

L'arbitrage, son tribunal, sa procédure vus par l'expert

En préambule, les deux auteurs tiennent à remercier le Comité de rédaction de ce recueil de les avoir approchés et d'avoir ainsi donné l'occasion à des techniciens de s'exprimer sur l'expertise et sur les rapports entre le tribunal et l'expert. Il est en effet exceptionnel que l'expert technique puisse, en dehors de son rapport, faire part au tribunal de ses vœux et souhaits au sujet du déroulement de sa mission et communiquer avec les arbitres.

Dans cet article, les auteurs ne se contenteront pas de dépeindre leur vision très particulière et restreinte du tribunal arbitral et de ses pratiques, mais se permettront de formuler quelques souhaits qui devraient faciliter le travail du tribunal et le leur, en améliorant la compréhension entre le juriste et le technicien. Le lecteur voudra bien excuser par avance les auteurs qui, dans l'esprit de bien faire, critiquent peut-être sans le savoir une procédure ayant fait ses preuves.

I. Du choix de l'expert

Les arbitres doivent fréquemment être perplexes lors du choix de l'expert, comment et où le trouver. Certaines associations professionnelles, comme la Société suisse des Ingénieurs et Architectes, ont établi des listes de noms de techniciens pouvant intervenir comme experts. Mais qui choisir, quelles sont les spécialités de chacun d'eux?

Avant d'établir ce choix, les arbitres doivent définir en quoi consiste le litige et quel type de spécialiste sera le mieux à même d'apporter son aide au tribunal. S'agit-il d'un problème d'écoulement souterrain d'eau pour lequel le spécialiste serait un hydrogéologue; de fondations, domaine du géotechnicien et de l'ingénieur civil; de vibrations qui nécessiterait le recours au physicien, ou de résistance d'une pièce d'acier que l'ingénieur mécanicien ou le métallurgiste pourrait déterminer?

Or la rupture d'une pièce d'une machine tournante peut avoir été provoquée par des vibrations dont les causes sont à rechercher dans un déséquilibre de fondations suite à des tassements du sol, tassements résultant de l'abaissement de la nappe phréatique dû à la construction d'un nouvel immeuble. Qui donc choisir parmi les spécialistes cités plus haut dans une telle affaire? En réalité, le seul élément connu

de prime abord est la rupture de la pièce métallique; il semblerait donc logique de recourir aux services d'un métallurgiste qui se concentrera sur le problème de la résistance de cet élément de machine sans prendre assez de recul pour voir le problème dans son ensemble.

L'exemple ci-dessus est peut-être simpliste mais reflète bien ce qui se passe en général.

Il y a lieu de relever que dans bien des cas, les accidents dans la construction ne proviennent pas d'une seule cause, mais de l'enchaînement de plusieurs. Ainsi dans l'exemple cité plus haut, la rupture de la pièce peut être due à une section trop faible et à un problème de résonance provoqué par des vibrations trop importantes. L'une ou l'autre de ces causes prise individuellement n'aurait pas suffi à causer des dégâts.

Ainsi donc avant de s'arrêter à l'étude technique de la seule partie visible d'un problème, origine du litige, il y a lieu de considérer sur la base des pièces et des investigations, l'ensemble, afin de déterminer les éventuelles causes extérieures pas immédiatement apparentes.

Dans ces conditions, il paraît donc judicieux de s'adresser à un expert qui saura aborder le problème dans son ensemble et rechercher l'assistance de spécialistes pour résoudre des questions spécifiques qui ne sont pas de sa compétence. Le malade ne s'adresse-t-il pas d'abord à un médecin généraliste qui, une fois un premier diagnostic établi, l'envoie chez un spécialiste pour ensuite, sur les indications de ce dernier, suivre le traitement.

Comme pour l'établissement d'un projet de construction complexe où le chef de projet, généraliste, recourt à l'aide de divers spécialistes, l'expert, qui doit avoir la vue d'ensemble, réunira autour de lui les personnes compétentes dans les divers domaines concernés par une affaire.

Ainsi donc il paraît judicieux que dans la plupart des cas l'expert choisi par le tribunal soit un technicien généraliste, chef de projet expérimenté, ayant l'habitude de mener des études depuis l'esquisse jusqu'à la réalisation, de recourir aux compétences de spécialistes et de coordonner l'ensemble.

A cela s'ajoute qu'un événement d'origine purement technique entraîne parfois un bouleversement de l'organisation du chantier: le délai s'allonge, les quantités augmentent, de nouveaux travaux apparaissent dont les prix unitaires n'étaient pas convenus, etc. Ces divers motifs entraînent alors des réclamations connexes, suscitant à leur tour des demandes reconventionnelles. Il est donc rare, surtout dans les grands arbitrages internationaux, que l'expert n'ait à se prononcer que sur une question technique bien précise. Au contraire, son avis sera requis sur une multitude d'aspects technico-économiques concernant l'exécution du contrat.

Ces raisons renforcent dès lors l'utilité de recourir à un expert généraliste. Au surplus, il est avantageux de choisir un expert qui ait déjà la pratique de l'arbitrage. Son expérience contribue à assurer l'impartialité de l'expertise et à éviter des faux-pas qui pourraient avoir des répercussions fâcheuses au niveau de la procédure juridique.

Une situation particulière mérite d'être mentionnée: c'est celle qui survient lorsque l'expertise porte sur un sujet tellement spécialisé que seuls peuvent intervenir des experts appartenant à des concurrents directs des parties à l'arbitrage, lesquelles ne sont évidemment pas portées à les désigner, craignant leur partialité. Une solution peut être trouvée par la désignation d'un expert généraliste, si possible expérimenté en arbitrage, lequel prend la responsabilité de l'expertise vis-à-vis du ou des arbitres; cet expert prend à son tour, en quelque sorte en sous-traitant, le spécialiste indispensable et lui soumet les questions qui sont directement de son ressort. Les auteurs ont pratiqué ce système à la demande d'un tribunal arbitral administré par la Cour d'arbitrage de la CCI et l'expertise a été conduite à la satisfaction de tous les intéressés.

II. Acte de mission, rôle éventuel de l'expert dans sa formulation

Les relations entre le tribunal et l'expert se résument en général à deux éléments charnières: l'acte de mission avec le questionnaire et le rapport d'expertise. Ces deux éléments sont donc essentiels et il est indispensable que le tribunal comme l'expert parlent le même langage pour se comprendre parfaitement. Il paraît même très important que l'expert puisse tout de suite saisir exactement les questions posées par le tribunal afin de ne pas s'engager sur des bases erronées dans un travail de longue haleine. Par contre, le tribunal peut, sans entraîner des délais trop longs, demander à l'expert des explications sur son rapport ou même des compléments.

Or il y a lieu de constater que les techniciens ont parfois de la peine à comprendre le langage juridique qu'ils n'ont pas eu l'occasion d'aborder durant leur formation, les mots pouvant avoir pour les uns et les autres des sens ou portées différents.

C'est la raison pour laquelle les auteurs sont d'avis qu'il serait judicieux que l'expert soit associé à la rédaction de l'acte de mission, afin de mieux comprendre les demandes du tribunal et d'apprécier exactement sur quels points ce dernier désire être éclairé. Mais ce n'est pas la seule raison.

Suite à une étude générale du litige et une prise de connaissance des diverses pièces, l'expert pourra donner au tribunal une orientation générale sur le problème technique qui est posé, orientation qui facilitera la formulation de l'acte de mission.

Là également, les auteurs ont vécu un cas où, devant la complexité du litige, le tribunal avait confié à l'expert, d'entente avec les parties, un premier mandat d'assistance pour l'aider à comprendre la nature technique du dossier et des mémoires soumis par les parties. Le tribunal disposait ainsi des renseignements techniques voulus pour définir son propre acte de mission. Après quoi, l'expert se vit confier l'expertise proprement dite sur la base de l'acte de mission cette fois-ci destiné à l'expert, mais à la rédaction duquel il contribua tout naturellement. Il est certain que dans un tel esprit de collaboration, les conditions se trouvent réunies pour obtenir que le questionnaire soumis à l'expert soit effectivement celui du tribunal, et non la

simple juxtaposition des deux questionnaires émanant des parties, composés parfois de questions opposées, ce qui a pour effet de doubler le travail de rédaction de l'expert.

Cet échange entre juriste et technicien permettra à chacun de mieux apprécier les problèmes de l'autre et de préciser les éléments indispensables à l'exécution de sa mission d'arbitre ou d'expert. Par cet échange, l'expert pourra rendre attentif le tribunal sur le fait que les causes ou les conséquences du litige sont plus importantes qu'il ne pouvait le paraître au premier abord et qu'il y a lieu d'étendre l'expertise pour couvrir l'entier du problème, donc d'en tenir compte dans l'acte de mission.

Enfin, afin que l'expert ne soit pas tenté de considérer certaines questions comme anodines, il paraît indispensable qu'il en connaisse les raisons et ce qui se cache derrière chacune d'elles. Cela permettra de s'assurer que ses réponses seront complètes et claires.

En fin de compte, l'important est que les bonnes questions soient posées à l'expert, et si elles ne le sont pas, il convient d'encourager l'expert à livrer le fond de sa pensée.

III. Relations avec les parties

Une fois qu'il a pris connaissance des dossiers, l'expert doit pouvoir rencontrer les parties. Après la séance de mise en œuvre en présence de toutes les parties généralement accompagnées de leurs conseils, il est fréquemment nécessaire, pour obtenir des éclaircissements ou des compléments, que des rencontres aient lieu entre l'expert et les techniciens des parties en cause, soit toutes ensemble, soit chacune prise séparément pour autant que les autres soient d'accord. Ces rencontres techniques, lorsqu'on parvient à obtenir qu'elles se déroulent en dehors de la présence des conseils, permettent généralement d'obtenir des parties des "confidences" sur le plan technique qui éclairent souvent le litige d'un jour nouveau. Il n'est pas rare aussi qu'au cours de ces entretiens les questions de l'expert rendent les parties attentives à l'absurdité des positions qu'elles ont prises et les amènent à une conciliation. L'expert a alors l'impression d'avoir joué un rôle utile en permettant à des parties de couper court à un procès et d'éviter par-là une part importante des frais.

Cette possibilité d'entretiens entre l'expert et les parties séparément nécessite de la part de l'expert une attention toute particulière. Il est en effet indispensable que chaque question soit posée à toutes les parties et que les pièces communiquées par l'une ou par l'autre soient mises à disposition de l'ensemble.

IV. Contacts avec le tribunal arbitral

Habituellement, une fois l'acte de mission de l'expert rédigé, le tribunal arbitral attend le rapport d'expertise pour se replonger dans le litige qui lui est présenté.

L'expert se trouve donc pendant la durée de sa mission seul face au problème posé. Or au début de sa mission, l'expert va se plonger dans les diverses pièces du dossier et instruire dans le domaine technique la cause qui lui a été présentée. Il va, sur la base du dossier et des éléments fournis par les parties, établir l'historique de l'affaire et découvrir des éléments soit nouveaux, soit différents, soit plus complets que ceux allégués dans les pièces.

Ainsi la mission définie par le tribunal, avec l'aide éventuelle de l'expert, va paraître incomplète ou mal orientée. Il est donc indispensable qu'un contact ait lieu avec le tribunal pour remédier à cette situation et définir, si nécessaire, un complément à l'acte de mission.

Ces contacts vont aussi permettre de renseigner le tribunal sur l'avancement de l'expertise, de lui faire part des difficultés rencontrées et de lui donner une orientation générale sur les constatations faites par l'expert dans ses investigations. L'expert pourra aussi lors de ses rencontres proposer au tribunal des noms de spécialistes auxquels il se voit contraint de recourir pour lui apporter des conseils dans un domaine particulier hors de sa compétence. Il peut en effet s'avérer en cours d'expertise qu'une question doive faire l'objet d'investigations particulières.

V. Durée de l'expertise

Avant d'avoir eu la possibilité de se plonger dans les dossiers et de mesurer l'ampleur du problème posé, l'expert n'a pas en mains les éléments lui permettant de fixer le montant total de ses honoraires et les délais jusqu'au dépôt de son rapport.

Comme cela a été relevé plus haut, l'expert doit fréquemment instruire la cause du point de vue technique, prendre connaissance de toutes les pièces produites et reconstituer l'historique, afin d'obtenir une vue d'ensemble.

Il est souvent indispensable que l'expert visite les lieux.

Une fois ces tâches accomplies, il pourra concentrer son effort sur les divers points litigieux en préparant les réponses à fournir aux questions du tribunal. Or cette étude de détail fait fréquemment apparaître que certaines pièces seraient encore nécessaires et que des renseignements devraient encore être fournis par les parties. Or les délais pour l'obtention de ces éléments sont parfois longs.

Il peut aussi arriver que l'expert bute sur un problème hors de sa compétence et qui nécessite le recours à un spécialiste, qu'il faudra trouver, avec l'accord du tribunal, puis mettre au courant de l'affaire avant d'obtenir de lui les informations nécessaires à la poursuite de l'expertise.

De plus, les différends entre les parties concernent généralement plusieurs points litigieux, soumis à l'expert. Or les réponses de ce dernier doivent être homogènes et concordantes. Ceci nécessite souvent de revenir après coup sur les éléments de réponses; l'étude d'une demande d'une des parties peut amener l'expert à revoir sa détermination sur un autre point. Tout cela constitue un travail de réflexion de longue haleine.

Les délais d'exécution d'une expertise dépendent naturellement de la complexité du problème, mais ils ne peuvent être courts, étant donné le temps nécessaire à la prise de connaissance du dossier et à la réunion des renseignements complémentaires. Au cours de l'expertise, le technicien se voit fréquemment dans l'obligation d'approfondir ses investigations, ce qui nécessitera une prolongation des délais.

Enfin, rappelons que l'expert ne peut en général consacrer tout son temps à l'affaire. Il doit en effet poursuivre ses autres activités.

Il serait d'ailleurs imprudent pour un expert de ne se consacrer qu'à une seule cause arbitrale. Les parties ont en tout temps le loisir de concilier, d'arrêter l'arbitrage et par conséquent l'expertise. Certaines expertises peuvent exiger deux à trois ans de travail et l'expert qui aurait basé son revenu financier sur une seule expertise de cette taille se trouverait dans l'embarras si celle-ci venait à s'interrompre brutalement.

VI. Implication de certaines décisions juridiques sur le déroulement de l'expertise

Dans l'accomplissement de sa mission, l'expert doit être constamment attentif de rester dans son monde technique et de ne pas déborder dans le domaine du juriste. Or, fréquemment plusieurs solutions à un problème peuvent se présenter, suivant la décision juridique que prendra le tribunal. Ainsi p.ex. dans un litige opposant un entrepreneur à un maître d'ouvrage au sujet de la rémunération de travaux supplémentaires au contrat, le calcul du montant dû s'effectuera par des méthodes différentes qui aboutiront à des résultats éloignés l'un de l'autre suivant que le tribunal décide de juger en droit ou en équité. Présenter au tribunal dans son rapport les deux possibilités peut nécessiter pour l'expert un travail important qui pourrait être évité si le tribunal se déterminait sur ce point avant l'intervention de l'expert.

Ce cas se présente essentiellement pour la détermination de la rémunération à laquelle a droit l'entrepreneur. Or les règles de calcul ne sont pas rigides et peuvent être influencées par la décision du juriste. Il est donc important dans ce cas que l'expert puisse connaître l'intervention du tribunal sur ce point pour présenter des réponses directement utilisables dans le jugement.

VII. Rapport préalable

Afin d'éviter de déborder de son domaine et pour obtenir, avant la rédaction finale de son rapport d'expertise, certains avis du tribunal lui permettant de mieux orienter son travail, l'expert peut être amené à déposer un rapport préalable auprès du tribunal.

Ce rapport préalable doit évoquer toutes les questions posées à l'expert et fournir les réponses de principe qui paraissent à l'expert les plus judicieuses sur la base des pièces en sa possession, sans entrer dans les détails, sauf sur certains points importants.

Le tribunal peut sur cette base se rendre compte de l'orientation prise, rappeler à l'ordre l'expert si ce dernier outrepassa sa mission et lui donner les orientations juridiques nécessaires à la poursuite de son travail.

Ce rapport peut aussi être transmis aux parties en leur demandant de se déterminer à son sujet. Ces déterminations préalables permettent à l'expert de récolter des informations supplémentaires dont il n'avait pas connaissance et très utiles à l'achèvement de son travail. En effet, la façon retenue par l'expert d'aborder les points litigieux peut rendre attentives les parties à des faits qui ne leur avaient pas paru être en relation avec le litige. Il est donc possible d'obtenir par ce biais une meilleure connaissance des faits permettant d'approcher de plus près la réalité.

VIII. Sentences partielles

Pour l'expert, les sentences partielles sont à double tranchant. Elles peuvent en effet faciliter ou au contraire rendre plus difficile sa tâche.

Ainsi que cela a été relevé plus haut, l'expert a souvent besoin de connaître certaines décisions du tribunal pour lui permettre de répondre précisément aux questions en s'évitant de devoir développer plusieurs scénarios. Or, des sentences partielles, l'expert peut tirer avec l'aide du tribunal les informations qui lui sont nécessaires pour orienter la suite de son travail.

Mais dans certains cas, l'expert a déjà dû déposer un rapport d'expertise partiel sur certains des points du litige que le tribunal a décidé d'aborder dans des sentences partielles. Or, il peut s'avérer que l'étude des autres points du litige montre que les conclusions auxquelles était arrivé l'expert étaient erronées, qu'il n'avait pas tenu compte dans la première partie de l'expertise de faits et d'éléments qui ne lui sont apparus comme importants ou même peut-être déterminants que par la suite. L'expert et par lui le tribunal se trouvent ainsi engagés dans une voie sans issue.

IX. Présence de l'expert aux audiences

C'est toujours avec beaucoup d'intérêt que l'expert participe ou tout au moins assiste aux audiences. Il a ainsi la possibilité d'une part de se familiariser avec la procédure arbitrale et de mieux apprécier les limites de son intervention, et d'autre part de compléter son information sur le litige, tout spécialement lors des séances d'audition des témoins.

Il est bien entendu que lors de la discussion de son rapport, sa présence est indispensable pour lui permettre d'apporter immédiatement des rectifications à l'usage qui pourrait être fait par les parties de l'expertise et de le compléter éventuellement sur un point ou sur un autre.

X. Communication de la sentence

Pendant plusieurs mois, l'expert s'est plongé dans le dossier de l'affaire, a reconstitué le déroulement du litige, a étudié les diverses pièces, a recherché des solutions techniques après avoir entendu les parties, a rédigé son rapport et a apporté les compléments qui lui ont été demandés. Cette tâche importante a occupé pendant de longues périodes son esprit et a nécessité de nombreuses heures de travail. Il est donc légitime qu'il désire connaître l'usage qui a été fait de son rapport et pouvoir prendre connaissance de la sentence.

Cela permettra en outre à l'expert de constater que ses conclusions ont bien été comprises par les arbitres. Peut-être sera-t-il surpris de voir que certaines déclarations n'ont pas été interprétées dans le sens donné par l'expert. Cela l'incitera à l'avenir à améliorer la formulation de ses avis, ce qui ne pourra que contribuer à une meilleure compréhension entre l'expert et les arbitres.

XI. Rôle de l'homme de l'art: expert ou arbitre?

Une question fréquemment débattue est de savoir quelle est la place la plus judicieuse à réserver à l'homme de l'art: membre du tribunal à part entière ou expert technique agissant comme son mandataire? Se plaçant dans la première situation, certains font valoir que cela rendrait la procédure arbitrale plus expéditive et moins coûteuse. Dans l'hypothèse où le tribunal serait composé de trois membres, le choix serait encore ouvert entre trois arbitres-ingénieurs, ou deux arbitres-juristes présidés par un ingénieur, ou encore deux arbitres-ingénieurs présidés par un juriste.

S'il est souvent vrai que l'origine d'un conflit surgissant dans un contrat de construction est de nature technique, très rapidement la complexité des relations

contractuelles a pour effet que viennent s'y greffer des implications juridiques profondes. Quand bien même les parties accepteraient p.ex. de régler leur litige en équité, en accordant la préséance aux aspects techniques, nulle assurance n'est acquise que la partie perdante ne cherchera pas à tirer parti de telle ou telle maladresse de procédure opérée par un arbitre technique unique ou par un tribunal formé de trois ingénieurs inévitablement ignorants des subtilités du droit. A fortiori si la cause est jugée en droit. Pour y remédier, un tribunal arbitral formé d'un ou plusieurs ingénieurs pourrait s'adjoindre l'assistance d'un greffier juriste, mais d'aucuns objectent, à juste titre semble-t-il, que ce dernier devient de fait l'arbitre unique pour toutes les questions de droit, ce qui fausse l'équilibre du tribunal.

Si le tribunal est formé de deux ingénieurs et d'un juriste, il convient de savoir qui est désigné par qui. La logique voudrait p.ex. que chaque partie désigne un ingénieur, et que ces ingénieurs choisissent un tiers juriste en qualité de président. Le recours à une instance extérieure serait certainement opportune. Mais le problème ne serait pas résolu pour autant. Si des contestations d'ordre technique surgissent entre les deux arbitres-ingénieurs, le président-juriste sera bien en peine de rechercher un terrain d'entente et, à la limite, on se trouverait en situation paradoxale que le tribunal, comportant pourtant deux hommes de l'art, doive désigner un expert technique. Au surplus, cette combinaison de deux ingénieurs et un juriste présente aux yeux de certains le même inconvénient que le système du greffier juriste évoqué plus haut, à savoir que le seul juriste du tribunal deviendrait l'unique arbitre pour toutes les questions de droit.

La combinaison inverse de deux juristes avec un ingénieur n'est pas non plus sans faiblesse. Si l'ingénieur en question est désigné par l'une des parties, l'autre partie risque de voir son point de vue technique mal interprété par le tribunal. Si l'ingénieur est désigné en qualité de président, il est normal que ses collègues du tribunal lui laissent le soin d'examiner les aspects techniques. On n'est à vrai dire pas très éloigné de la situation du tribunal constitué par trois juristes assistés d'un expert extérieur. Généralement, le tribunal ne peut que reprendre les conclusions du rapport d'expertise, à moins qu'il ne soit contesté par l'une des parties, ou par les deux, mais alors la faculté leur appartient de demander une contre-expertise. Par contre, si l'expert est intégré au tribunal en tant qu'arbitre, et que ses conclusions d'ordre technique sont contestées par l'une ou l'autre des parties seulement après notification de la sentence, comment y remédier? Il y a peut-être à ce sujet une jurisprudence que les auteurs de ces lignes ignorent.

Dans cette même combinaison, on retrouve en outre le même inconvénient que précédemment mais dans le sens inverse. S'il y a divergence de vues entre les deux arbitres-juristes et que l'ingénieur préside le tribunal, il sera dans la quasi-impossibilité de conduire à la recherche de la solution juste. On pourrait imaginer cette situation surprenante où le tribunal devrait désigner un expert ... juriste.

Pour avoir été associés depuis plus de dix ans à d'importants arbitrages internationaux, les auteurs de ces lignes se croient autorisés à penser que l'adage "à chacun

son métier" doit continuer à s'appliquer, et que la formule du tribunal formé d'un ou plusieurs juristes mandatant le cas échéant un expert reste en fin de compte la meilleure. Cela n'empêche pas que l'on s'efforce de désigner si possible des arbitres-juristes ayant la sensibilité des problèmes techniques.