

La détermination du prix par un tiers

Aspects pratiques



Youssef KNANI

Agrégé des facultés de Droit
Avocat à la Cour de cassation

Société d'avocats Boussayene-Knani-Houერი

Au début du siècle passé, le législateur tunisien semble avoir perçu le prix comme étant avant tout l'expression de la volonté des parties contractantes. Aux termes de l'article 579 du C.O.C « le prix doit être déterminé ». Cette règle signifie implicitement que les parties doivent déterminer elles-mêmes le prix de vente.

Le même article ajoute :

« On ne peut en rapporter la détermination à un tiers, ni acheter au prix payé par un tiers, à moins que le prix ne soit connu des contractants ».

Le C.O.C s'est démarqué en la matière du Code civil français qui, après avoir déclaré dans son article 1591 que « le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties », a admis dans l'article suivant : « Il peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers... »¹.

En excluant que le prix puisse être déterminé par un tiers, le législateur tunisien a voulu protéger tant l'acheteur que le vendeur contre la surprise de voir une personne en dehors du cercle contractuel, fixer le prix à un niveau trop bas ou à un niveau trop élevé et bouleverser ainsi les prévisions qui avaient été à la base de la transaction mobilière ou immobilière convenue. La seconde phrase du texte (à moins que le prix ne soit connu des contractants) témoigne du souci du législateur d'éviter que l'on soit lié dans un contrat par un élément qui était inconnu lors de la conclusion de ce contrat, surtout que cet élément est déterminant dans la transaction.

En fait, il est permis de se demander à la lecture de l'article 579, pourquoi les parties seraient elles amenées à confier la détermination du prix à un tiers, si ce prix était connu des contractants lors de la conclusion de la vente. En pareil cas, ne serait-il pas plus simple de stipuler directement ce prix dans le contrat ?

Le problème se pose dans les mêmes termes lorsque le prix est déterminé par référence à ce qui est payé par un tiers. Dans la mesure où la validité d'une telle clause suppose la connaissance de ce prix par les contractants, ne faudrait-il pas jouer la transparence et indiquer directement le prix convenu dans l'acte ?

Dans la pratique, la référence à un prix déterminé par un tiers ou payé par un tiers, ne paraît pas répondre à un besoin réel ou du moins courant du monde des affaires aujourd'hui, si le tiers est perçu comme étant une personne ordinaire, n'ayant pas de compétence particulière. Le texte interdisant la détermination du prix par un tiers, sauf si le prix est connu des contractants, ne servirait pas à grand chose. Autrement dit, dans le cas où le prix est déterminé par un tiers ou fixé par référence à ce qu'un tiers a payé, on n'a qu'à obtenir le renseignement qu'il faut avant de conclure le contrat pour pouvoir indiquer le prix à payer directement dans l'acte et du coup le prix sera fixé par les parties et non par un tiers.

En revanche, la formule du prix à déterminer par un tiers, revêt dans les relations d'affaires une importance certaine et peut aujourd'hui soulever de sérieuses difficultés lorsque le tiers est un professionnel ou un expert dont on a besoin pour déterminer le prix d'une manière objective et éviter les marchandages souvent difficiles, voire désagréables auxquels on n'est pas habitué ou pour lesquels on n'est pas doué... L'interdiction de la détermination du prix par un tiers serait alors non seulement injustifiée, mais aussi et surtout à contre-courant de ce que l'on peut aujourd'hui observer dans le droit des affaires et spécialement dans la pratique moderne du droit des sociétés.

Cette présentation sommaire de la question nous conduit à délimiter le domaine d'application de l'interdiction de confier à un tiers la détermination du prix (I), avant de nous interroger sur l'évolution du droit des sociétés dans ce domaine, qui est marquée par le recul de l'interdiction (II).

I) Le domaine de l'interdiction

L'interdiction de la détermination du prix par un tiers, concerne tous les tiers sans distinction aucune, y compris l'expert, l'arbitre et le juge qui sont tous tiers, par opposition aux parties qui sont seules habilitées à déterminer le prix (A).

Mais d'un autre côté, l'interdiction de faire déterminer le prix par un tiers, doit être limitée au contrat de vente pour lequel elle a été édictée. Elle ne s'étend pas aux contrats voisins mais distincts, pour lesquels des règles plus souples sont applicables (B).

A) L'incompétence générale des tiers

a) La règle

Les parties au contrat sont seules compétentes pour déterminer le prix de vente. Ceci est valable aussi bien lorsque le prix est immédiatement exigible que lorsque son paiement est différé. Il s'agit d'une condition de validité de l'acte juridique. Il est vrai que l'article 579 du C.O.C ne figure pas dans la section II, intitulée « De la perfection de la vente », mais il est bien évident

qu'il s'y rattache nécessairement. L'article 580 dispose en effet que « la vente est parfaite entre les parties, dès qu'il y a consentement des contractants, l'un pour vendre et l'autre pour acheter et qu'ils sont d'accord sur la chose, sur le prix² et sur les autres clauses du contrat ». Le prix, visé dans cet article comme élément indispensable sur lequel les parties doivent être d'accord pour que la vente soit valablement conclue³, doit incontestablement obéir à la condition de détermination, telle que fixée dans l'article 579.

La détermination du prix par les parties dans le contrat de vente, doit-elle s'appliquer aussi à la promesse de vente ?

De prime abord, on peut être tenté de répondre par la négative au motif que l'interdiction de l'article 579 relève d'une disposition restrictive au sens de l'article 540 du C.O.C qui empêche l'interprète d'étendre son domaine au-delà du cas qu'elle exprime, à savoir la vente, sachant que dans les autres contrats la détermination du prix par un tiers n'est pas interdite. Ce raisonnement n'est pas cependant valable, car lorsque le bénéficiaire de la promesse lève l'option, alors que le prix prévu dans cette promesse doit être déterminé par un tiers, cela reviendrait à dire que le contrat de vente sera établi sur cette même base qui est contraire à l'article 579. Autrement-il, la promesse de vente ne devrait pas stipuler un prix devant être fixé par un tiers.

Néanmoins, nous estimons que la rigidité de l'article 579 ne devrait pas être poussée outre mesure et qu'il est possible pour les parties de conclure un protocole d'accord dans lequel le vendeur s'engage à transférer à l'acheteur qui accepte la propriété d'un bien dont le prix sera déterminé par les parties sur la base d'une expertise. Le même acte peut définir les conditions de cette expertise et désigner son auteur et même son suppléant s'il n'accepte pas la mission. Une fois que l'expertise est réalisée et dans la mesure où les parties acceptent le prix déterminé par l'expert ou même un prix négocié à partir de ce qui a été retenu par l'expert dans son rapport, un contrat de vente définitif est signé. L'intérêt du protocole d'accord dans ce cas est qu'il constate l'accord des parties sur le principe même de la vente et sur la méthode à suivre pour déterminer son prix. Cet acte qui est préliminaire par définition, n'opère évidemment aucun transfert de propriété, mais il a le mérite d'obliger les parties à se comporter d'une manière positive en vue de parvenir à un accord définitif. Certes, cet accord définitif n'est pas sûr. Il pourrait ne pas se réaliser, puisque l'évaluation de l'expert demeure subordonnée à l'acceptation des parties, mais il incombe à chaque partie de faire de son mieux pour que l'expertise convenue soit effectuée. Celui qui agirait à contre-courant de la procédure devant conduire à la finalisation de l'accord, risque de voir sa responsabilité engagée. Ainsi, le vendeur qui au mépris de son engagement initial, prendrait la décision de vendre le bien à un second acheteur, répondra de cette rupture abusive des pourparlers envers le premier acheteur, même si celui-ci n'était en fait qu'un acheteur potentiel. En s'engageant dans un processus en vue d'aboutir à un résultat déterminé, on doit se comporter loyalement envers son partenaire. La Cour de cassation française a admis en la matière que le fait pour une partie de se dérober à l'obligation de désignation d'un expert, justifie sa condamnation à une indemnité compensatrice⁴. Le Professeur Alain Bénabent écrit à ce sujet « qu'une partie ne saurait sans mauvaise foi, paralyser un mécanisme de fixation du prix qu'elle a elle-même accepté, en vue de renier la vente »⁵.

b) Les applications

b.1) L'expert

La règle posée dans l'article 579 du C.O.C vise la détermination du prix par un tiers, d'une manière générale et sans distinction entre le tiers non professionnel et l'expert. En édictant une telle interdiction en 1907, le législateur s'est méfié d'une certaine manière de tous ceux qui ne sont pas parties au contrat de vente. Cette option semble très contestable aujourd'hui où, compte tenu de la complexité du commerce et de la diversité des produits et des marchés, les tiers auquel on veut faire appel pour déterminer le prix d'un immeuble professionnel, d'un fonds de commerce ou d'une marchandise, est le plus souvent un expert. Celui-ci n'est-il pas

1 L'on sait que le terme arbitrage utilisé dans ce texte, n'est pas utilisé au sens technique qui lui est donné en matière de droit judiciaire.

Sur la notion de prix déterminé, on consultera notamment : Alain Bénabent, Droit civil, les contrats spéciaux civils et commer-

ciaux, Montchrestien, 8e édition, n° 52 ; Jérôme Huet, les principaux contrats spéciaux, LGD, n° 11190.B et les références citées.

2 C'est nous qui soulignons.

3 Sous réserve bien entendu des règles spécifiques à la vente im-

mobilière et aux ventes particulières pour lesquelles il existe un régime juridique spécifique (fonds de commerce, actions, aéro-nefs, navires etc...)

4 Civ. I^{re}, 24 novembre 1965, J.C.P. 66.II. 1402, note Gaury.

5 Op.cit n° 54

généralement mieux placé que les parties elles-mêmes pour faire une évaluation sur des bases techniques et professionnelles ?

Certains organismes professionnels sont en fait nettement plus compétents sur le plan technique que l'acheteur ou le vendeur pour déterminer le prix d'un terrain agricole irrigué ou non irrigué, d'un outillage ou d'un matériel spécialisé. De même, certains intermédiaires professionnels, traitant habituellement des opérations de vente et d'achat sur des fonds de commerce, des avions d'occasion ou des ensembles industriels, sont à même de fixer objectivement le prix d'un bien relevant de leur spécialité, en utilisant des critères sûrs et professionnellement consacrés. Leur compétence éprouvée n'est certes pas infaillible, mais le prix qu'ils déterminent est souvent plus proche de la réalité économique que celui qui peut venir à l'esprit d'un acheteur quelconque, faisant son entrée dans le secteur ou d'un vendeur surestimant son bien et ayant cessé de suivre l'évolution technologique qui a marqué l'industrie qu'il s'apprête à quitter. De lege ferenda, exclure la détermination du prix par un expert, n'est ni opportun dans le commerce d'aujourd'hui, ni même protecteur de l'acheteur. Il est vrai que l'expert peut se tromper et fixer le prix d'une manière déraisonnable. Il peut également être corrompu par un acheteur malhonnête ; mais ces situations pathologiques ne constituent pas la règle et même lorsque de tels abus se produisent, le contrôle du juge sur le travail de l'expert demeure possible. Ce contrôle est d'ailleurs consacré dans les droits italien et allemand où la détermination du prix par un expert est admise⁶.

b.2) Le juge ou l'arbitre

En réservant aux seules parties le droit de fixer le prix de vente et en interdisant que cette fixation soit réalisée par un tiers, l'article 579 du C.O.C a pour effet d'interdire au juge et à l'arbitre de remplir cette mission. En effet, si les parties au contrat n'indiquent pas dans leur contrat un prix déterminé, le juge ne serait pas compétent, même en s'abritant derrière l'interprétation de la volonté des parties, pour fixer lui-même le prix⁷. La vente sera alors nulle⁸, sachant que les conditions prévues pour sa perfection par l'article 580 ne seront pas réunies⁹.

En revanche, nous estimons que si la vente a été conclue à un prix déterminable et non déterminé, conformément aux termes de l'article 579 (prix fixé dans une mercuriale, d'un tarif déterminé ou de la moyenne des prix du marché), le juge est habilité en cas de différend entre les parties sur le montant exact à payer, de désigner un expert pour donner un sens précis à ce que les parties avaient retenu comme référence moyenne des prix du marché etc... En prenant une telle décision, le juge n'intervient pas en réalité pour fixer le prix à la place des parties. Il donne simplement un sens précis à ce qu'elles avaient elles-mêmes voulu en termes de prix.

B) La limitation de l'interdiction au contrat de vente

a) Exclusion pour le contrat de louage de choses

A première vue, l'article 735 du C.O.C renvoie à l'article 579 ci-dessus cité ; ce qui voudrait dire que la détermination du loyer par un tiers n'est pas admise. Cependant, on constate à la lecture de l'article suivant, qu'il existe une différence notable entre ce qui a été prescrit pour la vente et ce qui a été prévu pour le louage en matière de prix. En effet, l'article 736 déclare que « lorsque le prix de louage n'a pas été déterminé par les parties, elles sont présumées ensuite s'en être remises au prix courant pratiqué pour les choses de même nature dans le lieu du contrat ; s'il existe une taxe ou un tarif, elles sont censées s'être rapportées au tarif ou à la taxe ».

Il résulte de ce texte que lorsque le prix n'a pas été déterminé par les parties dans le contrat de louage de choses, le contrat n'est pas nul (comme c'est le cas pour la vente). On doit présumer la référence des contractants au prix courant du marché pour des biens de la même nature. De même, si le prix est taxé, c'est-à-dire fixé par l'Etat, ou s'il y a un tarif en vigueur, les parties sont censées avoir adopté ces éléments de référence. Sur la base de cette présomption qui joue lorsque les parties n'ont pas exprimé de volonté explicite, on peut admettre à plus forte raison que lorsque les parties ont explicitement désigné dans leur contrat un expert pour déterminer le prix en se basant sur les prix courants pratiqués pour les choses de même nature dans un lieu déterminé (prix du marché), le contrat est valable. Ainsi, le propriétaire d'une unité hôtelière classée 4 étoiles, peut convenir avec un locataire, d'une location annuelle renouvelable par tacite reconduction, à un prix égal au prix courant du lit, pratiqué dans la zone touristique où se situe l'hôtel pour des établissements du même standing. Le contrat peut désigner un expert pour fixer au début de chaque année le montant à payer sur cette base, en tenant compte de la vétusté, de la qualité de l'entretien ou d'autres facteurs déterminants.

L'impératif de rapidité commerciale plaide d'ailleurs en faveur de cette formule de détermination du prix, car les parties n'ont pas toujours le temps de fixer avec précision le loyer d'un hôtel avant de signer le contrat de location. Elles ne peuvent pas non plus prévoir dès le départ l'évolution du marché au cours des prochaines années. En se remettant à un expert et en lui indiquant la base sur laquelle il est appelé à accomplir sa mission, les parties parviennent à saisir l'opportunité économique qui se présente et à conclure à temps leur accord appelé souvent à durer plusieurs années.

b) Exclusion pour le contrat de louage d'ouvrage

En matière de louage d'ouvrage et d'industrie¹⁰, le législateur après avoir disposé dans l'article 835 du C.O.C que « le prix doit être déterminé ou être susceptible de détermination », ajoute dans l'article 838 « qu'à défaut de convention, le tribunal déterminera le prix des services ou de l'ouvrage d'après l'usage et au dire d'experts ; s'il existe un tarif ou une taxe déterminés, les parties sont censées s'en être remises au tarif ou à la taxe ».

La similitude entre les règles ci-dessus exposées sur le louage de choses et celles régissant le

6 Voir Vincent Heuzé, la vente internationale de marchandises, LGDJ, p.154, note 62. Il est à noter cependant que le contrôle judiciaire sur le prix fixé par l'expert n'est pas admis dans les systèmes juridiques français, anglais et américain selon le même auteur.

7 L'impossibilité pour le juge de fixer lui-même le prix est une règle classique du droit français. Elle a été rappelée par la Cour de cassation ces dernières années dans les arrêts : Civ. 1re, 25 novembre 2003, Bull.I. n°243 et 25 janvier 2005, Bull.I. n°49 cités par A. Bénabent op.cit, n°54, p.31. On consultera également sur cette question François Xavier Testu, Contrats d'affaires, collection Dalloz, 2010-2011, n° 42.25, p. 196.

8 Cette nullité a été consacrée par la Cour de cassation dans l'arrêt civil n° 7009 du 10 mai 1983. Bull civ 1983 ; T.II. 238. Voir sur la question: Abdallah AHMADI, les contrats spéciaux, la vente, Tunis 1997, n° 193 (en arabe).

9 La jurisprudence française qualifie cette nullité comme étant absolue, pouvant être invoquée par les tiers et non susceptible de confirmation. Voir : A. Bénabent op.cit, n° 54 et les arrêts cités aux notes 81, 82 et 83.

louage d'ouvrage ou d'industrie, est frappante. La détermination du prix n'est pas une condition de validité du contrat. Celui-ci peut être valablement conclu, même si aucune mention sur le prix n'y a été insérée. La doctrine française parle à cet égard de « l'indétermination licite du prix »¹⁰ et cette indétermination est très ancienne. Elle remonte à Pothier qui admet « qu'il n'est pas nécessaire que la somme d'argent dans laquelle doit consister le prix, soit déterminée dès le temps du contrat ; il suffit qu'elle doive le devenir par l'estimation qui en sera faite »¹¹. Le principe de l'indétermination licite du prix a été réaffirmé dans la doctrine postérieure au Code civil¹². Le C.O.C a adopté la même politique législative, en admettant dans l'article 838 que le prix peut être fixé a posteriori par le juge à dire d'expert. Il va sans dire que rien ne s'oppose à ce que les parties, sans passer par le juge, conviennent d'un prix qui sera fixé par un expert bénéficiant de leur confiance. L'interdiction de l'article 579 prévue pour la vente, n'est pas transposable au contrat d'entreprise. Toutefois, rien n'empêche les parties, si telle est leur volonté, de faire de la détermination préalable du prix un élément essentiel de leur contrat et de subordonner ainsi sa formation à la détermination du prix. L'article 838 qui utilise l'expression « à défaut de convention », n'est pas d'ordre public. En fait, dans certains marchés, le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur négocient longuement avant de se mettre d'accord sur un prix forfaitaire ou sur un bordereau des prix unitaires, pour éviter de s'en remettre a posteriori aux experts.

Il ressort de l'analyse juridique ci-dessus exposée, que l'interdiction de la détermination du prix par un tiers se limite au contrat de vente et qu'elle ne constitue pas une règle générale du droit des contrats. Bien plus, on constate à travers l'évolution du droit des sociétés et de la technique contractuelle que l'interdiction connaît un recul significatif qui mérite d'être mis en évidence.

II) Le recul de l'interdiction dans le droit des sociétés

Le recul de l'interdiction de la détermination du prix par un tiers et notamment par un expert, peut être observé tant dans la cession des parts de la SARL que des actions de la société anonyme à travers la loi n°2005-65 du 27 juillet 2005 qui a amendé le Code des sociétés commerciales (A). Ce recul constitue en outre un trait marquant de la pratique contractuelle dans le droit des sociétés, sous l'influence des techniques juridiques américaines qui ont fait tache d'huile dans de nombreux pays et qui sont devenues des instruments courants de l'ingénierie financière (B).

A) Le recul de l'interdiction dans les nouveaux textes

L'article 109 du C.S.C, tenant compte du fait que la SARL est le plus souvent marquée par l'intuitu personae, dispose que les parts sociales ne peuvent être cédées à un tiers étranger à la société qu'avec le consentement de la majorité des associés représentant au moins les 3/4 du capital.

Pour éviter que l'associé cédant ne reste prisonnier de son titre, selon la formule consacrée, ce texte prévoit dans son alinéa 3 une présomption suivant laquelle, si la société n'a pas fait connaître sa décision dans les trois mois qui suivent la dernière notification du projet de cession à la société et aux associés, le consentement de la société est censé être acquis.

En revanche, dans le cas où avant l'expiration du délai de trois mois, la société manifeste son refus d'approuver la cession, l'alinéa 4 de l'article 109 oblige les associés à acheter ou à faire acheter par un tiers les parts sociales objet de la cession, dans les trois mois qui suivent la date du refus. D'où le problème de savoir à quel prix cet achat doit être réalisé ?

Le législateur admet depuis 2005, qu'en cas de désaccord sur le prix, sa détermination sera réalisée par un expert comptable inscrit sur la liste des experts judiciaires. Cet expert sera nommé, soit de commun accord entre les parties, soit par ordonnance sur requête du président du tribunal compétent, à la demande de la partie la plus diligente (article 109 alinéa 4).

Ainsi, l'intervention de l'expert pour fixer le prix de cession des parts sociales apparaît comme étant dérogoire par rapport à la règle générale prescrite par l'article 579 du C.O.C ci-dessus analysée.

La même dérogation peut être observée dans la société anonyme où l'article 321 du C.O.C prévoit que dans les sociétés ne faisant pas appel public à l'épargne, les statuts peuvent subordonner la cession d'actions au profit d'un tiers à l'agrément de la société, à moins qu'il ne s'agisse d'une transmission successorale ou d'une cession à un ascendant, descendant ou conjoint. En pareil cas et afin d'éviter que le cédant ne reste prisonnier de ses titres, il est prévu que, si la société n'agrée pas le candidat à la cession, le conseil d'administration ou le directoire est tenu dans les trois mois qui suivent la notification du refus, de faire acquérir les actions soit par un actionnaire, soit par un tiers, soit par la société elle-même dans le cadre d'une réduction de son capital, correspondant à la valeur des actions objet de la cession.

Si les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord sur le prix, le problème est résolu, par le recours à un expert comptable inscrit sur la liste des experts judiciaires, désigné par le président du tribunal de première instance dans le ressort duquel se trouve le siège social (article 321 alinéa 4).

La détermination du prix à dire d'expert, telle que prévue par les articles 109 et 321 du C.S.C, témoigne de la volonté du législateur d'édicter des règles adaptées au besoin des associés de se désengager d'une société d'une part et de préserver l'intuitu personae qui préside à la vie de la société d'autre part. La conciliation de ces deux impératifs passe par le sacrifice de la règle de droit commun de l'article 579 du C.O.C, interdisant dans les ventes, la détermination du prix par un tiers.

Il est permis de se demander si en prévoyant la fixation du prix par la voie d'un expert, le législateur de 2005 n'a pas pris le risque de forcer le consentement du cédant ou même du cessionnaire. Un tel risque est-il réel ?

En fait, nous pensons que le consentement sur le prix doit toujours être protégé et que cette protection suppose que l'on admette en tout état de cause le droit de repentir du cédant. En

effet, bien que le texte ne soit pas explicite sur ce point¹⁴, on doit considérer que le cédant est libre de renoncer à tout moment à la cession. Sa renonciation peut intervenir lorsqu'il se heurte à un refus d'agrément ou même après la fixation du prix par l'expert¹⁵. M. Michel Germain écrit à ce sujet : « Conçu dans l'intérêt exclusif de l'actionnaire, ce mécanisme ne devrait pas se retourner contre lui en l'obligeant à vendre dans des conditions différentes de celles qu'il avait pu le déterminer à envisager son projet de cession »¹⁶.

De son côté, le cessionnaire qui a manifesté sa volonté d'acheter les parts sociales ou les actions au prix qui sera fixé par l'expert, n'est pas obligé d'acheter à n'importe quel prix. Certains auteurs admettent en France qu'il peut renoncer à l'achat s'il estime que le prix fixé par l'expert est excessif, mais alors, le cédant devrait être admis à réaliser la cession au profit du cessionnaire initialement prévu¹⁷.

La protection du consentement peut également être assurée par l'insertion dans les statuts d'une clause précisant les méthodes d'évaluation à suivre par l'expert dans sa détermination du prix. Certains praticiens recommandent même d'encadrer contractuellement la mission de l'expert, en indiquant par exemple certains critères d'évaluation de la valeur vénale des droits sociaux¹⁸. Nous pensons que l'expert devrait respecter la volonté des parties et qu'il ne lui appartient pas par exemple, de remplacer la méthode convenue entre les associés par une autre.

La protection du cédant et du cessionnaire peut être aussi recherchée dans la responsabilité de l'expert qui agit en tant que mandataire commun des parties¹⁹ et qui à ce titre, est lié par une obligation de loyauté à leur égard. Il doit ainsi réaliser sa mission en toute objectivité, en observant les règles et les méthodes appropriées et sans subir l'influence de l'une ou de l'autre des parties²⁰.

Enfin, le travail de l'expert demeure soumis au contrôle du juge. S'il s'avère que l'homme de l'art avait commis une erreur grossière²¹ ou avait été induit en erreur par l'une des parties ou par un tiers, le juge est en droit d'annuler son rapport et d'ordonner une nouvelle expertise ; mais il va sans dire que le juge, qui en tant que juriste, n'a aucune compétence particulière dans l'évaluation des parts sociales et des actions, ne saurait substituer sa propre évaluation à celle de l'expert.

L'expert qui ne commet pas une erreur grossière, mais qui procède, suite à une mauvaise approche ou à une connaissance incomplète du dossier, à une sous-évaluation ou à une surestimation des actions ou des parts sociales, peut engager sa responsabilité envers la partie lésée. Il a été jugé que celle-ci peut lui réclamer des dommages-intérêts²².

Pour éviter que l'expert ne surprenne les parties par une évaluation inattendue dans un sens ou dans l'autre, les praticiens recommandent d'encadrer contractuellement sa mission, en prévoyant dès le départ des critères d'évaluation²³.

B) Le recul de l'interdiction dans la pratique contractuelle

La pratique contractuelle qui a tendance à épouser des standards internationaux, eu égard à la mondialisation et à l'influence dominante des Etats-Unis dans le domaine des affaires, ne semble pas aller à l'encontre de la détermination du prix par un tiers, surtout lorsque celui-ci est doté d'une compétence éprouvée dans le domaine de la transaction. La richesse extraordinaire de cette pratique nous empêche d'en rendre compte d'une manière complète dans le cadre de cet article, mais il est possible, en se limitant au droit des sociétés d'illustrer le recul de l'interdiction de la fixation du prix par un tiers, de présenter deux clauses qui sont devenues assez usuelles en Tunisie lorsqu'on a recours à des fonds d'investissement ou à des investisseurs spécialisés. Il s'agit de la clause de retrait dite put option (a) et de la clause earn out (b).

a) Le prix du retrait dans la put option²⁴

Certains investisseurs font preuve d'une prudence marquée vis-à-vis de leurs partenaires locaux, en exigeant dès le départ dans les actes minutieusement préétablis qu'ils utilisent habituellement dans leurs affaires et qui sont l'œuvre de juristes chevronnés, qu'un droit de retrait leur soit accordé dans certaines situations. Parmi ces dernières, on peut citer la perte du contrôle de la société par l'actionnaire majoritaire avec lequel le pacte d'actionnaires a été conclu ou l'inobservation par cet actionnaire des obligations mises à sa charge en vertu du pacte.

La détermination du prix de sortie est un point capital qui soulève de grandes difficultés sur le plan juridique, sachant que l'investisseur cherche à bénéficier en cas de retrait de sa part, d'un prix minimum qui assure à son investissement une certaine rentabilité. D'où le problème de savoir si une telle clause ne tombe pas sous le coup de l'interdiction des pactes léonins. En France, où la validité de la cession entre associés à un prix minimum est l'objet de discussion dans la mesure où le bénéficiaire du droit de retrait est exonéré de toute contribution aux pertes²⁵, la pratique a imaginé la stipulation d'une méthode alternative de fixation du prix à dire d'expert. Cette méthode alternative permet en cas de qualification de la clause de prix minimum comme étant un pacte léonin, de sauver le droit de retrait sur la base d'une expertise ayant pour objet de déterminer le prix de cession²⁶. En droit tunisien où la détermination du prix par un tiers se heurte à l'interdiction de l'article 579 du C.O.C, nous estimons que le fait pour les parties de recourir à un expert ayant la qualité de mandataire commun, peut être une solution. En effet, on peut considérer que le mandataire commun n'est pas un tiers, dans la mesure où il est censé représenter l'un et l'autre des contractants. Il est donc possible de prévoir une put option même si le pacte est gouverné par le droit tunisien. La pratique d'une fixation du prix de retrait par un expert, mandataire commun du cédant et du cessionnaire, permet de répondre aux besoins spécifiques de l'investissement qui relève d'une réalité économique beaucoup plus complexe que la vente ordinaire de biens meubles ou immeubles. L'investisseur a besoin de flexibilité pour pouvoir gérer ses investissements d'une manière dynamique ; ce qui suppose la faculté de désinvestir dans certaines conditions et avec une prévisibilité suffisante en termes de prix, sachant que la rentabilité est perçue comme étant un impératif majeur en la matière.

10 Le louage d'industrie dans la terminologie du C.O.C (article 829) est le louage faisant appel aux services d'une personne exerçant une profession ou un art libéral (avocat, architecte, etc...).

11 Voir : Labarthe et Noblot, le contrat d'entreprise, LGD 2008, n° 345.

12 Traité du contrat de louage, 1778, n° 401 et 397 (cité par Labarthe et Noblot op.cit, p. 190 note 2).

13 Voir : Labarthe et Noblot op.cit, p. 191 et les nombreuses références citées.

14 Il faut noter cependant que certains statuts en Tunisie sont explicites sur le droit de repentir du cédant.

15 Voir dans ce sens en droit français : Mémento pratique Francis

Lefebvre, Sociétés commerciales, n° 18472. M. François Xavier Testu considère cependant que l'une des parties ne pourra pas récuser le prix fixé par l'expert, op.cit n°42.29. Il cite à l'appui de sa position l'arrêt de la Cour de cassation. Com. 13 oct. 1992, n°91-10.600, JCP 1993, I, 3652, n°13 note Viandier et Caussain.

16 Michel Germain, les sociétés commerciales, LGD, 19e édition, n°1620-1, p. 424.

17 Francis Lefebvre op.cit n° 18479. Cette opinion n'est pas partagée par M. Germain qui estime que le droit de repentir ne devrait pas être reconnu au profit du cessionnaire, car l'obligation d'achat qui lui incombe est la contrepartie de la

possibilité donnée à la société de s'opposer à la cession projetée (Op.cit n° 1620-1, p. 424). L'auteur admet par ailleurs que le problème peut se poser en termes de responsabilité lorsque suite à un refus d'agrément du cessionnaire, les actions ne sont ni achetées par le cessionnaire choisi par le conseil, ni par le cessionnaire initial qui a renoncé entretemps à son projet.

18 M. François Xavier Testu, op.cit n° 42.30

19 Voir sur clause de prix à dire de mandataire commun : Jean Marc Mousseron, Technique contractuelle, Editions Francis Lefebvre, 3e édition, n° 448

20 L'expert qui, selon la loi doit être inscrit sur la liste des experts judiciaires,

b) La clause earn out

Le prix de cession peut être lié à l'activité et aux performances futures de l'entreprise dont les titres ont été cédés. Les parties peuvent ainsi convenir d'une partie du prix payable lors de la cession et d'un complément payable dans les deux ou trois années qui suivent, en fonction de certains critères économiques ayant trait à l'entreprise²⁷. Cette formule présente un double avantage. Elle permet d'abord à l'acheteur de réduire au début de la transaction le budget nécessaire à l'acquisition et de trouver plus facilement le financement qu'il faut pour son projet. Elle permet ensuite au vendeur de continuer, malgré la cession de sa participation, à bénéficier de la prospérité de l'entreprise²⁸. La formule permet aussi d'assurer une bonne transition lorsque le cédant continue la gestion de l'entreprise pendant un certain temps après la cession.

En droit tunisien, la validité de la clause earn out ne semble pas avoir été discutée²⁹. L'introduction de cette technique contractuelle dans la pratique des affaires en Tunisie, n'a pas suscité à notre connaissance de contentieux, mais il ne faudrait pas s'attendre à notre avis à ce que la jurisprudence invalide une telle pratique qui relève d'une certaine manière de la participation du vendeur aux fruits futurs de la chose vendue ou à l'accroissement de sa valeur. Le concept ne s'inscrit pas dans le cadre de l'aléa que notre législateur voit d'un mauvais œil dans le C.O.C.³⁰.

Pour que la clause earn out soit valable, il faut bien entendu que le prix qui en résulte soit déterminable. Ceci suppose que le contrat liant les parties définisse avec précision la méthode à suivre pour déterminer le complément de prix (cash flow, évolution des capitaux propres etc...). Les rédacteurs des actes se réfèrent souvent à l'EBITDA en la matière (Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization).

La détermination du complément de prix doit cependant obéir à des critères objectifs qui ne dépendent pas de la volonté de l'acheteur, sinon celui-ci serait tenté de minorer les performances de l'entreprise pour réduire le montant restant dû. Il pourrait par exemple lorsque le complément est lié au résultat, augmenter les charges en se faisant attribuer une rémunération exagérée en tant que mandataire social.

En France, la prudence des rédacteurs d'actes les a souvent poussés, à faire preuve de rigueur dans la définition des critères devant servir de base pour calculer le complément de prix pour éviter que celui-ci ne soit considéré comme étant indéterminé et pour que la cession ne soit pas annulée à ce titre³¹.

De plus et c'est en cela que le earn out retient notre attention dans cette étude, la pratique contractuelle prévoit une fixation du complément de prix à dire d'expert si l'un des éléments stipulés dans la formule de détermination de ce prix devait se révéler litigieux, malgré l'existence de cette formule contractuelle. Il est ainsi prévu qu'en cas de désaccord des parties sur l'application de la formule choisie pour la détermination du prix, celui-ci sera déterminé à dire d'expert, conformément à une procédure bien définie. Certains contrats stipulent que l'expert devra autant que faire se peut tenir compte de la formule convenue entre les parties et qu'à défaut d'accord sur l'expert chargé d'accomplir cette mission, sa désignation sera opérée par ordonnance sur requête de la partie la plus diligente et sans recours possible³².

Certains contrats américains qualifient l'expert ou le collège d'expert appelé à déterminer le prix comme étant des arbitres. On peut lire dans un earn out agreement conclu le 15/05/2010 et régi par la loi du Delaware :

"The Sellers' Representative and G... (buyer) shall promptly endeavor to negotiate in good faith to agree upon the amount of Revenue, Gross Profit and EBITDA for the Earn out Period. In the event that a written agreement determining the amount of Revenue, Gross Profit and EBITDA has not been reached within 10 Business days...the Sellers' Representative and G... shall each select one reputable accounting firm and the two accounting firms selected by the Sellers' Representative and G... shall jointly choose a third reputable accounting firm to adjudicate the determination of Revenue, Gross Profit and EBITDA, which accounting firm shall serve as the arbiter of the dispute. The calculation of Revenue, Gross Profit and EBITDA shall be final and binding upon each party..."³³

En réalité, la détermination du complément de prix par un expert au cas où les éléments de référence retenus par les parties dans leur contrat, s'avèrent problématiques, ne relève pas simplement de l'arbitrage. Elle relève d'un mode ordinaire de fixation du prix beaucoup plus que d'une procédure de règlement des litiges. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la clause figure dans l'article relatif au prix et non dans les stipulations finales qui sont habituellement consacrées à la loi applicable, aux litiges, à l'élection de domicile et aux frais. En d'autres termes, l'intervention d'un tiers pour fixer le prix sur la base des critères retenus par les parties (chiffre d'affaires, EBITDA etc...), se présente comme un mécanisme normal, s'inscrivant dans une logique de validité et non dans une optique de résolution des conflits. Le tiers apparaît ainsi comme un expert auquel les parties font appel en tant qu'auxiliaire professionnel dont la compétence est éprouvée et auquel on fait confiance pour dire avec précision quel est le montant que l'acheteur doit payer au vendeur ■

devrait à notre avis respecter la règle du contradictoire, recueillir les positions des parties, leurs explications et justifications avant de conclure à une évaluation donnée. Ces règles de procédure sont de nature à conférer à sa mission le sérieux et l'objectivité qu'elle doit présenter.

21 Testu, op.cit n°42.30

22 Com. 4 février 2004, n° 01-13.516, Bull.civ.IV, n°23 cité par Testu, op.cit n° 42.30, page 199.

23 Testu, op.cit n° 42.30

24 Définition de put option selon Black's law dictionary : The right to require another to buy.

25 Cf. Transmission d'entreprise ; Edition Francis Lefebvre, 2e édition, n°17214 et les références citées ; Michel Germain, op.cit n° 1056-47 et la jurisprudence citée.

26 La détermination du prix peut également être basée sur une formule mathématique qui intègre plusieurs variables et notamment le bénéfice net et le cash-flow.

27 Définition du Black's law dictionary : "An earn out agreement is an agreement for the sale of a business whereby the buyer first pays an agreed amount up front, leaving the final purchase price to be determined by the business's future profits".

28 Cf. Testu, op.cit n° 42.33

29 En France, la validité de la clause a été admise par la jurisprudence : Civ. 1ère, 28 juin 1988, D.1989,121, note Malaurie.

30 Article 1452.

31 Cf. Testu op.cit n° 42.34

32 Ibid

33 Traduction : Le représentant des vendeurs et G...(acheteur) devront négocier dans les plus brefs délais et de bonne foi, en vue de se mettre d'accord sur le montant du revenu, bénéfice brut et EBITDA pour la période de l'earn out. Dans le cas où aucun accord écrit ne sera établi dans un délai de 10 jours ouvrables pour déterminer le montant du revenu, bénéfice brut et EBITDA, le représentant des vendeurs et G...devront chacun de son côté désigner un cabinet d'expertise comptable de bonne réputation. Les deux cabinets ainsi désignés choisiront ensemble un troisième cabinet d'expertise comptable de bonne réputation pour déterminer le revenu, bénéfice brut et EBITDA. Ce cabinet aura pour mission de trancher le différend en tant qu'arbitre. Le calcul du revenu, bénéfice brut et EBITDA ainsi réalisé obligera les parties et sera définitif.