

# 4<sup>e</sup> TABLE RONDE REGARDS DES EXPERTS SUR LEUR MISSION

Intervention de

**M. Michel GAUTHIER**

*Ernst & Young, modérateur de la Table ronde*

## INTRODUCTION

Nous devons vous parler du regard des experts et nous avons réfléchi, avec mes trois confrères à la meilleure façon de vous faire part de notre retour d'expérience. Nous resterons bien évidemment dans le contexte spécifique des expertises réalisées à la demande d'une partie dans le cadre d'un litige porté devant un tribunal arbitral.

Certes, nous allons évoquer nos attentes à l'égard des parties qui nous désignent et nos impressions à la lecture des sentences. Mais nous allons essayer d'aller un peu plus loin en vous livrant nos expériences, voire nos ressentis qui comprennent parfois des incompréhensions, des interrogations voire des frustrations, et nous pourrions dans certains cas les accompagner de quelques suggestions ou de recommandations.

Nous avons réparti nos commentaires en trois catégories :

— Ceux relatifs à la phase générale au démarrage de la mission, sur laquelle mon confrère Jean-Luc Guitera apportera un point de vue.

— Ceux relatifs à la phase de déroulement de la mission, et c'est mon confrère Maurice Nussenbaum qui nous apportera le témoignage de son expérience sur cette phase de nos missions.

— Ceux afférents à la lecture des sentences, phase sur laquelle c'est notre confrère James Nicholson qui prendra le relais.

Fort de ces différents témoignages et pour rendre notre table ronde interactive, j'essaierai de rebondir sur ce qui a été dit pour

faire proposer une synthèse ou pour poser quelques questions afin de compléter notre vision.

### PRÉ-CONCLUSION

Au cours des différents exposés que nous avons déjà entendus, j'ai pu noter un certain consensus sur certaines pistes qui semblent répondre à nos préoccupations. Je prendrai deux exemples :

— Le premier est le souhait partagé de voir l'expert nommé le plus tôt possible dans la procédure, ce qui lui permet d'avoir une vision globale des sujets et de ne pas se trouver en porte-à-faux. Anne-Marie Guillaume nous a déclaré que le plus tôt était le mieux mais nous devons néanmoins garder à l'esprit la remarque de Dominique Ledouble qui nous a rappelé qu'il ne faut pas trop intervenir en amont pour ne pas devenir co-auteur.

— Le second exemple que j'ai noté est le besoin de rapprochement des experts selon des modalités à trouver. Ibrahim Fadlallah a parlé de rapports communs au moins sur certains points. Anton de Feuarden a rappelé le besoin de fiabiliser les hypothèses pour que les experts partent des mêmes bases et enfin le Professeur Jarrosson a souhaité avoir un dialogue avec les experts avant la fin de la mission.

Il y a peut-être dans ces suggestions des pistes à creuser.

#### Intervention de

**M. Jean-Luc GUITÉRA**

*KPMG*

Michel Gauthier, modérateur de notre table-ronde, m'a demandé (1) d'évoquer aujourd'hui les problèmes auxquels peut être confronté un expert lorsqu'il se voit confier un nouveau dossier d'évaluation de préjudice (une fois les problématiques de conflit d'intérêts levées).

---

(1) Avec l'assistance de Caroline Albarel, Director KPMG Forensic.

Compte tenu du temps de parole très bref m'étant imparti, j'ai choisi de regrouper mes propos sous les deux thématiques suivantes :

- Le « *timing* » de la nomination et le montant de la réclamation.
- La conception du rôle de l'expert.

### **Le « *timing* » de la nomination et le montant de la réclamation**

Trop souvent, les parties ou leurs avocats nous contactent alors que la procédure d'arbitrage est déjà initiée, voire les premiers mémoires échangés. Or, il est souhaitable de choisir et d'impliquer l'expert le plus en amont possible de la procédure, avant même que la requête d'arbitrage soit lancée.

En effet, l'implication de l'expert dès le début du dossier permet aux parties et à leur avocat de bénéficier du regard d'un professionnel averti sur (i) la réalité économique du préjudice dont la demanderesse estime avoir été victime, ainsi que, lorsque c'est dans son domaine de compétence, (ii) sur le lien de causalité entre le fait dommageable et le préjudice subi.

L'expert peut alors donner un avis préliminaire sur le cas considéré, quitte à faire prendre conscience aux uns et aux autres que le lien de causalité n'est pas évident ou que le mode de calcul envisagé pour le préjudice n'est pas approprié.

Nommer l'expert en amont de la procédure évite d'ailleurs les tensions avec la partie qui l'a mandaté. Il n'est pas rare en effet, que l'expert ne soit pas d'accord avec le chiffrage préliminaire réalisé par la demanderesse et présenté dans la requête d'arbitrage. Or, la demanderesse peut s'être auto-convaincue de la justesse du montant réclamé sur la base de ses calculs effectués en interne. Il va donc falloir que l'expert engage du temps pour expliquer à la demanderesse ses éventuelles erreurs afin d'éviter que la sérénité de l'ensemble de la mission ne s'en trouve affecté ; or nul besoin de préciser que le temps est une denrée précieuse et rare dans les dossiers d'arbitrage.

Mieux informés, les parties et leurs avocats peuvent évaluer de manière plus réaliste les options s'offrant à eux et peuvent même dans certains cas accepter une transaction qui paraissait pourtant peu souhaitable au premier abord.

## **La conception du rôle de l'expert**

Le rôle de l'expert doit être clairement établi dès le début de la mission afin d'éviter tout malentendu avec la partie qui le mandate. L'expert n'est pas un avocat et ne doit pas « défendre » les positions d'une partie. Il doit se forger une opinion de manière indépendante et défendre celle-ci tant face à son client et ses conseils que devant le tribunal arbitral. Il doit toujours avoir comme point de repère que son rôle principal est d'aider le tribunal arbitral à prendre sa décision en répondant avec intégrité aux questions lui étant posées.

Il existe de nombreux sujets complexes où différentes réponses techniquement valables sont envisageables et pour lesquels les conclusions de l'expert dépendent de la manière dont les parties et leurs avocats lui ont soit présentés les faits, soit posé des questions. Il est donc primordial que les hypothèses retenues par l'expert soient clairement présentées et détaillées dans son rapport afin que le tribunal puisse comprendre son raisonnement et ses conclusions.

Certains des intervenants précédents pensent que l'indépendance de l'expert est une fiction. Ils méconnaissent le fait que les experts sont dans la majorité des cas retenus sur la base de leur réputation et de la perception de leur intégrité par les tribunaux arbitraux, et qu'un expert à l'indépendance douteuse risquerait de perdre rapidement sa (bonne) réputation.

### **Intervention de**

#### **M. Maurice NUSSENBAUM**

*Sorgem Evaluation, Expert agréé par la Cour de cassation*

### **I. – L'expert a besoin d'une vision globale pour être totalement efficace**

La mission de l'expert financier consiste dans la plupart des arbitrages à déterminer un préjudice ou à critiquer celui calculé par l'expert de la partie adverse.

Le préjudice étant la conséquence directe de la faute, il est bien évidemment nécessaire que l'expert financier participe pleinement aux analyses juridiques et/ou techniques afin de s'assurer

que son analyse financière qui en découle est cohérente et pertinente notamment en ce qui concerne l'analyse du lien direct entre faute et préjudice ou l'analyse de la situation contrefactuelle.

**Le préjudice ne se déduit pas uniquement de l'observation des faits. Il implique le plus souvent une analyse économique et financière reposant sur des hypothèses relatives à la situation contrefactuelle que l'expert doit être en mesure de défendre tout en gardant son indépendance et son impartialité même s'il est en partie influencé par la partie qui l'a désigné.**

## **II. – L'expert doit pouvoir avoir accès à l'ensemble des informations disponibles pour la rédaction de son rapport**

Le préjudice se définit comme la différence entre la situation normale (celle qui se serait produite sans la faute) et la situation réelle (celle qui s'est produite du fait de la faute).

La définition de la situation normale (ou contrefactuelle) pose problème car elle nécessite de reconstruire théoriquement ce qui se serait passé dans **un contexte non affecté par la faute**. Cette situation peut être factuelle ou spéculative et dériver de la théorie économique (cas des pratiques anti-concurrentielles). Elle donne donc souvent lieu à de longs débats contradictoires entre les parties puisque la demanderesse va avoir tendance à la considérer de manière très favorable (ce qui maximise son préjudice) et la défenderesse de manière très défavorable (ce qui réduit le montant du préjudice obtenu).

La définition de la situation réelle pour ce qui est de son évolution future (le préjudice ne s'arrêtant pas avec l'arbitrage) soulève également des débats puisque la durée du retour à la situation normale conditionne l'ampleur du préjudice.

Tout ceci suppose donc une parfaite connaissance de l'ensemble des informations existantes afin de s'assurer que les hypothèses d'évolution retenues pour caractériser la situation normale ou réelle ne sont pas en contradiction avec les éléments factuels du dossier.

En effet, si on invoque les conséquences d'une décision, il faut pouvoir avoir accès à l'ensemble des informations sur la situation de l'entreprise du défendeur pour isoler les effets de la décision en cause.

### **III. – Il peut parfois être délicat d'être l'expert d'une partie et en même temps d'être sollicité à l'audience par le tribunal pour l'aider à construire son propre calcul (pas forcément dans l'intérêt de la partie qui a mandaté l'expert)**

Il est rare que les tribunaux arbitraux nomment un expert pour les assister. Or, bien souvent, il s'agit de professionnels du droit et la partie financière du dossier est celle sur laquelle ils peuvent avoir de légitimes questions techniques. L'expert de partie doit donc contribuer à éclairer le tribunal sur les arguments qu'il a développés dans son rapport dans le cadre de l'analyse juridique développée par les conseils de la partie qui l'a mandaté.

Mais il est parfois mis dans une situation délicate dans laquelle les arbitres l'interrogent à l'audience afin d'avoir son opinion d'expert sur d'autres hypothèses que celles qu'il a retenues en se plaçant dans une autre configuration juridique, car les présupposés de fait et de droit sur lesquels s'appuie l'expert doivent correspondre à ce que les arbitres tiennent pour vrai en fait et en droit, et l'expert doit être en mesure de présenter des solutions alternatives ou modulables par les arbitres de manière à les aider à trancher.

La partie qui l'a désigné va chercher à éviter que l'expert n'aide les arbitres dans un sens qui lui serait défavorable alors qu'il est tenu de répondre de manière impartiale et sincère aux questions posées par le tribunal.

### **IV. - Le déroulement de la *cross examination* : l'avocat et l'expert cherchant chacun à s'attirer sur le terrain où ils sont le plus à l'aise**

La logique de la *cross examination* est par nature un exercice déséquilibré quand elle consiste à faire interroger un technicien par un avocat. En effet, l'avocat cherche avant tout à déstabiliser l'expert sur sa crédibilité et sur les éventuelles contradictions de son raisonnement avec les faits. Cependant, l'expert qui connaît par nature mieux sa matière que l'avocat peut contourner les questions posées ou répondre de manière biaisée sans que l'avocat puisse facilement « rebondir » sur les réponses de l'expert. Et dès lors que le tribunal arbitral n'est également pas toujours en mesure de voir ces incohérences, cela peut constituer une source de frustration pour l'expert de la partie adverse qui voit la "**manceuvre**" et ne peut pas répondre.

**V. – L'intérêt du questionnement parallèle des experts par le tribunal arbitral et le débat entre les experts de chaque partie devant le tribunal (« Hot Tub Method » ou « joint conferencing »)**

Face à la « frustration » présentée ci-avant, les méthodes consistant à interroger en parallèle les deux experts ou à les mettre face à face (chacun se posant des questions) peuvent être un bon moyen de compléter la *cross examination* et d'informer le tribunal sur les points d'accord et de désaccord qui subsistent.

Attention toutefois à ne pas tomber dans un débat de techniciens incompréhensible pour les arbitres. De ce fait, la présence d'un expert au sein du tribunal ou mandaté par le tribunal peut être utile quand les questions techniques sont complexes et déterminantes.

**Intervention de**

**M. James NICHOLSON**

*FTI Consulting*

Michel Gauthier, modérateur de notre table-ronde, m'a demandé d'évoquer les réactions que peut avoir un expert à la lecture des sentences. Je reprends ci-dessous en premier lieu le point développé lors du colloque et présente également d'autres points que j'avais prévu d'aborder :

I. La difficulté de faire le lien entre la sentence et les chiffres de notre rapport.

II. Le regret parfois de ne pas avoir eu des instructions claires du tribunal qui permettraient de mieux comparer les rapports d'experts.

III. Le regret de ne pas avoir de débat contradictoire entre experts.

Je reviendrai ensuite (IV) sur la différence d'approche des droits français et anglais vis-à-vis des expertises.

## I. – La difficulté de faire le lien entre la sentence et les chiffres de notre rapport

Cette problématique revient à l'équation suivante : comment faire le rapprochement entre l'évaluation préparée par les experts selon une approche « *bottom-up* », reposant sur une analyse scientifique de chaque hypothèse pour arriver au chiffrage global, d'une part, et le chiffrage du tribunal dans la sentence, souvent préparé selon une approche plus globale (« *top-down* ») mais parfois justifié dans la sentence par des hypothèses détaillées, d'autre part.

Lorsque le tribunal arbitral rend sa sentence, celle-ci est étayée, les arguments sont développés, et les conclusions sont circonstanciées. Toutefois, la partie de la sentence concernant l'évaluation des dommages n'est pas toujours aussi développée que nous le souhaiterions. Il arrive en effet que le chiffrage des dommages soit annoncé sans que les éléments sous-jacents ayant permis d'arriver à la conclusion aient été exposés au préalable en détail. Ceci peut être lié au fait que le tribunal a utilisé une approche « *top-down* » par laquelle il dérive un montant reposant sur son appréciation globale du préjudice. Cette appréciation peut éventuellement être ajustée pour refléter la perception du tribunal sur ce qu'on appelle en anglais « *the balance of equity* » entre les parties.

On sait que les calculs de dommages dans les arbitrages internationaux sont souvent complexes. Il nous revient donc d'essayer de comprendre le raisonnement suivi par le tribunal derrière chaque hypothèse. Ceci n'est pas toujours évident dans la mesure où ce raisonnement n'est pas toujours clairement énoncé dans la sentence, ou les hypothèses choisies ne nous paraissent pas toujours pertinentes.

Je constate que de nos jours, les tribunaux semblent adopter l'une des trois approches suivantes : soit ils considèrent les hypothèses une par une de manière quasi-scientifique et aboutissent à un montant construit de bas en haut (« *bottom-up approach* ») à la manière habituelle des experts, ceci étant le cadre conceptuel de base lors des audiences ; soit le tribunal rédige la sentence comme s'il considérait les hypothèses une par une, tout en paraissant ajuster ces hypothèses afin de parvenir à un chiffrage qu'il a prédéfini sur la base d'une appréciation globale ; soit, enfin, les arbitres reprennent l'évaluation de l'un des experts et

procèdent à quelques ajustements détaillés ou globaux, par exemple pour la perte de chance.

Dans la deuxième approche, il serait à mon sens plus facile de comprendre le cheminement analytique et la logique du tribunal si celui-ci expliquait qu'il a trouvé difficile de résoudre les différences entre les experts sur les points de détails mais qu'il a retenu tels ou tels éléments, indicateurs généraux de perte, et que cela a constitué sa motivation première pour déterminer l'échelle de grandeur de la sentence rendue. Il serait en tout état de cause parfaitement compréhensible et acceptable, de mon point de vue, qu'un tribunal agisse ainsi, et nous avons d'ailleurs le même genre de raisonnement.

En effet, l'appréciation générale du tribunal en matière de chiffrage du préjudice est ou peut être un élément important de la sentence. C'est pourquoi nous consacrons aussi du temps, lors de nos travaux, à examiner les facteurs contextuels qui offrent souvent une bonne indication des pertes subies. Il peut s'agir de transactions d'actions de la partie affectée, d'offres d'achat ou de vente de titres ou d'actifs, du comportement des parties durant la période en question. Par exemple, si la réclamation est de l'ordre d'un milliard de dollars, les parties agissaient-elles durant la période en question comme si elles allaient perdre un milliard de dollars ?

En tant qu'experts, il nous semble important de comprendre les hypothèses et la logique sous-jacentes au chiffrage retenu dans la sentence, car cela nous aide à mieux comprendre comment aider les tribunaux à évaluer le préjudice.

Bien que ce ne soit pas systématiquement le cas, il est donc vrai que certaines sentences génèrent de la frustration au sein des experts, qui peinent à comprendre le choix des hypothèses et la logique des arbitres et à faire le lien avec leur propre calcul. Plus la sentence du tribunal sera détaillée et reflètera la logique suivie dans l'évaluation du dommage, plus il sera possible pour nous, experts, de la comparer avec notre propre chiffrage.

## **II. – Le regret parfois de ne pas avoir eu d'instructions claires du tribunal qui permettraient de mieux comparer les rapports d'experts**

Certaines hypothèses retenues par chaque expert sont fonction des instructions que ce dernier reçoit de la part du conseil

de la partie qui l'a mandaté. Le fait que les experts ne reçoivent pas forcément les mêmes instructions, ou postulats de départ, entraîne des différences dans l'évaluation du préjudice. Ces différences limitent parfois la comparabilité des rapports. Afin de permettre aux arbitres de mieux comparer les rapports d'experts, il serait utile que le tribunal donne des instructions claires et précises aux experts. Ainsi, ces derniers débuteraient leurs travaux d'évaluation sur un socle commun d'hypothèses. Ceci permettrait de réduire les différences entre les chiffrages, et de comparer plus aisément les calculs réalisés par les experts. Le tribunal pourrait alors se limiter à examiner les différences d'hypothèses ou de méthodologie qui demeurerait.

En pratique, ces instructions pourraient être données dès que le tribunal a une idée assez précise des instructions qui pourraient être pertinentes. Elles pourraient aussi être induites d'une sentence partielle sur le fond, qui viendrait établir certains éléments à considérer pour l'évaluation du préjudice. Le chiffrage du dommage ferait alors l'objet d'une deuxième sentence. Enfin, il est fréquent que le tribunal, lors des audiences, demande aux experts de chiffrer le préjudice selon différents scénarios reposant sur certaines hypothèses, ce qui revient à une forme d'instructions du tribunal visant à comparer plus facilement les chiffrages des deux parties.

En conclusion, si le tribunal intervenait en amont de la préparation des rapports d'experts pour définir des instructions à l'attention de ceux-ci, son travail de revue de ces rapports en serait facilité. Les chiffrages respectifs des experts seraient plus facilement comparables et les débats seraient focalisés sur un nombre limité de points de désaccord entre les experts. Il est en effet parfois regrettable de passer une grande partie du temps disponible lors des audiences à essayer de comprendre dans quelle mesure les rapports des experts peuvent être ou non comparés. Le processus gagnerait en efficacité, et constituerait un gain de temps et d'argent pour l'ensemble des intervenants.

### **III. – Le regret de ne pas avoir de débat contradictoire entre experts**

Lors des audiences dans le cadre d'arbitrages internationaux, il est habituel que les experts soient interrogés par les avocats des parties et par le tribunal chacun leur tour. Il est possible que des débats contradictoires entre experts aient également lieu,

c'est cependant moins fréquent. Ces débats contradictoires, ou « *witness conferencing* » ou encore « *hot-tubbing* » peuvent s'avérer très utiles, et devraient, à mon sens, être davantage utilisés par les arbitres. En effet, tout comme le jeu d'instructions communes venant de l'arbitre, ces débats contradictoires permettent de focaliser l'attention et les échanges sur les points clés de l'évaluation et sur les principaux éléments de désaccord entre les experts.

Concrètement, les arbitres peuvent établir une liste des points à couvrir lors du débat contradictoire, et bénéficier des explications de chaque expert sur chacun de ces points. Un sujet est lancé par les arbitres, les experts expriment leur point de vue à tour de rôle et le tribunal peut leur poser des questions jusqu'à ce qu'il estime avoir obtenu les éléments nécessaires pour se former une opinion sur le point en question. Bien entendu, ceci n'est qu'une possibilité de *modus operandi*. Il n'y a pas de pratique standard en la matière. Le conseil peut également poser les questions, ou encore le conseil et les arbitres.

Mon expérience en la matière tend à confirmer l'intérêt de prévoir un débat contradictoire entre experts lors des audiences. J'ai en effet eu l'occasion de constater que les sessions de débat contradictoire avaient permis de répondre efficacement aux questions des arbitres sur les points clés soulevés par les experts. En tant qu'expert souhaitant que le tribunal comprenne mes prises de position, je suis favorable à ces débats contradictoires. L'intérêt du conseil de tenir ou non un débat contradictoire dépendra, quant à lui, de la force des arguments de ses clients et de la position de leur expert sur les points en question.

#### **IV. – La différence d'approche des droits français et anglais vis-à-vis des expertises**

En tant qu'expert anglais évoluant à la fois dans des systèmes anglais et français, je voudrais ouvrir le débat sur trois remarques, qui sont des vues non scientifiques qui pourraient s'avérer fausses et pour lesquelles j'aimerais recueillir l'avis des participants :

a. un éminent avocat français m'a suggéré que les attentes en termes d'indépendance de l'expert étaient moindres dans le système français que dans le système anglais ;

b. il y a toujours des exceptions, et certainement dans cette salle, mais mon impression est que, dans la culture juridique

anglo-saxonne ou internationale, les avocats et arbitres sont plus familiers des problématiques d'évaluation de préjudices que dans la culture juridique française ;

c. enfin, j'ai observé qu'il était beaucoup plus rare dans les tribunaux de culture anglo-saxonne de faire appel à un expert désigné par les tribunaux, que dans les tribunaux de culture française. Cela tient certainement aux différences existant dans les procédures locales respectives (rôle de l'expert judiciaire dans le droit français, qui n'intervient que très peu dans le système de droit anglais).