



ARBITRAGE

Le tiers évaluateur : arbitre ou mandataire?

Note sous Cass. com., 16 févr. 2010, no 09-11.586, P + B

La distinction entre l'arbitrage et les institutions voisines n'est pas toujours aisée comme en atteste l'arrêt ici rapporté ; elle est pourtant déterminante des voies de recours de la décision rendue par le tiers nommé par les parties.



Par Jean-Georges Betto, associé [Lovells](#)

En l'espèce, un acte de cession d'actions stipulait qu'en cas de désaccord entre les cédants et le cessionnaire sur le calcul du prix, «le différend» serait tranché par un tiers – un cabinet d'audit – désigné «en qualité de mandataire commun conformément aux dispositions de l'article 1592 du code civil». Il était également convenu que ce tiers, qualifié «d'expert», disposerait d'un délai de trois mois pour se prononcer et que sa décision lierait définitivement les parties.

Une fois sollicité, le tiers désigné déposa un «rapport de mission d'expertise» dont les conclusions furent contestées par le cessionnaire qui interjeta appel au motif que la clause de l'accord désignant le cabinet d'audit constituait une «clause compromissaire», conférant ainsi mission à un arbitre de trancher le différend opposant les parties, le rapport de l'expert étant qualifié, dès lors, de «sentence arbitrale» susceptible d'appel. La cour d'appel de Douai déclara l'appel recevable considérant que la clause de l'accord formait bien une convention d'arbitrage.

La Cour de cassation casse l'arrêt de la cour d'appel au motif que : «Le tiers désigné par les parties avait reçu de celles-ci mission, non d'exercer un pouvoir juridictionnel, mais de procéder sur des éléments de fait à un constat s'imposant aux parties, lesquelles

en avaient préalablement tiré les conséquences juridiques, peu important que l'intervention de ce tiers fût soumise à la constatation d'un désaccord entre les contractants relativement à ces éléments.» C'est bien en raison de l'absence de mission juridictionnelle conférée au tiers que la Haute Juridiction refuse de considérer la clause litigieuse comme constitutive d'une convention d'arbitrage et, par conséquent, le rapport de

mission d'expertise qui en résulte comme étant constitutif d'une sentence arbitrale.

La question de la dissociation entre l'arbitrage «juridictionnel» et l'arbitrage «contractuel» n'est pas nouvelle et constitue la source d'un contentieux nourri et récurrent ainsi que de nombreuses réflexions doctrinales.

Selon H. Motulski, à la différence de l'arbitre, le tiers expert est invité par les parties «non pas à opter pour l'une des prétentions antagonistes, mais bien à procéder à une fixation, à un acte exclusivement créateur », (H. Motulski, *Ecrits, Etudes et notes sur l'arbitrage*, 1974, T. 2, n° 14, p. 21, 44 et 47, Dalloz). Quand à la mission de l'arbitre, la doctrine majoritaire s'accorde à penser que sa fonction juridictionnelle se compose de deux éléments : (i) la décision rendue doit s'imposer aux parties et (ii) trancher une contestation. Cette fonction juridictionnelle a une origine conventionnelle, elle naît de la volonté des parties (voir, Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage international*, Litec 1996, n°11; J. Moury, «Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers», *Rev. sociétés*, 1997, p. 458).

L'arrêt rapporté s'inscrit dans le mouvement jurisprudentiel et doctrinal qui tend à délimiter les frontières respectives de l'arbitrage et des fonctions contractuelles d'un tiers expert au regard du caractère juridictionnel ou non de la mission confiée à celui-ci. Ainsi, la Cour de cassation énonce en l'espèce que le tiers se voyant conférer la mission de se prononcer uniquement sur la base d'éléments de faits dont les parties avaient préalablement tiré les conséquences juridiques, n'exerce pas de mission juridictionnelle. L'arrêt considère, en outre, que pour être qualifié d'arbitre, le tiers doit non seulement trancher une contestation, mais également se prononcer sur une contestation fondée en droit (voir B. Derains, X, Y and Z v. Holesco, French Cour de Cassation, 16 February 2010, A contribution by the ITA Board of Reporters, Kluwer Law International).

Lorsque le tiers est un arbitre, il lui incombe alors de trancher une contestation afin de rendre une décision juridictionnelle (sentence arbitrale) bénéficiant de l'autorité de la chose jugée et sus-

L'arrêt rapporté s'inscrit dans le mouvement jurisprudentiel et doctrinal qui tend à délimiter les frontières respectives de l'arbitrage et des fonctions contractuelles d'un tiers expert au regard du caractère juridictionnel ou non de la mission confiée à celui-ci.

ceptible de voies de recours (Cf. Articles 1482 et 1502 du code de procédure civile).

Quant à l'article 1592 du code civil, celui-ci confère aux parties à un contrat le choix de laisser à «l'arbitrage» d'un tiers le soin d'en déterminer le prix, à défaut de quoi le contrat ne sera pas valablement formé ou ne pourra être exécuté. Outre les problématiques sémantiques posées par les termes de l'article 1592 du code civil, certaines dérives de la pratique ajoutent aussi à la confusion entre l'arbitrage et la mission de l'expert au sens de l'article 1592. Il convient toutefois de noter que les tribunaux ne sont pas tenus par la qualification de la mission confiée au tiers par les parties (CA Paris, 12 janvier 1979, Rev. Arb. 1980, p. 91, note J. Rubellin-Devichi). Au contraire, de la qualification du juge de la mission dont

est investi un tiers dépendra le régime juridique applicable à celle-ci.

Lorsque le tiers est un mandataire au sens de l'article 1592 du code civil, son intervention consistera à déterminer un élément destiné à parfaire un contrat et sa décision liera contractuellement les parties. Elle ne pourra en principe pas être remise en cause, sauf en cas d'erreur grossière dans l'évaluation (Cass. com., 9 avril 1991, pourvoi n° 89-21.611), ou encore de dol ou de violence (Cass. com. 6-6-1950 n° 38918 : Bull. civ. III no 205 ; Cass. com. 12-11-1962 : Bull. civ. III n° 444).

On le voit, c'est avec la plus grande prudence qu'il convient d'accepter la mission d'appréciateur que des parties à une cession d'actions proposent. En fonction de la nature du débat opposant les parties, l'on passe de simple mandataire à juge privé ! ■



et Alexandre Job¹,
juriste d'entreprise

1. Direction juridique, Grands Contentieux, Total S.A. Les propos et opinions tenus par l'auteur sont strictement personnels. La société à laquelle il est lié ne saurait être tenue par les opinions et propos tenus dans cet article.