L'expert financier dans les procédures arbitrales : Quelles spécificités par rapport aux procédures devant les juridictions étatiques ?

Par Maurice Nussenbaum,
Président Sorgem Evaluation
Professeur de finance à l'Université paris Dauphine
Expert agréé par la Cour de Cassation

et Claire Karsenti,
Associée Sorgem Evaluation
Expert près la Cour d'Appel de Paris

Mode de règlement des conflits en perpétuel développement, l'arbitrage se distingue à de multiples égards des procédures devant les juridictions étatiques. En déroulant les grandes phases de la procédure d'arbitrage (de la composition du Tribunal Arbitral jusqu'à la sentence) nous montrerons les spécificités du rôle de l'expert dans l'arbitrage par rapport aux procédures devant les juridictions étatiques.

1 - La composition du Tribunal Arbitral : les experts financiers sont rarement désignés en tant qu'arbitre aux cotés des professionnels du droit

Dans la grande majorité des cas, le Tribunal Arbitral est composé de professionnels du droit (professeurs, anciens magistrats, avocats) reproduisant ainsi au sens large la sociologie professionnelle des formations des juridictions étatiques (du moins au TGI et à la Cour d'Appel).

L'arbitrage permet en théorie par rapport à la procédure devant les juridictions étatiques de nommer un arbitre spécialiste d'une autre matière que le droit. La complémentarité de profils en est d'ailleurs l'un des avantages supposés.

Les questions économiques et financières soulevées dans un arbitrage sont de plus en plus fréquentes et techniques et il est alors possible qu'un expert financier soit désigné au sein du Tribunal Arbitral. L'expert financier peut être un arbitre désigné par une partie mais il arrive également que les deux parties aient choisi des arbitres professionnels du droit et que ce soit alors ces derniers qui choisissent un président spécialiste des questions financières. Cette dernière situation est alors une manière d'inclure un expert financier dans le Tribunal sans alourdir le coût de la procédure.

2 - Un expert financier nommé par le Tribunal Arbitral : avantage ou inconvénient ?

Il est relativement peu fréquent, d'après notre propre expérience, que les Tribunaux Arbitraux désignent des experts financiers pour les éclairer dans la solution du litige alors qu'il s'agit d'une pratique courante devant les juridictions étatiques. Cela est notamment dû au fait que chaque partie est souvent assistée d'un expert de partie.

Cette absence de recours à un expert du Tribunal peut être un point fort pour l'expert de la partie qui défend une position peu technique (à cet égard la situation est la même que devant les juridictions étatiques lorsqu'aucun expert judiciaire n'est nommé) mais à l'inverse elle peut être pénalisante pour celui qui veut faire passer des idées complexes et techniques sur le plan financier…et cela quelle que soit la qualité des professionnels du droit membres du Tribunal Arbitral.

3 - Le choix de l'expert financier de partie : indépendance et compétence

Il est parfois soutenu qu'en arbitrage, le choix de l'expert financier de partie devrait répondre à la même exigence d'indépendance et de compétence que pour la désignation de l'arbitre. Mais cette question est largement discutée puisque précisément il n'est ni arbitre, ni expert du Tribunal arbitral. A l'inverse, ces qualités sont de bonne pratique professionnelle.

S'il est fréquent qu'un expert financier soit nommé plusieurs fois par une partie pour l'assister devant les juridictions étatiques, cela sera parfois plus difficile en arbitrage où l'absence d'indépendance de l'expert vis-à-vis de la partie qui l'a nommée peut constituer un handicap pour sa crédibilité.

Le mode de rémunération de l'expert financier est également scruté en arbitrage. Question traditionnelle lors de la cross-examination (i.e. interrogatoire de l'expert par l'avocat de la partie adverse en audience) de l'expert financier: «comment êtes-vous rémunéré ?»... Le success fee (ou honoraire de résultat) est prohibé car il apparait contradictoire avec l'indépendance de l'expert. A l'inverse, ce point est rarement explicitement évoqué devant les juridictions étatiques.

4-La rédaction de rapports : un exercice proche de celui des procédures juridictionnelles étatiques

Phase sans doute la plus semblable aux procédures devant les juridictions étatiques, les échanges de rapports d'expert ne présentent pas, à vrai dire, de spécificités.

Mais en arbitrage, plus encore que devant les juridictions étatiques, il importe que l'avocat puisse utiliser au mieux les conclusions de son expert : il doit comprendre les hypothèses, les grands principes des méthodes mises en œuvre et les conclusions. Trop de mémoires d'avocat renvoient au rapport de l'expert sans autre explication...or, c'est bien souvent dans cette articulation, ou son absence, que se joue le succès, ou l'échec, d'une procédure arbitrale s'agissant des questions économiques et financières.

L'avocat est le chef d'orchestre du dossier et rien ne doit lui échapper. Il doit pouvoir évoquer le rapport de son expert de manière pédagogique et être capable d'expliquer au Tribunal Arbitral en quoi il est en désaccord avec le rapport de l'expert de la partie adverse.

Si cette exigence n'est pas propre à l'arbitrage, elle l'est d'autant plus dans cette procédure où souvent s'échangent des quantités importantes de documents, où se rencontrent témoins de faits, professeurs de droit et experts techniques et où la cohérence de l'ensemble est essentielle.

5 - La procédure orale de «cross examination» : l'atout majeur de l'arbitrage pour l'expert ?

Pour l'expert financier contraint de se limiter à la procédure écrite devant les juridictions étatiques, la phase orale des arbitrages est très spécifique et constitue une source de nombreux questionnements chez les experts.

Phase redoutée ou au contraire très appréciée de certains experts, la «cross-examination» est une spécificité de l'arbitrage.

Si l'exercice pour l'avocat consiste à décrédibiliser la position technique de l'expert de la partie adverse devant le Tribunal Arbitral, en pratique, l'avocat n'est pas souvent en mesure de défier techniquement l'expert ce qui le conduit souvent à essayer de remettre en cause son indépendance ou sa méconnaissance d'éléments factuels.

C'est pourquoi, les avocats spécialistes de l'arbitrage le savent bien... parfois il vaut mieux ne pas cross-examiner l'expert de la partie adverse pour ne pas le mettre en valeur !

La pratique de l'«expert conferencing» est à cet égard instructive : dans sa forme la plus fréquente, les experts respectifs des parties sont interrogés simultanément par le Tribunal Arbitral sur les mêmes questions. Moment privilégié de dialogue avec le Tribunal Arbitral, d'autant plus qu'il met en parallèle les deux experts sur les mêmes questions, il permet de se centrer sur les points essentiels et de répondre aux questions légitimes du Tribunal qui ne cherche pas alors à «piéger» les experts mais à forger son opinion sur ces questions et à se focaliser sur ce qui fait l'objet de réels désaccords.

Ainsi, en permettant le dialogue entre les experts de parties et le Tribunal, l'arbitrage permet au débat technique de retrouver une place à part entière aux côtés du débat juridique et constitue, à cet égard, un facteur d'efficacité pour l'ensemble des participants.

«Ainsi, en permettant le dialogue entre les experts de parties et le Tribunal, l'arbitrage permet au débat technique de retrouver une place à part entière aux côtés du débat juridique et constitue, à cet égard, un facteur d'efficacité pour l'ensemble des participants.»

6 - La sentence : le juridique finit toujours pas l'emporter à la fin...

En cas de complexité technique, un rapport d'expert judiciaire sera souvent venu éclairer le juge étatique sur ces questions. Qu'en est-il pour le juge arbitral ? La sentence est le moment de vérité également pour les experts de parties qui découvrent alors ce qui a convaincu le Tribunal Arbitral ou au contraire ne l'a pas convaincu voire ce qu'il n'a pas compris.

S'agissant des questions financières, il n'est pas rare que les experts des deux parties ressortent de la lecture de la sentence un peu frustrés de l'incompréhension manifestée par les arbitres vis à vis de certains de leurs arguments.

En effet, si les sentences sont souvent très précises et détaillées au niveau juridique, elles sont en revanche plus succinctes sur les questions financières. A cet égard, on peut dire qu'elles se rapprochent des décisions des juridictions étatiques, même si les arbitres font des efforts pour détailler de plus en plus les arguments économiques et financiers.

Paradoxe de l'arbitrage, justice privée disposant de possibilités importantes pour approfondir sa réflexion, les sentences arbitrales laissent souvent l'impression qu'une fois tranchée la question en droit, le Tribunal Arbitral cherche au travers des différents arguments techniques des parties ceux qui permettent de justifier leur appréhension d'une solution adaptée sans nécessairement donner la même explication détaillée qu'à leur analyse juridique. ■