

Il est parfois nécessaire, notamment en cas de vente future, de pouvoir conclure des conventions sans que le prix ne soit encore fixé. Les parties peuvent alors faire appel à un tiers évaluateur chargé de la détermination du prix. Malgré un recours de plus en plus fréquent à ce tiers, beaucoup de questions se posent encore, tant en ce qui concerne sa qualification que le régime juridique auquel il est soumis.

Les clauses de prix : actualité jurisprudentielle

Quand on me parle de clause de prix, je ne peux m'empêcher de repenser à cette réflexion d'un grand dirigeant français à qui l'on soumettait une possible opération de croissance externe. Après avoir entendu chacun de ses conseils tenter d'expliquer pourquoi "objectivement" la valorisation qu'il recommandait pour la "cible" était la plus juste, il conclut le débat en énonçant que, pour sa part, la seule méthode "objective" en la matière était d'admettre une fois pour toutes que le prix d'une entreprise c'est le prix du désir. On ne saurait mieux dire que toutes les analyses du monde (*discounted cash flow*, *EBIT*, *EBITDA*...) ne résoudront jamais la problématique de la valeur objective d'entreprise, et que, par conséquent, la négociation du prix sera toujours l'enjeu des discussions les plus passionnées.

Qui dit passion dit rarement raison, de sorte que l'accord sur le prix est souvent si difficile à trouver, qu'on préfère parfois négocier sur les principes pour échapper à la négociation d'un chiffre. Sans doute est-ce pour cela que les clauses dites d'*earn out* sont souvent qualifiées de clauses permettant de conclure une affaire quand on n'est pas d'accord sur le prix.

À cela s'ajoute que la détermination ultérieure du prix est souvent nécessaire, parce que dictée par l'économie même de la transaction : cela est notamment le cas chaque fois que l'on traite d'une vente future de plus en plus prise dans les moyennes entreprises. Ce type de cession s'avère en effet utile, voire nécessaire, chaque fois que l'acquéreur compte sur la direction actuelle de l'entreprise, déjà associée au capital, pour continuer d'en assurer le développement au moins pendant un certain temps ; la cession s'opère alors généralement en deux temps. À cela s'ajoute que l'intervention de plus en plus fréquente des fonds d'investissements dans le capital des sociétés non cotées, conjuguée à leur exigence de liquidité, i.e. de "sortie" globale à court ou moyen terme, fait que les clauses de prix complexes, autrement dit les clauses qui ne se contentent pas de fixer un chiffre, sont dorénavant présentes dans pratiquement toutes les conventions de cessions de droits sociaux. La nécessité de pouvoir conclure des conventions de vente sans que le prix soit encore fixé est d'ailleurs si évidente, que tous les droits occidentaux se départissent peu ou prou de l'exigence d'un prix fixé *ab initio* (la Suisse, l'Allemagne, la Suède, etc.) et que beaucoup – à commencer par le droit américain (Uniform commercial code, art. 2-305) – laissent même au juge le pouvoir de fixer le prix qu'il considère comme raisonnable, ce que l'on sait strictement impossible en droit français (Cass. 1^{re} civ., 24 févr. 1998, n° 96-13.414, Bull. civ. I, n° 81).

Ce constat fait, il reste à s'interroger sur les techniques qui permettent, en pratique, de reporter à plus tard la détermination de tout ou partie du prix.



Bruno CAVALIÉ

Avocat aux Barreaux de Paris et Bruxelles, Associé Gérant, Cabinet Racine

Il y en a trois, et l'une d'entre elle a récemment fait l'objet d'une actualité jurisprudentielle importante : c'est donc tout naturellement sur elle, eu égard à l'intitulé de ces Rencontres, que j'insisterai plus particulièrement.

1. La première consiste à confier à l'une des deux parties le soin de fixer le prix.

— On sait que cette formule a reçu, depuis maintenant quelque dix années, l'onction de la jurisprudence en certains domaines (voir les arrêts de principe de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation : Cass. ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n° 91-15.999, n° 91-15.578, Bull. civ. ass. plén., n° 7 ; Cass. ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n° 93-13.688,

Bull. civ. ass. plén., n° 9 ; Cass. ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n° 91-19.653, Bull. civ. ass. plén., n° 8 ; l'abus dans la fixation du prix par l'une des parties ne peut donner lieu qu'à résiliation ou indemnisation). Cependant, les parties à l'acte de vente y sont – au moins pour l'une d'entre elles ! – naturellement rétives et les praticiens, hantés par la crainte d'un grief de potestativité et donc de nullité, n'y recourent jamais en toute sérénité. À cela s'ajoute que ce type d'accord, par sa nature même, est réservé à des secteurs économiques très spécifiques, au point que certains de ces contrats sont désignés par leur objet puisqu'on parle par exemple de contrats de bière.

2. La deuxième des techniques envisageables consiste à déterminer le prix par le jeu d'une équation plus ou moins complexe, dont les inconnues seront, le moment venu, remplacées par des valeurs.

— Cette technique est très fréquemment utilisée dans les promesses de cessions de titres sociaux, dont la valeur dépend alors, *grosso modo*, des résultats futurs de la société cédée.

Là encore, planent l'ombre de la potestativité et celle de l'indétermination ; mais les principes applicables sur ce plan paraissent à la fois fermes et précis de sorte qu'on ne trouve pas dans la jurisprudence récente de quoi alimenter un débat sur des questions d'actualité.

Rappelons simplement pour mémoire que la jurisprudence annule, au visa de l'article 1174 du Code civil, les cessions qui sont assorties d'une condition jugée purement potestative mais non celles dont la condition est jugée simplement potestative. Autrement dit, la nullité n'affecte que les clauses dont la réalisation ou la non-réalisation ne dépend que de la seule volonté du débiteur. À l'aulne de ce principe, il a été jugé par la Cour de cassation en 1982 (Cass. com., 15 juin 1982, n° 79-13.367, Bull. civ. IV, n° 229 ; *adde* Cass. 1^{re} civ., 28 juin 1988, n° 86-12.812, Bull. civ. I, n° 212) qu'était valable la stipulation



Bruno Cavalié,
Bertrand Fages,
Jacques Mestre,
Laurent Szuskin
et Jean-Luc Juhan

qui se devra bien entendu d'être indépendant (Cass. 1^{re} civ., 2 déc. 1997, n° 95-19.791, Bull. civ. I, n° 334, RJDA 1998, n° 403), pour que celui-ci fixe le prix de la vente préalablement convenue.

Lorsqu'il est conventionnel, ce qui

prévoyant qu'une partie du prix serait déterminée en fonction du chiffre d'affaires futur de la société, l'activité et l'intérêt de celle-ci étant par nature distincts de ceux des personnes physiques débitrices de l'obligation.

Sur le terrain voisin de l'indétermination, la jurisprudence valide également, comme déterminables, les prix basés sur des résultats futurs, dès lors que les critères de fixation sont objectifs et indépendants de la volonté des parties (Cass. com., 10 mars 1998, n° 96-10.168, Bull. civ. IV, n° 99).

À ce propos, il est sans doute intéressant de mentionner l'arrêt du 27 février 2003 de la cour d'appel d'Aix-en-Provence, validé par la Cour de cassation le 30 novembre 2004 (Cass. com., 30 nov. 2004, n° 03-13.756, Bull. civ. IV, n° 210). Les faits étaient les suivants : la société Neopost avait contracté avec l'inventeur d'une imprimante, pour devenir le distributeur exclusif de cette machine, avec de surcroît la faculté d'acheter l'invention, dans une certaine fenêtre de temps et moyennant un prix variable. Le prix de base de l'acquisition éventuelle était fixé, mais il était convenu que ce prix diminuerait en fonction du nombre de machines commandées par la société Neopost à l'inventeur, dans le cadre du contrat de distribution, lors des deux années précédant la levée de l'option d'achat. L'option ayant été levée, l'inventeur, ne désirant plus vendre son invention, avait stigmatisé le fait que cette clause était notamment critiquable sur le terrain de l'indétermination. La cour d'appel d'Aix-en-Provence a écarté le grief en considérant que le nombre de produits commandés par la société Neopost résultait de l'état du marché, et non de la seule volonté de la société Neopost (la cour avait-il est vrai également relevé que le mécanisme critiqué s'apparentait à une logique économique de crédit-bail, que rien ne permettait de juger illicite en l'espèce).

3. La troisième et dernière technique de détermination décalée du prix réside dans le recours à un tiers évaluateur. —

Dans ce cas, les parties (et parfois la loi ; voir ainsi C. civ., art. 1851 : le gérant associé de la SARL peut, sauf disposition contraire dans les statuts, lorsqu'il est révoqué, exiger le rachat de ses parts dans les conditions de l'article 1869, alinéa 2 ; ce sera également le cas pour les héritiers ou légataires non agréés comme nouveaux associés – C. civ., art. 1870-1 et C. com., art. L. 221-15 pour les SNC – ou lorsque le cessionnaire pressenti de parts sociales de SARL n'est pas agréé : C. com., art. L. 223-14 ; voir aussi C. com., art. L. 227-18 et L. 228-4), décident de s'en remettre à un tiers,

est fréquent, ce recours peut d'ailleurs être fait soit à titre principal soit, si l'on peut dire, à titre subsidiaire pour prévoir le cas où la convention "principale" des parties ne pourrait pas s'appliquer. Tel pourra être le cas notamment en cas de fusion de la société cédée au sein d'un ensemble économique plus vaste, ladite fusion rendant difficile ou impossible la détermination des résultats de l'activité économique initiale. Tel pourra aussi être le cas, à titre subsidiaire, pour couvrir tout risque d'annulation de la clause principale sur le terrain de l'indétermination ou de la potestativité...

L'intérêt pratique du recours au tiers évaluateur n'est donc pas discutable, et se trouve au reste d'autant plus nécessaire que le juge français ne peut en aucun cas, comme on l'a vu, se permettre de fixer lui-même le prix en se référant à des éléments externes à la convention des parties.

Pourtant, malgré cet intérêt évident, et, par voie de conséquence, son utilisation fréquente, la notion de *tiers évaluateur* était, jusqu'il y a peu, assez floue, tant en ce qui concerne sa qualification que son régime juridique.

I - QUELLE EST LA QUALIFICATION JURIDIQUE DU TIERS EVALUATEUR ?

La question s'impose parce que les deux principaux textes qui lui sont consacrés paraissent lui imprimer des qualifications trompeuses. Ce qui a conduit la doctrine et la jurisprudence à tenter de lui restituer sa véritable qualification.

A - Des qualifications légales trompeuses

Des qualifications légales trompeuses, c'est bien le constat que l'on est tenté de tirer de la lecture des articles 1843-4 et 1592 du Code civil.

Du premier, on sait qu'il qualifie le tiers évaluateur d'expert. Si l'on ajoute que ce tiers est, toujours aux termes de cette disposition, désigné par le juge dans l'hypothèse où les parties ne s'y entendent pas elles-mêmes, on verra rapidement se profiler le visage de l'expert judiciaire. L'expert de 1843-4 est-il donc un expert judiciaire ? Tout porte à l'exclure. La mission qui lui est dévolue se distingue de l'expertise judiciaire à plusieurs égards. Par son but, d'abord : alors que l'expertise judiciaire a rempli un objectif probatoire, destiné à préparer un débat judiciaire à venir, la mission du tiers consiste simplement à parfaire un contrat. Elle s'en distingue, ensuite, par son caractère forcé : alors que,

>

sauf hypothèse particulière, l'expertise judiciaire n'est qu'une faculté pour le juge, qui peut s'estimer suffisamment renseigné par les éléments de la cause, ce dernier ne pourrait, sous ce même prétexte, refuser de désigner l'expert de l'article 1843-4 et procéder lui-même à l'évaluation: la Cour de cassation l'a fermement rappelé dans un arrêt récent, rendu le 25 janvier 2005 (Cass. 1^{re} civ., 25 janv. 2005, n° 01-10.395, Bull. civ. I, n° 49, RLDC 2005/14, n° 571). De même, alors que le juge est libre de s'approprier ou non les conclusions de l'expert judiciaire, il lui est en revanche rigoureusement interdit de remettre en cause celle de l'expert de l'article 1843-4, et ce, à une exception près: en cas d'erreur grossière du tiers, comme la Haute juridiction l'a rappelé le 19 avril 2005 (Cass. com., 19 avr. 2005, n° 03-11.790, Bull. civ. IV, n° 95). Enfin, alors qu'en matière d'expertise judiciaire le juge dispose de la faculté d'ordonner une contre-expertise, il ne pourrait, constatant une telle erreur grossière dans le domaine de l'article 1843-4, procéder lui-même à la désignation d'un nouvel expert. C'est ce que la Cour de cassation a jugé par deux fois, le 25 novembre 2003 et le 30 novembre 2004, contraignant ainsi les parties à saisir de nouveau la juridiction du premier président (Cass. 1^{re} civ., 25 nov. 2003, n° 00-22.089, Bull. civ. I, n° 243; Cass. com., 30 nov. 2004, n° 03-13.756, précité).

L'expert de l'article 1843-4 n'est donc assurément pas un expert judiciaire. *A fortiori*, le tiers de l'article 1592 ne l'est-il pas non plus. D'une part, ce texte même exclut qu'il puisse y avoir vente dans l'hypothèse où le tiers ne procède pas à l'évaluation, ce qui interdit donc au juge de désigner un nouveau tiers. D'autre part, la Cour de cassation a rappelé le 4 février 2004 que cette évaluation ne pouvait, elle non plus, être remise en cause par le juge, sauf erreur grossière (Cass. com., 4 févr. 2004, n° 01-13.516, Bull. civ. IV, n° 23, RLDC 2004/3, n° 87).

L'expert de l'article 1843-4 est-il, alors, un arbitre? Sans doute, mais le texte ne le qualifie pas comme tel. Mais il est tentant de raisonner par analogie avec l'article 1592 qui, lui, emploie la notion d'*arbitrage* pour désigner le tiers chargé par les parties de fixer un prix de vente. D'ailleurs, la Cour de cassation elle-même, dans l'arrêt déjà évoqué du 30 novembre 2004, précise que la mission de l'expert de l'article 1843-4 est d'arbitrer un prix de cession (Cass. com., 30 nov. 2004, n° 03-13.756, précité). En réalité, la qualification d'arbitre proprement dit ne sied pas à l'expert de l'article 1843-4, pas plus d'ailleurs qu'au tiers de l'article 1592, et en dépit des termes de ce dernier texte.

La raison en est simple. Il n'y a arbitrage que s'il y a litige. Sans doute l'article 1843-4 subordonne-t-il l'intervention de l'expert à une contestation. Mais là encore, il ne faut pas s'y tromper: la contestation n'est que la cause de l'intervention du tiers, non son objet. C'est ce qu'explique Motulsky: le désaccord lui-même n'entre pas dans l'objet de la mission, il en est simplement la condition extérieure et préalable. Aussi bien, donc, la Cour de cassation a-t-elle jugé le 20 octobre 1993 que le tiers de l'article 1592 n'était pas un arbitre (Cass. 2^e civ., 20 oct. 1993, n° 91-21.915), et la cour de Paris, le 21 mai 1996, qu'un arbitre n'avait pas compétence pour évaluer lui-même des parts sociales (CA Paris, 21 mai 1996, RTD com. 1997, p. 230). Au demeurant, si notre tiers et notre expert étaient des arbitres, leur décision aurait le caractère d'une sentence, en principe, susceptible de recours, et la jurisprudence précitée sur l'erreur grossière ne se concevrait donc guère. D'ailleurs et pour l'anecdote, la nature même du grief qu'implique ce sauf-conduit exceptionnel témoigne de ce que notre tiers

n'a pas pour mission de rendre la justice: souvenons-nous, en effet, qu'aux termes d'un arrêt du 21 octobre 1997, l'imputation d'une erreur grossière faite à un juge présente un «*caractère injurieux et outrageant pour la justice*», qui excède les limites d'une défense légitime (Cass. com., 21 oct. 1997, n° 95-17.183)!

Une question demeure cependant: les parties pourraient-elles, dans leur convention, investir le tiers évaluateur d'une mission arbitrale *stricto sensu*, qui commanderait l'application des articles 1142 et suivants du Nouveau Code de procédure civile

et neutraliserait la condition d'erreur grossière? Tout porte à croire que non, pour cette raison, encore, que l'un des éléments essentiels nécessaires à la qualification d'arbitrage, à savoir la situation litigieuse, fait défaut. Et c'est bien là toute la difficulté: d'où qu'elle vienne, la qualification est fautive parce que les éléments fondamentaux qui y donnent prise font défaut, sans que la loi, ni les parties, n'y puissent rien. Cela étant, rien, semble-t-il, n'interdirait aux parties de prévoir que la détermination du tiers évaluateur pourra être remise en cause, à la diligence de l'une d'elles, devant un autre tiers évaluateur dont la décision prévaudrait. Mais

ce serait là affaire de pure convention, non de contre-expertise, ni de voie de recours contre une décision arbitrale. De fait, c'est dans le domaine du contrat que, timidement, la jurisprudence puise la qualification du tiers évaluateur.

B - Une qualification jurisprudentielle naissante

Ni expert, ni arbitre. Mais qu'est donc, alors, le tiers chargé de fixer le prix? La qualification qui paraît s'imposer actuellement est celle de mandataire des parties. C'est celle qu'a retenue la Cour de cassation dans l'arrêt déjà cité du 4 février 2004 (Cass. com., 4 févr. 2004, n° 01-13.516, précité), à propos du tiers de l'article 1592: celui-ci est le mandataire des parties.

S'il fallait, comme il est d'usage en notre discipline, discuter cette qualification, on soulignerait deux choses. D'une part, le schéma du mandat double, c'est-à-dire d'un mandataire représentant les deux parties à la fois, a toujours suscité quelque méfiance de la doctrine. Mais il est vrai que la jurisprudence paraît le valider (voir par exemple, Cass. 1^{re} civ., 13 mai 1998, n° 96-17.374, Bull. civ. I, n° 169). D'autre part et surtout, le mandataire est celui qui a pour mission de conclure un acte juridique au nom et pour le compte de son mandant. Celui qui doit accomplir de simples actes matériels est un entrepreneur, non un mandataire, comme l'a d'ailleurs rappelé la cour d'appel de Paris dans le désormais célèbre arrêt *Tapie*, rendu le 30 septembre 2005. La question se posait en effet de savoir si la banque chargée de trouver un acquéreur pour le capital d'Adidas, était un mandataire ou un entrepreneur. La cour a jugé que cette mission était exclusive de la qualification d'entreprise et emportait celle de mandataire parce qu'elle consistait non en des actes matériels, mais en des actes juridiques. Or, c'est tout l'inverse s'agissant de notre tiers évaluateur: sa mission ne consiste qu'en des actes matériels, non en des actes juridiques. Objectera-t-on qu'il est chargé de conclure le contrat en cause, en donnant au nom et pour le compte de chacune des parties son accord sur le prix qu'il détermine, à la manière d'un mandataire investi d'un pouvoir des deux parties? L'analyse serait pour le moins artificielle. En tout état de cause, elle se heurterait à un autre arrêt récent, rendu celui-ci le 30 novembre 2004, dont il résulte que la vente est parfaite dès l'échange des consentements entre les deux parties, peu important que la détermination du prix incombe à un tiers conventionnellement

L'intérêt pratique du recours au tiers évaluateur n'est pas discutable, et se trouve d'autant plus nécessaire que le juge français ne peut fixer lui-même le prix en se référant à des éléments externes à la convention des parties.

investi de cette mission (Cass. com., 30 nov. 2004, n° 03-13.756, précité). Si donc le contrat est définitivement conclu avant même l'intervention du tiers, c'est bien que celui-ci n'a pas la qualité d'un mandataire *stricto sensu*. Sans doute l'arrêt du 4 février 2004 n'innove-t-il pas, en qualifiant ainsi une personne pourtant chargée de simples prestations matérielles; on sait que la jurisprudence en offre d'autres exemples. Mais il révèle, une fois de plus, que le tiers chargé de la détermination du prix peine à se trouver une qualification juridique parfaitement seyante.

Et d'ailleurs, pour autant que l'on souscrive à la qualification retenue par l'arrêt du 4 février 2004, il reste à s'interroger sur sa transposition à l'expert de l'article 1843-4. Cet expert est-il lui aussi mandataire des parties? C'est ainsi que le qualifie le doyen Jacques Mestre, dans le Lamy Droit des sociétés commerciales. Et de fait, un raisonnement analogique avec le tiers de l'article 1592 paraît s'imposer. C'est d'ailleurs ainsi qu'a raisonné un arrêt de la cour d'appel de Douai du 24 février 1983, qualifiant l'expert de l'article 1843-4 et le tiers de l'article 1592 de mandataires des parties (CA Douai, 24 févr. 1983, Rev. sociétés 1983, p. 337). On pourrait cependant objecter à cette analyse que lorsque l'expert est désigné par le juge, le caractère conventionnel du mandat paraît faire défaut. Et la quête de qualification ressurgir. Mais on se ramera sur ce point à l'opinion du professeur Viandier, selon lequel l'accord des parties à la cession, ou même au pacte social, incorpore les dispositions pertinentes de la loi, dont l'article 1843-4, de sorte que, même si l'expert est désigné par le juge, sa désignation n'en procède pas moins initialement de la volonté des parties. En somme sur ce point, la qualification émergente de mandataire des parties, sans être indiscutable, ne paraît pas tout à fait inappropriée. Et l'on en tirera la conclusion suivante. Si le tiers évaluateur est mandataire, c'est que l'on peut avoir recours à ses services aussi librement que l'institution du mandat peut être utilisée. Et c'est précisément cette solution que semble retenir un arrêt rendu par la cour d'appel d'Aix-en-Provence le 27 février 2003, validant une clause renvoyant à l'article 1843-4 dans un cas où celui-ci ne s'appliquait pas de plein droit (une cession de droits intellectuels) et déboutant l'une des parties de sa demande en nullité fondée sur cette circonstance (CA Aix-en-Provence, 27 févr. 2003, n° 02/12915); cette décision a d'ailleurs été implicitement approuvée sur ce point par la Cour de cassation dans l'arrêt, déjà évoqué, du 30 novembre 2004 (Cass. com., 30 nov. 2004, n° 03-13.756, précité). Et dans ces conditions, on ne peut qu'encourager les parties à procéder de la sorte plutôt que de se référer à l'article 1592. Dans le cadre de ce dernier texte, en effet, la vente est caduque si le tiers ne peut ou ne veut procéder à l'évaluation. Au contraire, sous l'empire de l'article 1843-4, une telle circonstance est sans effet, les parties pouvant solliciter la désignation judiciaire d'un expert autant de fois que cela est nécessaire.

Ainsi donc s'affirme, peu à peu, la qualification naissante du tiers évaluateur, en même temps qu'elle en déploie le terrain d'action. Mais le régime juridique censé le gouverner se trouve-t-il, du même coup, nettement déterminé? Cela n'est pas certain, et nous l'avions annoncé dès l'abord: le tiers chargé de fixer le prix est aussi en quête d'un régime juridique.

II - À QUEL RÉGIME FAUT-IL SOUMETTRE LE TIERS ÉVALUATEUR?

À toute qualification, répond, en principe, un régime juridique. De ce qui a été exposé ci-dessus, on devrait donc déduire que notre tiers, mandataire des parties, est soumis aux règles du mandat prévues aux articles 1984 et suivants du Code civil. On ne saurait pourtant conclure de façon si péremptoire.

L'application de certaines de ces règles pourrait en effet soulever quelque difficulté; et par-dessus tout, l'application d'autres règles, étrangères au mandat, fait aussi débat.

Le régime juridique du tiers évaluateur doit donc être cherché à la fois dans le mandat, et hors du mandat.

A - Dans le mandat

Partons du principe que le tiers évaluateur est bien le mandataire des parties. Il faut donc *a priori* en déduire que les parties et ce tiers se trouvent sous le régime du mandat. L'arrêt précité du 4 février 2004 y invite d'ailleurs, qui fait application en notre matière de l'article 1992 du Code civil, texte propre au mandat (Cass. com., 4 févr. 2004, n° 01-13.516, précité); nous reviendrons un peu plus loin sur cet arrêt.

Mais l'assimilation doit-elle être totale?

Les parties peuvent-elles, par exemple, encadrer la mission du tiers en prévoyant une méthode précise destinée à l'évaluation de la chose? En pratique, l'usage de telles méthodes, et notamment de formules destinées à valoriser des droits sociaux au regard des résultats de la société, ou encore de la stipulation d'un prix plancher et/ou d'un prix plafond, est extrêmement fréquent, voire systématique. Nul doute que de tels procédés sont valables, si l'on se réfère au droit commun du mandat, dont personne ne contestera qu'il permet aux parties d'encadrer précisément la mission du mandataire. D'ailleurs, la cour d'appel d'Aix-en-Provence, dans l'arrêt précité du 27 février 2003, a clairement validé une clause de prix plafond contenue dans la convention qui renvoyait à l'article 1843-4 dans un cas où celui-ci ne s'appliquait pas de plein droit. On ajoutera que cette clause faisait, en l'espèce, varier le prix à la baisse en fonction de sommes déjà versées par le cessionnaire à l'occasion de commandes faites au cédant, portant sur des produits issus des droits intellectuels cédés. La logique de détermination du prix, proche de celle du crédit-bail, a été clairement validée par la cour, qui a écarté le grief d'indétermination soulevé par le cédant. Reste qu'en l'espèce, la convention ne tombait pas de plein droit sous l'empire de l'article 1843-4. Que décider alors dans le cas où ce texte doit s'appliquer de plein droit? Si la question mérite d'être posée, c'est que l'arrêt précité de la Cour de cassation du 25 novembre 2003 a jugé que cette disposition était d'ordre public (Cass. 1^{re} civ., 25 nov. 2003, n° 00-22.089, précité). Or, celle-ci confie à l'expert mission de déterminer la valeur des titres, c'est-à-dire, littéralement, leur valeur réelle. Un esprit chicanier pourrait donc, excipant du caractère d'ordre public de cette exigence, contester la validité d'une formule conventionnelle d'évaluation dont la mise en œuvre se révélerait défavorable pour lui eu égard à la valeur réelle des titres. En vérité, une telle argumentation n'aurait guère de chances de prospérer. On objecterait en effet efficacement, selon nous, que l'expert n'est saisi qu'en cas de contestation et, partant, dans la seule mesure de cette contestation. Le libellé de la formule d'évaluation trouvant par définition sa source dans un accord des parties, il échappe à la contestation et, partant, à la marge de manœuvre de l'expert.

La libre détermination de la mission du mandataire par les parties ne soulève donc, semble-t-il, aucune difficulté sérieuse. Mais il n'en va peut-être pas de même de toutes les règles qui gouvernent le mandat. Bien sûr, il ne saurait être question de les passer toutes en revue. L'une d'elles vient toutefois immédiatement à l'esprit de qui s'interroge sur ce point: celle qui permet au mandant de révoquer le mandataire. Admettra-t-on que l'une des deux parties, mécontente de la tournure que prend la procédure d'évaluation, révoque le tiers évaluateur? On imagine sans mal les conséquences gênantes qui pourraient résulter d'une telle faculté. Mais on songe bien sûr à une parade tirée du droit du mandat lui-même: il suffit de considérer que le mandat ainsi confié

>

au tiers est irrévocable. Est-ce oublier cette fameuse règle suivant laquelle la révocation d'un mandat irrévocable n'en est pas moins pleinement efficace, et ne se résout qu'en dommages-intérêts? Non pas. Cette règle connaît en effet précisément une exception lorsque le mandat fait corps avec un autre contrat dont il doit permettre l'exécution. Dans ce cas, en effet, la révocation est réellement inefficace. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation dans un arrêt ancien, rendu le 3 novembre 1947 (Cass. civ., 3 nov. 1947, JCP éd. G 1947, II, n° 4009), mais qui conserve toute sa vigueur, comme l'a relevé le doyen Stoufflet (Stoufflet J., *Le mandat irrévocable*, instrument de garantie, in *Mélanges Colomer A.*, 1993, p. 477). Or, tel est bien le cas dans notre hypothèse : le mandat confié au tiers doit permettre de parfaire et, finalement, d'exécuter le contrat dont le prix fait encore défaut ; toute révocation émanant de la volonté unilatérale de l'une des deux parties devrait donc être inefficace.

On ne se dissimulera cependant pas que, de nouveau, la transposition des règles du mandat suppose la mise à l'écart d'une solution éprouvée : autre péripétie de notre tiers en quête de régime. Et l'on ne peut évidemment exclure que les règles de droit commun du mandat ne renferment d'autres chausse-trappes. À tout le moins s'en est-il déjà présenté, venant cette fois-ci de l'extérieur : hors le mandat.

B - Hors le mandat

Hors le mandat, les principales difficultés que soulève le régime applicable au tiers évaluateur viennent de la procédure civile. On sait en effet que l'expert judiciaire et l'arbitre sont tenus de respecter le principe du contradictoire et de se montrer rigoureusement impartiaux. Ces mêmes exigences s'appliquent-elles à l'expert de l'article 1843-4 et au tiers de l'article 1592? Le profil ambivalent de ces derniers ne manquera évidemment pas d'inciter les plaideurs déçus à défendre l'affirmative. Fondé sur la qualification même de nos deux intervenants, l'argument n'aurait aucune chance de prospérer, tant il est évident que l'expert de l'article 1843-4 n'est pas un expert judiciaire, ni le tiers de l'article 1592, un arbitre. Mais cette vérité n'y suffit peut-être pas, pour cette raison que le respect du contradictoire et l'exigence d'impartialité sont souvent considérés comme rayonnant au-delà du strict cadre du procès. C'est ainsi qu'un éminent auteur, le professeur Loïc Cadet, estime que ces obligations s'imposent dans le cadre de l'article 1843-4 comme dans celui de l'article 1592, non pas parce que nos deux tiers seraient experts ou juges, mais précisément parce qu'ils sont des tiers.

Autre signe de la richesse de l'actualité jurisprudentielle récente en la matière, la Cour de cassation s'est précisément prononcée sur cette question le 19 avril 2005, dans un arrêt très largement diffusé puisqu'il sera mentionné dans le Rapport annuel de la Cour (Cass. com., 19 avr. 2005, n° 03-11.790, précité).

En l'espèce, le tiers désigné sur le fondement de l'article 1843-4 souhaitait parfaire sa connaissance du marché sur lequel intervenait la société cédée, en consultant des sociétés ayant une activité et une envergure similaires ; et ce, afin d'obtenir des informations sur la valorisation de leurs propres titres, et en particulier sur le coefficient utilisé par elles à cet effet. Il était évidemment à craindre que ces sociétés ne refusent de prêter leur concours si ces informations, commercialement intimes, avaient vocation à devenir publiques. Aussi notre expert avait-il garanti aux sociétés consultées le plus strict anonymat. Mais l'associé cédant a contesté l'évaluation retenue par l'expert et, à cette fin, lui a enjoint de lui communiquer l'identité des sociétés consultées.

Le mandat confié au tiers doit permettre de parfaire et, finalement, d'exécuter le contrat dont le prix fait encore défaut ; toute révocation émanant de la volonté unilatérale de l'une des deux parties devrait donc être inefficace.

L'expert s'y étant refusé, le cédant a sollicité l'annulation du rapport d'évaluation pour violation du contradictoire. La cour d'appel d'Aix-en-Provence ayant rejeté cette demande est approuvée par la Cour de cassation au motif que « *les experts ont toute latitude pour déterminer la valeur des actions selon les critères qu'ils jugent opportuns et (qu'ayant) constaté qu'en l'espèce l'évaluation était exempte d'erreur grossière, la cour d'appel a(vait), par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision* ». La Cour ne dit certes pas positivement que le principe du contradictoire ne régit pas la mission de l'expert de l'article 1843-4. Mais le fond même de la solution rendue, et en particulier le fait que seule une erreur grossière puisse remettre en cause la procédure d'évaluation, paraissent clairement témoigner en ce sens. Et du caractère rigoureusement exclusif de cette sortie de secours que constitue l'erreur grossière, l'on déduira que la même solution devrait s'appliquer à l'exigence d'impartialité, sauf bien entendu dans l'hypothèse où la partialité se traduirait par une erreur grossière destinée à profiter à l'une des parties. Enfin, l'on étendra sans hésiter ces solutions, par *a fortiori*, au tiers de l'article 1592.

Reste cependant à expliquer ces solutions, sans revendiquer un confinement artificiel du contradictoire et de l'impartialité dans le seul cercle du procès. Peut-être faut-il, sur ce point, revenir au mandat. C'est précisément à quoi invite l'arrêt précité du 4 février 2004 (Cass. com., 4 févr. 2004, n° 01-13.516, précité). La Cour y juge en effet, au visa de l'article 1992 du Code civil, que si l'erreur grossière est une condition de la remise en cause de la détermination du prix, elle n'est pas la condition de la responsabilité du mandataire chargé de celle-ci, laquelle ne suppose qu'une simple faute ; étant cependant précisé que le tiers évaluateur n'assume qu'une obligation de moyens, comme vient de le juger la cour d'appel de Versailles dans l'arrêt rendu sur renvoi le 27 septembre 2005 (CA Versailles, 27 sept. 2005, D. 2005, p. 2942). Une simple faute suffit, donc, quoique la preuve doive en être rapportée par le demandeur. Or, l'arrêt du 4 février 2004 ajoute que le vendeur est en droit d'obtenir réparation du préjudice que lui cause la sous-évaluation fautive, et donc simplement fautive, de la chose vendue. Tout est là, semble-t-il. Que peuvent redouter, chacun de son côté, le cédant et le cessionnaire frustrés d'une discussion sur les éléments d'évaluation des titres ou flairant la partialité du tiers évaluateur? Ni plus ni moins, nous semble-t-il, qu'une évaluation erronée, à la hausse ou à la baisse. Or, l'arrêt précité leur ouvre précisément la possibilité de demander réparation au tiers évaluateur de la perte que représente un tel écart de valeur. C'est dire, en somme, que la sanction d'un manquement au contradictoire ou à l'exigence d'impartialité se trouve déplacée du terrain de la validité vers celui de l'exécution de la mission et, *in fine*, de la responsabilité du tiers évaluateur. La technique n'est pas nouvelle en matière de prix. On se souvient en effet que d'importants arrêts rendus le 1^{er} décembre 1995 ont procédé de la sorte s'agissant de l'exigence de détermination du prix au regard de l'article 1129 du Code civil : de la nullité pour indétermination initiale d'un prix devant être fixé par l'une des parties, l'on est passé à un contrôle de la fixation de ce dernier par ladite partie, sanctionnée en cas d'abus par des dommages-intérêts. Soucieuse de sécurité juridique, la solution fait finalement le pari de la confiance : confiance en la loyauté des parties contractantes, dans ce dernier cas, et confiance en celle du tiers évaluateur, dans notre hypothèse.

La loyauté : on revient donc au mandat, dont on sait qu'elle y est intimement attachée, comme l'a rappelé l'arrêt Tapie. ♦