise en œuvre des garanties conventionnelles : clauses de déchéances*, RTD. Com. 2011, p. 580

¹¹¹ Cass. Com. 9 mai 2001, n° 98-17.774

¹¹² Cass. Com. 30 juin 1998, n° 96-19.337

¹¹³ CA Paris 17 mai 2002 ; CA Paris 16 mars 2001 ; Ca Paris 6 décembre 2002

¹¹⁴ Cass. Com. 26 mars 2006, n° 04-15.762

A cet égard, la Cour de cassation a ultérieurement précisé ce courant de jurisprudence par un attendu de principe soigneusement concocté : « (...) *l'inexécution par les cessionnaires de leur obligation d'informer les cédants, dans le délai convenu, par lettre recommandée avec accusé de réception, de toute réclamation, de toute action contentieuse et de tout fait et évènement générateur de la garantie de passif, faisait à elle seule obstacle à ce qu'ils invoquent le bénéfice de celle-ci* »¹¹⁵. Cette position a été récemment rappelée par deux arrêts de la chambre commerciale du 15 mars 2011¹¹⁶ et du 7 juin 2011¹¹⁷ par lesquels la Cour de cassation confirme la déchéance de la garantie de passif en cas de non respect du délai d'information par le cessionnaire.

Un autre point attire particulièrement le contentieux des clauses de garantie de passif, celui-ci relatif à la bonne foi du cessionnaire garanti.

b. L'exigence de bonne foi du cessionnaire garanti

Une seconde question intéressante en matière de garantie de passif est celle de la bonne foi du bénéficiaire de la garantie, à savoir le cessionnaire, lorsque ce dernier s'avère être au courant, lors de la cession, qu'un des faits générateurs couvert par la garantie va se déclencher postérieurement à la cession. Le bénéficiaire d'une garantie est-il en droit d'invoquer celle-ci au titre d'un passif dont il avait connaissance au moment de la signature de l'acte ? Par un arrêt retentissant du 10 juillet 2007, la chambre commerciale de la Cour de cassation affirma au visa de l'article 1134 alinéa 1 et 3 du Code civil : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties, la cour d'appel a violé, par fausse application, le second des textes susvisés et, par refus d'application, le premier de ces textes* »¹¹⁸. Concrètement, la mauvaise foi du cessionnaire garanti ne permet pas au juge d'exclure la garantie de passif puisqu'il s'agit d'un contrat qui a force de loi entre les parties.

¹¹⁵ Cass. Com. 9 juin 2009, n°08-17.843

¹¹⁶ Cass. Com. 15 mars 2011, n°09-13.299

¹¹⁷ Cass. Com. 7 juin 2011, n°08-21.962

¹¹⁸ Cass. Com. 10 juillet 2007, n° 06-14.768

L'article 1134 alinéa 1 prévaut sur l'article 1134 alinéa 3 du Code civil. La garantie doit donc jouer nonobstant la bonne foi du cessionnaire mais le cédant garant est alors fondé à mettre en œuvre d'autres moyens, comme une action en responsabilité afin de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle. Cette position fut confirmée par un arrêt de la chambre commerciale du 14 décembre 2010 qui souligne l'indifférence de la mauvaise foi du bénéficiaire de la garantie tout en laissant ouverte la possibilité d'exclure explicitement du champ des éléments couverts par la garantie le passif dont le bénéficiaire aurait eu connaissance au jour de la conclusion de la cession¹¹⁹.

Pour finir ce tour de table de l'actualité contentieuse de la garantie de passif, citons, dans le désordre, quelques arrêts particulièrement intéressants. Tout d'abord, un arrêt du 20 septembre 2012 de la chambre commerciale est venu préciser la nature de la garantie affirmant que : « *la convention de garantie de passif social, formant un tout avec l'acte synallagmatique portant cession des titres sociaux auquel elle s'intègre, n'est pas un engagement unilatéral et, partant, n'est pas soumise à l'article 1326 du code civil, fût-elle consentie solidairement entre les cédants* »¹²⁰. Par ailleurs, la Cour de cassation est récemment venue préciser que la garantie de passif n'est pas une garantie au sens de l'article L 225-35 du Code de commerce et que partant, une autorisation du Conseil d'administration de la société garante n'est pas requise¹²¹. Enfin, la chambre commerciale retint dans un arrêt du 9 octobre 2012 que la garantie de passif, plus précisément la clause de révision de prix se transmet de plein droit au sous-acquéreur des droits sociaux alors même que la convention de cession était muette sur la question : le second cessionnaire peut donc se prévaloir de la clause de garantie de passif à l'égard du cédant quand bien même le contrat est muet sur la transmission de la garantie contractuelle¹²².

A côté du renforcement des garanties légales par le jeu des garanties contractuelles, rééquilibrage opéré par la pratique, un second rééquilibrage, d'origine judiciaire, à conféré une importance toute particulière à la qualité de dirigeant social en consacrant à sa charge une obligation de loyauté.

¹¹⁹Cass. Com. 14 décembre 2010, n°09-68.868

¹²⁰Cass. Com. 20 septembre 2012, n°11-13.144

¹²¹Cass. Com. 12 juillet 2011, n°10-16.118

¹²²Cass. Com. 9 octobre 2012, n°11-21.528

B. La consécration d'une obligation de loyauté pesant sur le dirigeant social

Cette obligation de loyauté pesant sur le dirigeant social n'est pas sans rappeler le modèle américain des *fiduciary duties* (1) qui se traduit désormais dans les cessions de droits sociaux en droit positif français (2).

1. Le modèle américain : les *fiduciary duties*

L'idée d'une véritable obligation de loyauté ou plus largement d'obligations fiduciaires pesant sur les dirigeants sociaux a déjà fait un long chemin dans le droit anglo-saxon et l'exemple du droit américain en est une bonne illustration. Bien que le droit des sociétés relèvent de la compétence législative de chaque état fédéré et non pas de l'Etat fédéral¹²³, certains blocs législatifs ont été adoptés à l'identique dans tous les Etats fédérés ou une grande majorité d'entre eux, notamment sous l'impulsion de la *National Conference of Commissioners on Uniform States Law*.

Au regard des sociétés à responsabilité illimitée, le modèle du « *Partnership* », régi par le *Revised Uniform Partnership Act of 1997 (RUPA)* et appliqué dans trente-cinq états fédérés plus le *District of Columbia*, pose une véritable obligation légale de loyauté pesant sur les dirigeants. Conformément à la section 404 (a) du RUPA : « *The only fiduciary duties a partner owes to the partnership and the other partners are the duty of loyalty and the duty of care set forth in subsections (b) and (c).* » On constate d'entrée que cette obligation fiduciaire pesant sur l'associé bénéficie aussi bien à la société qu'aux autres associés. Cette obligation fiduciaire comprend deux composantes : une obligation de loyauté (*duty of loyalty*) et une obligation de prudence et diligence (*duty of care*). Ce qui nous intéresse pour notre étude repose davantage sur cette obligation fiduciaire entre associés. La section 404 (c) va définir l'étendue de l'obligation de prudence et diligence pesant sur les associés : « *A partner's duty of care to the partnership and the other partners in the conduct and winding up of the partnership business is limited to refraining from engaging in grossly negligent or reckless conduct, intentional misconduct, or a knowing violation of law* ». L'associé ne doit donc pas agir envers ses semblables en étant conscient de violer la loi, d'arborer un comportement constitutif d'une négligence grossière ou d'une conduite téméraire, ou tout simplement ce dernier ne doit pas intentionnellement mal agir à l'égard d'un autre associé.

¹²³ A l'exception du droit boursier dénommé « *Securities* », qui relève de la compétence fédérale.

Même si l'on commence à envisager les potentielles applications de cette obligation de prudence et diligence en matière de droits sociaux, l'obligation de loyauté va être encore plus parlante. En effet, l'obligation de loyauté doit être exercée d'une certaine manière : « *A partner shall (...) exercise any rights consistently with the obligation of good faith and fair dealing* ». Ainsi, toutes les transactions entre associés seront effectuées sous le contrôle d'une obligation de bonne foi (*obligation of good faith*) et d'une obligation de sincérité de la transaction (*obligation of fair dealing*). Afin d'assurer le respect de leurs obligations, les associés contractants devront se révéler l'ensemble des informations pertinentes qu'ils ont à leur disposition, ce sont les fameux « *Disclosures* » du droit américain : « *Full disclosure is an affirmative obligation to disclose all material information regarding a transaction* ». En cas de contrat passé entre deux associés d'une même société, le mécanisme du *full disclosure* va obliger les associés à se révéler toutes les informations pertinentes en leur possession.

Mais cette réalité d'une obligation de loyauté se traduit également dans le droit des sociétés de capitaux. En effet, le *Revised Model Business Corporation Act* (RMBCA) prévoit aussi bien pour les membres du conseil d'administration¹²⁴ que les directeurs généraux ou délégués¹²⁵ une obligation de loyauté : « *A director or officer shall discharge his duties under that authority : (1) in good faith ; (2) with the care an ordinarily prudent person in a like position would exercise under similar circumstances; and (3) in a manner he reasonably believes to be in the best interests of the corporation.* » Dès lors, on voit bien que le droit américain est sans ambiguïté sur le sujet : les dirigeants sociaux, du fait de leur qualité particulière et de leur fonction, sont débiteur d'une obligation de loyauté tant à l'égard de la société qu'à l'égard des autres associés ou actionnaires de la société. C'est cette réalité qui n'a été que tardivement reconnue en France.

2. Le modèle français du devoir de loyauté pesant sur le dirigeant social

L'obligation de loyauté pesant sur le dirigeant social a été consacrée en droit français par le fameux arrêt Vilgrain rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 27 février 1996¹²⁶. Ce devoir de loyauté est néanmoins cantonné à une situation bien particulière qui s'apparente à l'hypothèse du dol du cessionnaire nécessitant deux conditions qualitatives cumulatives.

¹²⁴ Les membres du conseil d'administration sont dénommés « *Directors* ».

¹²⁵ Les directeurs généraux sont dénommés « *Officers* ».

¹²⁶ Cass. Com. 27 février 1996, n°91-11.241

Le premier élément nécessaire pour qu'un devoir de loyauté puisse exister réside dans la qualité du cessionnaire des droits sociaux : ce dernier doit impérativement être un dirigeant social.

Que recouvre cette qualité ?

Le dirigeant social détient un pouvoir de direction ou de contrôle dans la société et du fait de sa position, ce dernier a accès à l'ensemble des informations de la société, notamment les informations comptables et financières. La qualité de dirigeant social recouvre donc le statut de gérant dans les sociétés de personnes mais également d'administrateur ou directeur dans les sociétés de capitaux. Le second élément nécessite que le cédant soit un associé ou un actionnaire de la société dont les titres sont cédés. Dès lors que ces deux conditions cumulatives sont remplies, les juges font peser un devoir de loyauté sur le cessionnaire dirigeant social. La jurisprudence Vilgrain n'est pas sans rappeler, à contrepied, la fameuse jurisprudence Baldus qui affirmait « *qu'aucune obligation d'information ne pesait sur l'acheteur* »¹²⁷. Cette ligne jurisprudentielle ayant d'ailleurs été précisée en affirmant « *que l'acquéreur, même professionnel, n'est pas tenu d'une obligation d'information au profit du vendeur sur la valeur du bien acquis* »¹²⁸.

La jurisprudence Baldus est-elle à écarter *ipso facto* en matière de cession de droits sociaux ? En réalité, l'arrêt Baldus continue de s'appliquer comme le principe et ce n'est que dans l'hypothèse où le cessionnaire s'avère être dirigeant social et que le cédant est un actionnaire ou associé dans la même société que le cessionnaire que le devoir de loyauté va entraîner exception à la jurisprudence Baldus. Dans cette hypothèse, le cessionnaire dirigeant social devra révéler l'ensemble des informations pertinentes au cédant et tout particulièrement l'existence de négociations parallèles, on retrouve ainsi le concept du « *Disclosure* » du droit américain. C'est ce qu'est venu préciser dans un second temps l'important arrêt Beley de la chambre commerciale du 12 mai 2004¹²⁹ en soulignant deux choses. D'une part, le cessionnaire des titres d'une société, dépourvu de la qualité de dirigeant social, n'est tenu d'informer le cédant ni des négociations tendant à l'acquisition par un tiers d'autres titres de la même société ni de celles qu'il conduit lui-même avec ce tiers en vue de lui céder ou de lui apporter les titres faisant l'objet de la cession.

¹²⁷ Cass. 3^{ème} Civ. 3 mai 2000, n°98-11.381

¹²⁸ Cass. 3^{ème} Civ. 17 janvier 2007, n°06-10.442

¹²⁹ Cass. Com 12 mai 2004, n°00-15.618

D'autre part, « *manque à l'obligation de loyauté qui s'impose au dirigeant de société à l'égard de tout associé* », le président du conseil d'administration, qui ayant pris l'initiative d'inciter un actionnaire à céder ses actions, lui dissimule l'existence de négociations conduites avec un tiers en vue du rachat ou de l'apport ultérieur de ces mêmes actions. On voit bien que c'est seulement lorsque les deux conditions qualitatives sont réunies que le devoir de loyauté est caractérisé.

La qualité de dirigeant social fait donc changer la donne : le cessionnaire de droit commun n'aurait pas *a priori* d'obligation d'informer le cédant de négociations parallèles alors que le cessionnaire dirigeant social devra impérativement lever le voile sur des négociations parallèles sous peine d'engager sa responsabilité civile. Ce devoir de loyauté a été très récemment rappelé dans un arrêt de la chambre commerciale du 12 mars 2013 dans lequel la Cour de cassation souligne: « *manque à son devoir de loyauté le dirigeant social qui s'abstient d'informer l'associé cédant de circonstances de nature à influencer sur son consentement* »¹³⁰ ou encore dans un arrêt de la même chambre en date du 18 décembre 2012¹³¹. Mais plus important encore, il semble que désormais, le Cour de cassation ait monté d'un degré l'obligation de loyauté du dirigeant social cessionnaire envers l'associé cédant en consacrant un véritable devoir de conseil ! Par un arrêt du 6 mai 2008, la haute juridiction affirma « *Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme il lui était demandé, si M. Y..., dirigeant de la société HPA, n'avait pas manqué à l'obligation de loyauté à laquelle il était, en cette qualité, tenu à l'égard des associés cédants en s'abstenant d'attirer leur attention sur l'existence, dans le patrimoine de cette société, de bénéfices distribuables d'un montant supérieur à celui du prix stipulé, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* »¹³². La Cour de cassation semble désormais exiger de ces mêmes dirigeants qu'ils « *attirent l'attention* » des cédants sur l'importance d'une information quant à l'évaluation de leurs droits sociaux. Cet arrêt intensifie donc l'obligation d'informer en la prolongeant par un devoir spécial d'éclairer les associés sur la portée de certaines informations : le dirigeant social cessionnaire semble dorénavant tenu à l'égard des cédants associés dans la même société d'un devoir de conseil ou d'assistance qui n'est pas sans rappeler celui pesant sur les professionnels du crédit.

¹³⁰Cass. Com. 12 mars 2013, n°12-11.970

¹³¹Cass. Com. 18 décembre 2012, n°11-24.305

¹³²Cass. Com. 6 mai 2008, n°07-13198

En réalité, et on n'en donnera que quelques illustrations, le régime de l'obligation de loyauté du dirigeant en droit français ne fait l'objet d'aucune disposition législative et naît uniquement d'un régime prétorien. L'obligation de loyauté peut prendre la forme d'une obligation de non concurrence à l'égard de la société qu'il dirige¹³². De ce fait, l'obligation de loyauté et de fidélité pesant sur le gérant de SARL lui interdit de négocier, en qualité de gérant d'une autre société, un marché dans le même domaine d'activité¹³³. Mais plus généralement, l'ancien dirigeant d'une société, même s'il n'est pas partie à l'acte de cession dans lequel est stipulé la clause de non-concurrence, est tenu d'une obligation générale de loyauté existant indépendamment de toute stipulation contractuelle¹³⁴. Il ne fait pas de doute que l'obligation de loyauté du dirigeant a de beaux jours devant elle...

Mais la cession de droits sociaux connaît également des spécificités du fait de son interaction avec le droit des sociétés et plus particulièrement le problème incontournable de la valorisation des droits sociaux.

Paragraphe 2 : La problématique centrale de la valorisation des droits sociaux

La valorisation des droits sociaux connaît deux modes de fixation du prix (A) mais une véritable tempête judiciaire fait désormais chavirer la sécurité juridique des cessions de droits sociaux (B).

A. Les mécanismes de fixation du prix envisageables

Deux dispositifs de fixation du prix sont offerts en matière de cessions de droits sociaux, d'une part, les parties peuvent classiquement recourir à des mécanismes d'expertises (1) ou prévoir une clause de complément de prix ou « *d'earn-out* » (2).

1. La valse des experts

En matière de cession de droits sociaux, deux mécanismes d'expertise sont offerts aux parties contractantes mais leur régime différent sur bien des points. Le premier mécanisme, propre au droit spécial de la vente, se fonde sur un consensus des parties puisque ces dernières peuvent laisser la fixation du prix à l'arbitrage d'un tiers¹³⁵. En réalité, il s'agit bien d'un mode conventionnel de fixation du prix puisant sa source dans la seule volonté des parties.

¹³² Cass. Com 6 juin 2001, n°98-16.390

¹³³ Cass. Com. 15 novembre 2011, n°10-15.049

¹³⁴ Cass. Com. 11 juillet 2006, n°04-20.552

¹³⁵ Article 1592 Code civil

A l'inverse, le second mécanisme d'expertise, propre au droit des sociétés, se fonde sur un risque de dissensus entre les parties. En effet, l'article 1843-4 du Code civil dispose : « *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.* » L'article 1843-4 n'est donc absolument pas un mode conventionnel de fixation du prix, il nécessite deux conditions cumulatives, à savoir, la prévision d'une cession et une contestation entre les parties sur la valeur des droits sociaux.

Quelles sont les différences pratiques entre ces deux mécanismes ?

Bien que sa dénomination soit trompeuse, l'arbitre de l'article 1592 du Code civil n'est pas un arbitre au sens de l'arbitrage du Code de procédure civile puisque ne tranchant pas de litige, il ne détient aucun pouvoir juridictionnel¹³⁶. Il faut bien comprendre que partant du principe que cet arbitre *sui generis* prolonge et complète la volonté des parties, il repose sur un mécanisme contractuel. Le principe même de la vente est acquis mais certaines informations actuellement manquantes ne permettront pas de fixer un juste prix. Comme l'indique Jean Paillusseau, si les parties confient à un tiers le soin de déterminer le prix de la cession des actions ou des parts sociales, c'est parce qu'il s'agit d'abord de faire appel à la compétence de techniciens spécialisés, ensuite et surtout d'éviter les contestations qui pourraient fragiliser la cession : « Dans la cession de contrôle, le prix peut être déterminé au moyen de données qui ne sont souvent connues que postérieurement à la cession, elle est réalisée pour un prix provisoire calculé sur la base de situations anciennes et elle est recalculée dès que sont connues les données retenues pour sa détermination définitive (...). Aussi, le but poursuivi par les parties est d'assurer la perfection de leur contrat de cession par l'intervention d'un tiers pour éviter toute contestation »

Le choix de recourir à l'arbitre de l'article 1592 découle donc d'un accord des volontés : les partenaires, qui reconnaissant l'impossibilité de fixer un prix immédiat, s'accordent encore sur le choix d'un tiers pour parfaire leur transaction. Il s'agit donc d'un mode conventionnel de fixation du prix.

¹³⁶ Cass. Com. 16 février 2010, n°09-11.586

Partant du principe que l'arbitre prolonge la volonté des parties, l'expert de l'article 1592 doit donc obligatoirement se conformer aux instructions et méthodes d'évaluations arrêtées par les parties contractantes, ce que la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé le 6 juin 2001 et rappelé le 19 décembre 2006 au visa de l'article 1134. L'arbitre n'est donc pas libre, il doit impérativement respecter la volonté des parties.

A l'inverse, l'article 1843-4 confère une totale liberté à l'expert puisque ce dernier est imposé par la loi. Ne tirant pas son pouvoir de la volonté des parties, il n'a pas à suivre ni les instructions de ces dernières ni même à se conformer aux éventuelles prescriptions que le juge lui enjoindrait. C'est ainsi que l'expert de l'article 1843-4 n'est pas lié par les méthodes d'évaluations préconisées par les parties, les statuts, le règlement intérieur ou encore par le juge qui l'a désigné : il a toute latitude pour déterminer la valeur des droits sociaux selon les critères qu'il juge opportun ce qu'est venu rappeler un récent arrêt de la chambre commerciale du 3 mai 2012¹³⁷. En réalité, à l'inverse de l'expert de l'article 1592 qui repose sur une logique contractuelle, l'expert de l'article 1843-4 est profondément marqué par une logique institutionnelle propre au droit des sociétés, ce que nous développerons un peu plus loin.

Que se passe-t-il si l'expert désigné ne peut pas remplir sa mission ou ne veut pas remplir sa mission ? Il découle de la lettre de l'article 1592 que l'arbitre peut refuser sa mission et en pareil cas, comme dans l'impossibilité de déterminer le prix, il n'y aura point de vente. A la différence de l'arbitre de l'article 1592, l'expert de l'article 1843-4 a l'obligation de procéder à l'évaluation des droits sociaux ; les termes de l'article 1843-4 sont impératifs sur ce point et ne prévoient aucune exception. Par ailleurs à quel moment la vente sera-t-elle valablement formée ? Lorsque le tiers est désigné en application de l'article 1592, la cession n'est valablement formée qu'à la date où le tiers a effectivement réalisé sa mission, ce que souligna la Cour de cassation dans un arrêt de la première chambre civile du 24 novembre 1965. Dans le cadre de l'article 1843-4, à défaut d'accord des parties sur la nomination de l'expert, seul le Président du tribunal a le pouvoir de désigner l'expert par ordonnance : le tribunal statuant en sa forme collégial ne peut pas valablement désigner cet expert ce qu'affirma la troisième chambre civile dans un arrêt du 28 mars 2012¹³⁸.

Mais peut-on choisir librement l'un ou l'autre mode de fixation du prix par expert ?

¹³⁷ Cass. Com. 3 mai 2012, n°11-12.717

¹³⁸ Cass. 3^{ème} Civ. 28 mars 2012, n°10-26.531

N'y-a-t-il pas une prééminence d'un des deux articles sur l'autre ? C'est à cette question que nous allons répondre, celle d'une actualité contentieuse des plus extraordinaires, la tempête judiciaire de l'article 1843-4 du Code civil.

2. Le fiasco de l'article 1843-4 du Code civil : la fin de la danse ?

Cette épopée jurisprudentielle conduit à une lecture normative du problème, la place de la clause d'évaluation des droits sociaux, reposant sur une lecture opposant l'institutionnel sociétaire au contractuel civil (a). Mais une lueur demeure pour évincer le risque de l'article 1843-4 reposant sur une nouvelle lecture où la temporalité chasserait l'impérativité (b).

a. L'épopée jurisprudentielle : la lecture institutionnelle/contractuelle

L'histoire de l'article 1843-4 est révélatrice de sa *ratio legis*. L'ancêtre de ce texte, l'article 1868 du Code civil, avait pour but la protection des héritiers de l'associé décédé, exclus de la société. Il fallait donc régler leur situation financière, et parmi les différentes solutions suggérées, le recours à l'expertise s'est imposé comme le moyen le plus sûr d'obtenir la fixation d'un juste prix. On aperçoit donc d'entrée la coloration d'ordre public économique de protection qui entoure cet article. Cet impératif de protection se manifeste aujourd'hui principalement dans trois séries de situation où la loi fait expressément référence aux dispositions de l'article 1843-4. Il s'agit de l'hypothèse où une société refusera de donner l'agrément au cessionnaire présenté¹³⁹, du cas de retrait/rachat, lorsque l'associé ou le gérant d'une société civile se retire dans les conditions exposées par les articles 1869 et 1851 du Code civil et enfin, le cas le plus sensible, l'hypothèse de la clause d'exclusion.

L'article 1843-4 a une vocation institutionnelle profonde, celle du droit des sociétés. Ces trois situations, l'existence d'une clause d'agrément, d'une clause de rachat ou d'une clause d'exclusion sont par essence des clauses qui figurent dans les statuts de la société. Le risque est donc que les majoritaires au sein de la société commettent un abus de majorité afin d'évincer un actionnaire minoritaire en tirant profit de sa faiblesse. Le juge s'est donc senti investi d'une mission de protection envers l'actionnaire minoritaire sortant et son instrument de pacification a donc été tout naturellement l'article 1843-4 du Code civil. Ce dernier ne repose donc aucunement sur une vision contractuelle mais bien sur une vision institutionnelle où derrière le voile de la personnalité morale de la société, se cachent, dans l'ombre, des majoritaires parfois mal intentionnés.

¹³⁹Articles L 223-14 Code de commerce (SARL) et L 228-24 Code de commerce (SA).

C'est ainsi que le souligne parfaitement Alexis Constantin : « *Il s'agit, au travers de l'article 1843-4 de lutter contre l'absolutisme majoritaire, c'est-à-dire, le pouvoir de la majorité d'imposer dans les statuts ou un règlement intérieur, la cession des titres d'un associé pour un certain prix, sans que l'associé concerné n'ait pu consentir personnellement ni à cette cession, ni à ce prix* »¹⁴⁰.

Le cas des clauses d'exclusion dans la SAS est particulièrement éclairant sur le sujet. En effet, l'une des particularités de cette forme sociale réside dans le fait qu'elle jouit d'une disposition légale expresse relative à la clause d'exclusion, l'article L 227-16 du Code de commerce. Mais comme le précise l'article L 227-19, pour qu'une clause d'exclusion soit adoptées ou modifiées dans une SAS, cela nécessitera obligatoirement l'unanimité des associés. Dès lors, le risque d'abus de majorité étant écarté, l'impérativité de l'article 1843-4 est désactivée ! Alors que dans la SA, l'inscription d'une clause d'exclusion statutaire ou sa modification ne nécessitera qu'une majorité des deux tiers¹⁴¹ faisant la part belle aux majoritaires, l'article 1843-4 est donc réactivé.

Mais l'une des particularités du droit des sociétés est la diversité normative qui l'anime, une véritable pyramide des normes mêlant normes sociétaires et normes contractuelles. Aux traditionnels statuts, norme sociétaire par excellence, s'ajoute désormais des normes extrastatutaires, les pactes d'actionnaires, davantage contractuels, mais également des normes infra-statutaires, tel le règlement intérieur.

Que se passe-t-il si une clause d'exclusion se trouve dans les statuts ou dans un pacte d'actionnaire ?

Le premier coup de tonnerre, retentissant, a été donné par la chambre commerciale de dans un arrêt du 4 décembre 2007 qui affirme que lorsque les statuts d'une société qui prévoient, d'une part, le retrait obligatoire des associés ne remplissant plus certaines conditions, d'autre part, les modalités d'évaluation de la valeur des parts de ces derniers, ces derniers ne sauraient faire obstacle à l'application des dispositions de l'article 1843-4 du code civil¹⁴².

¹⁴⁰ A. Constantin, *Interrogations (et inquiétudes) sur le champ d'application des dispositions de l'article 1843-4 du code civil, notamment son extension aux conventions extrastatutaires*, RTD Com. 2013, p. 805

¹⁴¹ Article L 225-96 Code de commerce

¹⁴² Cass. Com. 4 décembre 2007, n°06-13.912 confirmé par Cass. Com. 5 mai 2009

La Haute juridiction affirme sans détour que la clause statutaire prévoyant un mode d'évaluation des droits sociaux est désactivée par l'impérativité de l'article 1843-4 qui s'applique dorénavant à toute cession statutaire. La norme statutaire est donc clairement soumise à l'impérativité de l'article 1843-4. Une clause d'évaluation des droits sociaux prévue dans les statuts s'incline face à la toute puissance de « *l'impérium de l'expert de l'article 1843-4* »¹⁴³.

Il nous faut donc descendre d'un cran dans cette pyramide des normes sociétaires : l'article 1843-4 tient-il en échec une clause d'évaluation de droits sociaux prévu dans un pacte d'actionnaires ?

Par un arrêt du 4 décembre 2012, la chambre commerciale de la Cour de cassation a affirmé que l'article 1843-4 du Code civil s'applique obligatoirement en cas de cession extrastatutaire¹⁴⁴. Autant le dire d'entrée, cet arrêt divise clairement la doctrine quant à sa portée exacte : consacre-t-il pleinement l'application de l'article 1843-4 aux cessions extrastatutaires ?

Pour Alain Couret, il semble en réalité que la portée de cet arrêt soit à nuancer puisqu'il s'agissait selon lui, d'une cession prévue dans un règlement intérieur et non pas à proprement parler dans un pacte d'actionnaires. La clause d'évaluation était prévue dans une « charte des associés » et toute la question était de savoir si cette charte était un pacte d'actionnaire ou bien un règlement intérieur¹⁴⁵. Cet auteur affirme qu'il s'agit en fait d'une « situation faussement contractuelle ». La charte des associés est en réalité un règlement intérieur soit un acte « infra-statutaire » qui demeure un mécanisme sociétaire institutionnel et appartient donc à la catégorie des actes accomplis par une société pour son fonctionnement. Les Hauts magistrats ont donc naturellement retenu l'application de l'article 1843-4 pour éviter la tentation d'inscrire les clause d'évaluation des droits sociaux dans une norme hiérarchiquement inférieure aux statuts et ainsi, d'évincer l'application de l'article 1843-4.

¹⁴³J-F Barbièri, *Impérium de l'expert de l'article 1843-4 versus consensualisme*, Editorial, Bull. Joly sociétés, février 2013

¹⁴⁴Cass. Com 4 décembre 2012, n°10-16.280

¹⁴⁵A. Couret, *Article 1843-4 du code civil et clauses d'évaluation des droits sociaux : de nouvelles perspectives ?*, Recueil Dalloz 2013, p. 147

Néanmoins, pour d'autres, et particulièrement Alexis Constantin, il semble bien que par cet arrêt du 4 décembre 2012, la Cour de cassation ait bien entendu affirmer l'application de l'article 1843-4 aux actes extrastatutaires de nature contractuelle à savoir les pactes d'actionnaires¹⁴⁶. A raison, on notera que les Hauts magistrats ne se sont pas arrêtés un seul instant sur la nature de l'acte ce qui pourrait laisser penser que la portée de la solution est générale : l'article 1843-4 s'appliquerait alors aux dispositions statutaires, infra-statutaires et extrastatutaires.

En réalité, certains avaient déjà émis des inquiétudes quant à l'application de l'article 1843-4 aux actes extrastatutaires au regard de l'arrêt de la chambre commerciale du 24 novembre 2009¹⁴⁷. Dans cette espèce, une des composantes à l'application de l'article 1843-4 faisait défaut. Comme nous l'avons vu, deux ingrédients doivent être réunis : une cession ou un rachat doit être *prévu* et une contestation sur la valeur doit exister. D'un point de vue normatif, la cession dans l'arrêt du 24 novembre 2009 prenait la forme d'une promesse unilatérale de vente soit un acte extrastatutaire et la Haute juridiction écarta l'article 1843-4.

Pourquoi donc ?

Justement parce que le prix de cession des parts sociales n'avait fait l'objet d'aucune contestation antérieure à la conclusion de celle-ci. A partir du moment où le prix de cession est prévu par une promesse unilatérale, détaillant les modalités de calcul et qu'il était ainsi déterminable, la cession était devenue parfaite dès la levée de l'option, ce dont il résulte que le prix n'avait fait l'objet d'aucune contestation antérieure à la conclusion de la cession.

Mais alors en quoi cet arrêt du 24 novembre 2009 annonçait-il la venue de l'arrêt du 4 décembre 2012 ?

En réalité, certains auteurs ont lu entre les lignes pour en sortir une interprétation *a contrario* : l'article 1843-4 ne s'appliquait pas uniquement parce que la contestation était antérieure et non pas parce qu'il s'agissait d'un acte extrastatutaire ! En effet, la Cour ne s'attache pas du tout à la nature normative de l'acte. Extrastatutaire ou pas, la seule raison pour laquelle l'article 1843-4 ne s'appliquait pas résidait dans le fait que la vente était parfaite au moment où la contestation sur la valeur a éclaté.

¹⁴⁶ A. Constantin, *Interrogations (et inquiétudes) sur le champ d'application des dispositions de l'article 1843-4 du code civil, notamment son extension aux conventions extrastatutaires*, RTD Com. 2013, p. 805

¹⁴⁷ Cass. Com. 24 novembre 2009, n°08-21.

Dès lors, l'arrêt du 24 novembre 2009 semble nous donner les clés pour déjouer l'application de l'article 1843-4 du Code civil.

b. Vers une nouvelle lecture : Impérativité/Temporalité

En effet, l'impérativité de l'article 1843-4 est relié au critère de la prévision de la cession, c'est-à-dire si elle est envisagée comme un événement futur ou incertain et non lorsque les parties décident d'une cession certaine et immédiate pour un prix librement déterminé par elles. Ainsi, le texte sera désactivé lorsque la vente est déjà formée et le mode de calcul du prix déterminé. Si la contestation n'intervient qu'après que la vente soit devenue parfaite, l'article 1843-4 ne peut jouer : l'ennemi de l'impérativité de l'article 1843-4 est donc la temporalité de la formation du contrat.

Si un actionnaire X octroie une promesse unilatérale de vente à l'actionnaire Y sur ses droits sociaux et que le mode de calcul du prix est arrêté le rendant déterminable de façon objective, que l'actionnaire Y lève l'option dans le délai stipulé, le contrat de vente a force obligatoire selon l'article 1134 alinéa 1 du Code civil. La conséquence est donc que l'actionnaire X ne pourra pas faire une contestation sur le prix en invoquant l'article 1843-4 puisque la cession n'est pas prévue, la cession est : *pacta sunt servanda* !

C'est d'ailleurs cette vision qu'à rappelé la Chambre commerciale dans un arrêt tout frais du 26 février 2013 affirmant : « qu'après avoir relevé que *la cession avait été conclue le 18 juillet 2006 et que son prix était déterminable*, la cour d'appel a exactement retenu, dès lors que la cession n'entraîne dans aucun des cas prévus par l'article 1843-4 du code civil, que les dispositions de ce texte n'étaient pas applicables ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches »¹⁴⁸. Il résulte de cette jurisprudence que l'expertise de l'article 1843-4 ne peut plus être demandée pour une cession ou un rachat prévu sous forme de promesse unilatérale de vente ou d'achat figurant dans un pacte extrastatutaire dès lors que l'option a été levée car celle-ci rend la cession parfaite.

Nous pouvons mettre en avant une nouvelle grille de lecture sur l'applicabilité de l'article 1843-4. A notre avis, la lecture théorique la plus pertinente demeure une lecture normative reposant sur la distinction institutionnel/contractuel.

¹⁴⁸ Cass. Com. 26 février 2013, n°11-27.521

Dans cette optique, l'article 1843-4 s'applique obligatoirement à toute structure institutionnelle à savoir le cas des statuts ou du règlement intérieur et doit être évincé dans un cadre contractuelle où l'abus de majorité ne trouve plus sa place. Notre lecture, davantage pratique, repose non plus sur une lecture normative (statut ou pactes d'actionnaires) mais bien formative, c'est-à-dire se fondant sur la formation du contrat de cession.

L'impérativité de l'article 1843-4 sera désactivée à chaque fois que le contrat aura obtenu force obligatoire. De ce fait, la temporalité chasse l'impérativité !

Mais la cession de droits sociaux connaît un autre mode de fixation du prix, d'origine anglo-saxonne, la clause *d'earn-out* ou de complément de prix qui a connu depuis les années 2009 une certaine notoriété dans les *shares purchased agreement*. Il nous faut à présent l'étudier.

B. Le mécanisme de la clause d'earn-out : le complément de prix

Qu'est-ce qu'une clause d'earn-out et quelle est son utilité ? C'est par cette première question que nous commencerons (1) avant d'aborder son actualité contentieuse qui pose des questions particulièrement intéressantes (2).

1. La définition et l'utilité de la clause d'earn-out

L'une des conséquences particulières de la cession de droits sociaux est que lorsqu'elle se transforme en une cession de contrôle, elle opère d'un point de vue économique une véritable acquisition d'entreprise. Or justement, évaluer une entreprise n'est pas chose aisée et le cédant, qui recevra paiement du prix peut vouloir bénéficier d'une indexation de son prix sur les performances futures que l'entreprise cédée réalisera. On voit donc clairement que deux mécanismes de fixation du prix ou « *pricing mechanism* » existent en matière *shares purchase agreement*. Il est tout-à-fait possible de prévoir un mécanisme de fixation d'un prix fixe, généralement par le biais d'une expertise, on parle alors de *locked box deals*. Le prix contractuellement arrêté au jour du *signing* ne fera pas l'objet d'une actualisation au jour du *closing*.

Mais il est également possible de recourir à un complément de prix, par le biais d'une clause d'earn-out, rendant variable ce dernier, on parle alors de *completion accounts*. La clause d'earn out est donc une « *clause de prix variable qui a pour objet de faire bénéficier le vendeur d'un complément de prix si les performances financières futures de la société cible,*

envisagées au moment de la détermination du prix de cession, sont effectivement réalisées »¹⁴⁹. Cette clause a connu un certain succès dans le contexte ambiant de crise économique et financière en ce qu'elle tend à aligner d'une certaine manière, les intérêts du cédant et du cessionnaire. D'un côté, les vendeurs souhaitent intégrer dans le calcul du prix les performances futures de leur société mais d'un autre côté, les acquéreurs se montrent plus réticents à les intégrer compte tenu des certitudes qui pèsent sur l'avenir. Ces clauses d'earn-out, encore dénommées clauses d'intéressement, permettent ainsi de rapprocher les points de vue des parties à la cession, c'est en cela un facteur important de « décrispation » en matière de négociation sur le prix de cession.

En principe, à la différence des clauses de révisions de prix qui bénéficient au cessionnaire, la clause d'earn-out profite normalement au cédant lorsqu'il a vendu dans un contexte qui ne lui permettait pas de valoriser pleinement son affaire. Elles profitent au cessionnaire lorsque celui-ci par exemple n'est pas à même de payer tout de suite la totalité du prix ou lorsque, méfiant quant à la valeur réelle des droits sociaux acquis ou à acquérir, il entend se donner un temps d'appréciation plus grand. Ce complément de prix ne sera du que si certains objectifs contractuellement fixés sont atteints. Concernant les référentiels utilisés pour calculer le montant du complément de prix, ces derniers font l'objet d'après négociations, car ils doivent être fixés avec précision et permettre d'apprécier la rentabilité réelle de la société.

En Europe, comme aux Etats-Unis, on constate que l'EBITDA est le référentiel le plus souvent retenu. L'EBITDA ou *Earnings before Interest, Taxes, Depreciation, and Amortization* est un indicateur développé aux Etats-Unis, qui correspond peu ou prou à l'Excédent Brut d'Exploitation français (connus sous l'acronyme EBE). L'EBITDA se calcule classiquement en retenant l'ensemble des produits figurant au compte de résultat (Produits d'exploitation, Produits financiers et Produits exceptionnels) desquels on soustrait les charges d'exploitation sauf les charges spécialement exclues (les intérêts, impôts, et dotations aux amortissements et provisions). L'EBITDA fournit une indication sur la rentabilité opérationnelle à court terme d'une entreprise. Lors de transactions (cessions-acquisitions), la méthode courante de valorisation d'une activité consiste à prendre un multiple de l'EBITDA comme référence de prix.

¹⁴⁹ *La lettre des Fusions-Acquisitions et du Private Equity*, CMS Bureau Francis Lefebvre, 4 octobre 2010

Toutefois, le bénéfice ou le chiffre d'affaires peuvent également constituer des critères pour le calcul de ce complément de prix. La durée fixée dans les clauses d'earn-out pour le paiement du complément de prix semble s'allonger, bien qu'il n'existe pas, à proprement parler, de normes absolues. On peut toutefois poser une tendance où le dénouement interviendrait entre deux ans ou plus à compter du *closing*. Toutefois, il est également envisageable de procéder à un panachage : le prix serait alors fractionné en deux parties : une partie fixe et une partie variable qui sera payée quelques mois ou quelques années plus tard.

Néanmoins, si cette clause connaît un grand succès bien que qu'étant un peu plus discrète au cours de l'année 2012, elle pose au regard du droit français, un certain nombre de problèmes que la jurisprudence a su dénouer.

2. Les subtilités révélées de la clause d'earn-out

Le mécanisme d'un prix variable, intrinsèque à l'earn-out, risque bien de tomber sous le couperet de l'indétermination du prix (a). Mais plus largement, la jurisprudence est venue nous renseigner sur la nature même de la clause d'earn-out et particulièrement son risque de potestativité (b).

a. Le risque écarté de l'indétermination du prix

Lorsque l'on se penche sur le mécanisme de la clause d'earn-out, on comprend assez rapidement qu'au regard des exigences du droit français, et tout particulièrement de la sacrosaint détermination du prix, que le mécanisme d'un prix variable peut conduire, entre autre, à un risque d'indétermination du prix.

Ce premier risque fut écarté par un important arrêt « Lenzer » de la chambre commerciale du 10 mars 1998 par lequel la Cour de cassation a affirmé : « Mais attendu que l'arrêt a constaté que l'acte faisait référence, pour la fixation du prix des actions restant à acquérir, à la valeur réelle de l'entreprise et à l'évolution des résultats et *que ces éléments sont indépendants de la seule volonté des parties* ; que la cour d'appel, qui a ainsi fait ressortir le *caractère objectif du critère choisi* pour la fixation du prix, a pu en déduire que celui-ci était déterminable et, dès lors, sans se substituer aux parties, charger un expert de le chiffrer en application du critère retenu ; d'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches »¹⁵⁰.

¹⁵⁰ Cass. Com. 10 mars 1998, n°96-10.168

La clause d'earn-out ne tombe donc pas sous le coup de l'indétermination du prix ce qui nous semble parfaitement en adéquation avec le droit commun de la vente. Mais que se passerait-il dans l'hypothèse où le complément de prix n'a pas été calculé sur des comptes sociaux fidèles ? N'y a-t-il pas un risque latent, en demandant le versement du complément de prix, de faire justement ressortir que ce dernier est indéterminé, emportant annulation de la cession de droits sociaux ?

Si une telle solution était retenue, cela priverait de portée l'arrêt Lenzer. Cette crainte fut ainsi écartée par un arrêt du 27 octobre 2009 dans lequel la chambre commerciale souligna que le cédant, créancier du complément de prix, à la possibilité de demander le paiement de ce dernier par le jeu d'une action en responsabilité contractuelle, désactivant ainsi le risque d'indétermination du prix de la cession. De plus, cet arrêt confère une protection supplémentaire au cédant quant à la charge de la preuve en soulignant : « Mais attendu que la société Finex (cessionnaire) étant débitrice d'un complément de prix, *il lui incombait de justifier ne pas devoir la partie variable du prix* »¹⁵¹ ce qui peut nous sembler pour le moins surprenant au regard de l'article 1315 du Code civil.

A côté du risque d'indétermination du prix, un second risque a récemment été révélé, celui de la potestativité. Mais plus largement, c'est la nature même de la clause d'earn-out qu'est venue préciser la jurisprudence.

b. Le risque constaté de la potestativité, la nature dévoilée de l'earn-out

En effet, lorsqu'une clause d'earn-out est insérée dans un *share purchase agreement* qui emporte cession de contrôle, le cédant se retrouve dans une position délicate. La cession de contrôle permet au cessionnaire de prendre, en tant que dirigeant, ou au moins d'influencer en tant que majoritaire, des décisions de gestion à même de modifier les résultats sociaux comme le *management* en place. Le cédant, fraîchement lesté de ses actions de contrôle ne dispose plus ni de la qualité d'associé, qui lui ouvrirait un droit salvateur à l'information, ni de moyens lui permettant de s'assurer de l'intégrité du comportement des nouveaux maîtres de l'affaire, les cessionnaires. Quoi de plus tentant pour un cessionnaire filou, débiteur du complément de prix, de prévoir une condition suspensive déclenchant ce dernier à la réalisation d'un événement dont il a désormais l'entière maîtrise !

¹⁵¹Cass.com. 27 octobre 2009, n°08-70.102

Dans un récent arrêt du 19 janvier 2010, la chambre commerciale précisa au visa de l'article 1174 du Code civil : « Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs, alors qu'il lui appartenait, pour apprécier si la condition tenant à l'exercice de ses fonctions par M. X... lors de l'approbation des comptes de l'exercice clos le 31 décembre 2003, revêtait un caractère potestatif au sens du texte susvisé, de *rechercher si sa réalisation dépendait de la seule volonté de la société Aon conseil et courtage*, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »¹⁵².

Par cet arrêt, la Cour de cassation entend souligner que le cessionnaire de contrôle ne peut pas faire dépendre le versement du complément de prix à une condition suspensive dont la réalisation de l'évènement sous-jacent dépend entièrement de sa volonté. Dès lors, la cession comportant un complément de prix stipulé sous la condition suspensive du maintien en fonction du PDG était nulle comme dépendant d'une condition potestative pour le débiteur. Le cessionnaire disposait, en sa qualité d'actionnaire majoritaire de la société cédée de la possibilité de faire révoquer à tout moment le dirigeant de son mandat de président du conseil d'administration.

Enfin deux arrêts sont venus nous renseigner sur la nature de la clause d'earn-out. La première espèce, en date du 20 septembre 2011 répond à la question suivante : le mécanisme du complément de prix constitue-t-il une créance à terme ou bien sous condition ? A cette interrogation, la chambre commerciale de la Cour de cassation est venue affirmer que « l'existence de l'obligation au paiement étant subordonnée à la réalisation d'une capacité d'autofinancement supérieure au seuil fixé, *événement incertain quant à sa réalisation*, la créance de complément de prix était affectée d'une condition et non d'un terme »¹⁵³. Cette solution est entièrement justifiée puisque par définition, la condition est marquée du sceau de l'incertitude alors que le terme est par essence certain même si la date à laquelle l'évènement doit se produire est incertaine.

Le second arrêt, rendu par le Cour d'appel de Paris le 12 janvier 2012 répond à la question suivante : la clause d'earn-out peut-elle être qualifiée de clause pénale ? Dans cette espèce, un complément de prix devait être calculé en se fondant sur divers documents comptables.

¹⁵²Cass.com. 19 janvier 2010, n°08-19.376

¹⁵³Cass. Com. 20 septembre 2011, n°10-17.555

Pour déterminer le montant de ce complément de prix, le cessionnaire devait communiquer au cédant avant une date précisément arrêtée les informations financières correspondantes aux critères convenus. A défaut de notification de ces informations avant la date convenue, il était prévu que le complément de prix stipulé serait intégralement dû au cédant. Le cessionnaire ayant failli, le cédant actionna en paiement son cocontractant. Le cessionnaire s'opposa en excipant que la clause d'earn-out revient au versement d'une indemnité sanctionnant le défaut d'accomplissement de la formalité d'information prévue au contrat, de sorte qu'elle constitue une clause pénale. Les juges de la Cour d'appel ont rejeté cette vision en affirmant que « les parties n'ont pas stipulé une clause pénale, mais se sont bornées à rendre exigible, à hauteur du montant maximum initialement prévu au jour de leur accord, la partie de complément de prix n'ayant pas bénéficié de l'information financière dans le délai convenu »¹⁵⁴.

¹⁵⁴ CA Paris 12 janvier 2012, n°11/01528

Conclusion

Nous l'avons vu, la cession de droits sociaux, et à plus fort titre, la cession de contrôle, ne peuvent pas être considérées comme de simples ventes ou cessions de créance, ce qui revient tout bonnement à nier leurs spécificités fondamentales : le contrat de société. Lorsqu'une personne entend acquérir le contrôle d'une société, elle a en tête un véritable projet qu'elle entend réaliser. Dans un *deal* qui a pris plusieurs mois voire plusieurs années avant d'être réalisé, on ne peut que se sentir mal à l'aise, imaginant un conseil dire à son client, la gorge sèche : « il y a eu un problème, un passif caché est apparu et on ne peut rien y faire ». Pourquoi ? Non pas parce que le droit que l'on cherche à appliquer au *shares purchase agreement* est mauvais, bien au contraire, sa longévité n'en est que des plus révélateur. Mais parce-que ce droit là, qui date de 1804, n'a jamais été véritablement adapté ni même pensé pour s'appliquer à une cession de droits sociaux.

L'erreur fait profil bas, cherchant désespérément une qualité substantielle pendant que la violence ne peut que constater son inutilité alors que le dol est victime de son succès. Les garanties d'éviction et des vices cachés ne seront reconnues que lorsqu'en réalité, la société serait sur le point de mourir. Il est clair que le droit applicable à la cession de droits n'est pas satisfaisant, ce qui explique, en parallèle, la création d'un véritable « régime juridique praticien » dans le domaine.

Dès lors, nous nous permettrons de se poser la question suivante : ne faudrait-il pas clairement poser dans le marbre de la loi un régime juridique propre à la cession de droits sociaux ? En bref, ne faudrait-il pas faire ressortir l'autonomie juridique de la cession de droits sociaux ? Ne devrait-on pas faire de la cession de droits sociaux un véritable contrat nommé, un véritable contrat spécial ?

Il n'y aurait rien de choquant à cela, puisqu'en réalité cette idée existe déjà. En effet, la loi du 17 mars 1909, complétée par la loi du 29 juin 1935 a clairement posé aux articles L 141-1 du Code de commerce un régime propre à la vente du fonds de commerce. De même, la loi du 2 janvier 1981 a créé la cession de créances professionnelles, couramment appelée « Cession Dailly ». Certains pourront arguer qu'en réalité, le régime de la cession de droits sociaux ayant été balisé par la pratique, un régime légal n'aurait que peu d'intérêt. Pourquoi s'attarder à prévoir que la cession de contrôle devra comporter, par exemple, les résultats d'exploitation des trois exercices précédant la cession alors qu'une garantie de passif suffirait

à elle-seule ? Parce-que si jamais la clause de garantie de passif fait défaut, du fait d'un problème de rédaction, toute l'opération tomberait à l'eau. Et alors quel sera le réflexe naturel du cessionnaire ? Il engagera directement la responsabilité civile de son conseil ! Quelle belle protection pour une opération d'envergure et pour les rédacteurs d'actes !

Dès lors, on pourrait penser à créer un régime juridique qui viendrait accompagner la réalisation de la cession de droits sociaux. Au titre de l'erreur, on pourrait imaginer que l'acte de cession devra comporter par exemple la nature des droits conférés par les titres objets de la cession (droit de vote multiple, dividende prioritaire, véto...) ou encore les éventuelles sûretés grevant ces mêmes titres. Au titre du dol, et afin d'assurer la sincérité des comptes sociaux, on pourrait prévoir que l'acte de cession serait accompagné de la remise des documents comptables relatifs aux trois exercices précédents la cession et que le cédant serait garant de la véracité de ces derniers. Au titre des garanties d'éviction et vices cachés, on pourrait prévoir que sauf clause contraire, le cédant serait garant solidaire de la valeur des droits sociaux cédés ou encore qu'en cas d'inexactitudes dans les déclarations du cédant, le cessionnaire pourrait bénéficier du jeu des articles 1644 et 1645 du Code civil à savoir les actions estimatoires et rédhibitoires de la vente.

Mais pour cela, il faudrait que le législateur s'empare alors du dossier : *De lege feranda !*

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages

- M. Germain, V. Magnier, Traité de droit des affaires, *Les sociétés commerciales*, LGDJ, 20^{ème} ed., 2011
- Mémento Pratique Francis Lefebvre, *Sociétés commerciales*, 2013
- Mémento Pratique Francis Lefebvre, *Cessions de parts et actions*, 2013
- Lamy Sociétés Commerciales 2013
- Répertoire Sociétés Dalloz
- A. Bénabent, *les contrats spéciaux*, Montchrestien, 8^{ème} ed.
- F-X Testu, Contrats d'affaires, Edition Dalloz 2010

Thèses

- S. Lacroix-De Sousa, *La cession de droits sociaux à la lumière de la cession de contrat*, L.G.D.J., 2010
- M. Caffin-Moi, *Cession de droits sociaux et droit des contrats*, L.G.D.J., 2009

Mélanges

- Liber amicorum, mélanges en l'honneur de Philippe Merle, Edition Dalloz-2012

Articles et chroniques juridiques

- A. Constantin, *Mobilisation des droits sociaux : contentieux toujours nourri sur le dol et la réticence dolosive dans les cessions de droits sociaux ; rôle de la qualité et du comportement du cessionnaire déçu*, RTD Com. 2011, P. 577
- B. Bouloc, *Cession de parts sociales – Nullité – Vice du consentement*, RTD Com. 2013, P. 835
- D. Gallois-Cochet, *Le dol et les vices du consentement*, Colloque « Les garanties dans les cessions de droits sociaux », Gazette du Palais, 20 mai 2010, n°140, P.21
- R. Salomon, *Dol civil et dol pénal en matière de cession de droits sociaux*, Recueil Dalloz 2010, P. 2792
- T. Massart, *L'obligation précontractuelle d'information à la charge du cédant d'un bloc de contrôle*, Revue des sociétés 2012, P. 85

- M. Menjucq, Date d'appréciation de la validité du consentement du cessionnaire de la totalité des parts sociales et obligation d'information du cédant entre le protocole et l'acte définitif de cession, Revue des sociétés 2012, P. 151
- M. Caffin-Moi, Dol dans la formation du contrat : la question délicate du préjudice réparable, Recueil Dalloz 2012, P. 2772
- P. Jourdain, Dol dans la formation du contrat : quel préjudice réparable ?, RTD Civ. 2012, P. 732
- B. Fages, Quels dommages-intérêts le contractant peut-il obtenir sur le fondement du dol quand il fait le choix de ne pas demander l'annulation du contrat ?, RTD Civ. 2012, P. 725
- A. Couret, Garantie d'éviction dans les cessions de droits sociaux, Bull. Joly Sociétés, mars 2003, n°3, P. 302
- A. Couret, Mise en jeu de la garantie d'éviction dans les cessions de droits sociaux, Bull. Joly Sociétés, décembre 2002, n°12, P. 1311
- A. Couret, Cession de parts sociales : difficulté d'application de la garantie des vices cachés, Bull. Joly Sociétés, avril 2000, n°4, P. 422
- P. Scholer, La garantie des vices cachés dans les cessions de droits sociaux, Bull. Joly Sociétés, septembre 1998, n°9, P. 956
- J-F Barbièri, Cession de parts sociales et garantie due au cessionnaire : droit commun de la vente ou droit spécial de la cession de créance ?, Bull. Joly Sociétés, juillet 1994, n°7-8, P. 800
- A. Couret, Le « rachat » d'une clause de non-concurrence ne fait pas obstacle à l'action en garantie d'éviction, Bull. Joly Sociétés, mai 2010, n°5, P. 459
- H. Lécuyer, Nouveau souffle pour la garantie d'éviction dans les cessions de parts sociales ?, Bull. Joly Sociétés, juillet 2006, n°7, P. 965
- F-X Lucas, Garantie d'éviction due par le cédant de parts sociales, Revue des contrats, octobre 2006, n°4, P. 1183
- P. Pigassou, Garantie d'éviction, obligation de non-concurrence et atteinte à l'objet social
- B. Dondero et P. Le Cannu, Garanties légales et contractuelles dans une cession d'actions, RTD Com. 2010, P. 155
- O. Deren, Les différents types de garanties contractuelles, Colloque « Les garanties dans les cessions de droits sociaux », Gazette du Palais, 20 mai 2010, n°140, P.9

- P-J Gaudel, *Évaluation, audit et garanties*, Colloque « Les garanties dans les cessions de droits sociaux », Gazette du Palais, 20 mai 2010, n°140, P.7
- M. Germain, *Conclusion* du Colloque « Les garanties dans les cessions de droits sociaux », Gazette du Palais, 20 mai 2010, n°140, P.97
- P. Le Cannu et B. Dondero, *La garantie de passif à l'épreuve de la mauvaise foi du bénéficiaire*, RTD Com. 2011, P. 371
- A. Constantin, *Mobilisation des droits sociaux : sanction du non respect des conditions de mise en œuvre des garanties conventionnelles ; clauses de déchéances*, RTD Com. 2011, P. 580
- S. Prévost, *Déchéance des droits au titre de la garantie de passif en cas de non-respect du délai d'information du cédant*, Revue des sociétés 2011, P. 287
- A. Constantin, *Mobilisation des droits sociaux : la connaissance par le cessionnaire d'un passif au jour de la cession ne fait pas obstacle à la mise en œuvre de la garantie de passif*, RTD Com. 2011, p 359
- B. Dondero, *Les relations entre les garanties contractuelles et les garanties légales pesant sur le cédant de droits sociaux*, Colloque « Les garanties dans les cessions de droits sociaux », Gazette du Palais, décembre 2012, n°357, P.12
- T. Massart, *La convention de garantie de passif n'est pas un engagement unilatéral*, Revue des sociétés 2013, P. 22
- P. Le Cannu et B. Dondero, *La garantie de passif n'est pas une garantie au sens de l'article L 225-35 du Code de commerce*, RTD Com. 2011, P. 584
- X. Delpech, *Clause de garantie de valeur : transmission au sous-acquéreur des parts sociales*, Recueil Dalloz 2012, P. 3020
- B. Fages, *Les garanties d'actif et/ou de passif peuvent-elles se transmettre par voie de cession de créance ?*, RTD Civ. 2013, P. 114
- R. Loir, *Les principes généraux de rédaction : acte de cession, garanties*, « garanties de la garantie », Petites affiches, 30 mai 2012, n°108, P. 19
- C. Champaud et D. Danier, *Cession de contrôle. Convention de garantie de passif*. RTD Com. 2010, P 141
- B. Dondero et P. Le Cannu, *Déchéance de la garantie de passif en cas d'inexécution de son obligation d'information par le bénéficiaire*, RTD Com. 2010, P. 157
- L. Godon, *Intensification du devoir de loyauté du dirigeant envers les associés lors d'une opération de cession de droits sociaux*, Revue des sociétés 2009 p.95

- H. Le Nabasque, Obligation de non-concurrence des associés et dirigeants de sociétés, Bull. Joly Sociétés, février 2012, n°2, P. 112
- A. Couret, Les clauses d'earn out dans la jurisprudence, revue des sociétés 2010, P. 165
- A. Constantin, Mobilisation des droits sociaux : précisions sur le régime des clauses de complément de prix dans les cessions de droits sociaux, dites d'earn out, RTD Com. 2012 p.129
- A. Constantin, Interrogations (et inquiétudes) sur le champ d'application des dispositions de l'article 1843-4 du Code civil, notamment son extension aux conventions extrastatutaires, RTD Com. 2013, P. 805
- J-F Barbièri, Imperium de l'expert de l'article 1843-4 versus consensualisme, Bull. Joly Sociétés, Février 2013, Editorial
- A. Couret, Article 1843-4 du Code civil et clauses d'évaluation de droits sociaux : de nouvelles perspectives ? Recueil Dalloz 2013, P. 147
- B. Dondero, La valorisation des droits sociaux est une chose trop sérieuse pour la confier aux associés..., La semaine juridique Entreprise et Affaires n°1, janvier 2013, 1000
- C. Ledoux, Evaluation de titres par un tiers : plutôt anticiper avec 1592 que subir avec 1843-4 !, Bull. Joly Sociétés, juin 2011, n°6, P. 530
- Y. Reinhard, La fixation du prix par expert, Colloque « Les garanties dans les cessions de droits sociaux », Gazette du Palais, 20 mai 2010, n°140, P.33

Documentation professionnelle

- La Lettre des Fusions-Acquisitions et du Private Equity, CMS Bureau Francis Lefebvre, 4 octobre 2010
- General procedure for M&A Transaction in Germany, summer 2011, Clifford Chance
- Journal des sociétés, Dossier Transmission d'entreprise par cession de droits sociaux, décembre 2008, n°60
- Pricing mechanisms : Locked box vs Completion accounts, Practical Law Publishing Limited 2012, January/February 2012

Codes

- Code civil
- Code de commerce
- Code du travail

PLAN DETAILLE

Introduction

- I. La définition : l'esprit de la cession de droits sociaux.....p.6
 - 1. Un contrat translatif
 - 2. Une qualité particulière : l'associé

- II. La structure : le corps de la cession de droits sociaux.....p.8
 - 1. Le visage caché de la cession de droits sociaux
 - 2. La création pratique d'une structure propre à la cession de contrôle

Chapitre Premier : Les difficultés théoriques : L'ambiguïté conceptuelle inhérente à la cession de droits sociaux

Section 1 : La qualification malaisée de l'objet du contrat.....p.14

Paragraphe 1 : L'irréductibilité des droits sociaux aux « choses ».....p.14

- A. La question de la propriété d'une chose incorporelle
- B. Des prérogatives découlant d'une chose ?!

Paragraphe 2 : L'irréductibilité des droits sociaux à une « créance ».....p.17

- A. L'apparence d'un droit de créance de l'associé
- B. Une réalité dépassant le droit de créance

Section 2 : La qualification maladroite de l'opération juridique.....p.20

Paragraphe 1 : Le forçage de la qualification de contrat de vente.....p.20

- A. La force d'attraction du contrat de vente
- B. La simplicité au détriment d'une application satisfaisante

Paragraphe 2 : Le forçage de la qualification de cession de créance.....p.22

- A. Une qualification pertinente en apparence
- B. Les limites de l'assimilation à la cession de créance

Chapitre Second : Les difficultés pratiques : L'application imparfaite du droit civil à une opération fondamentalement sociétaire

Section 1 : Une affirmation : un droit inadapté à la cession de droits sociaux.....p.25

Paragraphe 1 : L'application limitée des vices du consentement.....p.25

- A. Le dol, vice principal en matière de cession de droits sociaux
 - 1. Les raisons de l'efficacité du dol
 - 2. Les illustrations du dol en matière de cession de droits sociaux

- B. L'erreur et la violence, vices secondaires en matière de cession de droits sociaux
 - 1. L'erreur sur les qualités substantielles
 - 2. La violence, vice quasi inexistant en matière de cession de droits sociaux

Paragraphe 2 : L'application restreinte des garanties légales.....p.37

- A. La garantie d'éviction
 - 1. La garantie d'éviction *stricto sensu*
 - 2. L'obligation de non concurrence légale et contractuelle

- B. La garantie des vices cachés
 - 1. Les difficultés d'application d'ordre pratique
 - 2. Les difficultés d'application d'ordre théorique

Section 2 : Une révélation : l'apparition d'un droit propre à la cession de droits sociaux.p.47

Paragraphe 1 : Le rééquilibrage opéré de la convention de cession.....p.47

- A. Les garanties contractuelles
 - 1. Les garanties de passif
 - a. La double lecture des garanties de passif
 - b. Les différents visages de la clause de garantie de passif

 - 2. Les difficultés contentieuses des clauses de garantie de passif
 - a. Le respect du délai d'information
 - b. L'exigence de bonne foi du cessionnaire garanti

- B. La consécration d'une obligation de loyauté pesant sur le dirigeant social

1. Le modèle américain : les *fiduciary duties*
2. Le modèle français du devoir de loyauté pesant sur le dirigeant social

Paragraphe 2 : La problématique centrale de la valorisation des droits sociaux.....p.59

A. Les mécanismes de fixation du prix envisageables

1. La valse des experts
2. Le fiasco de l'article 1843-4 du Code civil : la fin de la danse ?
 - a. L'épopée jurisprudentielle : la lecture institutionnelle/contractuelle
 - b. Vers une nouvelle lecture : Impérativité/Temporalité

B. Le mécanisme de la clause d'earn-out : le complément de prix

1. La définition et l'utilité de la clause d'earn-out
2. Les subtilités révélées de la clause d'earn-out
 - a. Le risque écarté de l'indétermination du prix
 - b. Le risque constaté de la potestativité, la nature dévoilée de l'earn-out

Conclusion
