

Le recours aux arbitrages – expertises

Dans le cadre de la fixation du prix et en cas de conflit entre actionnaires

Lorsqu'une difficulté survient lors d'une cession de droits sociaux, les questions soulevées peuvent être de plusieurs ordres : mise en œuvre des garanties, ou des clauses de complément de prix, ou encore conflit pour la fixation du prix de cession.

Si les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord, elles auront recours à l'une des procédures prévues par le Code Civil dans les articles 1843-4 et 1592.

L'article 1843-4 dispose que «dans tous les cas où sont prévus la cession des droits sociaux d'un associé, ou de leur rachat par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestations, 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 possibles». Cette procédure était traditionnellement déclenchée lorsque la loi prévoyait un tel rachat ou une telle cession notamment dans le cadre de refus d'agrément ou bien d'application de clauses statutaires visant au retrait de certains associés.

L'autre situation est celle de la vente (titre VI du Code Civil relatif à la vente et au chapitre 1^{er} de la nature et la forme de la vente) et se réfère aux deux articles 1591 et 1592 :

• Art. 1591 «le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties».

• Art. 1592 : «il peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers, si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente».

Dans ce contexte, on considère que la vente est faite et que seul reste à fixer le prix. L'article 1592 constitue un mécanisme de détermination du prix par le biais d'un tiers qui est un mandataire commun des parties.

L'application de ces articles a cependant conduit à de nombreuses dérives : en particulier, l'article 1592 est utilisé pour résoudre de nombreux conflits en dehors du strict cas des ventes.

Par ailleurs, ces procédures conduisent également à de nombreuses difficultés pratiques :

• Dans les deux cas (1592 et 1843-4), l'expert, théoriquement mandataire commun des parties, se trouve le plus souvent au centre d'un conflit ouvert entre les parties.

• L'expert est théoriquement libre de sa méthodologie, pouvoir qui lui est reconnu par la jurisprudence dans le cadre de l'article 1843-4 considéré comme une disposition d'ordre public. Il peut donc aller à l'encontre d'une méthodologie d'évaluation inscrite dans les statuts qui n'aurait pas son accord. Seul l'expert détermine les critères qu'il juge les plus appropriés pour fixer la valeur des droits sociaux parmi lesquels peuvent figurer ceux prévus par les statuts¹. En par-

ticulier, il n'est pas libre du choix de la date d'évaluation des droits sociaux qui sera la plus proche du remboursement de la valeur des droits sociaux (arrêt du 4 mai 2010²).

De telles dispositions n'ont pas été affirmées par la jurisprudence dans le cadre de l'application de l'article 1592 de sorte que les pactes d'actionnaires prévoyant des méthodologies d'évaluation n'ont pas été remis en cause dans des expertises diligentes sur le fondement de cet article, ce qui aurait été très pénalisant pour la mise en œuvre des accords entre associés privés dans le cadre des pactes.

• La responsabilité de l'expert peut être mise en cause en cas de simple faute mais son rapport ne peut être contesté qu'en cas d'erreur grossière du fait de la force obligatoire de l'évaluation faite par l'expert («les parties font de la décision de celui-ci leur loi»).

L'erreur grossière est définie comme celle qu'un technicien normalement soucieux de ses fonctions ne commet pas³. En fait, il s'agit réellement d'erreurs grossières, comme l'omission d'un actif, ou la prise en compte d'hypothèses inexacts sur le périmètre de l'entreprise.

Il faut noter que la remise en cause du rapport au titre de l'erreur grossière entraîne son annulation, le juge n'étant pas fondé à rectifier l'erreur en corrigeant l'évaluation.

• Par ailleurs, bien que le contradictoire n'ait pas été prévu dans les textes, il est requis par la jurisprudence qui peut demander la réouverture des débats en cas de contestation même si elle n'est pas considérée comme une erreur grossière.

En conséquence, il convient, pour les parties concernées, d'être extrêmement prudentes dans la mise en œuvre de ces expertises en demandant le strict respect du contradictoire.

Compte tenu du pouvoir attribué à l'expert dans la fixation du prix, qui ne peut être remis en cause qu'à la suite d'une annulation pour erreur grossière, les parties peuvent préférer, pour accroître leur sécurité, s'inspirer du fonctionnement de l'arbitrage en désignant chacune son propre expert et en prévoyant que les experts ainsi désignés en choisissent un troisième. Des procédures contractuelles peuvent alors définir les modes de fixation du prix en fonction des avis respectifs de chacun des experts. ■■

Par Maurice Nussenbaum, président de Sorgem Evaluation, professeur à l'Université Paris Dauphine et responsable du Master 2-225 Finance d'entreprise et ingénierie financière

1. Com, 5 mai 2009, n°08-17465

2. Com, 4 mai 2010, n°08-20693 concernant l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix en Provence du 11 septembre 2008 n° 07-11417

3. Notamment Com, 19 avril 2005, n°09-11790 et l'évaluation à dire d'expert prévue à l'article 1843-4 du Code Civil « Etat actuel de la jurisprudence » – groupe de travail – Nov. 2011 – non publié.

Trois questions aux associés de SORGEM Evaluation



Maurice Nussenbaum, président de SORGEM Evaluation



Claire Karsenti, associée, SORGEM Evaluation



Guy Jacquot, associé, SORGEM Evaluation

Quelles sont selon vous les problématiques actuelles du marché ?

La crise a accru les évaluations de préjudices (perte de chance ou manque à gagner) résultant des contentieux au titre de dol (ou de réticence dolosive) lors des opérations d'acquisition mais également consécutifs aux ruptures brutales de relations commerciales établies ou de pourparlers. Les litiges relatifs aux pratiques anti-concurrentielles sont également nombreux notamment dans les secteurs pharmaceutiques, télécoms et technologiques.

Par ailleurs, nous intervenons dans le cadre des litiges financiers et boursiers entre les établissements bancaires et les collectivités locales concernant les produits structurés (type swap) et plus généralement sur tous les litiges nés de la responsabilité des établissements financiers au regard des objectifs d'investissements de leurs clients.

Sur tous ces sujets, nous intervenons traditionnellement devant les Tribunaux et Cours d'Appel mais de plus en plus également dans les arbitrages français et internationaux soit en tant que membre du Tribunal Arbitral soit en tant qu'expert de partie.

Quelles sont les particularités de votre équipe dédiée à ces dossiers ?

L'équipe de SORGEM Evaluation est composée de 15 personnes issues de

formations de grandes écoles ou universitaires avec une forte spécialisation en finance ce qui nous permet d'aborder sans difficulté des problématiques financières particulièrement complexes. Beaucoup de membres de notre équipe enseignent également dans les universités et grandes écoles.

Au-delà de nos activités en contentieux, nous intervenons sur toutes les problématiques d'évaluation d'entreprises, d'actifs incorporels (marques, brevets...) mais également de produits financiers complexes (à composante optionnelle). Ainsi, nous mettons en œuvre dans les problématiques financières les derniers acquis de la théorie financière en développant nos compétences en ingénierie financière et en modélisation.

L'appartenance au groupe SORGEM, qui est également un des principaux acteurs dans les études marketing sur les marques notamment à l'international (SORGEM International Market Research), a conduit SORGEM Evaluation à être l'un des premiers en France à développer une méthodologie reconnue sur l'évaluation des actifs incorporels (marques, brevets...). Ceci a permis aux équipes de SORGEM Evaluation, dont les compétences sont principalement de nature économique et financière, de bénéficier d'une ouverture d'esprit à des domaines connexes, comme le marketing et la stratégie ou encore à

l'économie, nous permettant de traiter des problématiques très variées.

Comment accompagnez vous vos clients ?

Forts d'une expérience de près de 30 ans en expertise judiciaire et en litigation, nous apportons à nos clients un regard expérimenté et indépendant. En effet, tous les associés de SORGEM Evaluation sont également experts judiciaires et nous nous devons de respecter les mêmes règles déontologiques quand nous sommes experts de partie qu'en tant qu'expert judiciaire.

Nous rédigeons nos rapports d'expertise avec rigueur et transparence en débattant des différentes problématiques du dossier avec le client. Nous développons une argumentation pédagogique accessible à des spécialistes non financiers et suffisamment détaillée pour permettre un débat contradictoire avec des experts financiers désignés par une autre partie. Nous travaillons en équipe de 2-3 personnes sur les dossiers mais nous pouvons également organiser des équipes plus importantes notamment lors des arbitrages internationaux.

Nous entretenons avec nos clients des relations de confiance sur le long terme, ils peuvent compter sur nous pour les accompagner et trouver des approches méthodologiques adaptées à chaque cas d'espèce. ■■