RÔLES RESPECTIFS DE L'EXPERT « TIERS DÉCIDEUR » ET DE L'ARBITRE DANS LE CONTENTIEUX POST-ACQUISITION

Yves Herinckx
Avocat (Bruxelles)
Solicitor (Angleterre et Pays de Galles)
Conseiller suppléant à la cour d'appel de Bruxelles

Les contrats d'acquisition d'entreprises qui ont été négociés par Jean-Pierre Blumberg, à la mémoire de qui ces quelques réflexions sont dédiées en signe d'estime et d'amitié, sont innombrables. Les contrats de ce type prévoient fréquemment un mécanisme de fixation du prix par expert et une clause de résolution des litiges par arbitrage. L'expert – un réviseur d'entreprise, d'habitude – est chargé de trancher les désaccords relatifs au prix, l'arbitre est chargé de trancher les litiges relatifs au contrat. Comment ces deux mécanismes coexistent-ils ? Où tracer la limite entre les pouvoirs de l'un et de l'autre ? Qui a le dernier mot ? C'est ce que la présente contribution se propose d'examiner.[1]

I. INTRODUCTION – LA PRATIQUE DES OPÉRATIONS M&A

Les opérations d'acquisition utilisent principalement deux méthodes de détermination du prix. Ces deux méthodes visent chacune à résoudre les difficultés qui

[1] Voy. également W. Peter et D. Greineder, « Conflicts between Expert Determination Clauses and Arbitration Clauses », *Global Arbitration Review, The Guide to M&A Arbitration*, A. Kläsener (dir.), 3e éd., Law Business Research, 2020, p. 28 ; K. Sachs, « Solving Tensions between Expert Determination and Arbitration under M&A Contracts », *International Arbitration under Review, Essays in Honour of John Beechey*, ICC, 2015, p. 363 ; A. Santens, « Expert Determination Clauses in Contracts Providing for International Arbitration », *Arb. Intl.*, 2007, p. 687 ; K. Sachs, « The interaction between expert determination and arbitration », *Arbitration of Merger and Acquisition Disputes*, G. Kaufmann-Kohler et A. Johnson (dir.), ASA Special Series No. 24, 2005, p. 235 ; W. Peter, « Arbitration of Mergers and Acquisitions : Purchase Price Adjustment Disputes », *Arb. Intl.*, 2003, p. 491.

résultent du décalage dans le temps entre le moment de la signature de la convention de vente d'actions et le moment de la réalisation effective de l'acquisition (la clôture, la *completion* ou le *closing*), lorsque le prix sera payé et que le transfert de propriété et de contrôle aura lieu.

La technique du « locked box » fixe définitivement le prix dès la signature de la convention. Le montant à payer lors de la clôture est le chiffre qui figure dans la convention, augmenté éventuellement des intérêts courus depuis la date de signature. Dans l'intervalle entre signature et clôture, le vendeur continue à gérer l'entreprise mais, économiquement, c'est déjà l'acheteur qui en profite et qui en supporte les risques puisque les résultats de cette période affectent la valeur de ce qu'il obtiendra à la clôture sans plus en modifier le prix. C'est pour cette raison que la convention impose au vendeur de ne pas s'écarter d'une gestion en continuité ordinaire, en *ordinary course of business*, et, surtout, lui impose de « verrouiller la caisse » – c'est cela la *locked box* – en lui interdisant d'encore extraire des fonds de l'entreprise en sa faveur : plus de distributions de dividendes, par exemple.

La technique des « completion accounts », au contraire, fait dépendre le prix de la situation comptable de l'entreprise au moment de la clôture ou à une date proche de celle-ci. La convention mentionne un prix provisoire, à ajuster selon l'évolution des comptes (selon le *true-up* des comptes, en anglais d'Amérique). Le transfert du risque économique est ainsi différé, dans une certaine mesure, jusqu'à la clôture. La technique est fréquemment utilisée : en Belgique, la pratique récente la voit apparaître dans quatre opérations sur dix, presqu'autant que la *locked box*.[2]

Typiquement, le mécanisme des *completion accounts* fonctionne de la manière suivante ; les variations possibles sont évidemment multiples. La convention établit un prix de base lié à des comptes de référence. Ces comptes de référence sont les comptes les plus récents disponibles avant la signature. Ils ont fait l'objet d'un *due diligence* par l'acheteur. La convention prévoit également la formule d'ajustement du prix – par exemple, elle prévoit que le prix de base sera ajusté à la hausse ou à la baisse d'un montant égal à l'évolution du *working capital* ou de l'actif net entre les comptes de référence et les comptes de clôture.

Au plus tard cinq jours avant la clôture, le vendeur établit des comptes de clôture provisoires et communique à l'acheteur ces comptes et l'ajustement provisoire du prix qui s'ensuit. À la clôture, l'acheteur paie ce prix ajusté provisoire. Dans les 30 jours qui suivent, l'acheteur – qui a entretemps pris le contrôle de l'entreprise et a accès à toute sa comptabilité – établit un projet de comptes et de calcul

2 B. Bellen, « M&A Survey – 4th edition », *RPS-TRV*, 2017, p. 251, spéc. p. 258.

d'ajustement définitifs. Il communique cela au vendeur qui dispose à son tour de 30 jours pour faire état d'éventuelles objections ; l'acheteur est tenu de lui accorder à cette fin accès à tous les documents comptables et autres de la société vendue. Suit une période de négociation, qui aboutit soit à un accord soit à la possibilité pour l'une ou l'autre partie de mettre en marche une procédure d'expertise. L'expert, s'il n'est pas déjà identifié dans la convention, est choisi conjointement par les parties ou, en l'absence d'accord, est désigné – par exemple – par le président de l'Institut des réviseurs d'entreprise. L'expert établit les comptes et le calcul d'ajustement et sa décision lie les parties. Ceci donne lieu au paiement entre les parties, dans un sens ou dans l'autre, d'un solde d'ajustement du prix.

Des processus similaires sont également utilisés lorsque la convention prévoit le paiement d'un *earn-out*, c'est-à-dire d'un complément de prix à fixer en fonction des résultats futurs de l'entreprise, selon une formule de calcul prédéterminée. Si, le moment venu, les parties ne se mettent pas d'accord sur les comptes et le calcul, la question sera tranchée par un expert.

Même mécanisme encore lorsque la convention inclut des options d'achat ou de vente d'actions pouvant être exercées dans des circonstances déterminées – par exemple, lorsqu'un dirigeant quitte l'entreprise dans laquelle il détenait une participation minoritaire depuis un *management buy-out* réalisé avec l'aide d'un fonds de *private equity* – à la « valeur de marché » des actions. En l'absence d'accord sur la valeur de marché, la convention prévoit qu'un expert tranchera.

Le vocabulaire est important. Lorsque l'on parle ici d'« expert », il ne s'agit pas de celui qui intervient dans une procédure arbitrale ou judiciaire comme expert désigné unilatéralement par une partie (c'est habituel en arbitrage) ou comme expert nommé par le juge (c'est ce qu'organisent les articles 962 à 991*bis* du Code judiciaire). Un tel expert a pour tâche de donner un avis, d'assister le tribunal (arbitral ou judiciaire) sur des questions d'ordre technique qu'il maîtrise mieux que le tribunal, mais il ne décide rien : l'arbitre ou le juge « n'est point tenu de suivre l'avis des experts si sa conviction s'y oppose ».[3]

L'expertise en question ici est ce que l'on appelle parfois l'« expertise obligatoire » ou la « onherroepelijke minnelijke deskundigenonderzoek » pour bien indiquer que son résultat lie les parties.[4] Les termes de « tierce décision obligatoire » et

---

3 C. jud., art. 962, al. 4.

4 B. Kohl et A. Rigolet, « La tierce décision obligatoire, un mode alternatif de règlement des litiges », *Modes alternatifs de règlement des conflits*, O. Caprasse (dir.), CUP, 2017, p. 121, n° 8 ; J. van Compernolle, « Expertise amiable et tierce-décision obligatoire : les dangers d'une terminologie incertaine », *Rev. not. belge*, 2013, p. 255 ; B. Tilleman, « Het minnelijk deskundigenonderzoek », *L'expertise judiciaire. Le rôle de l'expert-comptable et du conseil fiscal*, G. de Leval et B. Tilleman (dir.), La Charte, 2003, p. 151, n° 2.

de « tiers décideur » sont plus exacts. Nous nous en tiendrons au mot « expert » parce qu'il reflète l'usage courant dans le contexte dont nous parlons.

La différence entre les deux concepts est illustrée dans une sentence CCI n° 18445 du 24 septembre 2014. La convention prévoyait un paiement d'*earn-out* basé sur l'EBITDA de la société acquise, à fixer par « a national firm of certified public accountants mutually agreeable to Buyer and Seller », c'est-à-dire par un expert tiers décideur au sens décrit ci-dessus. Les parties n'arrivant pas à se mettre d'accord sur le choix de cet expert, elles sont convenues lors de la réunion d'installation de l'arbitrage de donner compétence au tribunal pour déterminer lui-même l'EBITDA et le montant de l'*earn-out*. Pour l'assister dans cette tâche, le tribunal a alors désigné un expert conformément à l'article 25, paragraphe 4, du règlement d'arbitrage CCI de l'époque.[5] La sentence précise très clairement que le rôle de cet expert nommé par le tribunal n'est pas le même que celui qu'aurait eu l'expert tiers décideur prévu par la convention[6] :

> *At the outset, the Tribunal makes it clear that the issues which arise for determination in this case are matter for it and not for the Expert, whose role is confined to assisting the Tribunal in accordance with the [Terms of Reference for Accounting Expert] and pursuant to Article 25(4) of the Rules. Even in relation to matters which fall within the scope of the Expert's role, the Tribunal is not bound to follow the determinations which the Expert has made.*

Une seconde remarque préalable s'impose : attention au droit comparé. Le sujet qui nous occupe fait l'objet d'une jurisprudence abondante dans certains pays étrangers, en particulier aux États-Unis et en Angleterre. La présente contribution s'en inspire très largement. Ces sources, aussi utiles et intéressantes soient-elles, sont toutefois à manipuler avec précaution dans un contexte de droit belge. La figure juridique de l'*expert determination* obéit en effet à des corps de règles qui varient très fort d'un pays à l'autre.[7]

Aux États-Unis, le droit de nombreux États ne fait aucune distinction entre *expert determination* et arbitrage. Dès qu'un mécanisme contractuel « manifests an intention by the parties to submit certain disputes to a specified third party for binding resolution »[8], ces États le qualifient d'arbitrage. C'est notamment

---

5 Règlement 2012, article 25 (*Instruction de la cause*), paragraphe 4 : « Le tribunal arbitral peut, après avoir consulté les parties, nommer un ou plusieurs experts, définir leurs missions et recevoir leurs rapports […] ».

6 Final Award, ICC Case No. 18445, 24 septembre 2014, *Daum Global Holdings Corp. v Ybrant Media Acquisition Inc. ao*, §§ 20, 21 et 114. La sentence a été rendue publique à l'occasion de son exécution aux États-Unis et est disponible sur www.pacer.gov, Southern District of New York, Case 1:13-cv-03135-AJN Document 46-1.

7 Voy. W. Peter et D. Greineder, *op. cit.* ; K. Sachs, *op. cit.* (« The interaction… »).

8 *McDonnell Douglas Finance Corp. v. Pennsylvania Power & Light Co.*, 858 F.2d 825, 830 (2d Cir. 1988).

le cas en Californie où l'article 1280 du Code of Civil Procedure dispose que « As used in this title [Title 9. Arbitration] : (a) « Agreement » includes, but is not limited to, agreements providing for valuations, appraisals, and similar proceedings… ». D'autres États, notamment New York et le Delaware dont les droits occupent une place prépondérante dans les opérations de fusions et acquisitions, refusent d'assimiler les deux concepts l'un à l'autre.[9] Le droit de New York prévoit même spécifiquement la possibilité de faire exéquaturer une *expert determination*.[10] Le droit fédéral est divisé par un *circuit split* quant à savoir si une *expert determination* tombe ou non dans le champ du Federal Arbitration Act.[11]

En droit anglais, le concept de l'*expert determination* est bien établi comme figure distincte de l'arbitrage, à tel point que les règles de *due process* et de *natural justice*, qui sont bien entendu un des fondements essentiels de l'arbitrage, ne s'imposent pas à l'expert.[12]

II. TIERCE DÉCISION OBLIGATOIRE

Les mécanismes d'expertise utilisés dans des opérations d'acquisition, tels que décrits ci-dessus, sont régis par l'article 1592 de l'ancien Code civil : « Il [le prix de la vente] peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers […] ». Doctrine et jurisprudence considèrent unanimement qu'il s'agit d'une forme de tierce décision obligatoire et non d'un arbitrage, malgré la formulation malencontreuse de cette disposition.[13]

---

9 L'on trouve toutefois de nombreuses décisions qui qualifient l'expert comptable d'« arbitrator » et qui déterminent l'étendue des compétences de l'expert sur la base des règles d'interprétation applicables aux clauses d'arbitrage ; voy. par exemple *Severstal U.S. Holdings, LLC v. RG Steel, LLC*, 865 F. Supp. 2d 430 (S.D.N.Y. 2012) ; *Keystone Food Holdings Ltd. v. Tyson Foods, Inc* (S.D.N.Y. Sep 30, 2020) ; également les décisions citées aux notes 93 et 96.

10 NY CPLR § 7601 (2019) : « A special proceeding may be commenced to specifically enforce an agreement that a question of valuation, appraisal or other issue or controversy be determined by a person named or to be selected […] ».

11 Sur les divergences du droit américain, voy. New York City Bar, *Report by the Committee on International Commercial Disputes Purchase Price Adjustment Clauses and Expert Determinations : Legal Issues, Practical Problems and Suggested Improvements*, 2013, www.nycbar.org ; *Penton Business Media Holdings, LLC v. Informa PLC*, 2018 WL 3343495 (Del. Ch. July 9, 2018).

12 Cl. Freedman et J. Farrell, *Kendall on Expert Determination*, 5e éd., Sweet & Maxwell, 2015, n° 1.5-6, 14.14 et 14.15 ; *Barclays Bank Plc v Nylon Capital LLP* [2011] EWCA Civ 826, § 37 ; *Bernhard Schulte GmbH v Nile Holdings Ltd* [2004] EWHC 977 (Comm), § 95 : « there is no requirement for the rules of natural justice or due process to be followed in an expert determination in order for that determination to be valid and binding between the parties ».

13 Cass., 13 décembre 2013, *Pas.*, 2013, p. 2594, C.12.0133.F, et concl. pr. gén. Leclercq ; P. Van Ommeslaghe, *De Page. Traité de droit civil belge*, t. II, *Les obligations*, Bruylant, 2013, vol. 1, n° 185.

La figure juridique de la tierce décision obligatoire a été abondamment étudiée et est aujourd'hui bien établie en droit belge.[14] Comme l'arbitrage, elle peut constituer un mode alternatif de résolution des conflits – elle confie à un tiers non judiciaire la résolution d'un désaccord entre les parties. Elle s'en distingue néanmoins à de nombreux égards.

Critères et difficultés de qualification – Certains critères de distinction portent sur le régime juridique des deux techniques. En premier lieu, il y a une différence essentielle quant au résultat du processus : la décision prise par le tiers décideur lie les parties de la même manière qu'une convention conclue directement entre elles les lierait. Elle est obligatoire en vertu de l'article 1134 de l'ancien Code civil mais n'est pas immédiatement exécutoire ; le cas échéant, son bénéficiaire devra passer par une procédure judiciaire ou arbitrale pour pouvoir forcer l'exécution des droits qu'elle lui attribue. La sentence arbitrale, en revanche, lie les parties de la même manière qu'un jugement : elle a autorité de chose jugée[15] et peut être mise à exécution par le biais d'une simple procédure d'exequatur.[16] Ensuite, l'arbitrage est régi par un corps de règles très élaboré, constituant la sixième partie du Code judiciaire et complété par un volumineux *soft law* issu de la pratique internationale, tandis que la tierce décision obligatoire n'a pratiquement pas été traitée par le législateur et que son régime juridique est principalement d'origine prétorienne et doctrinale. Enfin, les moyens de recours ne sont pas les mêmes : procédure d'annulation pour les causes limitativement énumérées à l'article 1717 du Code judiciaire dans le cas d'une sentence arbitrale, contestation au fond pour les motifs (plus larges) qui seront examinés plus loin (pages 295 à 299) dans le cas d'une tierce décision obligatoire.

D'autres critères constituent plutôt des indicateurs liés à l'usage qui est habituellement fait des deux institutions. La mission d'un tiers décideur est en principe limitée à certaines questions bien définies relevant d'un domaine de compétence particulier (la comptabilité et les évaluations financières, dans le cadre de ce qui nous occupe ici). Un tribunal arbitral, en revanche, a vocation à trancher tout litige pouvant surgir à propos de la convention concernée, que ce litige soit principalement d'ordre juridique, factuel ou technique – quitte à ce que

---

14 P. Wéry, *Droit des obligations*, vol. 1, 3e éd., Larcier, 2021, n° 291-1 à 291-4 ; B. Kohl et A. Rigolet, *op. cit.* ; B. Tilleman, *op. cit.* ; D. Mougenot et O. Mignolet, « L'expertise est-elle un mode alternatif de règlement des conflits ? », *Rev. prat. imm.*, 2014, p. 161 ; Fl. Georges, « L'étendue des pouvoirs du juge confronté à une tierce décision obligatoire », *JLMB*, 2011, p. 76 ; A. Van Oevelen, « De bepaling van de koopprijs door een derde : een bindende derdenbeslissing », *RW*, 2009-2010, p. 1258 ; L. Simont, « Contribution à l'étude de l'article 1592 du Code civil », *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruylant, 2000, p. 261 ; O. Caprasse, « De la tierce décision obligatoire », *JT*, 1999, p. 565.

15 C. jud., art. 1713, § 9 ; G. Keutgen et G.-A. Dal, *L'arbitrage en droit belge et international*, t. I, 3e éd., Bruylant, 2015, n° 622.

16 C. jud., art. 1719 à 1721.

les arbitres désignent un expert, ou s'appuient sur les experts des parties, pour les aider à trancher les questions techniques qui dépassent leurs compétences propres. Le tiers décideur est un « homme de l'art » dans le domaine concerné – réviseur d'entreprise ou expert-comptable, ici – tandis que l'arbitre est très souvent un juriste. Le tiers décideur peut être une personne morale – un cabinet d'audit, par exemple – et peut se faire assister par une équipe de collaborateurs, l'arbitre étant presque toujours une personne physique[17] et n'étant pas censé déléguer son travail.[18] Le tiers décideur est choisi pour sa « science personnelle » et l'on s'attend à ce qu'il procède à ses propres recherches et analyses, alors que l'on attend de l'arbitre qu'il statue sur la base des dossiers qui lui sont présentés par les parties et s'abstienne de rechercher d'initiative des faits non invoqués.[19]

Lorsque des parties confient la résolution d'un conflit à un tiers, la méthode – arbitrage ou tierce décision obligatoire – relève de leur libre choix. L'on a vu que les critères de distinction relèvent des conséquences du choix qui est fait ou sont de l'ordre des indicateurs plutôt que des caractéristiques constitutives essentielles de l'institution choisie. Il peut en résulter des difficultés de qualification lorsque les parties n'ont pas expressément indiqué leur intention. C'est bien entendu la volonté des parties qui est déterminante, mais cette volonté est parfois incertaine – même en présence de la formule consacrée selon laquelle le tiers devra « act as an expert and not as an arbitrator » ou, en sens inverse, des vocables « arbitrage » ou « arbitre ». Un arrêt du 30 mai 2011 de la cour d'appel d'Anvers illustre la difficulté.[20] Un chantier de construction avait donné lieu à une contestation entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur, qui étaient convenus de désigner un architecte comme expert et s'étaient engagés à accepter les conclusions de son rapport. Leur accord était toutefois intitulé « arbitrageovereenkomst » et disait que le rapport de l'expert aurait la valeur « van een beslechting bij arbitrage ». L'expertise ne fut en fin de compte jamais mise en mouvement et l'entrepreneur assigna le maître de l'ouvrage devant le tribunal de première instance de Tongres. Le tribunal se déclara incompétent en raison d'une défense qu'il a qualifiée d'exception d'arbitrage. En appel, la cour a considéré qu'il ne s'agissait pas d'une convention d'arbitrage mais d'une tierce décision obligatoire – ce qui n'a pas fait grande différence en fin de compte, parce que la cour a déclaré que

---

17 Le droit belge ne semble pas interdire la désignation d'une personne morale comme arbitre : Ph. de Bournonville, *L'arbitrage*, *Rép. not.*, Larcier, 2017, n° 154. Les droits étrangers l'admettent généralement aussi : G. Born, *International Commercial Arbitration*, 3e éd., Wolters Kluwer, 2021, vol. I, p. 319 et vol. II, p. 1875.

18 *Young ICCA Guide on Arbitral Secretaries, The ICCA Reports No. 1*, ICCA, 2014, p. 6.

19 Voy., à propos de ces indicateurs, A. Sessler et C. Leimert, « The Role of Expert Determination in Mergers and Acquisitions under German Law », *Arb. Intl.*, 2004, p. 151, spéc. p. 153 ; D. Jones, « Is Expert Determination a 'Final and Binding' Alternative ? », *Arb.*, 1997, p. 213, spéc. p. 216.

20 Anvers, 30 mai 2011, *RDC*, 2013, p. 115. Une autre illustration apparaît dans Anvers, 26 juin 2000, *RDJP*, 2001, p. 183.

l'entrepreneur devait recourir à la procédure convenue et que sa demande devant la cour était dès lors non fondée. La cour d'appel de Liège, dans la même ligne, a considéré qu'une personne décrite comme « tiers arbitre » par des associés qui l'avaient désigné pour trancher un conflit relatif à la clef de partage de leurs bénéfices devait être considéré comme tiers décideur et non comme arbitre.[21]

Les mécanismes d'expertise prévus dans les opérations d'acquisition ne devraient pas donner lieu à controverse quant à leur qualification. Il ne fait pas de doute qu'ils constituent une forme de tierce décision obligatoire visée par l'article 1592 de l'ancien Code civil. Les nombreux débats que l'on trouve à ce propos dans la jurisprudence américaine, vu la confusion des concepts évoquée plus haut (voy. pages 288 et 289), sont hors de propos en droit belge.

Coexistence – Les opérations d'acquisition discutées ici font donc coexister dans la même convention deux modes différents de résolution des conflits : tierce décision obligatoire pour la fixation du prix, arbitrage pour le reste. En réalité il y en a même trois, parce que le processus de nomination de l'expert par un tiers, en l'absence d'accord, est en lui-même également un mécanisme de tierce décision obligatoire.

Rien ne fait obstacle à une telle coexistence. Le mélange des genres, dans ce contexte, est efficace et ces clauses ne sont pas pathologiques.

Exclusivité – Les domaines de compétence respectifs de l'expert et du tribunal arbitral sont mutuellement exclusifs. L'expert n'a pas le pouvoir de trancher autre chose que les questions de fixation du prix que les parties lui ont confiées. Il ne lui appartient pas, par exemple, de décider si les conditions d'exigibilité d'une somme sont remplies[22] ou si les fonds déposés sur un compte de séquestre doivent être libérés. En sens inverse, le tribunal ne peut pas se prononcer dans le domaine de compétence attribué à l'expert.[23] Si par exemple la décision de l'expert est invalidée, pour l'une des raisons qui seront discutées plus loin, le

21 Liège, 22 octobre 2010, *DAOR*, 2011, p. 501.

22 À propos de l'incompétence de l'expert pour accorder une provision sur le prix, voy. Versailles, 20 octobre 2016, *Cah. arb.*, 2016, p. 1036.

23 Ce principe d'exclusivité n'est pas une règle impérative. Dans le secteur de la construction, les contrats-types de la FIDIC prévoient un mécanisme de résolution des conflits à deux niveaux : un Dispute Adjudication Board (ou « Dispute Adjudication/Avoidance Board » depuis une modification terminologique en 2017) tranche comme tiers décideur en première instance. Si les parties ne contestent pas sa décision dans un délai de 28 jours, celle-ci devient définitive. Chaque partie peut toutefois, dans ce délai, communiquer son désaccord avec la décision et, après un délai réservé à la négociation, soumettre le conflit à un tribunal arbitral qui ne sera pas lié par la décision du Dispute Adjudication Board ; il y a un « effet dévolutif » complet devant les arbitres (pour un exemple d'application, voy. la sentence arbitrale finale CCI n° 14429, 2007, *Recueil des sentences arbitrales de la CCI, 2012-2015*, vol. VII, p. 673). Un tel mécanisme ne se rencontre pas dans les opérations d'acquisition.

tribunal arbitral doit renvoyer la question à une nouvelle expertise et ne peut pas s'en saisir lui-même. Les arbitres ne peuvent notamment pas arrêter eux-mêmes les *completion accounts* et fixer l'ajustement de prix qui en résulte.[24] La règle est bien établie en ce qui concerne les pouvoirs du juge judiciaire[25] et les choses ne sont pas différentes en arbitrage. C'est la suite logique de la volonté des parties, telle qu'elle est interprétée par le droit belge : si les parties ont voulu confier la détermination du prix à un tiers, c'est qu'elles n'ont pas voulu la confier à l'arbitre ou au juge.

La solution aurait pu être différente. Ainsi, l'article 7:904, alinéa 2, du Code civil néerlandais prévoit qu'en cas d'annulation d'une tierce décision « kan de rechter een beslissing geven, tenzij uit de overeenkomst of de aard van de beslissing voortvloeit dat zij op andere wijze moet worden vervangen ». L'article 319(1) du Code civil allemand prévoit que « Die Bestimmung erfolgt in diesem Falle durch Urteil ». L'article 75 des règles annexées à la proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente disposait de même que « Lorsque le prix ou tout autre élément du contrat déterminé par un tiers est manifestement déraisonnable, le prix normalement facturé ou l'élément normalement employé dans des circonstances comparables au moment de la conclusion du contrat, ou, faute de disposer d'un tel prix ou d'un tel élément, un prix ou un élément raisonnable lui est substitué ».[26] Certains auteurs plaident d'ailleurs en faveur de l'octroi au juge du pouvoir de se substituer à l'expert.[27]

Rien n'empêche non plus les parties de déroger à la règle et de charger les arbitres d'accomplir la mission initialement attribuée à l'expert.[28] Cela se produit assez fréquemment en pratique ; une fois qu'un contentieux arbitral est lancé, il n'est pas rare que les parties préfèrent y concentrer la totalité de leur litige plutôt que de le scinder en deux procédures distinctes. On lit par exemple dans une sentence du 25 juin 2019 de la Chambre de commerce de Stockholm que « the parties agree that the Sale Price shall be certified by the Arbitral Tribunal in the present arbitration instead of appointment of the Independent Expert to

---

24 D. Leclercq et S Goldman, « Les litiges post-acquisition : questions de fond et de procédure », *L'arbitrage et les sociétés, Actes du colloque du CEPANI du 14 novembre 2019*, D. De Meulemeester (dir.), Wolters Kluwer, 2019, p. 91, n° 100.

25 Cass., 31 octobre 2008, *Pas.*, 2008, p. 2432, C.07.0201.N, *RW*, 2009-2010, p. 1258 et note A. Van Oevelen, *op. cit.*, et *RGDC*, 2010, p. 336 et note S. Marysse, « Over (bindende) prijsbepaling door een derdebeslisser en schending van de bindende kracht van de overeenkomst (door de rechter) ».

26 Document COM/2011/0635 final. La proposition a entretemps été retirée par la Commission (*JO*, 29 septembre 2020, C321/37).

27 Fl. Georges, *op. cit.*, n° 17 et 18 ; D. Mougenot et O. Mignolet, *op. cit.*, n° 10 ; comp. B. Kohl et A. Rigolet, *op. cit.*, n° 42.

28 Cass. fr., 10 octobre 2018, n° 16-22215, *Cah. arb.*, 2018, p. 811 ; Paris, 14 juin 2016, *Cah. arb.*, 2016, p. 695. Dans le même sens quant à la possibilité d'en charger le juge, voy. A. Van Oevelen, *op. cit.*, n° 6 ; P. Wéry, *op. cit.*, n° 291-3.

certify the Sale Price »[29] et dans une sentence partielle n° 11786 de la CCI que « The parties considered that the expert's valuation was not binding on them and requested the arbitral tribunal to determine the value of the shares ».[30]

Caducité de la vente si l'expertise n'a pas lieu – Une seconde conséquence de l'exclusivité accordée à l'expert est que, si celui-ci « ne veut ou ne peut » accomplir sa tâche, la vente est caduque : « il n'y a point vente », aux termes de l'article 1592 de l'ancien Code civil.[31] Encore une fois ceci n'est rien de plus qu'une interprétation légale de la volonté des parties. La loi suppose que, lorsque les parties ont voulu que le prix soit fixé par un expert qu'elles ont identifié, elles n'ont pas voulu qu'il soit jamais fixé autrement – et si le prix ne peut plus être déterminé, la vente ne peut plus se réaliser.

Concrètement, c'est un risque non négligeable.[32] L'expert peut être entretemps décédé, avoir pris sa retraite[33], avoir changé de métier, être empêché par un conflit d'intérêt, réclamer des honoraires qu'aucune des parties n'est disposée à payer – les hypothèses sont multiples. Le problème peut également surgir en bout de course, lorsque l'expert a fait son travail mais que sa décision est annulée pour des raisons telles qu'il n'est plus envisageable de retourner chez lui (voy. page 300).[34]

Ici aussi les parties sont libres d'en convenir autrement. Elles peuvent prévoir une solution de repli et désigner un ou plusieurs experts de réserve pour le cas où leur premier choix n'accomplirait pas sa mission, ou identifier l'expert de manière générique (« un réviseur d'entreprise », par exemple) et prévoir un mécanisme de désignation qui évite les blocages. Typiquement, les conventions d'acquisition prévoient une nomination de l'expert par accord des parties ou, à

29 Final Award, SCC Case No. 2018/084, 25 juin 2019, *Y.B. Com. Arb.*, 2020, p. 118, n° 367.

30 Partial Award in Case 11786, *ICC Bull.*, 2013, Vol. 24/1.

31 P. Van Ommeslaghe, *op. cit.*, vol. 2, n° 649 ; Fl. Georges, *op. cit.*, n° 11 ; O. Caprasse, *op. cit.* (« De la tierce… »), n° 11 ; P.A. Foriers, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruylant, 1998, n° 54 et 55 ; S. Stijns, *De gerechtelijke en de buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Maklu, 1994, n° 39. Le projet de nouveau Livre 5 du Code civil relatif au droit des obligations remplace la caducité du contrat par sa dissolution lorsque l'impossibilité d'exécution n'est pas imputable au débiteur (proposition de loi portant le Livre 5 « Les obligations » du Code civil, doc., Ch., s. 2020-2021, n° 55-1806/01, article 5.100).

32 Les sentences qui ont donné lieu à l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 14/2021 du 28 janvier 2021, sur le délai de recours contre une sentence arbitrale attaquée pour fraude, concernaient ainsi – d'après la note de la rédaction de *b-Arbitra* accompagnant la publication du jugement à l'origine de la question préjudicielle – un cas de caducité d'une convention de vente d'actions (civ. Bruxelles, 19 juin 2019, *b-Arbitra*, 2020, p. 485).

33 C'est ce qui s'était passé dans l'affaire tranchée par Anvers, 30 mai 2011, *RDC*, 2013, p. 115.

34 C'est ce qui s'était passé dans l'affaire tranchée par Bruxelles, 31 mai 2016, *RPS-TRV*, 2019, p. 406, où les parties se sont toutefois accordées pour faire désigner un nouvel expert par la cour.

défaut, par un tiers identifié par sa fonction, tel « le président de l'Institut des réviseurs d'entreprise ». Ceci permet de préserver la validité de la convention si jamais un premier expert ainsi choisi n'aboutit pas ou si sa décision est annulée : il suffit alors de réutiliser le même processus pour nommer un autre expert. La sanction de caducité n'est en réalité applicable que lorsque la convention des parties désigne nommément l'expert sans prévoir d'alternative. La solution alternative peut avoir été organisée dès l'origine ou être convenue ultérieurement une fois que le problème se pose. Elle peut encore découler du comportement des parties : si une partie demande au tribunal arbitral d'annuler l'évaluation faite par l'expert et de fixer l'ajustement de prix, et que l'autre partie rentre dans ce débat sur le prix – fût-ce à titre subsidiaire – sans invoquer la caducité de la vente, l'on pourra y voir un accord implicite de maintenir les effets de la vente par dérogation à l'article 1592.

III. CONTRÔLE DE L'EXPERT

La décision de l'expert lie les parties et ne peut en principe pas être remise en question devant les arbitres, sauf pour un nombre limité de causes d'annulation : erreur grossière, non-respect de sa mission ou infractions procédurales.[35] La désignation de la sanction est variable – écartement, déclaration d'absence de caractère obligatoire, déclaration d'inopposabilité aux parties ou parfois annulation[36] – mais ces hésitations terminologiques ne semblent refléter aucune véritable divergence de fond.

Erreur grossière – La décision de l'expert peut en premier lieu être annulée s'il « a commis une erreur grossière dans son estimation ».[37] L'on parle d'erreur grossière, d'erreur grave, de décision manifestement déraisonnable ou manifestement inéquitable.[38] Toutes ces expressions sont en pratique synonymes, sauf celle qui renvoie au caractère inéquitable de la décision[39], mais il ne semble pas s'être trouvé de cas où ce seul critère aurait été retenu pour annuler la décision d'un expert. La justification de cette exception à la force obligatoire de la décision du tiers se trouve dans l'analyse de la volonté des parties : l'on

35 La doctrine mentionne également comme cause d'annulation les vices du consentement qui affecteraient la convention en vertu de laquelle l'expert est désigné. C'est exact, mais c'est une autre problématique qui n'a pas sa source dans l'exécution de l'expertise.

36 S. Marysse, *op. cit.*, n° 37 ; M. Storme et M.E. Storme, « De bindende derdenbeslissing naar Belgisch recht », *TPR*, 1985, p. 713, n° 16 à 19.

37 Cass., 30 juin 1966, *Pas.*, 1966, I, 1400.

38 Fl. Georges, *op. cit.*, n° 12 et 14 ; O. Caprasse, *op. cit.* (« De la tierce… »), n° 47. Voy. également l'article 4:5 du Code des sociétés et associations, à propos du règlement par un tiers des parts d'associés dans une société simple : « La décision de ce tiers […] ne peut être annulée qu'en cas d'erreur grossière ou de fraude ou si elle est manifestement contraire à l'équité ».

39 C'est la formule retenue par le droit allemand : « offenbar unbillig », selon le § 319(1) BGB.

n'imagine pas que les parties, en choisissant de recourir à la décision d'un tiers, aient accepté de se soumettre à un éventuel arbitraire.[40]

Une règle identique se retrouve dans de nombreux droits étrangers : aux États-Unis, le test est celui de la « palpable error ».[41] Aux Pays-Bas, l'article 7:904, alinéa 1er, du Code civil dispose que « Indien gebondenheid aan een beslissing van een partij of van een derde in verband met inhoud of wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, is die beslissing vernietigbaar ». En France, c'est également le critère de l'« erreur grossière » qui s'applique.[42] En Angleterre, les éventuelles erreurs commises par l'expert ne sont pas une cause d'annulation de sa décision, sauf si l'erreur résulte d'une violation de ses instructions, mais la pratique contractuelle dispose souvent que la décision de l'expert sera « final and binding in the absence of manifest error ».[43]

L'on voit immédiatement que ce moyen d'annulation ouvre largement la porte aux contestations. Il permet à la partie insatisfaite des chiffres retenus par l'expert de soumettre sa déception au tribunal arbitral en invoquant que ces chiffres sont erronés, et ce de manière manifeste ou grossière. Certes, le pouvoir de contrôle du tribunal n'est que marginal.[44] Mais la réalité montre que, pour exercer ce pouvoir, l'arbitre ou le juge peut rarement échapper à un réexamen au fond du travail de l'expert – et qu'il lui est ensuite difficile de s'arrêter sur sa lancée et de conclure que l'erreur qu'il a éventuellement détectée reste dans les limites de ce qui est tolérable. Un auteur a ainsi dû constater que « ondanks een expliciete verwijzing in het arrest naar een "marginale toetsing", rechters in de praktijk toch geneigd zijn hun toetsingsbevoegdheid ruim in te vullen ».[45] Il est important que les arbitres gardent bien à l'esprit les limites de leur pouvoir et évitent de se laisser entraîner dans un rôle de correcteurs du devoir de l'expert.

Non-respect de la mission – La Cour de cassation exprime la règle en termes très clairs : « Une tierce décision obligatoire puise sa force obligatoire dans celle

---

40 L. Simont, *op. cit.*, n° 13 ; Anvers, 26 novembre 2015, *RABG*, 2018, p. 1411 : « … gezien partijen zich onmogelijk verbonden kunnen hebben kennelijk onredelijke of arbitraire beslissingen te aanvaarden ».

41 F. Fucci, « Arbitration in M&A Transactions : Laws of New York and Delaware. Part I », *DRJ*, 2016, p. 1, spéc. p. 35 ; New York City Bar, *op. cit.*, p. 20.

42 Cass. fr., com., 17 mars 2021, n° 19-13.457 ; Cass. fr., com., 4 février 2004, n° 01-13.516 ; Cass. fr., com., 6 juin 2001, n° 98-18.503.

43 *Kendall on Expert Determination*, *op. cit.*, n° 14.6 et 14.11. Sur le caractère « manifeste » de l'erreur, voy. *Veba Oil Supply & Trading GmbH v Petrotrade Inc* [2001] EWCA Civ 1832, § 33.

44 A. Rigolet, « Tierce décision obligatoire : la volonté des parties, rien que la volonté des parties, toute la volonté des parties », *RGDC*, 2018, p. 485, n° 5 ; B. Kohl et A. Rigolet, *op. cit.*, n° 52 ; D. Mougenot et O. Mignolet, *op. cit.*, n° 8 ; L. Simont, *loc. cit.*

45 J. Docx, « Over de limieten van de verbindende derdenbeslissing bij de verkoop van aandelen », *RPS-TRV*, 2019, p. 412.

de la convention. La tierce décision ne peut, dès lors, être obligatoire lorsque le tiers n'a pas exécuté sa mission conformément à ce qui avait été convenu par les parties ».[46] Les arbitres ont ici un pouvoir de pleine juridiction – par opposition à un pouvoir de contrôle marginal – lorsqu'ils sont appelés à statuer sur la décision de l'expert[47] : dès que celui-ci s'est écarté des instructions conjointes des parties, sa décision n'a plus de fondement.

L'on constate ici aussi une tendance forte des juges, et probablement des arbitres, à invoquer un dépassement de mission pour invalider des conclusions d'expert qui leur paraîtraient inexactes. La cour d'appel de Bruxelles, dans une affaire où l'expert avait évalué les actions d'une société sur la base des données du bilan sans tenir compte de plus-values latentes sur certains actifs, a ainsi considéré « qu'il y a lieu dès lors d'admettre que l'intention des parties a été de tenir compte également de la plus-value sur l'immobilisé » et que l'expert ne s'était pas conformé aux dispositions de sa mission.[48] La même cour d'appel, dans un litige relatif à l'application d'une clause des statuts d'une SPRL qui prévoyait une évaluation par expert des parts cédées entre associés, a jugé que « In de mate dat bedrijfsrevisor V heeft geoordeeld dat er volgens de statutaire bepaling geen correctie voor goodwill diende te gebeuren en zij de waarde van de aandelen heeft bepaald zonder goodwill in rekening te brengen, heeft zij zich niet gehouden aan hetgeen tussen partijen is overeengekomen. Hierdoor heeft zij de overeenkomst tussen partijen miskend zodat haar derdenbeslissing de partijen niet kan binden ».[49] Le tribunal de commerce de Gand, à propos d'une convention de cession d'actions qui disposait que l'expert suivrait les règles d'évaluation précédemment appliquées par le vendeur, a dit que l'expert « zijn bevoegdheid als derdenbeslisser heeft overschreden wanneer het beslist heeft andere waarderingsregels – namelijk een afschrijving van 20% per jaar uitgaande van het jaar van aankoop – toe te passen dan deze die in de overeenkomst tussen partijen uitdrukkelijk voorzien waren ».[50]

Les droits étrangers adoptent très souvent une approche similaire. Ainsi, en Angleterre, « If it can be shown that the expert has acted outside its decision-

---

46 Cass., 28 octobre 2016, *Pas.*, 2016, p. 2098, C.15.0528.N, et concl. av. gén. Van Ingelgem, *Arr.*, 2016, p. 2179.

47 A. Rigolet, *loc. cit.* ; B. Kohl et A. Rigolet, *op. cit.*, n° 47 et 49. Le projet de nouveau Livre 5 du Code civil relatif au droit des obligations indique toutefois dans ses développements que, « conformément à la jurisprudence et à la doctrine », le contrôle du juge est marginal lorsque la détermination de l'objet de l'obligation est confiée à un tiers, en faisant notamment référence à l'arrêt du 28 octobre 2016 de la Cour de cassation qui vise l'hypothèse d'un non-respect de la mission (*op. cit.*, p. 53). L'affirmation ne correspond pas aux vues de la jurisprudence et de la doctrine et la portée exacte du projet de texte est dès lors incertaine.

48 Bruxelles, 20 février 1992, *JT*, 1993, p. 106.

49 Bruxelles, 31 mai 2016, *RPS-TRV*, 2019, p. 406.

50 Comm. Gand, 2 octobre 2003, *TGR*, 2004, p. 26.

making authority the court will set aside its decision; the expert has not performed the exercise which the parties have agreed it should undertake».[51]

Infractions procédurales – L'expert est tenu au respect de certaines règles procédurales.

En premier lieu, il doit se conformer aux règles qui lui ont éventuellement été imposées par les parties. Ceci se rattache au principe précédent, c'est-à-dire qu'il doit respecter les termes de sa mission. Si la convention prévoit par exemple que l'expert devra, avant de rendre sa décision, la soumettre en projet aux parties et leur donner autant de jours pour formuler des observations, la décision prise sans demander ou sans attendre les remarques des parties ne sera pas valable.

Plus fondamentalement, l'expert doit respecter les droits de la défense. Peut-être pas tout à fait au même degré que les arbitres doivent le faire – des auteurs fixent la barre au niveau des «standards minimaux du procès équitable»[52] – mais l'on n'en est pas très loin. Un arrêt de la cour d'appel d'Anvers énonce ainsi sans réserve qu'il appartient au juge de vérifier «of het recht van de verdediging werd gerespecteeerd».[53] La doctrine est généralement plus hésitante, reconnaissant d'une part que la fonction de l'expert, appelé à trancher définitivement un conflit, demande que les parties puissent faire valoir leurs points de vue mais, d'autre part, que la nature purement contractuelle du processus exige de ne pas l'assimiler à un mécanisme juridictionnel et arbitral.[54] Le respect du contradictoire[55], en particulier, est certes une exigence légitime mais il faut garder à l'esprit que, si un expert est choisi, c'est précisément en raison de ses connaissances et de son expérience personnelles et que l'on attend normalement de lui qu'il analyse les faits à la lumière de cela. La démarche n'est pas la même que celle d'un arbitre ou d'un juge. En pratique, la meilleure manière pour l'expert de trouver un juste équilibre entre l'autonomie de son travail et le respect du contradictoire est souvent de d'abord soumettre sa décision aux parties sous la forme d'un projet puis de recueillir – et d'examiner avec un esprit encore ouvert – leurs observations.

L'on considère généralement – mais la question reste controversée – que l'expert doit motiver sa décision.[56] L'absence de motivation est un problème qui ne

---

51 *General Electric Company v AI Alpine US Bidco Inc* [2021] EWHC 45 (Ch), § 31. Pour une espèce où le refus par l'expert de tenir compte de la partie «noire» du chiffre d'affaires a été considérée comme une violation des termes de sa mission, voy. *Begum v Hossain* [2015] EWCA Civ 717.

52 B. Kohl et A. Rigolet, *op. cit.*, n° 32.

53 Anvers, 25 mars 2015, *RW*, 2015-2016, p. 1416.

54 D. Mougenot et O. Mignolet, *op. cit.*, n° 9; O. Caprasse, *op. cit.* («De la tierce…»), n° 54.

55 J. van Compernolle, *op. cit.*, n° 4(c); B. Tilleman, *op. cit.*, n° 19 et 23.

56 Liège, 26 juin 2002, *JLMB*, 2003, p. 1364 et note O. Caprasse, «Tierce décision obligatoire et motivation»; N. Portugaels, «De beperkte aantastbaarheid van de bindende derdenbeslissing bij verzekeringsgeschillen», *RW*, 2015-2016, p. 1420, n° 13; D. Mougenot

semble pas se présenter dans les opérations d'acquisition examinées ici.[57] L'on relèvera seulement une affaire où un tribunal arbitral CCI était confronté à une évaluation d'actions faite à l'occasion de l'exercice d'une option de vente entre co-actionnaires. L'une des parties, déçue par la valeur retenue par le collège d'experts, a demandé communication du raisonnement qui soutenait l'évaluation. Le collège d'experts la lui a refusée en raison d'une clause de confidentialité de ses travaux figurant dans le protocole d'expertise convenu entre parties. Le tribunal arbitral, statuant en droit français, a considéré qu'il existe une obligation légale de motiver pour les experts en vertu de l'article 1592 du Code civil mais que les parties peuvent y renoncer, ce qu'elles avaient fait en l'espèce.[58]

Enfin, l'expert doit en principe être indépendant des parties. Les parties peuvent accepter qu'il ne le soit pas : un arrêt du 13 décembre 2013 de la Cour de cassation n'a rien trouvé à redire à une situation où deux experts étaient chargés de fixer ensemble la valeur du bien vendu alors qu'ils avaient respectivement été désignés par l'une et l'autre partie et n'étaient pas indépendants de leur donneur d'ordre.[59] Mais en l'absence de convention contraire, expresse ou implicite, l'indépendance de l'expert est de rigueur.[60]

Conséquences de l'annulation – L'arbitre qui rejette la décision de l'expert ne peut pas, on l'a vu ci-dessus (page 293), procéder lui-même à la fixation du prix. Il faudra recommencer l'expertise.

En l'absence de contrainte spécifique résultant des clauses de la convention (par exemple parce que l'expert y aurait été désigné nommément, sans alternative possible), l'arbitre a le choix : il peut soit renvoyer l'affaire au premier expert, soit ordonner aux parties de désigner ou de faire désigner un nouvel expert. Il n'a en principe pas le pouvoir de désigner lui-même ce nouvel expert, sauf si les parties le lui ont demandé ou si la convention le lui permet.[61] Le choix – renvoi

---

et O. Mignolet, *op. cit.*, n° 9 ; Fl. Georges, *op. cit.*, n° 7 ; O. Caprasse, *op. cit.* (« De la tierce… »), n° 52.

57 Comp. *Kendall on Expert Determination*, *op. cit.*, n° 3.4-10 : « The determinations issued by accountants often do not include reasons. Unreasoned determinations are sometimes known as 'non-speaking decisions' ».

58 La sentence est relatée, à l'occasion d'une procédure tendant à son annulation, par Paris, 17 décembre 2019, RG 17/23073, *Galeries Lafayette c BNP Paribas* (*Rev. arb.*, 2019, p. 1209, somm. ; pourvoi rejeté par Cass. fr., 31 mars 2021, n° P 20-14.536).

59 Cass., 13 décembre 2013, *Pas.*, 2013, p. 2594, C.12.0133.F, et concl. pr. gén. Leclercq et *JT*, 2014, p. 115 et note O. Caprasse, « La fixation du prix par un tiers désigné sur la base de l'article 1592 du Code civil ».

60 P. Wéry, *op. cit.*, n° 291-2 ; D. Mougenot et O. Mignolet, *op. cit.*, n° 8 ; Fl. Georges, *op. cit.*, n° 15 ; O. Caprasse, *op. cit.* (« De la tierce… »), n° 51 ; B. Kohl et A. Rigolet, *op. cit.*, n° 30 ; B. Tilleman, *op. cit.*, n° 31 ; L. Simont, *op. cit.*, n° 11.

61 Anvers, 24 février 2012, *RW*, 2012-2013, p. 1149 ; Aix-en-Provence, 2 mai 2019, *Cah. arb.*, 2019, p. 319 ; B. Kohl et A. Rigolet, *op. cit.*, n° 40 et 42. Comp. Fl. Georges, *op. cit.*, n° 16 à 20.

ou nouvelle désignation – est une question d'opportunité. Il dépendra en premier lieu de la perception que les parties ont à ce moment de l'expert que l'arbitre vient de désavouer, cette perception dépendant à son tour des motifs du désaveu.[62] Si la décision est écartée parce que l'expert n'a pas respecté le contradictoire et a délibérément favorisé une partie, il est clair qu'il ne pourra plus reprendre sa mission. Idem si une annulation pour erreur grossière révèle son manque de compétence professionnelle. Un renvoi au même expert nous semble également inapproprié chaque fois qu'il y a un risque de préjugé, fût-ce inconscient, dans l'esprit de l'expert, c'est-à-dire chaque fois que l'expert risque d'être enclin à simplement mieux motiver la conclusion à laquelle il était arrivé la première fois. En revanche, lorsque le tribunal arbitral écarte la décision de l'expert pour des raisons liées à l'interprétation de la convention – par exemple, savoir si la convention impose ou non de prendre en compte des plus-values latentes – il ne devrait a priori pas y avoir de raison de penser que le même expert ne pourrait pas recommencer son travail en suivant cette fois-ci les instructions données par les arbitres.

Une annulation partielle de la décision de l'expert est possible.[63] Si le motif d'annulation n'affecte qu'une partie de sa décision et que cette partie est dissociable du reste – par exemple, une composante particulière de la formule de calcul de l'ajustement de prix – il sera généralement préférable de maintenir la validité du reste de la décision.

IV. ZONES DE CONFLIT

Les risques de conflits entre les rôles respectifs de l'expert et du tribunal arbitral sont multiples. Nous tenterons ci-dessous d'identifier les situations les plus typiques. La jurisprudence publiée susceptible d'éclairer cette étude concerne très souvent, vu la confidentialité de la plupart des procédures d'arbitrage, des configurations où la clause de fixation du prix par un expert est combinée à une clause de for en faveur de tribunaux étatiques plutôt qu'à une clause d'arbitrage. Les solutions sont toutefois généralement transposables : la ligne de démarcation entre les pouvoirs de l'expert et ceux du juge est la même que celle qui délimite les pouvoirs de l'expert et de l'arbitre.

Interprétation du contrat – Les tribunaux arbitraux, de même que les cours et tribunaux judiciaires, considèrent sans hésitation que les questions

---

62 Anvers, 24 février 2012, *RW*, 2012-2013, p. 1149 ; L. Simont et P.-A. Foriers, ex. jur., « Les contrats spéciaux », *RCJB*, 2014, p. 545, n° 12 ; A. Van Oevelen, *op. cit.*, n° 6 ; B. Kohl et A. Rigolet, *op. cit.*, n° 60.

63 B. Kohl et A. Rigolet, *op. cit.*, n° 57. La même logique justifie que l'annulation d'une sentence arbitrale puisse n'être que partielle : G. Keutgen et G.-A. Dal, *op. cit.*, n° 700 ; O. Caprasse, « L'arbitrage », *Droit judiciaire*, G. de Leval (dir.), t. II, Larcier, 2015, n° 11.68.

d'interprétation du contrat relèvent de leur compétence et n'appartiennent pas – ou en tout cas pas exclusivement – à celle des experts. L'interprétation est un exercice juridique, pas un exercice comptable ou financier, et elle fait naturellement partie de la tâche des arbitres.

Ce principe, incontestable en lui-même, aboutit en fait à ce que les arbitres (ainsi que les juges, voy. page 297) s'aventurent assez loin dans le réexamen des analyses comptables réalisées par l'expert. Ainsi, dans une affaire CCI n° 11593, la convention avait chargé l'expert d'ajuster le prix des actions vendues en fonction de deux paramètres, le *cash on hand* et le *working capital*. L'expert inclut certains frais (des *development fees* relatifs à une centrale électrique en cours de construction) dans le calcul de chacun des deux paramètres, ce qui selon le tribunal arbitral n'était techniquement pas incorrect au vu des normes comptables applicables. Le tribunal, cependant, a considéré que ceci aboutissait à un double comptage des mêmes frais, ne correspondait pas à l'intention des parties et était dès lors contraire à leur convention. Il ajoute[64] :

> *This conclusion, which is not affected by [the auditor]'s role as an « expert » pursuant to Section 6.10.3 of the [No. 1] Agreement, is based on the Tribunal's interpretation of the price adjustment provisions in the context of the [No. 1] Agreement and pursuant to New York law. In order to conduct the Price Adjustment as required by Section 6.10 of the [No. 1] Agreement, [the auditor] was required not only to apply its accounting expertise, but also to interpret and apply the whole of the Price Adjustment formula in accordance with the intention of the Parties as expressed in the Agreement. While interpretation of the Agreement and its Price Adjustment formula may fall outside the strict scope of [the auditor]'s expertise as accounting experts, it is an integral part of the task [the auditor] was required to perform.*

C'est, encore une fois, la nature contractuelle de la fonction de l'expert tiers décideur qui justifie cette solution. La décision de l'expert n'a de force que dans la mesure où elle procède de la convention à l'origine de sa mission. Si l'expert s'écarte de cette convention – par exemple en l'interprétant erronément – sa décision n'a plus de fondement qui puisse lui donner force obligatoire. Un magistrat de la Cour d'appel anglaise, Lord Hoffmann, a exprimé cela de la manière suivante[65] :

> *Where the decision-maker is asked to decide in accordance with certain principles, he must obviously inform himself of those principles and this may mean having, in a trivial sense, to 'decide' what they mean. It does not follow that the question of what*

64 Final Award in Case 11593, *ICC Bull.*, 2013, Vol. 24/1, spéc. n° 139, 146 et 161.

65 *Mercury Communications Ltd v Director General of Telecommunications* CA 1994 CLC 1125, 1140. Cet arrêt fut cassé par la Chambre des Lords, mais en des termes qui approuvaient l'opinion (dissidente) de Lord Hoffmann citée ici (1995 UKHL 12). Dans le même sens, *Great Dunmow Estates Ltd v Crest Nicholson Operations Ltd* [2019] EWCA Civ 1683 ; *National Grid Company Plc v M25 Group Ltd* [1998] EWCA Civ 1968.

> *the principles mean is a matter within his decision-making authority in the sense that the parties have agreed to be bound by his views. Even if the language used by the parties is ambiguous, it must (unless void for uncertainty) have a meaning. The parties have agreed to a decision in accordance with this meaning and no other. Accordingly, if the decision-maker has acted upon what in the court's view was the wrong meaning, he has gone outside his decision-making authority.*

Pour les mêmes raisons, lorsqu'une partie soutient que certains points de désaccord quant à l'ajustement des comptes ont été définitivement réglés par des négociations entre parties et que l'expert doit se limiter à examiner les seuls points non encore résolus, c'est le tribunal arbitral ou le juge qui a le pouvoir de déterminer si l'accord invoqué existe et quelle en est la portée.[66] Il s'agit d'un litige d'ordre juridique qui sort de la mission comptable de l'expert.

Interprétation des normes comptables – Le droit anglais semble vouloir étendre le principe selon lequel les questions d'interprétation du contrat relèvent des arbitres (ou du juge) plutôt que de l'expert à toutes les questions de droit. Selon Lord Neuberger MR, « it seems to me that, where a contract requires an expert to effect a valuation which is to be binding as between the parties, and there is an issue of law which divides the parties and needs to be resolved by the expert, it by no means follows that his resolution of the issue is incapable of being challenged in court by the party whose argument on the issue is rejected ».[67] Cette approche ne serait pas exacte en Belgique, où le droit comptable est une branche du droit. La bonne application des normes et autres règles comptables relève spécifiquement de la mission de l'expert, dont c'est le métier, et ce serait faire violence à la volonté des parties que de supposer qu'elles ont préféré s'en remettre à cet égard à l'opinion des arbitres ou des juges si celle-ci diffère de celle de l'expert. Sauf erreur grossière, une mauvaise application des normes comptables par l'expert n'est donc pas, en droit belge, un motif d'annulation de sa décision, bien qu'une norme comptable soit une règle de droit.

Un arrêt rendu en 1995 par la Chambre des Lords considère que l'interprétation par l'expert de certains concepts comptables est soumise au contrôle ultérieur du juge (ces concepts figuraient dans une autorisation réglementaire d'exploiter un réseau de télécommunication, qui attribuait à un directeur général d'administration le pouvoir d'intervenir comme expert tiers décideur dans certains conflits entre l'exploitant et des concurrents sollicitant l'accès au réseau)[68] :

---

66 *AHS New Mexico Holdings, Inc. v. Healthsource, Inc.*, 2007 WL 431051 (Del. Ch. Feb. 2, 2007).

67 *Barclays Bank Plc v Nylon Capital LLP* [2011] EWCA Civ 826, opinion concurrente de Lord Neuberger MR, § 69. Voy. également *Kendall on Expert Determination*, *op. cit.*, n° 14.9 et 15.10.

68 *Mercury Communications Ltd v Director General of Telecommunications* [1995] UKHL 12.

> *What has to be done in the present case […] depends upon the proper interpretation of the words « fully allocated costs » which the Respondents agree raises a question of construction and therefore of law, and « relevant overheads » which may raise analogous questions. If the Director General misinterprets these phrases and makes a Determination on the basis of an incorrect interpretation, he does not do what he was asked to do. If he interprets the words correctly then the application of those words to the facts may in the absence of fraud be beyond challenge.*

Un arrêt anglais plus récent, prenant le contrepied de l'opinion de Lord Neuberger citée ci-dessus, exprime en revanche la position qui devrait selon nous prévaloir en droit belge[69] :

> *In this case it was agreed that the IVSB [International Valuation Standards Board] standards would be used and the parties must be taken to have assumed that Grant Thornton were familiar both with the principles they embody and their practical application. In those circumstances I think they must also be taken to have accepted that the interpretation of those standards was a matter for Grant Thornton in the performance of their functions as expert valuers. I am unable to accept the proposition that the interpretation of the IVSB standards lay outside the scope of their mandate.*

Aux États-Unis, un jugement récent de la Cour de chancellerie du Delaware a rejeté la tentative d'un acquéreur de présenter des questions de méthodologie comptable comme des questions de droit qui devraient être tranchées par les tribunaux plutôt que par l'expert : les questions contestées, selon la Cour, « all involve accounting methodology issues that fall squarely within an accounting firm's expertise ».[70]

Questions d'appréciation – Le même raisonnement doit aboutir à laisser à l'expert – sauf erreur grossière – le monopole des questions d'appréciation liées à l'établissement des comptes. Des états financiers ne sont pas seulement le résultat d'opérations arithmétiques ; ils donnent lieu à des questions d'appréciation – par exemple, l'évaluation de la nécessité ou du montant d'une provision pour litiges ou d'une réduction de valeur sur une participation dans une filiale – qui laissent à leur auteur une large marge de manœuvre. La fonction du tribunal arbitral n'est pas de substituer son appréciation à celle de l'expert. L'on peut ici encore citer Lord Hoffmann[71] :

> *even in cases in which the parties have agreed principles of valuation, their application may involve questions of judgment which they have left to the decision of the accountants. In the last example, the question of what counts as 'net profits' may be*

69 *Premier Telecom Communications Group Ltd v Webb* [2014] EWCA Civ 994, § 18.
70 *Evan M. Stone v. Nationstar Mortgage LLC* (Del. Ch. July 6, 2020).
71 *Mercury Communications Ltd v Director General of Telecommunications* CA 1994 CLC 1125, 1140.

something on which different accountants could hold different views. Here again, as a matter of substantive law, the court will not interfere. As a matter of contract, the parties have agreed that 'net profits' are to be whatever the accountants honestly consider them to be.

Chevauchement avec les déclarations et garanties – Une configuration contentieuse fréquente est celle où l'acheteur, à l'occasion de l'établissement des *completion accounts*, constate ou croit constater que les comptes de référence ne sont pas corrects. Deux points de discorde sont alors susceptibles de surgir. En premier lieu, l'ajustement de prix doit-il inclure ou au contraire doit-il ignorer l'impact des erreurs dans les comptes de référence ? Autrement dit, les *completion accounts* doivent-ils être établis en continuité avec les comptes de référence afin d'assurer leur comparabilité, quitte à y maintenir les erreurs du passé, ou doivent-ils avant tout être corrects, quitte à ce que la comparaison entre les deux jeux de comptes successifs ne soit plus le simple reflet de l'évolution de la situation financière de la société cible entre la date de signature et la date de clôture ? En second lieu, l'acheteur peut-il invoquer l'erreur des comptes de référence tant au titre d'un ajustement de prix qu'au titre d'une infraction aux déclarations et garanties, ou ces deux actions sont-elles mutuellement exclusives ? L'enjeu de cette seconde question n'est pas seulement procédural, parce qu'un montant plafond (un « cap ») limite habituellement les actions en garantie mais pas les ajustements de prix.

Il n'existe pas de réponse absolue à ces questions, qui sont d'autant plus complexes que l'ajustement de prix relève de l'expert alors que l'appel aux garanties relève des arbitres ou du juge. La réponse est chaque fois une question d'espèce, selon les circonstances et surtout selon les dispositions du contrat. Dans l'affaire *Shafi v Rutherford* jugée par la Cour d'appel anglaise en 2014, l'expert avait constaté que les comptes de référence traitaient à tort comme leasing opérationnel une opération qui aurait dû être comptabilisée comme leasing financier, de sorte que les comptes sous-estimaient l'endettement de la société (ainsi que ses actifs immobilisés, probablement, mais la formule d'ajustement du prix dépendait semble-t-il seulement du niveau des dettes et l'arrêt ne parle pas de l'actif du bilan). L'arrêt décide d'intégrer l'impact de la correction des comptes dans le calcul d'ajustement : « I can see no reason why in those circumstances they [the parties] would have wished to carry forward erroneous accounting treatment of liabilities. Rather, they would have been seeking to reflect, at least so far as the liabilities are concerned, the reality of the situation ».[72]

La dépendance de la solution aux circonstances de chaque espèce a encore été mise en évidence par la Cour de chancellerie du Delaware dans son arrêt *Alliant*. Diverses objections soulevées par l'acheteur à propos de l'estimation du *net*

[72] *Shafi v Rutherford* [2014] EWCA Civ 1186, § 40.

working capital établie par le vendeur étaient susceptibles d'être visées par la clause d'ajustement de prix aussi bien que par les clauses de garantie. Une analyse textuelle détaillée de la convention a mené la Cour à la conclusion suivante[73] :

> *This Court and courts in other jurisdictions have reached different results in determining whether a dispute over accounting methodology may be resolved as part of a purchase price adjustment process. This is not surprising. Claims of this nature are creatures of contract and counterparties to a transaction are free to contractually order their affairs as they wish. The critical issue for the Court to decide here is what the shared intentions of the contracting parties were when they entered the Agreement.*
>
> *For the reasons discussed below, I conclude based on the plain terms of the Agreement that the present dispute over the calculation of net working capital fairly may be raised under the purchase price adjustment procedure even though that dispute implicates issues of accounting methodology that also could form the basis of an indemnification claim for breach of a representation and warranty. I further conclude that where a dispute could be brought either as part of the purchase price adjustment procedure or as an indemnification claim, the Agreement specifically provides that the exclusive remedy provision in the purchase price adjustment procedure trumps the exclusive remedy provision for indemnification claims.*

C'est également l'exégèse de la convention qui a guidé la même Cour dans une affaire où un important contentieux entre l'entreprise cédée et un client n'avait apparemment pas été révélé lors du *due diligence* préalable à l'acquisition. La question était de savoir si ceci devait être traité par le tribunal arbitral en tant que violation des déclarations et garanties (la convention contenait une clause d'arbitrage American Arbitration Association) ou par le « Settlement Accountant » dans le cadre du processus d'ajustement du prix. La réponse était dans le texte de la convention, qui disposait qu'aucune contestation relative au calcul du prix « which would also constitute a breach of representation » ne pourrait faire l'objet d'un appel aux garanties. La Cour, à son corps défendant, a dû confier le problème au comptable plutôt qu'aux arbitres AAA[74] :

> *The Merger Agreement, unequivocally, and some might argue inexplicably, resolves the conflict. […] The parties established an arbitration hierarchy and, in this instance, that hierarchy assigns the responsibility for the pending dispute to the Settlement Accountant as the forum of express choice. One may doubt that this is what the parties intended; the Court, however, cannot read the Merger Agreement otherwise.*

Dans une ancienne affaire CCI, où l'acquéreur poursuivait en arbitrage des réclamations relatives aux garanties du vendeur à propos de l'état d'entretien

---

73 *Alliant Techsystems, Inc. v. MidOcean Bushnell Holdings, L.P.*, C.A. No. 9813-CB, 2015 WL 1897659 (Del. Ch. Apr. 27, 2015).

74 *Matria Healthcare v. Coral SR LLC*, C.A. No. 2513-N (Del. Ch. Mar. 1, 2007).

et de réparation de certains immeubles, le vendeur invoquait l'incompétence des arbitres en raison du fait que les mêmes allégations avaient déjà été traitées par l'auditeur chargé de fixer l'ajustement de prix. Le tribunal arbitral a rejeté l'exception, par une décision fondée sur l'interprétation du contrat[75] :

> *[…] l'Arbitre J*[76] *était conscient de la possibilité (qu'impliquaient nécessairement le système contractuel et la rédaction adoptés par les Parties), que certaines questions viennent à être débattues à la fois ou, mieux, successivement, sur le plan comptable et sur le plan juridique des obligations de garantie du vendeur. La nature des choses implique pareille possibilité […]. Si les Parties avaient voulu exclure la possibilité qu'une même demande (concernant par exemple l'entretien et la réparation des immeubles) soit présentée successivement au titre de l'ajustement de prix et ensuite, après son rejet dans l'audit-arbitrage, au titre de la Garantie, elles se seraient sans doute exprimées ou auraient dû s'exprimer d'une autre manière.*

Une solution différente a été retenue par la Cour suprême du Delaware en 2017 dans l'affaire *Chicago Bridge*. La Cour s'est appuyée sur la fonction économique de l'ajustement de prix pour conclure qu'il fallait maintenir la comparabilité des comptes, sans corriger les comptes de référence[77] :

> *When viewed in proper context, the True Up is an important, but narrow, subordinate, and cabined remedy available to address any developments affecting [the target]'s working capital that occurred in the period between signing and closing. […] when considering claims under the True Up, the expert is addressing a confined period of time between signing and closing using the same accounting principles that were the subject of due diligence and contractual representations and warranties, and thus formed the foundation for the parties' agreement to sign up and close the transaction. […] The True Up has an important role to play, but that role is limited and informed by its function in the overall Purchase Agreement. Generally speaking, purchase price adjustments in merger agreements account for changes in a target's business between the signing and closing of the merger. […] for the purpose of these calculations, both [the buyer] and [the seller] must hold the accounting approach constant. Thus, the True Up and the Agreed Principles work together to establish a requirement of consistency.*

---

75 Partial Award, ICC Case No. 8360, 1996, *Société FAX v Société X and Société SL*, *ASA Bull.*, 1999, p. 338.

76 La convention sous-jacente disposait qu'un désaccord sur les comptes serait soumis à l'« arbitrage » d'un cabinet fiduciaire dont le « verdict » lierait les parties. La sentence qualifie cette procédure d'« audit-arbitrage » et donne à l'expert le titre d'arbitre.

77 *Chicago Bridge & Iron Co. N.V. v. Westinghouse Elec. Co.*, 166 A.3d 912 (Del 2017). La décision était influencée par les circonstances de fait très particulières de l'espèce : il s'agissait de la cession d'une centrale nucléaire en cours de construction, confrontée à de graves difficultés. Le prix de cession était fixé à zéro, à ajuster dans un sens ou dans l'autre selon l'écart entre le niveau du *working capital* à la date de clôture et un niveau cible déterminé à la signature. La seule sanction d'éventuelles violations des déclarations et garanties était la possibilité pour l'acheteur de se retirer de l'opération et de ne pas procéder au *closing*, tous dommages et intérêts étant expressément exclus.

La Cour a ajouté que la convention ne permettait pas le cumul des actions en ajustement de prix et en garantie : « the Purchase Agreement's plain meaning does not allow claims that could have been brought as breaches of representations and warranties to be brought as part of the True Up ». Il était clair pour la Cour que ces questions relevaient de sa compétence (elles eussent relevé de la compétence des arbitres si la convention avait inclus une clause d'arbitrage) et pas de celle de l'expert qui « did not have a wide-ranging brief to adjudicate all disputes between [the seller] and [the buyer] under the Purchase Agreement, but rather one confined to a discrete set of narrow disputes ».

La cour d'appel de New York, dans l'affaire *Westmoreland v. Entech* où l'acheteur réclamait le bénéfice d'un ajustement de prix provenant principalement de corrections de valeur de certains actifs dans les comptes de référence, prétendument non conformes aux GAAP, a jugé que le litige devait être tranché exclusivement par les tribunaux dans le cadre des déclarations et garanties et ne relevait pas de la problématique des ajustements de prix confiée à l'expert.[78]

Un risque de chevauchement similaire s'est présenté dans le dossier *HDS v. Home Depot*. La convention prévoyait un ajustement du prix de cession en fonction du niveau de *working capital* la veille du *closing*. Elle imposait également au vendeur de rembourser à la société cible certaines primes de fidélisation payées aux employés. Le vendeur s'est plaint que les comptes de clôture préparés par l'acheteur déduisaient le montant de ces primes du *working capital*, ce qui aboutirait à un double comptage, et a suspendu le remboursement dû à la société cible. La Cour de chancellerie du Delaware devait notamment décider si c'était au cabinet comptable ou à elle-même qu'il revenait de trancher la difficulté. Elle a jugé qu'il s'agissait d'une « contractual dispute », pas d'une question de calcul d'un ajustement de prix, et que cet aspect du litige n'appartenait qu'à elle.[79]

Dans l'affaire *OSI Systems v. Instrumetarium*, la convention prévoyait une clause de détermination par expert des ajustements de prix et une clause d'arbitrage pour les appels aux garanties. L'acquéreur invoquait diverses irrégularités dans les comptes de référence et voulait que celles-ci soient corrigées par l'expert à l'occasion des calculs d'ajustement du prix. La Cour de chancellerie du Delaware lui a donné tort et a renvoyé le litige aux arbitres.[80]

Earn-out et engagements de gestion – Les clauses d'*earn-out* sont fréquemment accompagnées de dispositions obligeant l'acheteur, pendant la période de référence du calcul de l'*earn-out*, à assurer un certain degré de continuité ou de diligence dans la gestion de l'entreprise. Une éventuelle violation

78 *Westmoreland Coal Co. v. Entech, Inc.*, 100 N.Y.2d 352 (N.Y. 2003).
79 *HDS Investment Holding, Inc. v. Home Depot, Inc.*, 2008 WL 4606262 (Del. Ch. Oct. 17, 2008).
80 *OSI Systems, Inc. v. Instrumentarium Corp*, 892 A.2d 1086 (Del. Ch. 2006).

de cet engagement doit être soumise aux arbitres ; l'expert n'a en principe aucun pouvoir à cet égard. Mais la limite entre les compétences de chacun peut être difficile à tracer. Ainsi, dans une affaire où le vendeur reprochait à l'acheteur d'avoir, en violation de ses engagements, transféré une partie des activités de la société vendue à une autre entité de son groupe, avec un impact négatif sur l'EBITDA servant de base au calcul de l'*earn-out*, une *district court* américaine a considéré que « In essence, this is an accounting dispute regarding how the EBITDA was calculated, and what numbers were used to calculate the EBITDA » et qu'il appartenait à l'expert de se prononcer.[81]

Nomination, récusation et révocation de l'expert – Les difficultés, assez fréquentes en pratique, relatives à la nomination de l'expert ne peuvent en principe pas être résolues par le tribunal arbitral : sauf accord des parties, l'arbitre ou le juge n'a pas le pouvoir de nommer un expert tiers décideur à leur place.[82] Il peut éventuellement ordonner à une partie, sous astreinte, de coopérer à la désignation d'un expert.[83]

Une sentence CCI de 2012 a dû trancher la question de savoir s'il fallait ou non avoir recours à une détermination par expert. La convention de cession d'actions prévoyait un mécanisme de *working capital adjustment* du prix, qui devait le cas échéant être déterminé par des *Reporting Accountants*. Six ans plus tard l'acheteur lance une procédure d'arbitrage pour se faire rembourser une partie du prix payé, conformément au mécanisme contractuel d'ajustement. Le vendeur répond que le tribunal est sans juridiction, l'ajustement en question relevant exclusivement de la compétence des experts comptables qui n'avaient toujours pas été nommés. Le tribunal s'est déclaré compétent, aux motifs que les parties avaient – longuement – négocié le montant de l'ajustement de prix directement entre elles et étaient arrivées à un accord sur ce montant, qu'elles avaient en fait dérogé au mécanisme contractuel initialement prévu et que le litige ne portait plus sur le montant de l'ajustement mais sur l'exigibilité de celui-ci, une question qui ne relevait de toute manière pas des experts. Au fond, le tribunal a accordé le remboursement demandé.[84]

Une problématique similaire s'est posée dans l'affaire CCI n° 11587, où les parties avaient également tardé à mettre en œuvre la procédure d'expertise. Lorsque l'acheteur s'est finalement adressé à un tribunal arbitral pour faire désigner un expert, le vendeur a objecté qu'il y avait forclusion – ce que le tribunal a rejeté,

---

81 *Duafala v. Globecomm Systems Inc.*, 91 F. Supp. 3d 330 (E.D.N.Y. 2015).

82 Voy. page 299 et note 61.

83 Fl. Georges, *op. cit.*, n° 19 ; B. Kohl et A. Rigolet, *op. cit.*, n° 41 ; M. Storme et M.E. Storme, *op. cit.*, n° 11.

84 Final Award, ICC Case No. 17479, 2012, *Y.B. Com. Arb.*, 2016, p. 175.

non sans avoir entretemps désigné son propre expert pour comprendre ce qui expliquait tous ces retards.[85]

La récusation ou la révocation d'un expert tiers décideur ne fait l'objet d'aucune règle expresse, ni dans la loi ni la plupart du temps dans les conventions. Nous pensons qu'un tribunal arbitral compétent pour trancher les litiges relatifs à la convention des parties a le pouvoir d'examiner une demande de récusation ou de révocation de l'expert : l'on sait que ce tribunal peut écarter la décision d'un expert qui s'est montré partial ou n'a pas respecté les termes de sa mission (voy. pages 297 à 299), ce qui aboutit – sauf décision de renvoi au même expert – à l'écartement de l'expert lui-même (voy. page 300). Une décision de récusation ou de révocation a le même effet et se base sur les mêmes motifs, la seule différence étant qu'elle se prend avant plutôt qu'après que l'expert ait rendu sa décision. Rien ne justifierait de ne pas reconnaître au tribunal arbitral la possibilité d'intervenir plus tôt que plus tard.

Non-respect du calendrier – Les clauses d'ajustement de prix prévoient d'habitude, avec un degré de détail variable, plusieurs étapes devant se dérouler bilatéralement entre les parties avant l'intervention éventuelle de l'expert : remise d'un projet de comptes, réponse sous la forme d'un contre-projet ou d'une liste d'objections, période de négociations, le tout conformément à un calendrier déterminé. Les choses ne se déroulent bien entendu pas toujours selon le processus prévu et les déviations, inévitablement, sont sources de litiges. Deux questions se posent alors : quant au fond, quelle est l'éventuelle sanction du non-respect du processus contractuel – par exemple, le dépassement par une partie du délai pour communiquer ses objections au projet de comptes établi par l'autre partie empêche-t-il la première partie d'encore contester le projet ? Et quant à la procédure, ce qui est ici notre propos, est-ce l'expert ou est-ce l'arbitre (ou le juge) qui doit en tirer les conséquences ?

L'affaire *Viacom c Winshall* a donné l'occasion à la Cour suprême du Delaware de trancher un tel débat par un arrêt du 16 juillet 2013.[86] Il s'agissait d'un calcul d'*earn-out*, pour lequel les parties s'étaient après moultes péripéties mises d'accord sur le choix d'un expert et sur sa lettre de mission, qui contenait la liste des points contentieux. En cours d'expertise, l'acheteur demande à l'expert d'acter certaines réductions de valeur sur stocks ; le vendeur s'y oppose parce que cela ne figurait pas parmi les points énumérés et l'expert refuse pour cette raison de procéder aux réductions de valeur en question. La Cour juge qu'une telle décision relève du pouvoir de l'expert et qu'il ne lui appartient pas de la remettre

85 Partial Awards in Case 11587, *ICC Bull.*, 2013, Vol. 24/1, et observations A. Carlevaris, « The Arbitration of Disputes Relating to Mergers and Acquisitions : A Study of ICC Cases », *ibid.*, p. 19.

86 *Viacom International, Inc. v. Winshall*, 72 A.3d 78 (Del. 2013).

en question : c'est un point de procédure, pas de fond, et à ce titre c'est l'expert qui en est seul maître. Ce faisant la Cour suprême déclare expressément renverser la jurisprudence de la Cour de chancellerie dans les affaires *HDS* et *Nash*. L'affaire *HDS* portait notamment sur l'admissibilité lors des travaux de l'expert d'une version révisée des comptes de clôture remise par les acheteurs après l'échéance contractuelle de 90 jours suivant le *closing*.[87] *Nash* concernait la possibilité pour les vendeurs de soulever en cours d'expertise des nouvelles objections au bilan préparé par l'acheteur, que les vendeurs n'avaient pas invoquées lors de la phase bilatérale du processus.[88] Dans *Avnet* (également obsolète depuis *Viacom*), l'acheteur avait attendu près d'un an et demi, alors que le contrat lui accordait 60 jours, pour contester la *Closing Balance Sheet* présentée par le vendeur et le vendeur invoquait la forclusion.[89] Dans chacun de ces trois arrêts, la Cour de chancellerie avait considéré que c'était elle, et pas le cabinet comptable désigné comme expert, qui devait trancher la difficulté.

Cette jurisprudence de la Cour suprême du Delaware ne peut pas être transposée en droit belge. Elle est en effet fondée sur l'idée que la mission du comptable tiers constitue un arbitrage régi par le *Federal Arbitration Act*. La Cour a dès lors appliqué la théorie des « procedural arbitrability issues » qui, par opposition aux « substantive arbitrability issues »[90], relèvent de la compétence des arbitres – c'est-à-dire en l'espèce de l'expert-comptable considéré comme arbitre.[91] En droit belge, le juge ou le tribunal arbitral a le pouvoir de contrôler si l'expert a bien respecté les termes de sa mission. Ceci couvre les problématiques traitées par les arrêts examinés : caractère exhaustif ou non d'une liste de points contentieux soumise à l'expert ou à l'autre partie, ou faculté de soumettre une version révisée des comptes. Le droit belge aboutit dès lors aux mêmes solutions que l'ancienne jurisprudence de la Cour de chancellerie du Delaware. Rien n'empêche bien entendu, en Belgique, l'expert de prendre position sur ces problématiques, mais en fin de compte ce sont les arbitres ou le juge qui vérifieront si sa position est exacte et, s'il s'est trompé, sa décision sera écartée. Suivant les circonstances, la sagesse peut alors commander à l'expert d'attendre une décision arbitrale ou judiciaire avant de s'avancer.

---

87 *HDS Investment Holding, Inc. v. Home Depot, Inc.*, 2008 WL 4606262 (Del. Ch. Oct. 17, 2008).

88 *Nash v. Dayton Superior Corporation*, 728 A.2d 59 (Del. Ch. 1998).

89 *Avnet, Inc. v. H.I.G. Source, Inc.*, 2010 WL 3787581 (Del. Ch. Sept. 29, 2010).

90 Sur l'acception hétérodoxe du terme « arbitrability » en droit américain, voy. J. Paulsson, *The Idea of Arbitration*, Oxford University Press, 2013, pp. 72-77 ; L. Shore, « The United States' Perspective on "Arbitrability" », *Arbitrability : International and Comparative Perspectives*, L.A. Mistelis et S. Brekoulakis (dir.), Kluwer Law International, 2009, p. 69.

91 Sur ce point particulier l'arrêt *Viacom* a ultérieurement été *distinguished* par l'arrêt *Penton* (voy. note 11), qui considère que des missions de ce type doivent être qualifiées d'*expert determination* et pas d'arbitrage, la raison pour laquelle la Cour suprême y avait vu un arbitrage étant que les parties s'étaient accordées sur cette qualification.

La cour d'appel de Paris, dans une affaire où la convention prévoyait que l'expert « examinera seulement les éléments contestés tels qu'indiqués dans la notification d'objection concernant le complément de prix », a jugé que l'appréciation de la validité formelle des objections soulevées relevait des arbitres et pas de l'expert[92] :

> *la mission de l'expert est prévue dans le contrat de manière restrictive : aussi cette mission ne peut-elle comprendre le soin de déterminer si l'appelante a valablement pu notifier en deux temps, et par deux courriers dont son adversaire estime qu'ils ne comprenaient pas les mentions requises, son objection au complément de prix proposé par l'intimée.*

Dans le même ordre d'idées, il arrive que l'une des parties refuse que l'expertise ait lieu, ou refuse d'y participer, en invoquant que les étapes préalables prévues par la convention n'ont pas ou pas encore été dûment franchies. Est-ce alors l'arbitre ou l'expert – à supposer que celui-ci ait déjà été nommé – qui peut résoudre le point de blocage ? Dans une affaire où l'acheteur refusait de lancer la mission du cabinet comptable au motif que le vendeur n'avait pas, comme le lui imposait la convention, fourni des objections suffisamment précises aux calculs d'ajustement de prix proposés par l'acheteur, un tribunal du Delaware a décidé que le cabinet comptable devait entamer son travail et statuer lui-même sur l'objection.[93]

Un jugement récent rendu à New York décide en revanche que le reproche adressé par une partie à une autre de ne pas collaborer de bonne foi à l'expertise (l'expert était en l'espèce chargé de déterminer l'ajustement du loyer d'un restaurant) doit être soumis au tribunal et pas à l'expert.[94]

Accès aux documents – Les mécanismes contractuels examinés ici accordent habituellement au vendeur un droit d'accès aux données et documents comptables de l'entreprise cédée, afin qu'il puisse vérifier en connaissance de cause les projets de comptes ou de calcul qui lui sont présentés par l'acheteur. Les éventuels litiges auxquels ceci peut donner lieu relèvent en principe, en droit belge, de la compétence des arbitres : seuls ceux-ci ont le pouvoir d'ordonner à l'acheteur, éventuellement sous astreinte, de remettre certains documents ou informations au vendeur. L'expert peut bien entendu demander les données et documents qui lui paraissent utiles, mais en cas de refus il est sans pouvoir de coercion.[95]

---

92 Paris, 4 mai 2018, *Cah. arb.*, 2018, p. 374.

93 *Agiliance, Inc. v. Resolver Soar, LLC*, Civil Action No. 2018-0389-TMR (Del. Ch. Jan. 25, 2019). Le jugement doit toutefois être reçu avec prudence, parce que les parties étaient expressément convenues que la mission du comptable tiers constituerait un arbitrage et que le tribunal a dès lors appliqué au litige la théorie des « procedural arbitrability issues » décrite ci-dessus.

94 *McDonald's Corporation v. Vanderbilt Atlantic Holdings LLC* (E.D.N.Y. Sep 30, 2020).

95 Pour une intéressante analyse de la même problématique dans la jurisprudence de New York, voy. New York City Bar, *op. cit.*, pp. 54 à 59.

Séquence des décision –. Une partie peut être tentée de faire suspendre la désignation ou le travail de l'expert en invoquant que certaines questions d'ordre contractuel doivent préalablement être tranchées par les arbitres.

Un vendeur se plaignait ainsi de ne pas avoir reçu des acquéreurs tous les documents comptables qu'il souhaitait obtenir pour analyser le projet des comptes de clôture et de calcul d'*earn-out*, et refusait d'entamer la procédure d'expertise aussi longtemps que ces documents ne lui seraient pas remis. La Cour de chancellerie du Delaware a considéré que la controverse relative à l'adéquation de l'information fournie était un accessoire de la controverse portant sur l'ajustement du prix et devait être examinée par l'expert. Elle a donc ordonné le lancement de la procédure d'expertise.[96] (Le vendeur, têtu, a continué à faire de l'obstruction et un an plus tard la Cour l'a condamné pour *contempt*.[97])

La même problématique s'est posée à plusieurs reprises devant les tribunaux anglais, à qui il était demandé d'intervenir avant que l'expert ne fasse son travail. Dans l'affaire *Barclays Bank v Nylon Capital*, il s'agissait de sommes prétendument dues au gestionnaire d'un *hedge fund* par un de ses investisseurs. La convention prévoyait qu'en cas de désaccord sur le montant dû celui-ci serait fixé par un « partner in an independent firm of internationally recognised chartered accountants » et contenait par ailleurs une clause de for en faveur des tribunaux anglais. Les parties s'opposaient quant à la compétence de l'expert pour trancher leur litige et la première question portait sur l'ordre dans lequel il y avait lieu de procéder : fallait-il d'abord obtenir le rapport de l'expert, quitte à ce que le juge l'annule ensuite si l'expert était allé au-delà de ses pouvoirs, ou fallait-il au contraire que le juge décide d'abord si le litige relevait bien de l'expert ? La cour d'appel a considéré que, de manière générale, il est préférable que l'expert accomplisse d'abord sa mission et que les juges évitent de trancher prématurément des griefs hypothétiques. En l'espèce, toutefois, le litige n'était pas hypothétique et concernait non pas le montant de la somme réclamée mais l'existence ou non d'une obligation de paiement, ce qui ne relevait pas de la compétence de l'expert mais de celle du juge judiciaire, et la cour a immédiatement tranché le litige.[98]

Tout récemment, un vendeur a tenté en vain d'obtenir de la High Court un jugement déclaratoire préalable disant que certains arguments de l'acheteur relatifs à l'exactitude des comptes de référence, antérieurs à l'acquisition, devaient être traités exclusivement dans le cadre d'une procédure pour

96 *Aveta Inc., MMM Holdings, Inc. v. Roberto L. Bengoa*, 2008 WL 5255818 (Del. Ch. Dec. 11, 2008). La réserve mentionnée à la note 93 s'applique ici également.

97 *Aveta Inc., MMM Holdings, Inc. v. Roberto L. Bengoa*, C.A. No. 3598-VCL (Del. Ch. Dec. 24, 2009).

98 *Barclays Bank Plc v Nylon Capital LLP* [2011] EWCA Civ 826.

infraction aux garanties et ne pouvaient pas être examinés par l'expert lors de son évaluation de l'ajustement de prix. La Cour a considéré que le problème était hypothétique aussi longtemps que l'expert n'avait pas statué – après tout, il était possible que l'expert donne raison au vendeur – et qu'elle ne devait dès lors pas encore intervenir.[99]

Dans l'affaire *HDS v. Home Depot* commentée plus haut, la Cour de chancellerie a choisi de d'abord trancher elle-même les questions qu'elle considérait être de sa compétence, pour des motifs de bon sens évident : « The neutral auditor cannot properly proceed until the Court has decided the contractual issues, especially in light of the fact that one of the issues for the Court is whether the Revised Closing Statement can be considered by the neutral auditor ».[100] Cette Cour a suivi la même approche dans une affaire où il fallait déterminer qui, du tribunal arbitral ou de l'expert, devait intervenir avant l'autre : « The Legal Arbitration process should be completed first and the parties can work with the Legal Arbitrator, who has broad interpretative powers regarding the Purchase Agreement, to determine the issues that would then remain for determination in the Closing Adjustment Arbitration ».[101]

V. CONTRÔLE DE LA SENTENCE

La répartition des rôles entre l'expert tiers décideur et le tribunal arbitral est-elle soumise au contrôle des cours et tribunaux ? En d'autres mots, un éventuel empiètement du tribunal arbitral sur les pouvoirs de l'expert peut-il constituer un moyen d'annulation de la sentence ? La question est délicate.

D'une part, les pouvoirs de l'expert et de l'arbitre sont mutuellement exclusifs (voy. pages 292 à 294). L'arbitre qui s'aventure dans le domaine attribué à l'expert sort donc de son propre domaine de compétence. Or l'excès de pouvoir est une cause d'annulation des sentences.[102]

D'autre part, l'arbitre dispose d'un pouvoir de contrôle sur l'expert (voy. pages 295 à 299). Ce pouvoir procède de la convention des parties, qui contient tant une clause de tierce décision par expert qu'une clause d'arbitrage. L'arbitre qui

99 *General Electric Company v AI Alpine US Bidco Inc* [2021] EWHC 45 (Ch).

100 *HDS Investment Holding, Inc. v. Home Depot, Inc.*, 2008 WL 4606262 (Del. Ch. Oct. 17, 2008).

101 *OSI Systems, Inc. v. Instrumentarium Corp*, 892 A.2d 1086 (Del. Ch. 2006). Les termes « Legal Arbitration » visaient la procédure devant le tribunal arbitral, les termes « Closing Adjustment Arbitration » visaient la procédure devant l'expert.

102 C. jud., art. 1717, § 3, a), iii) : « la sentence porte sur un différend non visé ou n'entrant pas dans les prévisions de la convention d'arbitrage, ou […] contient des décisions qui dépassent les termes de la convention d'arbitrage » et vi) : « le tribunal arbitral a excédé ses pouvoirs ».

empiète sur les fonctions de l'expert exerce mal ce pouvoir de contrôle. Or le mauvais exercice du pouvoir de juger, par opposition à l'exercice d'un pouvoir que l'on n'a pas, n'est pas une cause d'annulation.[103] Le juge de l'annulation n'effectue pas une révision au fond de la sentence.

Suivant les circonstances de l'espèce, c'est l'une ou l'autre de ces deux règles qui prévaudra. Ainsi, si un tribunal arbitral déclare que la décision d'un expert souffre d'erreurs grossières et l'annule pour cette raison, l'on voit mal comment un juge de l'annulation pourrait y trouver un excès de pouvoir. Par contre, si un tribunal arbitral condamne une partie à payer à l'autre un ajustement de prix qu'il a calculé lui-même alors que la convention attribuait à un expert la tâche de fixer cet ajustement, que la partie condamnée à payer demandait expressément un renvoi à l'expertise et que le tribunal motive son choix en disant simplement que la clause d'arbitrage vise « tout litige relatif à la présente convention » et lui permet donc de procéder au calcul, il nous semble qu'il y a excès de pouvoir et cause d'annulation. Mais qu'en est-il si un tribunal arbitral, après avoir annulé pour erreur grossière la décision de l'expert, effectue lui-même l'évaluation, sur demande de l'une des parties, en disant que les éléments de fait présentés lors des débats lui permettent maintenant de le faire vite et à moindre frais et que la demande de l'autre partie de renvoyer la question à un nouvel expert constitue un abus de droit ? Ou si un tribunal arbitral annule la décision de l'expert parce que celui-ci, en retenant une lecture des normes comptables que le tribunal ne partage pas, n'aurait prétendument pas respecté les termes de sa mission ?

La question s'est posée à New York dans l'affaire *Katz v. Feinberg*. Il s'agissait de la cession par un actionnaire à un autre de la moitié des actions d'une société. La convention de cession disposait que le prix serait égal à (la moitié de) la valeur nette comptable de la société, le montant estimé étant payé au *closing* et un ajustement étant dû à l'un ou à l'autre après détermination définitive par un cabinet comptable. La convention précisait diverses règles de fond et de procédure à cette fin. Elle contenait par ailleurs une clause d'arbitrage AAA.

L'établissement des comptes aboutit à une valeur nette sensiblement inférieure au montant estimé et le vendeur entame une procédure d'arbitrage. Le tribunal arbitral annule la décision de l'expert pour de multiples raisons : dépassement par l'expert du délai de 45 jours dans lequel il était tenu de rendre sa décision, existence de communications bilatérales entre l'expert et l'acheteur seul, non-conformité aux GAAP de certaines réductions de valeur sur stocks actées par l'expert, non-respect par l'expert de l'hypothèse de continuité des *business*

103 Cass., 13 janvier 2011, *Pas.*, 2011, p. 146, C.10.0302.F, et concl. av. gén. Th. Werquin : « Le juge saisi d'une demande en annulation d'une sentence arbitrale n'a, hors le cas où il est amené à vérifier si cette sentence n'est pas contraire à l'ordre public, pas pour mission de contrôler sa légalité ».

practices après le *closing* qui était imposée par la convention. Le tribunal arbitral corrige ensuite lui-même le montant de l'ajustement de prix, en faveur du vendeur.

La *district court* puis la cour d'appel annulent la sentence sur ce point. La *district court* fonde sa décision d'annulation sur une disposition contractuelle qui excluait toute possibilité pour le tribunal arbitral de remettre en question la décision de l'expert : la convention prévoyait que « The determination by the Company Accountants of the final purchase price of the Shares (the "Final Share Purchase Price") shall be final and binding on Seller and Buyer and shall not be subject to any appeal, arbitration, proceeding, adjustment or review of any nature whatsoever ». La cour d'appel confirme le raisonnement et semble en outre considérer que de manière générale, même en l'absence d'une disposition expresse de ce type, une clause de résolution de litiges spécifique (en l'espèce, la clause de détermination par expert visant spécifiquement les litiges relatifs au montant du prix définitif) a priorité sur une clause de résolution de litiges générale (en l'espèce, la clause d'arbitrage AAA).[104] Cet argument supplémentaire ne pourrait pas prospérer en droit belge, où les arbitres ont le pouvoir d'annuler une décision de l'expert ; quant à la disposition contractuelle de l'espèce, des clauses de ce type ne sont pas dans les mœurs ici et il est peu probable que la jurisprudence belge doive un jour se prononcer sur leurs effets.

La même problématique s'est présentée à l'occasion d'un arbitrage CCI entre les Galeries Lafayette et BNP Paribas puis dans la procédure d'annulation qui s'en est suivie devant la cour d'appel de Paris. Une convention d'actionnaires conclue entre les parties à propos d'une filiale commune accorde aux Galeries Lafayette une option de vente de ses actions, le prix d'exercice devant être déterminé par un collège d'experts. La convention contient une clause d'arbitrage CCI. L'option est exercée et un collège d'experts fixe le prix à un niveau inférieur aux attentes des Galeries Lafayette. Celles-ci entament – et perdent – une procédure d'arbitrage où elles soutiennent que les experts ont commis des erreurs grossières et ont violé les obligations qui résultaient de leur mandat.

La cour d'appel de Paris est saisie d'un recours contre la sentence et se limite à examiner un moyen unique d'annulation, assez curieusement fondé sur une prétendue partialité du tribunal arbitral qui résulterait d'incidents relatifs à la non-communication par les experts de leur motivation, en raison d'une clause de confidentialité convenue entre parties (voy. page 299). La cour d'appel mentionne l'objet du litige au fond, c'est-à-dire une erreur grossière éventuellement commise par les experts et des allégations de violations de leur mandat, mais n'aborde pas

[104] *Norman Katz v. Herbert Feinberg*, 167 F. Supp. 2d 556 (S.D.N.Y. 2001), 290 F.3d 95 (2d Cir. 2002).

l'examen de ces points : il était clair, tant dans l'esprit de la cour que dans celui des parties qui n'en débattaient pas à ce stade de la procédure, que ces questions relevaient exclusivement des arbitres et ne pouvaient pas fonder un moyen d'annulation.[105]

L'interaction entre les trois intervenants possible – expert, arbitre et juge étatique – était également au cœur d'un conflit résultant de l'acquisition par Alstom des activités de signalisation ferroviaire de General Electric. La fixation définitive du prix était contestée, GE avait lancé une procédure d'arbitrage CCI et Alstom, qui voulait soumettre la contestation au cabinet comptable indépendant prévu par le contrat, avait entamé une procédure judiciaire à New York. La district court a commencé par considérer que « the threshold question is not who should decide the purchase price adjustment dispute itself. The threshold (that is, logically prior) question is who should decide the very question of who decides », s'est réservé cette prérogative et a donné la priorité au cabinet comptable.[106] L'affirmation que c'est le juge étatique qui « décide qui doit décider », transposée au contexte d'une action en annulation de sentence (Alstom et GE n'en étaient pas là), suggère très nettement que la question pourrait faire l'objet d'un moyen fondé sur un excès de pouvoir du tribunal arbitral.

VI. CONCLUSION

La conjonction de deux modes de résolution des conflits dans une même convention de cession d'actions – tierce décision obligatoire par un expert pour les calculs de prix, arbitrage pour le reste – est une pratique courante et efficace. L'expert et l'arbitre ont chacun leur rôle et leurs compétences respectives sont mutuellement exclusives.

Le tribunal arbitral dispose d'un certain pouvoir de contrôle sur l'expert. Il peut annuler la décision de l'expert en cas d'erreur grossière, ou si l'expert ne s'est pas conformé aux termes de sa mission (un critère qui est en pratique utilisé de manière extensive par les tribunaux arbitraux) ou encore si l'expert a commis certaines infractions procédurales. Une telle annulation n'a pas d'effet dévolutif et l'arbitre ne peut pas substituer sa décision à celle de l'expert ; il faut renvoyer l'affaire à une nouvelle expertise.

---

105 Paris, 17 décembre 2019, RG 17/23073, *Galeries Lafayette c BNP Paribas* (*Rev. arb.*, 2019, p. 1209, somm. ; pourvoi rejeté par Cass. fr., 31 mars 2021, n° P 20-14.536).

106 *Alstom v. General Electric Company*, Case No 16-CV-3568 (S.D.N.Y., Jan. 10, 2017).

Les zones de conflit potentiel entre les pouvoirs respectifs de l'expert et de l'arbitre sont multiples et complexes : l'expert peut être confronté à des questions d'interprétation du contrat, qui appartiennent plus naturellement au domaine de compétence de l'arbitre. À l'inverse, des questions d'interprétation des normes comptables ou des questions d'appréciation lors de l'établissement des comptes relèvent plutôt du métier de l'expert mais les contestations à ce sujet se retrouvent sur la table du tribunal arbitral. Il est fréquent qu'un désaccord sur l'ajustement du prix de l'acquisition provienne d'une prétendue irrégularité des comptes de référence, auquel cas la même problématique est susceptible de relever tant de l'ajustement du prix confié à l'expert que d'un appel aux garanties devant être tranché par le tribunal arbitral. Et ainsi de suite.

C'est le tribunal arbitral, en raison de son pouvoir de contrôle sur la décision de l'expert, qui est en première ligne pour apporter une solution à ces conflits – solution qui sera très souvent une question d'espèce, dépendante des dispositions contractuelles applicables. Le juge de l'annulation pourra ensuite intervenir pour vérifier que le tribunal arbitral n'a pas excédé ses pouvoirs en empiétant sur ceux de l'expert.