

## EXPERTS ET PROJETS INDUSTRIELS INTERNATIONAUX

François VERMEILLE\*

Cet exposé sera divisé en quatre parties : 1. Le récit d'une expérience personnelle ; 2. En quoi les projets industriels internationaux présentent-ils des caractéristiques particulières au regard des limites entre le droit et la technique d'une part et entre l'expert auxiliaire et l'expert substitut du juge d'autre part ? 3. La nature industrielle d'un projet privilège-t-elle le rôle de l'expert d'une partie ou celui de l'expert du tribunal ? 4. La nature industrielle d'un projet a-t-elle un impact sur la dichotomie juristes/techniciens ?

### *1. Le récit d'une expérience personnelle*

Il s'agit d'un arbitrage conduit selon le Règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale. La demanderesse est une entreprise d'un pays maghrébin qui produit et commercialise des objets en céramique. Elle a modernisé et agrandi l'une des ses usines en acquérant des équipements conçus, fournis et installés par une société européenne qui est au surplus chargée de former du personnel.

Le différend apparu entre les parties est des plus classiques :

- La demanderesse prétend que les performances garanties ne sont pas obtenues parce que la conception et/ou la fabrication des machines est défectueuse et parce que la formation du personnel est insuffisante.

- La défenderesse répond que les matières premières ne sont pas conformes aux spécifications, que le personnel manquant d'une formation de base adéquate ne peut être valablement formé et que l'entretien est défaillant.

---

\* Associé, PMG Ingénieurs-Economistes-Conseils, Lausanne.

## LES EXPERTS

La production d'objets en céramique met en œuvre une longue chaîne d'équipements fonctionnant de façon continue :

- préparation du granulat,
- atelier de pressage,
- four de cuisson du « biscuit »,
- ligne d'émaillage,
- four de cuisson des objets émaillés,
- zone d'entreposage intermédiaire,
- triage et emballage des produits finis.

La chaîne comporte de multiples moyens de transport par rubans ou chariots télécommandés, ainsi que divers auxiliaires pour réfrigération d'eau, dépoussiérage, etc. Le tout est fortement automatisé.

La demanderesse arguait d'une perte de chiffre d'affaires due à l'insuffisance des quantités produites et à un prix de vente des produits sur le marché pénalisé par la mauvaise qualité. Elle fondait sa requête en mettant en évidence que pratiquement toutes les machines composant la chaîne présentaient des défauts tout comme les auxiliaires. Elle y voyait la preuve d'une négligence constante et endémique dans les prestations de la défenderesse.

Le tribunal me nomma en qualité d'expert.

Je conclus dans mon rapport que le manque de performance de l'usine était dû à des manquements concomitants des deux parties, en prenant soin de fournir au tribunal, selon la formule consacrée, tous les éléments de fait lui permettant de déterminer les responsabilités encourues et les préjudices subis.

Le tribunal me demanda alors de compléter mon rapport en répondant à la question suivante : « Dire si à son avis les fautes contractuelles de la défenderesse constatées par l'expert ont pu relever de la faute intentionnelle, c'est-à-dire d'une tentative de sa part de se soustraire à ses engagements, ou ont pu constituer un manquement grave à ses obligations, c'est-à-dire révéler une négligence portant substantiellement atteinte au devoir de fournir des prestations d'une exécution soignée et dans les règles de l'art et/ou au devoir de coopération qui pèse sur les opérateurs du commerce international. »

Confronté à cette question, je me suis moi-même posé deux questions :

1) Le tribunal a-t-il délégué de façon excessive son pouvoir de décision à l'expert ?

2) Est-ce que l'expert que je suis outrepassé les limites normales d'une mission d'expertise en acceptant de répondre ?

La première question paraît incongrue dans la mesure où il appartient au tribunal de déterminer le genre de question qu'il peut poser ou non.

Un expert diligent se doit néanmoins de se la poser. Il arrive parfois qu'un tribunal arbitral soit composé de gens incompetents, confondant les

questions de fait et de droit. Tel n'était pas le cas d'espèce où il était formé de juristes internationaux de haut niveau.

De toute façon, dès lors que la question m'était posée, je devais me conformer à l'instruction du tribunal. Mais alors, en acceptant d'y répondre, étais-je certain de rester dans le domaine technique assigné à l'expert ? En d'autres termes, pouvais-je, sans empiéter sur des considérations de droit, porter une appréciation *de nature technique* sur ce que le tribunal qualifiait de faute intentionnelle ou de manquement grave ?

Concernant la faute intentionnelle, je n'avais aucune interrogation allant même à penser que seul un ingénieur était à même de se prononcer. J'avais en effet déjà conclu que certains défauts des équipements étaient de nature à engager la responsabilité de leur fournisseur. Partant de là, j'étais convaincu que seul l'examen des faits, *par un ingénieur*, permettrait de détecter une intention répétitive de tolérer des défauts de conception, de fabrication ou de montage, d'autant plus que la chaîne de production comportait des équipements provenant de différents sous-traitants.

Si, dans le cas d'espèce, le concept, en droit, de faute intentionnelle me paraissait aisément transposable en un état de fait technique, la question était plus délicate quant au manquement grave. Au surplus, j'étais conscient que de ma réponse dépendrait la possibilité ou non pour la demanderesse d'obtenir des dommages et intérêts pour perte de production, le contrat ne les octroyant qu'en cas de manquement grave.

Compte tenu des défauts précités, il y avait évidemment eu manquement à quelque chose. Mais était-il grave comme le demandait le tribunal ou *a contrario* forcément léger ? Et comment est-il techniquement possible à un ingénieur d'appréhender cette démarcation éminemment juridique ?

Je me suis référé à la formule dite du Tribunal de Zurich<sup>1</sup> qui qualifie la faute comme suit :

- la faute légère : « *ça peut arriver* »,
- la faute grave : « *ça ne doit pas arriver* ».

Ajoutons l'adverbe « techniquement » et la faute grave devient ce qui ne doit techniquement pas arriver. Partant de là, j'ai pris le parti de répondre à la question du tribunal et l'analyse des faits m'a conduit à conclure qu'il n'y avait ni faute intentionnelle, ni manquement grave.

La défenderesse a fait appel au motif que le tribunal a laissé l'expert se prononcer à sa place sur des questions de droit et a entériné ses conclusions, manquant ainsi à son obligation de statuer en droit. En outre, le tribunal se voyait reprocher d'avoir demandé un avis juridique relatif au caractère intentionnel des fautes contractuelles de la défenderesse.

---

<sup>1</sup> Alfred KELLER, *Haftpflicht im Privatrecht*, 1971, ch. V, *Verschulden*, p. 81.

La décision de la Cour d'appel de Paris du 12 septembre 2002 a été résumée dans la *Revue de l'arbitrage*<sup>2</sup>. On y lit notamment ceci : « Si le tribunal arbitral a décidé, dans une ordonnance et après avoir organisé un échange de mémoires et entendu les plaidoiries des conseils des parties, de demander, pour trancher une question, à l'expert d'une part si les essais de performance justifiaient le paiement du maximum des pénalités de performance et d'autre part si les fautes contractuelles de l'une des parties pouvaient être qualifiées d'intentionnelles ou constituer un manquement grave de l'entrepreneur à ses obligations, il ne saurait toutefois être soutenu que le tribunal arbitral a délégué la qualification juridique des faits à un technicien, dès lors qu'en premier lieu, les arbitres avaient pris soin de préciser, dans cette mission complémentaire d'expertise, que « l'avis de l'expert, que les parties auront toute possibilité de discuter par la suite, ne lie pas le tribunal arbitral » et qu'en deuxième lieu, les arbitres ont qualifié eux-mêmes, dans la mission, ce qu'ils entendaient par faute intentionnelles et par manquements graves aux obligations, en particulier au regard des stipulations du contrat, et ont simplement demandé à l'expert de caractériser les fautes techniques afin de les faire entrer dans la grille juridique qu'ils avaient déterminée, étant observé que les réponses de l'expert s'insèrent parfaitement dans ce processus ; le moyen d'annulation reprochant aux arbitres d'avoir délégué leurs pouvoirs à l'expert doit donc être rejeté. »

*2. En quoi les projets industriels internationaux présentent-ils des caractéristiques particulières au regard des limites entre le droit et la technique d'une part et entre l'expert auxiliaire et l'expert substitut du juge d'autre part ?*

J'aborderai la réponse à cette question par une autre question: un projet industriel accroît-il l'éventualité que l'expert nommé par le tribunal s'éloigne de sa fonction d'auxiliaire pour se substituer au juge et qu'à l'inverse le juge s'affranchisse de son obligation de statuer en droit pour s'en remettre à l'avis de l'expert?

De façon volontairement simplifiée, on peut dire d'un projet de construction (par exemple: un pont, une route, un bâtiment) qu'il correspond à quelque chose de « statique » dont le commun des mortels parvient généralement à comprendre les caractéristiques par le bon sens. En revanche et par nature, un projet industriel est « dynamique » dans la mesure où il sert à produire quelque chose. Il met en œuvre des processus complexes dont la compréhension exige le plus souvent « d'être du métier ».

---

<sup>2</sup> 2002, n° 4, p. 1044.

La majorité des systèmes juridiques impose au juge de s'adjoindre les services d'un spécialiste si sa décision doit reposer sur des connaissances qu'il n'a pas. La situation est différente en arbitrage. Les parties ont la possibilité de désigner des arbitres disposant de connaissances techniques. Malgré cela, la pratique fréquente est de désigner des hommes de loi et parmi ceux-là il y en a d'extrêmement dangereux. Ce sont ceux qui affirment péremptoirement: « je ne nommerai jamais d'expert; c'est à moi de comprendre les aspects techniques ».

C'est à la fois présomptueux et orgueilleux. Car pour prétendre comprendre, il faut préalablement apprendre soit par les livres, soit par l'enseignement oral. L'opinion de l'arbitre risque d'être biaisée par son choix des écrits ou par l'opinion des spécialistes qu'il aura consultés. Au passage, on notera qu'il n'est pas à l'abri de critiques s'il ne révèle pas aux parties l'origine de ses sources d'information et n'ouvre pas un débat contradictoire à leur sujet.

Au surplus, les livres et l'enseignement oral n'apportent pas l'expérience de la pratique sur le terrain. Et même à supposer que les parties contribuent à fournir cette expérience avec l'assistance de leurs propres experts, encore faut-il que l'arbitre dispose du temps suffisant pour s'en pénétrer.

Voici quelques exemples vécus de litiges concernant des projets industriels où l'on discerne mal comment un juge ou un arbitre aurait pu se passer de l'intervention d'un expert et subséquemment ne pas suivre son avis sauf à ordonner une contre-expertise.

- Vérification des performances d'une imprimerie nécessitant d'en observer le fonctionnement 24 heures sur 24 pendant une semaine.

- Mise en œuvre d'un plan qualité dans une usine: un sous-traitant doit respecter un plan qualité que son client, à qui il doit livrer des composants, a l'obligation contractuelle de lui remettre. Le client part de l'idée que seule la qualité du produit livré sera déterminante pour juger de la prestation du sous-traitant dès lors qu'il a fourni le plan qualité en temps et en heure. Il se trouve que la qualité est insatisfaisante. Le sous-traitant conteste sa responsabilité au motif que, selon lui, son client lui devait une formation pour mettre en œuvre ce plan qualité et au surplus devait en contrôler la bonne application. Comment résoudre ce dilemme sans avoir l'expérience de la production en atelier?

- Le fournisseur d'une installation industrielle signe un contrat comportant une double garantie de fonctionnement: l'une concernant la production en régime de croisière 24 heures sur 24, l'autre la production unihoraire, c'est-à-dire la production de pointe pendant une heure. Les parties sont en désaccord sur l'ordre de priorité. Or le contrat est ambigu parce que rédigé en anglais qui n'est la langue maternelle d'aucune des parties, l'une étant italienne et l'autre allemande mais agissant par sa filiale

française. Une virgule mal placée dans le texte lui enlève son caractère univoque. Ni l'approche littérale portant sur l'analyse du texte contractuel en anglais et de ses diverses traductions en italien et en français, ni l'approche historique des négociations pré-contractuelles ne permettent de déterminer l'intention commune des parties. L'expert que j'étais s'est alors livré à une approche téléologique. Puisqu'il y avait deux buts contractuels fixés dont on ne pouvait définir lequel était prioritaire, comment ce que recouvrait chacun de ces deux buts avait-il évolué en fonction des circonstances, c'est-à-dire en fonction des conditions réelles d'exploitation de l'installation? Et pour ce faire, il fallait en suivre le fonctionnement pendant une longue période, ce que seul pouvait faire un ingénieur spécialisé en la matière et disposant du temps nécessaire.

- La confidentialité des brevets et secrets de fabrication s'oppose parfois à la visite d'une installation industrielle appartenant à l'une des parties au litige, celle-ci ne voulant pas de la présence des représentants de la partie adverse ce qui, à défaut du contradictoire, empêche la venue des membres du tribunal. Ce dernier doit alors s'en remettre cas échéant à l'avis des experts des parties et s'il ne peut départager leurs opinions, à l'avis de son propre expert qui devient plus ou moins par la force des choses le substitut du tribunal.

- Les appréciations divergentes quant aux notions d'obligation de résultats et d'obligation de moyens sont souvent source de litiges, notamment quand il s'agit d'installations prototypes. Le problème devient plus complexe quand on intègre un élément prototype dans une installation par ailleurs éprouvée et traditionnelle. Si le contrat impose une obligation de résultat sur l'ensemble de l'installation tout en affectant l'élément prototype d'une seule obligation de moyens, seul un expert technicien sera en mesure de déterminer si l'élément prototype a été correctement conçu, fabriqué et installé à la lumière des performances de l'ensemble.

En conclusion, ces divers exemples (comme celui exposé au chapitre précédent) tendent à montrer qu'un expert intervenant dans le cadre d'un litige relatif à un projet industriel peut être appelé à donner des conclusions sur des aspects techniques qui déclenchent automatiquement l'application de règles de droit. Il n'est donc pas surprenant qu'il se trouve parfois en position de quasi substitut de l'arbitre.

### *3. La nature industrielle d'un projet privilège-t-elle le rôle de l'expert d'une partie ou celui de l'expert du tribunal?*

Il est fréquent qu'en cas de litige la complexité de certains procédés industriels incite les parties à recourir à des spécialistes qu'elles engagent à titre « d'expert-partie ». C'est la pratique usuelle du système anglo-saxon de

la Common Law, laquelle se répand de plus en plus dans les pays de Civil Law, notamment sous l'influence des cabinets internationaux d'avocats d'origine anglaise ou américaine. Elle débouche sur la « *Cross Examination* », partie de ping-pong où le juge ou les arbitres ont une attitude plus ou moins passive.

Néanmoins, il devient maintenant reconnu, en particulier par d'éminents juristes anglais comme Sir Michael Kerr, que le système procédural de l'arbitrage international « *has come down definitively in favor of the civil-law approach* ».

Cela ne doit pas surprendre. Un expert-partie dit certes la vérité mais il ne dit pas toute la vérité dans la mesure où il ne dit que la part de vérité qui convient à la partie qui l'a nommé. Contrairement à ce que prétendent certains praticiens de la Common Law, l'addition de deux vérités partielles apportées par chacune des parties n'apporte pas nécessairement la vérité totale. Au surplus, il est connu que l'expert-partie qui emportera l'adhésion du tribunal à sa thèse n'est pas non plus nécessairement le plus sincère dans l'expression de la vérité technique, mais celui qui aura le meilleur talent de communiquer et de convaincre.

Dès lors que le tribunal désignera son propre expert nonobstant la présence d'experts des parties, le rôle du premier se placera indéniablement dans celui d'un auxiliaire du juge, en l'aidant à comprendre, comparer et pondérer les opinions des seconds.

Ouvrons maintenant une large parenthèse quant à savoir si l'expert désigné par un tribunal doit concourir à trouver la vraie raison technique d'un litige. Seule une réponse positive me paraissait acceptable jusqu'au jour où d'éminents juristes m'ont fait remarquer que le tribunal n'a à rendre justice que sur la base des éléments de preuve qui lui sont soumis. Ceux qui défendent cette approche restrictive ne voient pas d'un bon œil l'intervention d'un expert du tribunal disposant parfois, de par les règles de procédure, de pouvoirs quasi inquisitoriaux, ce qui fait dire à certains que l'on bascule ainsi dans le système de la « *discovery* ».

Pour ma part, je ne conçois pas qu'un expert nommé par un tribunal ne dispose pas d'un large pouvoir d'investigation lui assurant la possibilité d'accéder à ce que j'appellerai « la vérité technique ». On me répondra qu'il doit s'en tenir aux questions posées dans son acte de mission. Je ferai observer qu'il ne doit pas accepter des questions « fermées », c'est-à-dire susceptibles de ne convenir qu'à la thèse défendue par telle ou telle partie. Afin d'éviter cet écueil, il convient que l'expert puisse être associé à l'établissement de son propre acte de mission.

L'accès à la vérité technique suppose en outre que l'expert du tribunal soit en mesure d'appréhender le contexte des faits techniques en allant si besoin est au-delà des éléments de preuve allégués par les parties. Dans la quasi totalité des expertises qui me furent confiées, j'avais obtenu du

tribunal arbitral que mon acte de mission comporte une clause stipulant que « l'expert répondra, cas échéant, à certains points non expressément prévus dans la mission d'expertise mais en rapport avec elle. »

Fermons la parenthèse et revenons à l'expert du tribunal confronté à des experts agissant pour le compte des parties. Deux possibilités s'offrent à lui: soit il collabore avec eux, soit il se borne à prendre connaissances de leurs dires et travaille isolément.

La première variante est à l'évidence la meilleure. Se constitue alors un collège d'experts dont la conduite appartient à l'expert du tribunal. Ses travaux ouvrent tout naturellement la voie aux conférences d'experts tenues en cours d'audience du tribunal, ce que de plus en plus d'avocats recommandent.

Il est intéressant de noter que, par exemple, la loi italienne institutionnalise en quelque sorte le collège d'experts formés par ceux des parties et l'expert du tribunal (en l'occurrence « *il Consulente d'Ufficio* »), lui accorde une grande autonomie d'action et lui impose d'apparaître, en tant que tel, lors des audiences tenues par le tribunal. Pour l'avoir pratiqué, je puis témoigner que le système se révèle efficace et constitue en quelque sorte un pré-arbitrage technique dès lors que l'expert du tribunal aura départagé les avis de ses collègues désignés par les parties.

En conclusion, et en contre-jour de la précédente, un expert nommé par un tribunal dans une procédure où interviennent des experts désignés par les parties dispose d'une capacité d'action de nature à renforcer son rôle d'auxiliaire du tribunal.

#### *4. La nature industrielle d'un projet a-t-elle un impact sur la dichotomie juristes/techniciens?*

Dans une certaine mesure, la réponse est positive. La compréhension de certains procédés industriels exige des connaissances allant au-delà de la culture technique générale qu'est censée posséder toute personne ayant suivi une formation universitaire.

À l'exception de quelques chambres spécialisées, les juges d'État ont à prendre en mains les affaires comme elles leur arrivent. Dès lors que l'aspect technique y est prépondérant, le recours à un expert nommé par le tribunal est quasi obligatoire.

La situation est différente en arbitrage. Les arbitres sont supposés être choisis en fonction de la spécificité du cas. Il est même fréquent que ce soient des gens de la technique ou des personnes bénéficiant d'une double formation juridique et technique. La dichotomie juristes/techniciens s'estompe.

En fin de compte, la réponse à la question formant le thème du présent colloque ne réside-t-elle pas dans la personnalité du juge ou de l'arbitre ? Il y a ceux qui, par inclination naturelle, sont enclins à forger leur intime conviction sur la base de la crédibilité qu'ils accordent à l'opinion de l'expert, qu'il s'agisse d'un expert d'une partie ou de l'expert du tribunal. Et il y a ceux qui s'attachent à comprendre tous les éléments techniques pertinents du cas, de manière à se forger leur propre opinion non seulement sur les questions de faits et de droit mais aussi sur tous les sujets ressortissant au domaine technique de l'expert.

Quoi qu'il en soit, un rapport d'expertise ne constitue qu'un élément de preuve parmi d'autres dont le tribunal appréciera librement la valeur probante. Ce principe de libre appréciation n'est cependant pas sans limite car le tribunal qui statue contrairement aux conclusions d'une expertise est parfois contraint, de par la loi, d'en donner les motifs dans son jugement. Or on conviendra qu'il peut être difficile à un juge ou un arbitre de contrer, au plan technique, les conclusions d'un avis d'expert, ce qui exigerait de sa part une contre-argumentation technique qu'il n'est pas en mesure de développer. Cela est de nature à renforcer l'impression que l'expert devient, *volens nolens*, le substitut du juge.

