

EN ARBITRAGE INTERNATIONAL, BIEN SE FAIRE COMPRENDRE DES ARBITRES EST ESSENTIEL



Béatrice CASTELLANE, Arbitre indépendant, ancien membre du conseil de l'Ordre des avocats de Paris

Si l'arbitrage international peut sembler obscur pour le novice, il répond avant tout à une jurisprudence, à des normes et à des habitudes, parfois liées à la culture juridique des arbitres. Béatrice Castellane synthétise les différentes méthodes de calcul des dommages, l'attitude des parties et des experts et les meilleures approches à adopter.

Comment s'y prendre pour évaluer ses préjudices ?

En arbitrage, dans le cadre général de l'administration de la preuve, des rapports d'experts sont fréquemment produits par les parties pour présenter l'évaluation des dommages dont elles demandent réparation. L'objet de cet article est de schématiser les différentes méthodes dont nous allons examiner l'importance des points de vue des parties, de leurs conseils, des experts, des arbitres et leur articulation. En fonction des responsabilités d'une ou des parties dans le cadre d'un litige, l'objectif est d'obtenir la meilleure indemnisation possible en apportant des éléments financiers et matériels tout en démontrant le lien de causalité entre le préjudice subi et la violation du contrat ou du traité.

Les méthodes de calcul des experts en vue d'une indemnisation complète

La norme universelle d'indemnisation est le principe de l'indemnisation intégrale. Comme mentionné dans le célèbre jugement de l'usine de Chorzow, « la réparation doit, dans la mesure du possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illégal et rétablir la situation qui aurait vraisemblablement existé si cet acte n'avait pas été commis¹ ».

L'action prospective en réparation du gain manqué. C'est l'action la plus fréquemment utilisée pour solliciter une indemnisation. Elle consiste à établir la situation dans laquelle la partie lésée se serait trouvée si la partie défaillante avait bien exécuté ses obligations. L'« approche prospective » (*forward-looking*) de l'expert consiste à déterminer la valeur financière de l'entreprise en se reposant sur le calcul de la performance prévue.

L'action rétrospective en réparation de pertes subies. Elle se fonde sur la somme des coûts

perdus dans l'investissement ou par l'entreprise. L'« approche rétrospective » (*back-looking*) de l'expert établit la situation de l'entreprise (ou de la partie lésée en général) en amont de l'existence de la relation contractuelle. Elle vise à rétablir la partie lésée dans la situation où elle se trouvait avant l'établissement de la relation contractuelle.

Le choix de la technique du calcul des dommages. Satisfaire à la norme de compensation intégrale et évaluer les dommages et intérêts peut nécessiter l'une ou l'autre méthode. En effet, « l'évaluation des gains manqués à l'aide d'approches rétrospectives ne correspond pas toujours à la juste valeur marchande, des dommages ne compensant pas pleinement la partie lésée pour ses dommages. Par ailleurs, les tribunaux peuvent rejeter les approches prospectives pour des raisons d'incertitude, celles-ci étant trop spéculatives² ».

Quelle que soit l'approche retenue, il faut prendre en compte la notion d'actualisation appliquée aux profits escomptés d'un projet, car ils sont soumis (i) au principe de *time value of money* (un euro se déprécie dans le temps) et (ii) aux risques associés à ce projet. En principe, le demandeur ne pourra donc prétendre utiliser l'approche prospective si, au moment de la violation, le taux de rendement interne (TRI) de son projet n'est pas supérieur à son coût moyen pondéré du capital (CPMC).

L'évaluation des dommages par l'utilisation de l'approche rétrospective se conteste de la même manière dans une réclamation pour pertes de gains espérés, pertes de chance et, parfois, dans

une réclamation pour « perte de confiance » (*reliance losses*). Cette méthode est inapplicable si, par exemple, les bénéfices escomptés d'un projet ne venaient pas couvrir des coûts encourus surévalués, ou si l'actif financé avait subi une dépréciation exceptionnelle non encore comptabilisée dans les comptes du demandeur. Dans le cadre d'une demande d'indemnisation pour perte de confiance, on replace la partie lésée dans la position où elle se trouverait si elle n'avait pas conclu le contrat ou investi dans le projet cadré par un traité bilatéral d'investissement³.

Cependant, quand des événements imprévisibles se produisent et que l'État-Partie, par exemple, décide d'imposer pendant la pandémie Covid des confinements qui empêchent l'exécution du contrat, la partie lésée qui réclame des coûts gaspillés risque de s'entendre dire qu'un traité bilatéral d'investissement ne comporte pas d'assurance contre les mauvaises affaires. La nature de l'affaire, les explications de la partie elle-même, le ressenti de son préjudice tel qu'elle l'exprime seront autant de sources d'inspiration et de créativité pour l'expert. Cela suppose une participation active de la partie elle-même et de ses conseils, ainsi qu'une bonne communication.

L'attitude des parties et des conseils

En arbitrage international, les parties ont très souvent recours à des experts pour le calcul des dommages qu'elles estiment avoir subis. Cela

La nature de l'affaire, les explications de la partie elle-même, le ressenti de son préjudice tel qu'elle l'exprime seront autant de sources d'inspiration et de créativité pour l'expert.

1. Factory at Chorzów (Merits), PCIJ Series A. No 17. « La réparation doit, dans la mesure du possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illégal et rétablir la situation qui aurait vraisemblablement existé si cet acte n'avait pas été commis ».
2. Juliette Fortin, Senior Managing Director FTI Consulting, Paris Arbitration Week, Conférence SLC du 31 mars 2022 https://www.legiscompare.fr/web/IMG/pdf/programme_arbitrage_310322.pdf
3. Bilateral Investment Treaty (BIT).

est dû d'une part à la complexité de la quantification des dommages et d'autre part à la qualité d'indépendance des experts, dont l'approche est souvent perçue avec davantage de crédibilité devant le tribunal arbitral. N'étant pas juristes, parties et experts doivent travailler de concert avec leurs conseils juridiques. Les discussions sont parfois délicates, notamment quand des parties souhaitent réclamer des dommages exagérés, dont les montants présentent des incohérences avec les documents fournis à l'expert. D'où l'importance des experts qui, grâce à leur neutralité, aident les parties ainsi que leurs conseils à aboutir à une estimation réaliste de leur préjudice. Dès le début de la dispute et au moment de la requête en arbitrage, la partie doit déjà connaître les postes principaux de ses dommages. Cela explique pourquoi de plus en plus de parties impliquent des experts dès qu'il semble évident qu'un arbitrage est inévitable.

Le juriste de la partie et les conseils doivent s'attacher à ce que le rapport d'expertise soit clair et facile à comprendre ; travailler ensemble et avec les experts sans anicroche pour aboutir à un travail didactique qui correspond au langage du tribunal selon la culture des arbitres, la nature du lien juridique entre les parties (contrat/traité), le droit applicable (*civil law/common law*), la jurisprudence et les exigences liées à la force, la précision et la crédibilité des preuves fournies de manière légale. Lorsque par exemple, pour évaluer la valeur d'une entreprise, une technique très complexe de calcul comme « DCF » (*Discounted Cash Flow*⁴) est utilisée, il convient de veiller à ce que la démonstration soit compréhensible par tous et en particulier par les arbitres.

Le devoir de conseil impose à l'expert et aux conseils de prévenir la partie de ce qui intéresse le tribunal arbitral. Malgré tout, la partie qui finance le travail de l'expert et qui lui donne les instructions rechigne souvent à suivre une voie qui n'est pas exactement celle qu'elle souhaite. De son côté, l'expert est indépendant et devra soutenir comme témoin ce rapport devant le tribunal arbitral. Pour respecter sa déontologie, il se doit de prévenir ses clients que dans le cas où le tribunal insistera sur des questions que la partie souhaite évincer du rapport, il se devra quand même de répondre sur la base des documents que la partie lui aura remis.

En arbitrage (comme dans les affaires en général), chaque acteur a son objectif et joue

son rôle. Comme le dit très justement Kate Gonzalez : « *Il nous appartient, en tant que juriste d'entreprise, de toujours garder à l'esprit l'objectif final de notre entreprise via cet arbitrage. À partir de cet objectif, nous devrions veiller à ce que la stratégie définie et notre approche des dommages et intérêts nous aident à l'atteindre, tout en envisageant un règlement à l'amiable à toutes les étapes de la procédure*⁵ ».

Experts choisis par les parties ou nommés par le tribunal arbitral

De nombreux arbitres (souvent de pays de *civil law*) préfèrent nommer eux-mêmes les experts, car ils pensent qu'ils seront plus objectifs et moins soumis à l'influence des parties, que la procédure sera plus rapide et les rapports moins discutés. Pourtant, de nombreuses parties détestent que les experts soient nommés par le tribunal ! Elles préfèrent collaborer en proximité avec des experts choisis par elles pour leur connaissance du secteur de l'objet du litige et elles veulent s'assurer que les experts ont bien lu et complètement compris tous les éléments fondamentaux du dossier qu'elles souhaitent faire prévaloir.

Par ailleurs, lorsque l'arbitrage est choisi dans un contrat ou dans un traité, cela suppose en soi que les parties vont sélectionner elles-mêmes leurs experts. En effet la procédure d'arbitrage appartient aux parties et non au tribunal qui doit en principe se soumettre à tout accord passé entre elles.

Convaincre les arbitres

Bien évidemment la raison d'être du calcul des dommages est de convaincre les arbitres de condamner l'autre partie à les payer. Quelle attitude adoptent donc les arbitres envers les rapports d'expertise ? Souvent, le tribunal se contente d'approuver ou de désapprouver les estimations données par les experts, comme si ces derniers avaient reçu une délégation.

Au contraire, certains arbitres considèrent qu'ils doivent apprécier par eux-mêmes les évaluations présentées et les soumettre à la discussion. Portée par la voix de Catherine

Kessedjian notamment, une position se dégage même pour : « *1° Que la mission des experts soit préparée de manière précise par le tribunal en consultation avec les parties ; 2° Que les rapports d'expert soient écrits de telle manière qu'ils prennent en compte la "culture" des arbitres afin que ceux-ci les comprennent et puissent véritablement "évaluer" leurs conclusions. 3° Que les rapports d'expert soient le moyen d'un dialogue d'évaluation entre les parties et le tribunal pour un résultat juste (fair)*⁶ ».

En fait, la solution qui consiste à isoler la décision sur les dommages de la décision principale (*bifurcation*) est facilitante. Premièrement, elle offre la possibilité aux experts de donner le même mandat, même s'ils continuent à travailler de manière indépendante. Deuxièmement, les parties ne doivent pas tenter de rediscuter les faits via l'exercice d'évaluation. La responsabilité a été établie à la fin de la première phase et les experts doivent garder cela à l'esprit lorsqu'ils préparent leur rapport. Troisièmement, le tribunal, les parties et leurs conseils vont travailler ensemble pour établir la liste des questions auxquelles les experts devront répondre. Parmi les questions qu'il faudra affronter, l'une d'entre elles pourrait sans doute concerner la culture des parties elles-mêmes en termes de gestion des affaires. Les chiffres ne donnent pas toujours une image complète d'un différend. Face à une même situation, les entreprises peuvent agir différemment en fonction de leur évaluation des risques. Ce facteur peut être important, notamment » lorsqu'on examine les dommages réels et l'obligation d'« atténuation » (*mitigation*).

Enfin, chaque cent réclamé doit être prouvé de manière approfondie, notamment parce que, pour un arbitre, la tâche d'évaluation des dommages peut être la moins confortable. Il est donc nécessaire qu'il existe une interaction entre les conseils, les experts, les parties et les arbitres afin que la portée des rapports soit intéressante pour le tribunal qui attend des présentations claires, méthodiques et aussi pédagogiques que possible. ■

La procédure d'arbitrage appartient aux parties et non au tribunal qui doit en principe se soumettre à tout accord passé entre elles.

4. « Flux de trésorerie actualisés ».

5. Kate Gonzalez, Senior Legal Counsel, commercial Disputes, Airbus SAS, Paris Arbitration Week, op. cit. : « *As in-house counsel, our job is to always keep in mind what our company wants to get from this arbitration, starting from that end result and working our way back, ensuring our quantum evidence helps us achieve that objective, whilst considering settlement at all stages.* »

6. Catherine Kessedjian, Professor Emerita, Paris Panthéon-Assas University, *ibid.*