

Arbitrage et expertise : où sont les frontières ?

Confluences juridiques – étude n° 6

Confluences () est un groupe de travail réunissant des avocats et des experts judiciaires, qui étudie les problèmes posés par l'expertise judiciaire. Sa composition est la suivante : Michel Armand-Prévost, Albert Caston, André Dana, Denys Duprey, Richard Flaughnatti, Jean-François Rambaud et Françoise Rausch.*

Ses études ont d'abord porté sur l'expertise en matière civile et commerciale avec les thèmes suivants : Pour de meilleurs expertises judiciaires, la mission confiée à l'expert judiciaire (Gaz. Pal. du 12 décembre 1998, p. 12) ; Le technicien assistant et l'expert judiciaire (Gaz. Pal., Rec. 1999, doctr. p. 1232) ; Le juge chargé de contrôler l'exécution des mesures d'instruction (Gaz. Pal., Rec. 2001, doctr. p. 489), Secret des affaires et principe du contradictoire (Gaz. Pal., Rec. 2003, doctr. p. 2065) ; Du caractère contradictoire de l'expertise en matière pénale (Gaz. Pal., Rec. 2004, doctr. p. 2366).

La présente étude traite de l'expertise et de l'arbitrage, en distinguant l'expert arbitre et l'expert désigné par un tribunal arbitral.

Il est des jours où le droit paraît flexible. Des notions apparemment distinctes se chevauchent et s'entremêlent. Le praticien peine alors à déterminer la véritable qualification des dispositifs qui lui sont soumis. Ainsi en est-il de celui par lequel des parties s'en remettent, en droit privé interne, à un tiers pour porter une appréciation sur un point de fait, non « exclusif d'incidence juridique ». Expertise ? Arbitrage ? Où est d'ailleurs la frontière ?*(1).

Bertrand Moreau écrit (2) : « On confond souvent dans la pratique l'arbitrage avec l'expertise » et de souligner (avec liste de décisions à l'appui) que « la différence essentielle est que l'expert n'aura à formuler qu'un avis qui ne liera pas les parties (...) tandis que l'arbitre a pour mission de prononcer un jugement qui s'imposera directement à celles-ci ». La différence est effectivement de taille et le régime bien différent. Certes, la distinction est évidente lorsque l'espèce est « chimiquement pure ». Mais la délimitation est parfois moins nette.

L'étude de la question confirme en effet que l'incertitude sur la qualification peut se révéler source de bien des litiges, litiges procédant d'ailleurs souvent de ce que l'une des parties insatisfaite de la réponse apportée par le tiers chargé de les départager aura tendance à contester la qualification de la mission confiée, pour ne plus avoir à en subir les conséquences.

À cet égard, notre Code civil, dont on vient de célébrer le bicentenaire et la pérennité, comporte une disposition datant de 1804, vierge de toute altération, mais toujours source d'équivoque, si on en juge par la jurisprudence abondante qu'elle suscite encore. Il s'agit de l'article 1592 qui, pour la fixation du prix de la vente, énonce : « Il peut cependant être laissé à

l'arbitrage d'un tiers ; si le tiers ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente ».

Cet « arbitre » ne serait-il pas plutôt un expert ?

Un mécanisme analogue est prévu, en matière de cession de droits sociaux, dans l'article 1843-4 du Code civil, mais le législateur (plus récent) parle alors « d'expert » : « Dans tous les cas où sont prévus la cession de droits sociaux d'un associé ou le rachat de ceux-ci par un associé, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible ». L'article 621-59 (2^e alinéa) du Code de commerce prévoit la même procédure.

Parfois, c'est une autre loi qui est source d'ambiguïté : celle que les parties se sont faite (cf. article 1134 du Code civil).

Ainsi, en matière de baux commerciaux, la Cour de cassation a admis (3) la validité d'une clause du bail stipulant la fixation du loyer de renouvellement par un collège de trois experts. Elle considère que cette clause donne à l'estimation un caractère contractuel, au même titre que si elle avait été directement arrêtée par les parties.

Ces « experts », dont l'avis s'impose aux parties, ne seraient-ils pas plutôt des arbitres soumis aux articles 1442 à 1491 du nouveau Code de procédure civile, régissant l'arbitrage en droit interne ? Ne pourrait-on pas, non plus, envisager d'autres modes de qualification d'une telle situation ?

Ces difficultés donnent donc lieu à des débats passionnants pour les spécialistes qui se demandent alors, corrélativement, quel est (par exemple) le sort de l'exequatur accordé à un document dit « sentence » par l'une des parties, quand la cour d'appel a considéré qu'il ne s'agissait que d'un rapport d'expertise...

On est donc encore conduit, aujourd'hui comme

(*) Tout courrier destiné à Confluences peut être adressé à Michel Armand-Prévost, 242 bis, boulevard Saint-Germain 75007 Paris.

(1) V. Ch. Jarrosson, La notion d'arbitrage, 1987, LGDJ, p. 112 et s. ; Les frontières de l'arbitrage, Rev. arb. 201. 5 ; M. de Boissésion, Le droit français de l'arbitrage, p. 180 et s. ; B. Moreau, Rép. proc. civ. Dalloz, V^o « Arbitrage en droit interne » ; E. Loquin, Jurisclasseur procédure, « Arbitrage », fascicule 1005).

(2) Rép. proc. civ. Dalloz, V^o « Arbitrage en droit interne », n^o 7.

(3) Cass. 3^e civ., 4 mars 1998, AJD 1998, p. 620.

hier, à se demander si tous les critères classiques de distinction entre arbitrage et expertise sont satisfaisants.

Telle est la première des questions à laquelle nous allons tenter de répondre, avec prudence, car la jurisprudence s'avère d'autant plus incertaine que, souvent, la nature de l'espèce jugée fait précisément que l'objet du débat se situe à la lisière (commune) entre arbitrage et expertise.

De ces éléments de réponse initiaux esquissés surviendra un second écueil susceptible de compliquer à son tour la réflexion. Il procède de ce que, parfois, comme dans les poupées gigognes, une mesure d'instruction comme une pure expertise se glisse dans l'opération que nous étudions. Quel en est alors le régime, au regard notamment des principes fondamentaux du procès équitable ?

On sait que l'expertise, s'intégrant au procès mené devant une juridiction étatique, doit respecter les règles découlant de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) (4). Que reste-t-il de ces principes fondamentaux lors de la mise en œuvre d'une mesure d'instruction intervenue dans le cadre particulier que nous examinons ?

I. ARBITRAGE OU EXPERTISE ? QUELS CRITÈRES ?

La qualification donnée par les parties ne lie pas le juge (5). Toute liberté est donc donnée à l'interprète pour déterminer, en fonction des données de l'espèce, le régime sous lequel les parties ont entendu se placer.

A - Les équations et propositions de Charles Jarroson : l'impossibilité d'une solution tranchée

Cet auteur suggère une modification du droit positif, faute de pouvoir enfermer, de manière tranchée dans l'une ou l'autre des qualifications analysées, les situations diverses que l'imagination de la pratique invente à chaque instant.

Ce chemin n'est peut-être pas le plus approprié.

Analysant la question au travers d'un siècle de décisions, Charles Jarroson (6) classe, plaisamment, en huit équations les diverses combinaisons possibles entre les trois composants fondamentaux constituant la matière de l'opération, qu'on la dise « arbitrage » ou « expertise ». Ces trois composants sont : le sujet (arbitre ou expert), l'objet examiné (litige juridique ou point de fait), et le produit en résultant (sentence ou avis).

L'auteur part du principe de base selon lequel l'arbitre est celui qui tranche un litige juridique, par une sentence obligatoire, tandis que l'expert n'émet jamais qu'un avis non obligatoire sur un point de fait.

Alors, à côté des hypothèses pures de l'équation de

base « arbitre - droit - sentence », s'opposant à « expert - fait - avis », apparaissent des « métissages » :

• **arbitre - droit - avis** : situation rare, selon une jurisprudence ancienne et non déterminante, la qualification demeure, selon l'auteur, incertaine.

• **expert - fait - sentence** : la jurisprudence penche pour la qualification d'arbitrage du fait du caractère obligatoire du « produit ».

• **arbitre - fait - avis** : la jurisprudence statue en fonction de l'interprétation de la commune intention des parties, retenant la qualification d'arbitrage si la mission est convenue « en dernier ressort ».

• **expert - droit - sentence** : la jurisprudence se détermine, ici encore, au regard de la commune intention, optant pour la qualification d'arbitrage du fait du caractère obligatoire du « produit ».

• **expert - droit - avis** :

- le « juriste expert » n'émet qu'un avis. C'est alors une expertise. Ainsi en était-il pour « l'expertise » prévue par l'article 14 de la police « maître d'ouvrage », ancêtre de l'actuelle police « dommages ouvrages », instituée par la loi du 4 janvier 1978, instaurant l'obligation d'assurance en matière de construction ;

- si l'indemnité est fixée de manière définitive, c'est la qualification d'arbitrage qui est retenue.

• **arbitre - fait - sentence** : il est jugé que la mission d'un arbitre peut être limitée à une évaluation. La qualification d'arbitrage est alors préférée.

Cette démarche algébrique était effectivement trop réductrice, ne serait-ce qu'à raison de la difficulté d'identifier bien souvent le fait ou le droit. On note surtout, au fil de la diversité des situations des espèces analysées par l'auteur :

- en jurisprudence, la recherche (parfois divinatoire) de la volonté des parties, au travers principalement du caractère obligatoire ou non de « l'avis sentence » ;

- en cas de doute pour la qualification des hypothèses hybrides (celles comportant un ou plusieurs composants de l'autre concept), l'affirmation émise, en conclusion, par l'auteur selon laquelle l'effet « attractif » du concept d'arbitrage devait toujours l'emporter n'est pas convaincante.

Cette dernière proposition paraît surtout inspirée par le confort juridique qu'apporterait la règle mentionnée précise de l'arbitrage. Mais peut-être les parties avaient-elles désiré une formule plus souple encadrant le concours, ainsi apporté à la résolution de leurs préoccupations.

Charles Jarroson constate alors (7) que les critères du type « arbitre - droit - sentence » et « expert - fait - avis » ne suffisent pas à régler le sort des multiples combinaisons de la pratique contractuelle. Il se penche ensuite sur le droit comparé et constate que ce dernier rejoint la pratique contractuelle, pour aboutir (dans une perspective d'efficacité et de rapidité) à

(4) V. l'arrêt de la CEDH du 18 mars 1997, rendu dans l'affaire Mantovanelli c/ France et son commentaire, RTD civ. 1997, p. 1007, obs. Marguenaud. V. aussi la chronique de cet auteur, D. 2000, ch., p. 111).

(5) Cass. Req. 31 mars 1862, S. 1862, p. 362 ; Cass. 1^{re} civ., 26 octobre 1976, Bull. cass., n° 30.

(6) Op. cit., p. 123 et s.

(7) Op. cit., p. 151.

l'institution d'une « expertise - arbitrage ». Cette dernière ne serait pour lui qu'une « expertise irrévocable » et donc, dans son raisonnement, un arbitrage, au régime éventuellement aménagé, par modification des textes existants.

C'est une autre façon de prôner la prééminence de l'arbitrage. Ce n'est pas nécessairement la voie la plus adaptée car, même sans modification réglementaire, la jurisprudence paraît avoir trouvé la solution.

Dans nombre de cas, une qualification tranchée est adaptée. En revanche, dans les hypothèses mélangées, le rattachement à la qualification d'arbitrage à raison du seul caractère attractif de cette institution ne peut suffire. Et les qualifier « d'expertise arbitrage » ne saurait satisfaire les praticiens.

L'analyse de deux situations composites permettra de progresser dans la réflexion :

- l'expertise dite « irrévocable », qui relèverait des articles 1592 et 1843-4 du Code civil.

- l'expertise dite « amiable », qui supposerait l'appel à un tiers pour permettre la rencontre des volontés dans un contrat.

B - L'expertise dite irrévocable

Éric Loquin relève ⁽⁸⁾ la diversité, tant des situations que des qualifications susceptibles d'en résulter. L'objet de la mission confiée au tiers est en effet variable à l'infini : estimer un bien, constater l'état d'une marchandise ou encore l'existence d'un vice de construction.

Cet auteur souligne alors : « *Le critère de distinction ne passe pas par le caractère obligatoire de la décision du tiers, mais par la nature de la mission qui lui est confiée (...). Si cette question, est une question de droit, la qualification d'arbitrage s'imposera* ».

Certes, constater l'état défectueux d'une marchandise relève d'une expertise qui ne perdrait peut-être pas sa nature si elle était convenue irrévocable. En revanche, il est exact que ne relève plus du tout du domaine de l'expertise le fait de fixer définitivement, à l'égard des parties, les conséquences de ce constat au regard de l'obligation au paiement du prix, mission qui ne saurait alors relever que de l'arbitrage.

Cependant, force est de constater, dans ce cas, que le prix de la marchandise avariée ne peut être évalué qu'à « dire d'expert ». Et si la réduction du prix peut être imposée par le tiers indépendant, on sort bien là du domaine de l'expertise. Mais alors, de fait, c'est donc bien le caractère obligatoire de l'avis qui amène à constater que le tiers a fait œuvre juridictionnelle et non expertale.

Le critère de distinction passe donc bien d'abord par la constatation du caractère obligatoire de « l'avis ». L'expertise irrévocable ne serait-elle donc qu'un arbitrage ? Nous aurions tendance à le croire, si l'analyse des mécanismes (bien comparables), organisés par les

articles 1592 et 1843-4 du Code civil, ne nous inclinait vers une autre opinion.

C - L'expertise d'évaluation demandée contractuellement à un tiers

On regroupe sous ce titre les missions d'évaluation, notamment de biens successoraux ou d'éléments d'actif où un tiers intervient contractuellement.

Dans ces cas, il s'agit plutôt de mission de mandataire qui n'est pas en droit d'exercer un pouvoir juridictionnel, mais qui, à la demande des parties, détermine la valeur d'un bien ou un prix de vente.

Éric Loquin ⁽⁹⁾ y voit une forme d'arbitrage contractuel qu'il distingue de l'arbitrage classique, de caractère juridictionnel. Il cite l'analyse de Motulsky qui remarquait qu'en pareille circonstance : « *Aucune des parties ne soumet au tiers une demande dont il s'agirait d'admettre le bien-fondé ; elles invitent le tiers, non pas à opter pour l'une des prétentions antagonistes, mais bien à procéder à une fixation, à un acte exclusivement créateur* » ⁽¹⁰⁾.

La jurisprudence citée par Éric Loquin montre cependant que la qualification d'arbitrage contractuel n'est pas toujours retenue, le critère étant parfaitement exprimé par un arrêt de la Cour de Paris du 29 mai 1964 ⁽¹¹⁾ : « (...) *la procédure tendait non pas à déterminer un élément constitutif d'une convention en cours de pourparlers et à mener celle-ci à sa perfection juridique, comme dans le cas prévu à l'article 1592 du Code civil, mais bien à mettre fin à une contestation venant de naître entre deux parties déjà liées par un contrat parfait, contrat qu'il s'agissait non de conclure, mais d'exécuter* ».

Doit-on en conclure que l'hypothèse du type de celle de l'article 1592 ne peut correspondre à un arbitrage ?

Il est essentiel de noter d'abord qu'elles procèdent d'un mandat, et même d'un mandat confié à un tiers chargé de donner un avis, et même d'un mandat d'intérêt commun. Telle est en effet la nécessaire qualification du contrat par lequel les parties confient à un tiers (nécessairement indépendant, précise la jurisprudence) ⁽¹²⁾ le soin de fixer irrévocablement l'un des éléments essentiels du contrat. Élément effectivement essentiel, puisqu'à défaut, comme l'exprime le Code : « *Il n'y a point de vente* ».

L'exigence de la condition d'indépendance montre bien que l'on se situe dans un cadre où l'égalité des parties face au tiers « départiteur » doit être sauvegardée. Est-ce pour autant que le régime applicable doit être recherché dans le domaine de l'expertise ? Certes non, car la référence à l'exigence d'indépendance n'est d'aucun secours pour la qualification. Elle est en effet aussi impérieuse en expertise qu'en arbitrage.

Relevons simplement que, dans cette expertise

(9) Op. cit., n° 90.

(10) « La nature juridique de l'acte prévu pour la fixation des prix de vente ou de loyer », Écrits 2, p. 44 et s.

(11) JCP, 1964-13907, note Level.

(12) Cass. 1^{re} civ., 2 décembre 1997, Bull. cass., n° 334 ; Cass. crim., 10 novembre 1998, pourvoi n° 98-40447.

(8) Op. cit., n° 86 et s.

contractuelle, certains des principes fondateurs du procès sont applicables, mais non tous d'ailleurs. En effet, toute critique née du non-respect de la CEDH serait inopérante, puisqu'il est jugé par la Cour suprême que cette convention « est sans application en matière d'arbitrage et ne concerne que les États et les juridictions étatiques » (13). Le principe énoncé ici par la haute juridiction en matière d'arbitrage est, de toute évidence, transposable à l'expertise contractuelle.

Nous n'avons donc toujours pas répondu à la question.

Mais la jurisprudence paraît l'avoir fait pragmatiquement en établissant les modalités des recours contre l'avis de ce tiers. Il est en effet jugé (depuis 1991) (14), pour cette forme d'expertise particulière, qu'un recours est possible devant le juge de droit commun, en cas d'erreur du tiers dans la fixation du prix. Cependant, compte tenu du caractère irrévocable du prix fixé, le recours ne sera admis qu'en cas d'erreur grossière (15).

Le principe a été à nouveau affirmé en 2001 (16). Un arrêt du 4 février 2004 (17) ajoute une touche au tableau, en énonçant même que « l'erreur grossière est une condition de la remise en cause de la détermination du prix et non de la responsabilité du mandataire qui en est chargé, laquelle ressortit au droit commun du mandat ». Dans le même sens, on peut citer l'arrêt du 19 avril 2005 (18).

Avec souplesse, la jurisprudence trace donc ainsi, progressivement, les traits du régime de cette institution nécessaire, mais particulière ; l'expertise irrévocable, non soumise aux règles de l'arbitrage, institution *sui generis* puisant son régime dans certains des principes du procès, tel qu'appliqué aux mesures d'instructions accomplies par un technicien désigné judiciairement, avec une adaptation rendue indispensable par les modalités fixées par les parties qui voient l'arbitrage, sans y entrer.

Il reste par ailleurs que la cession de droits sociaux visée par l'article 1843-4 du Code civil peut, elle-même survenir dans un cadre conflictuel, tel que celui d'un arbitrage préexistant. Y a-t-il alors encore obligation de recours à expert ?

L'article 1843-4 est d'ordre public (19). C'est sans doute pourquoi la Cour de Paris a répondu à cette question par l'affirmative (20), dans l'hypothèse de cession de parts sociales d'une SCP d'avocats, à la suite d'un différend entre les associés. Il a alors été jugé que l'arbitrage du Bâtonnier ne permettait pas à ce dernier de trancher par lui-même la valeur des parts, l'obligation de recourir à expert demeurant effective. « L'arbitre étant entièrement assimilé à une juridiction dans son assujettissement aux règles de fond, soient-elles impératives ou supplétives ».

(13) Cass. 1^{re} civ., 20 février 2001, Bull. cass., n° 39.

(14) Cass. com., 9 avril 1991, Bull. cass., n° 139.

(15) Cass. com., 9 avril 1991, Bull. cass., n° 139 précité.

(16) Cass. com., 9 juin 2001, JCP, éd. E, 2002, n° 1292.

(17) Cass. com., 4 février 2004, Bull. cass., n° 23.

(18) Cass. com., 19 avril 2005, pourvoi n° 03-11.790, arrêt 663.

(19) Cass. 1^{re} civ., 25 novembre 2003, Bull. cass., n° 243.

(20) Op. cit., n° 345.

Cette application rigoureuse est regrettable ; Charles Jarrosson écrit à ce propos : « Lorsqu'il y a litige sur la fixation des prix, il serait souhaitable que le courant jurisprudentiel qui privilégie l'arbitrage soit étendu, ne serait-ce que pour des raisons pratiques d'efficacité et de rapidité » (21). Nous approuvons cette opinion, non pas tant pour la prééminence générale de l'arbitrage qu'elle exprime ici, une fois encore, mais parce que, au cas d'espèce, il eut été hautement préférable de laisser l'arbitre trancher l'ensemble du différend.

En fait, la jurisprudence pour distinguer les missions d'arbitrage des missions d'expert a dégagé deux critères :

- l'un objectif : l'existence d'un litige.
- l'autre subjectif : la volonté des parties de faire trancher le différend.

Alors que l'expert ne peut exercer un pouvoir juridictionnel, inversement l'arbitre ou le tribunal arbitral ne peut se comporter comme un mandataire ou un expert et pallier les insuffisances du contrat.

II. L'EXPERTISE DANS L'ARBITRAGE : QUEL RÉGIME ?

Il arrive également qu'une expertise soit ordonnée dans le cadre d'un arbitrage ; perd-elle pour autant sa nature et son régime ?

Le rappel de quelques principes généraux permettra de mieux tenter de comprendre le droit positif et de se risquer à porter une appréciation sur les solutions jurisprudentielles.

A – Les principes généraux

Il faut ici partir notamment des idées suivantes :

- L'arbitrage est un contrat, par lequel deux parties confèrent à un ou plusieurs tiers le pouvoir de les juger, au lieu et place des juridictions étatiques, la CEDH n'étant pas applicable à cette procédure. Seuls s'imposent en effet en l'espèce, au titre des règles du procès équitable :

- le principe de contradiction, exprimé par l'article 1484 du nouveau Code de procédure civile et sanctionné, nonobstant toutes clauses contraires, par « l'appel nullité » ;

- les causes de récusation des juges énumérées par l'article 341 du nouveau Code de procédure civile.

- L'arbitrage est conclu : *intuitu personae* et, par suite, les arbitres ne peuvent déléguer leurs pouvoirs.

- Pour autant, il peut être indispensable qu'ils soient éclairés sur certains aspects techniques du débat conditionnant la solution qu'ils vont être amenés à émettre. Une expertise peut donc s'avérer nécessaire, le pouvoir des arbitres étant, à cet égard, discrétionnaire (22) (article 1460).

(21) Op. cit., n° 345.

(22) Cass. Req., 13 avril 1809, Jur. gén. n° 990.

Les arbitres règlent la procédure arbitrale, sans être tenus de suivre les règles établies par les tribunaux, sauf si les parties en ont autrement décidé dans la convention d'arbitrage.

Ceci posé, on voit tout aussitôt poindre le risque d'une sorte de dégradation de la protection que constitue le formalisme des procédures applicables devant les juridictions étatiques :

- Les arbitres sont dispensés des règles de procédure, à l'exception de celles rappelées plus haut (articles 1484 et 341 du nouveau Code de procédure civile).
- Les experts désignés par les arbitres ne peuvent, à cet égard, être tenus à plus que ceux qui les ont désignés, sauf dispositions contraires particulièrement souhaitables de l'éventuelle sentence avant dire droit commettant le technicien.

Ce risque de dégradation paraît bien se matérialiser, pour autant que l'on puisse l'apprécier compte tenu du caractère assez incertain de la jurisprudence sur le respect des principes fondamentaux du procès, selon que l'expertise est ordonnée par un juge d'État ou par un arbitre.

B – Une jurisprudence incertaine

– Il est ainsi jugé, à propos de la mesure d'instruction « étatique », que « viole l'article 16 du nouveau Code de procédure civile, la cour d'appel qui rejette l'exception de nullité d'un constat tout en constatant que la mesure d'instruction avait été diligentée hors la présence du preneur (...) »⁽²³⁾. De même, dans une situation analogue, il est constamment affirmé qu'il ne suffit pas que la partie ait été à même de discuter le rapport devant le juge, après son dépôt⁽²⁴⁾.

– Inversement, la Cour de cassation considère généralement que « l'arbitre choisit librement les personnes physiques ou morales qui procèdent aux investigations qu'il estime utiles et qu'il n'est pas nécessaire que les parties aient été invitées à participer aux opérations d'instruction, dès lors qu'elles ont eu la possibilité de s'expliquer sur les résultats de ces mesures d'instruction et, spécialement, sur les rapports remis à l'arbitre par les techniciens qu'il a nommés »⁽²⁵⁾.

De manière complémentaire, cette même juridiction estime qu'échappe à la critique l'arbitre qui ne fait pas discuter devant lui par les parties le rapport d'expertise, intervenu dans des conditions de contradiction non contestées, alors cependant que ledit arbitre s'est décidé au seul vu du rapport⁽²⁶⁾.

Cette atténuation de la portée du principe de contradiction est, avec raison critiquée par Éric Loquin⁽²⁷⁾, tandis que Bertrand Moreau propose⁽²⁸⁾ de distinguer entre :

– la consultation prévue par les articles 256 et sui-

vants du nouveau Code de procédure civile, qui devrait toujours avoir lieu en présence de toutes les parties ou celles-ci dûment appelées,

– l'expertise pour laquelle il appartiendrait simplement à l'arbitre de communiquer aux parties les conclusions du rapport pour leur permettre d'en discuter les termes avant qu'il soit statué.

En réalité, qu'il s'agisse d'expertise ou de consultation, la présence des parties à la mesure d'instruction devrait toujours être exigée, le respect des formes du débat complètement contradictoire étant la meilleure garantie de la loyauté complète de la discussion, tant devant l'expert, que pendant l'arbitrage.

Dans le cadre des mesures d'instruction, il est évidemment obligatoire que le tribunal arbitral, respecte et fasse respecter par les parties, le principe du contradictoire et les droits de la défense. Ce sont d'ailleurs les deux cas qui ouvrent recours à nullité d'une sentence.

C – La mission de l'expert dans le cadre d'un arbitrage

La nomination de l'expert doit faire l'objet d'une sentence arbitrale qui a l'autorité de la chose jugée (article 1476 du NCPC). Les experts désignés peuvent être récusés par l'article 231 du NCPC. Le tribunal arbitral s'assure de l'accord de l'expert avec confirmation de sa nomination qui doit se faire par lettre recommandée.

La définition de la mission de l'expert peut être effectuée avec ou sans la consultation des parties, mais de manière constante, le tribunal arbitral reste maître dans la définition de la mission.

S'agissant d'un mécanisme contractuel et non d'une procédure au civil, le tribunal arbitral doit définir avec précision, sur le fond et la forme, la mission de l'expert, ainsi que les règles de procédure.

La mission de l'expert doit être limitée à fournir les éléments d'appréciation du litige ou à donner un avis technique.

En aucun cas, le tribunal arbitral ne peut se faire remplacer par l'expert dans sa mission juridictionnelle.

L'expert peut éventuellement se faire assister par des sapiteurs, si cela est prévu dans la mission.

Une règle essentielle est que les opérations d'expertise doivent maintenir le principe du contradictoire.

Le tribunal arbitral peut enjoindre les parties de produire les éléments en leur possession requis par l'expert.

Toute difficulté rencontrée par l'expert dans l'accomplissement de sa mission, doit être soumise au tribunal arbitral.

Il est recommandé d'organiser, avant le dépôt du rapport, une réunion de synthèse au cours de laquelle l'expert présentera et commentera sa note de synthèse.

(23) Cass. 3^e civ., 26 février 1962, Bull. cass., n° 65.

(24) Cass. 1^{re} civ., 3 novembre 1993, Bull. cass., n° 311.

(25) Cass. 2^e civ., 30 novembre 1978, Rev. arb., 1979, p. 343, E. Loquin.

(26) Cass. 2^e civ., 16 février 1978, Rev. Arb., p. 469.

(27) Op. cit., n° 81.

(28) Op. cit., n° 236.

Cette réunion permet de diminuer les critiques éventuelles, dont le rapport d'expertise peut éventuellement faire l'objet.

Le rapport d'expertise est remis au tribunal arbitral et aux parties.

Il faut rappeler que le délai d'arbitrage est suspendu à compter de la sentence de nomination d'expert et jusqu'au dépôt du rapport.

Il y a lieu de prévoir un délai après le dépôt du rapport, pour permettre la poursuite de la procédure (organisation d'audience, délibéré, rédaction de la sentence finale).

D – Clauses type à insérer dans la sentence intermédiaire de désignation de l'expert

À titre d'exemple et compte tenu des observations qui précèdent, Confluences suggère les clauses type suivantes :

« Le Tribunal,

Désigne en qualité d'expert(s) :

M.

M.

M.

Avec, pour mission de, ici précisé :

Les questions posées à l'expert et des points sur lesquels son avis est sollicité.

En rappelant les règles de procédure en harmonie avec les clauses du NCPC.

Dit que l'expert sera saisi de sa mission par le tribunal arbitral par lettre recommandée avec avis de réception, le délai de la mission commençant à courir à compter de la réception de cette lettre ou de la réception de la provision ?

Fixe à « n » mois la durée des opérations d'expertise.

Dit que cette durée pourra être éventuellement prorogée par le tribunal, à son initiative ou sur la demande de l'une ou l'autre des parties ou de l'expert.

Dit qu'au terme de ses opérations, l'expert établira et déposera un rapport relatant ses diligences, ainsi que les conclusions auxquelles il sera parvenu.

Ce rapport sera communiqué en même temps à chacun des arbitres et aux conseils de chacune des parties.

Dit que, dans l'exécution de sa mission, l'expert veillera au maintien du contradictoire, en s'assurant que tous dires, notes ou pièces qui lui seront remis par l'une ou l'autre des parties ont été régulièrement communiqués à chacune d'elles.

Dit que, sous cette réserve, l'expert procèdera à toutes investigations qui lui sembleront opportunes et, à son initiative ou sur demande des parties, entendra tous sachants, dont l'audition fera l'objet d'un procès-

verbal qui sera annexé au rapport, et qu'il organisera une réunion de synthèse durant laquelle il présentera sa note de synthèse.

Dit que l'expert pourra recourir, s'il l'estime nécessaire, au concours d'un ou plusieurs sapiteurs, pour recevoir d'eux les avis techniques utiles à l'exécution de sa mission.

Il devra, dans ce cas, en prévenir à l'avance le tribunal et les parties, en indiquant le ou les points objet de la consultation de ces sapiteurs, ainsi que le montant des frais et honoraires afférents à leur intervention. Ce montant sera compris dans le montant global des frais d'expertise.

L'avis des sapiteurs sera communiqué par l'expert aux parties en temps utile avant la clôture de l'expertise pour leur permettre de formuler leurs observations.

Cet avis sera annexé au rapport d'expertise.

Dit que l'expert pourra, à son initiative, consulter tout organisme technique, tel que des laboratoires d'analyses ou d'essais, en communiquant au tribunal et aux parties les résultats de ces consultations, dont le coût sera compris dans le montant global des frais d'expertise.

Dit que toute difficulté, rencontrée par l'expert dans l'exécution de sa mission et qui n'aurait pas trouvé de solution de l'accord de toutes les parties, sera soumise au tribunal qui, après s'être informé auprès de l'expert et des parties, tranchera la difficulté par voie d'ordonnance de procédure ou, s'il y a lieu, de sentence partielle.

Dit que le délai de l'arbitrage est suspendu à compter de la présente sentence et reprendra son cours à compter du dépôt du rapport d'expertise.

Le délai d'arbitrage sera cependant prorogé pour permettre la reprise et la poursuite de la procédure, ainsi que l'organisation d'audiences, le délibéré et la rédaction de la sentence finale, d'une durée minimale de quatre mois, sauf pour les parties à convenir d'une durée supérieure s'il leur apparaît nécessaire, au vu du rapport de l'expert et en considération des débats que nécessitent son appréciation et l'information du tribunal.

Fixe à la provision sur les frais et honoraires de l'expertise, qui sera versée par chacune des parties, entre les mains de l'expert, dans les proportions suivantes :

Dit que l'expert informera le tribunal et les parties, dès qu'il aura pu en mesurer l'importance, du montant final desdits frais et honoraires comprenant, s'il y a lieu, les frais et honoraires de sapiteurs ou d'organismes techniques.

Dit que la présente sentence sera notifiée, à la diligence du tribunal, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, aux parties.

Dit que la procédure reprendra son cours, dès le dépôt du rapport de l'expert, à l'initiative de l'une ou l'autre des parties ou, en cas de nécessité, à l'invitation du

tribunal qui, dans ce cas, en arrêtera alors le calendrier dans le délai ci-dessus fixé ».

* * *

La souplesse de la jurisprudence a donc permis de tracer progressivement le régime de l'expertise d'évaluation qui n'est, ni un arbitrage, ni une expertise, mais une institution *sui generis*.

La pratique arbitrale représente une justice plus rapide, plus souple et plus adaptée à la nature des litiges, notamment commerciaux.

Justice privée, certes, mais justice toujours et, à ce titre, sa procédure doit apporter les mêmes garanties que celles de l'instance judiciaire, notamment au regard du respect du principe du contradictoire et, plus généralement, des droits de la défense.

Berthold Goldman souligne avec raison ⁽²⁹⁾ que,

(29) Revue arb. 1970.

dans une sentence arbitrale, les parties recherchent « non la conciliation, mais le droit ».

L'expertise, ordonnée dans le cadre d'un arbitrage, doit, selon nous, suivre les mêmes règles que celles de l'expertise judiciaire. Mais en aucun cas l'expert ne peut se substituer aux arbitres qui ont, seuls, le pouvoir juridictionnel. L'expert ne fait qu'émettre un avis sur une question d'ordre technique et ne saurait pas davantage s'exprimer sur le droit comme sur l'équité, dans l'hypothèse où les arbitres auraient reçu mission d'amiable composition.

Néanmoins, dans la mesure où l'interdiction faite à l'expert de concilier les parties (figurant à l'article 240 du NCPC) n'est pas expressément reprise dans la mission, ledit expert aura la faculté de concilier les parties : n'est-ce pas restituer à l'arbitrage sa vocation première ?

