



HAL
open science

”L’expertise dans les arbitrages internationaux en matière sanitaire et environnementale” in

Julie Tribolo

► To cite this version:

Julie Tribolo. ”L’expertise dans les arbitrages internationaux en matière sanitaire et environnementale” in. Truilhé-Marengo (E.) (dir.),. La relation juge-expert dans les contentieux sanitaires et environnementaux, Bruylant, pp. 213-227., 2011. hal-01790359

HAL Id: hal-01790359

<https://hal.science/hal-01790359>

Submitted on 12 May 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'EXPERTISE DANS LES ARBITRAGES INTERNATIONAUX

Julie TRIBOLO

« *Juria novit curia* ». Tel est l'un des préceptes fondamentaux guidant l'activité juridictionnelle, que celle-ci soit le fait du juge ou plus particulièrement, comme ici, de l'arbitre. Cette maxime latine, qui impose à l'arbitre de connaître le droit, les règles juridiques sur le fondement desquelles il est appelé à trancher le différend qui lui est présenté, laisse apparaître une évidente limitation : celle-ci renvoie à la traditionnelle distinction du fait et du droit, l'arbitre se devant, en principe, de maîtriser les aspects juridiques du différend mais seulement ces aspects. L'application de la règle de droit découlant de l'établissement des faits de la cause, la principale conséquence de ce précepte est de subordonner l'office de l'arbitre à l'intervention d'un expert chaque fois que des problématiques techniques extra-juridiques non maîtrisées par l'arbitre interviennent dans la solution du litige.

L'évolution des sciences et des techniques, notamment au cours du siècle dernier, la complexification des contentieux, confèrent aujourd'hui à l'expertise une importance cruciale. Malgré une tendance croissante à la spécialisation de l'arbitre – tendance que l'on retrouve parallèlement illustrée dans l'apparition de juridictions internationales spécialisées, telles la Cour pénale internationale ou le Tribunal international du droit de la mer – la réalité scientifique demeure encore très largement hermétique aux compétences de l'arbitre. L'expertise apparaît dès lors comme une nécessité, un « décodeur » permettant à l'arbitre de saisir cette réalité.

Si les problématiques liées à l'expertise présentent donc aujourd'hui un intérêt majeur, cette notion est encore entourée de nombreuses incertitudes. Déclinée sous des formes de plus en plus diverses, qui témoignent de son succès croissant, l'expertise demeure une notion floue, en mal de définition au plan international¹ et dont les finalités peuvent être multiples. C'est ainsi qu'à côté de la traditionnelle expertise juridictionnelle est apparue, de manière de plus en plus prégnante, une expertise dite « *décisionnelle* »². Dans ce cadre, l'expert n'intervient plus pour éclairer le juge ou l'arbitre sur une difficulté technique influençant la solution du litige ; il est missionné par les Etats qui, en vue de prendre une décision politique ou juridique faisant intervenir des aspects technico-scientifiques complexes, souhaitent, par souci de légitimité autant que de sécurité, disposer de données précises sur le sujet. Le Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC) est une illustration de cette nouvelle forme d'expertise, qui mêle le scientifique au politique et tend à faire de l'expert un acteur-clé des relations internationales. La diversification des finalités de l'expertise ne manque pas d'entraîner, comme nous l'évoquions plus tôt, certaines doutes et confusions quant à la signification même de la notion. Ainsi, la définition communément admise jusqu'à ces dernières années décrit l'expertise comme une « *mesure d'instruction consistant à charger une ou plusieurs personne(s) compétente(s) appelée(s) expert(s) de faire des constatations techniques et d'exposer au tribunal le résultat de leur examen dans un rapport* »³. Pour prendre en compte l'apparition de l'expertise décisionnelle, les auteurs, qu'ils soient

1 Il n'existe notamment à l'heure actuelle aucune définition de l'expertise généralement admise par les Etats au plan international.

2 Sur ce point, voir Gambardella (S.), Les enjeux de l'expertise dans les contentieux environnementaux devant le Tribunal international du droit de la mer, dans ce même ouvrage.

3 Voir *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, Sirey, 1960, pp. 278-279 et *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 483-484.

juristes ou sociologues, ont été amenés à délaisser cette définition classique trop restrictive et à lui préférer une définition moins précise qui décrit l'expertise comme « *une procédure destinée à éclairer une autorité chargée de prendre une décision* »⁴. Si cette dernière définition a le mérite de prendre en considération le phénomène – désormais significatif – de l'expertise décisionnelle, elle ignore cependant certaines des autres finalités attribuées aujourd'hui à l'expertise. C'est ainsi que dans le cadre juridictionnel, le juge et l'arbitre n'ont pas seulement recours à l'expertise pour les éclairer en amont de leurs décisions mais renvoient désormais également à l'expertise pour contrôler le respect et la mise en œuvre par les Etats des sentences qu'ils rendent. Nous en trouvons des exemples dans le contentieux des délimitations territoriales ou maritimes⁵. Dans le cadre de notre propos, nous nous limiterons à l'étude de l'expertise dans le cadre juridictionnel et, bien que quelques rares sentences renvoient à l'intervention d'experts pour assurer la mise en œuvre de la décision de l'arbitre⁶, nous nous concentrerons essentiellement sur l'expertise prise en son sens le plus classique de mesure d'instruction visant à éclairer l'arbitre sur un point de fait.

Au delà des ambiguïtés propres à la notion d'expertise, le thème retenu pour notre propos recèle d'autres difficultés. Si l'arbitrage est clairement un mode traditionnel de règlement pacifique des différends entre Etats au plan international, rares sont les cas où les Etats ont jusqu'à présent eu recours à l'arbitrage pour résoudre leurs différends sanitaires et environnementaux. Bien que moins institutionnalisée et donc plus souple que celle des juridictions internationales, la procédure arbitrale n'en demeure pas moins un mode juridictionnel de règlement des différends. Comme le note Sandrine Maljean-Dubois, les Etats « *préfèrent un règlement à l'amiable bien souvent. On retrouve là une tendance générale de la société internationale, qui donne la préférence à des procédures souples et politiques de règlement des différends, plutôt qu'au règlement juridictionnel. Les mécanismes diplomatiques classiques ont l'avantage de la souplesse et souvent de la discrétion, et permettent de lisser les différends tout en ménageant les susceptibilités* »⁷. Il faut également garder à l'esprit le fait que les normes environnementales et sanitaires forment un droit relativement récent, qui manque sans doute encore de maturité et qui ne dispose pas toujours, au plan international, d'une force juridique lui permettant de s'imposer aux Etats et de déployer pleinement ses effets. Dès lors, la prévalence des mécanismes diplomatiques de règlement des différends n'apparaît pas réellement surprenante dans les deux domaines dont nous traitons ici.

Notre étude sera donc envisagée comme un premier regard porté sur la pratique expertale dans les arbitrages sanitaires et environnementaux au plan international. Le nombre limité de cas dont nous disposons ne nous permettra certes pas de rechercher la systématisation mais nous pouvons d'ores et déjà relever certaines tendances et mettre en lumière les problématiques émergentes.

L'analyse de la pratique nous amènera ainsi à constater, dans un premier temps, les réticences et la méfiance dont font preuve les Etats à l'égard du recours à l'expertise dans le cadre des arbitrages qui les intéressent. Nous examinerons les enjeux dissimulés derrière le recours ou, au contraire, le rejet de cette mesure d'instruction qui, du fait de l'incertitude scientifique, recèle souvent en elle-même un pouvoir à double-tranchant pour les Etats. Nous démontrerons également en quoi l'expertise, lorsqu'elle est utilisée, constitue un véritable révélateur de l'équilibre du « procès » et de la propension

⁴ Encinas de Munagorri (R.), Quel statut pour l'expert ?, *Revue française d'administration publique*, n°103, 2002, p. 379.

⁵ Voir par exemple la sentence du 30 juin 1977 rendue dans l'*Affaire de la délimitation du plateau continental entre le Royaume Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord et la République française*, ou la sentence du 14 février 1985 dans l'*Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau*. Pour un cas où les parties elles-mêmes ont fait appel à des experts pour la mise en œuvre de la décision de l'arbitre, voir la sentence du 20 octobre 1903 rendue dans l'*Affaire de la détermination de la ligne frontière entre l'Alaska et le Canada*.

⁶ Voir par exemple la sentence rendue le 24 mai 2005 dans l'*Affaire dite du « Rhin de fer » entre la Belgique et les Pays-Bas*.

⁷ Maljean-Dubois (S.), Synthèse du rapport scientifique de la recherche financée par le GIP Droit & Justice sur le thème suivant : « *Le droit de l'environnement comme exemple de la mondialisation des concepts juridiques : Place et rôle des juridictions internationales et constitutionnelles* », mai 2008, disponible sur le site du GIP à l'adresse www.gip-recherche-justice.fr/.../167-Maljean-Dubois_Droit_environnement.pdf (consultée le 26 mai 2010).

des Etats à protéger leur souveraineté au travers des pouvoirs plus ou moins restreints qu'ils sont prêts à confier à l'arbitre. Nous nous interrogerons dans un second temps sur les limites de cette logique au regard de ses conséquences sur l'efficacité de l'arbitrage. Nous démontrerons alors que bien que potentiellement dangereuse pour les Etats, l'expertise n'en est pas moins nécessaire pour assurer le respect des exigences découlant du procès équitable tout autant que le règlement pacifique et durable du différend qui les oppose.

I. L'EXPERTISE ET LES ENJEUX DE PROTECTION DE LA SOUVERAINETÉ DES ETATS

Si la possibilité de recourir à l'expertise dans le cadre des arbitrages internationaux semble acquise à la lecture du règlement facultatif de la Cour permanente d'arbitrage⁸ (CPA) ou du règlement de la Cour de conciliation et d'arbitrage au sein de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe⁹ (OSCE), la pratique révèle une réalité sensiblement différente, les Etats cherchant le plus souvent à écarter cette mesure ou à défaut, à garder un contrôle étroit sur sa mise en oeuvre.

A- L'expertise, une mesure encore peu usitée

Le contentieux des différends internationaux en matière sanitaire et environnementale se démarque de manière assez nette des autres contentieux que les Etats ont pris l'habitude de soumettre à l'arbitrage. En effet, comme nous l'évoquions dans le cadre de notre introduction, les différends concernés présentent tous un point commun, à savoir leur haute technicité scientifique. La sentence rendue en 1957 dans l'*affaire du lac Lanoux*¹⁰ traite ainsi, à titre principal, des effets que la dérivation envisagée par la France des eaux de ce lac pourrait induire sur la structure physique du cours d'eau Carol, lequel irrigue la province espagnole du Cerdagne et est essentiellement alimenté par les eaux dudit lac. De même, dans l'*affaire de la Fonderie du Trail*, qui opposait les Etats-Unis au Canada¹¹, il s'agissait pour l'arbitre de déterminer en premier lieu les conséquences que les rejets de dioxyde de soufre de la fonderie canadienne avaient induit sur l'environnement dans l'état américain de Washington.

Si cette seconde affaire a donné lieu à l'intervention de plusieurs experts, la tendance développée par les Etats dans les arbitrages sanitaires et environnementaux révèle doré et déjà une certaine méfiance à l'égard du recours à l'expertise. Sur les onze cas soumis à l'arbitrage jusqu'ici, seuls quatre mentionnent un recours effectif à l'expertise¹² : il s'agit de la sentence précitée rendue dans l'*affaire de la Fonderie du Trail*, des minutes orales des audiences tenues lors de l'*arbitrage OSPAR*¹³, des minutes orales des audiences dans l'*affaire de l'usine MOX*¹⁴, et de la sentence rendue dans l'*affaire de la*

⁸ Voir notamment l'article 27 du règlement facultatif de la CPA pour l'arbitrage des différends relatifs aux ressources naturelles et/ou à l'environnement : « *Après avoir entendu les parties, le tribunal arbitral peut, après notification aux parties, nommer un ou plusieurs experts chargés de lui faire rapport par écrit sur les points précis qu'il déterminera. Une copie du mandat de l'expert, tel qu'il a été fixé par le tribunal arbitral, sera communiquée aux parties* ».

⁹ Voir l'article 27 §7 f) : « *Le Tribunal dispose de tous les pouvoirs d'instruction et d'investigation nécessaires à l'accomplissement de sa tâche. Il peut notamment : (...) f) commettre des experts (...)* ».

¹⁰ *Affaire du lac Lanoux*, sentence du 16 novembre 1957, Espagne c. France.

¹¹ *Affaire de la Fonderie du Trail*, sentences du 16 avril 1938 et du 11 mars 1941, Etats-Unis c. Canada.

¹² Notons que le recours à l'expertise était expressément autorisé par le compromis d'arbitrage dans l'*Affaire de l'apurement des comptes entre les Pays-Bas et la France concernant la convention de lutte contre la pollution du Rhin* mais que, suite à l'intervention de la France, qui « *s'en remet[tait] sur ce point à la sagesse du tribunal* », ce dernier n'en a pas fait usage (sentence du 12 mars 2004).

¹³ *Arbitrage OSPAR*, minutes orales des audiences des 21, 22, 23 et 24 octobre 2002, Irlande c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, disponibles sur le site de la Cour permanente d'arbitrage à l'adresse http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1223 (consultées le 27 mai 2010).

¹⁴ *Affaire de l'usine Mox*, minutes orales des audiences des 10, 18, 20 et 21 juin 2003, Irlande c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, disponibles à l'adresse http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1212

*réclamation territoriale de Singapour concernant le détroit de Johor*¹⁵. D'aucuns pourraient sans doute considérer que la tendance que nous visons à mettre en lumière manque encore de confirmations pratiques. Cependant, au regard de la très grande technicité des affaires concernées, un recours plus systématique à l'expertise n'aurait sans doute pas paru surprenant ni superflu. La comparaison avec un autre contentieux très technique comme celui des délimitations territoriales et maritimes tend à confirmer ici une certaine réticence des Etats à l'égard des mesures d'expertise. En effet, sur les 46 sentences de délimitation territoriale et/ou maritime que nous avons pu relever¹⁶, 29 ont effectivement donné lieu à une mesure d'expertise. Une telle mesure est donc approximativement utilisée dans les deux tiers des cas en matière de délimitation lorsqu'à peine plus de 30% des différends sanitaires et environnementaux sont concernés par l'intervention d'un expert.

Quelles sont alors les causes susceptibles d'expliquer cette méfiance des Etats à l'égard de l'expert dans les différends sanitaires et environnementaux ? Outre sa très grande technicité, ce contentieux est en grande majorité bâti sur l'incertitude. Une incertitude scientifique tout d'abord : l'état des connaissances scientifiques et la maîtrise des phénomènes systémiques susceptibles d'expliquer l'impact des activités humaines sur l'environnement et la santé n'en sont qu'à leurs balbutiements. Malgré l'amélioration des outils de mesure et de la coordination des recherches dans ces domaines, de nombreuses questions demeurent aujourd'hui sans réponse. Des pistes de réflexion, des tentatives de mise en corrélation, de théorisation peuvent exister mais l'arbitre doit le plus souvent faire face à l'incertitude scientifique qui domine ces questions. Cela confère à l'expert un grand pouvoir : en l'absence d'une vérité scientifique, l'arbitre ne peut trancher les aspects scientífico-techniques du différend que sur la base des capacités d'argumentation, de raisonnement et de conviction des experts. Or ces éléments, contingents par nature, sont très difficiles à maîtriser pour les Etats. L'autre type d'incertitude qui affecte les contentieux sanitaires et environnementaux est une incertitude de nature juridique. Comme nous le rappelions dans le cadre de notre introduction, les règles juridiques protégeant à l'heure actuelle l'environnement et la santé humaine au plan international relèvent encore très souvent de la *Soft Law*. En dépit d'une certaine prise de conscience par les Etats de l'urgence de mettre au point une réglementation plus contraignante, le principe de la responsabilité internationale de l'Etat pour les dommages causés à l'environnement peine toujours à s'imposer¹⁷. Le manque de légitimité des règles juridiques en la matière peut pousser l'arbitre à se reposer très largement sur l'expert pour asseoir l'autorité de sa décision. Cela confère encore un peu plus de pouvoir à l'expertise et contribue à la méfiance des Etats qui, non certains de pouvoir maîtriser l'impact qu'elle est susceptible de produire sur la sentence finale, préfèrent, lorsque cela est possible, écarter cette mesure.

Les réticences des Etats relativement au recours à l'expertise dans les contentieux sanitaires et environnementaux se traduisent non seulement par une faible utilisation de cette mesure d'instruction mais également, ainsi que nous allons le voir, par un contrôle très poussé des Etats sur les modalités de mise en œuvre de cette mesure lorsqu'ils ne peuvent y échapper.

B- L'expertise, une mesure strictement contrôlée par les Etats

Au delà de la question du recours ou non à l'expertise, l'examen des compromis d'arbitrage et l'analyse de la philosophie prévalant pour la mise en oeuvre de cette mesure dans les affaires qui nous intéressent sont tout aussi révélateurs de la tendance « protectionniste » que nous évoquions ci-dessus.

(consultées le 27 mai 2010).

¹⁵ *Affaire de la réclamation territoriale de Singapour à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor*, sentence du 1er septembre 2005, Malaisie c. Singapour.

¹⁶ Ce nombre a été calculé par nous à partir du Recueil des sentences arbitrales de l'Organisation des Nations Unies et du Recueil de sentences de la Cour permanente d'arbitrage.

¹⁷ Sur ce point, voir par exemple Dupuy (P.-M.), À propos des mésaventures de la responsabilité internationale des États dans ses rapports avec la protection de l'environnement, in *Les hommes et l'environnement*, En hommage à A. Kiss, M. Prieur ed., Frison Roche, Paris, 1998, p. 269 et s.

En effet, la philosophie qui préside à la mise en oeuvre d'une mesure d'expertise doit être examinée attentivement : elle révèle en filigrane l'équilibre que les parties ont choisi d'instaurer entre elles-mêmes et l'arbitre dans le cadre de l'arbitrage. De manière générale, plus les pouvoirs de l'arbitre dans la conduite du « procès » sont réduits, plus les parties préservent leur souveraineté et limitent les risques de se voir imposer une mesure qu'elles ne souhaiteraient pas. Au nombre de ces mesures se trouve notamment, pour les raisons que nous évoquions plus tôt, l'expertise.

Il existe traditionnellement deux philosophies de l'expertise, deux types d'experts susceptibles d'intervenir dans le cadre juridictionnel au plan international : il s'agit d'une part du « témoin-expert », hérité de la tradition juridique anglo-saxonne et d'autre part, de l'expert du tribunal, acteur symptomatique de la tradition latine. Si l'expertise est donc un moyen de preuve bien connu des deux traditions juridiques, la conception qu'en retient chacun des deux systèmes est radicalement différente. Du fait de son caractère accusatoire, la procédure de *Common law* conçoit essentiellement le juge comme un spectateur neutre en matière de présentation des preuves ; les parties, qui doivent donc prouver leur cause, ont très fréquemment recours aux témoins-experts pour « faire parler » les faits en leur faveur. Ces derniers apparaissent, dans leurs principaux traits, comme des experts choisis par les parties et rémunérés par elles pour témoigner en leur faveur, y compris en formulant des opinions, sur le fondement de leurs connaissances scientifiques ou de leur expérience. A l'opposé, le juge dispose d'un vrai pouvoir d'enquête dans la tradition romano-germanique. Cela se traduit notamment par la capacité qui lui est dévolue de recourir à l'expertise *proprio motu*. L'expert dans les systèmes de droit latin apparaît donc aujourd'hui comme un spécialiste impartial et objectif nommé par le juge afin de l'éclairer sur des questions de fait nécessitant des connaissances scientifiques ou une expérience particulière dont le juge ne dispose pas. Les limites de la mission de l'expert sont définies par le juge, qui jouit d'une totale liberté dans l'utilisation qu'il fera du rapport d'expert par la suite.

La confrontation de ces deux philosophies permet d'éclairer le choix qui s'offre aux Etats au plan international relativement aux mesures d'expertise : le modèle anglo-saxon est celui qui leur permet de garder la meilleure maîtrise du « procès » puisqu'ils sont alors libres de présenter les experts favorables à leur cause, qui leur paraissent les plus convaincants, et de les entraîner avant les éventuelles audiences¹⁸. Le modèle romano-germanique, quant à lui, reconnaît plus de pouvoir au juge et suscite donc logiquement plus de craintes de la part des Etats. Dans ce cadre, le juge ne se limite en effet plus seulement à départager les théories défendues par les experts des parties : il dispose d'un pouvoir qui lui permet, au travers d'un expert neutre, de se forger sa propre opinion en dehors de toute influence des parties.

Les deux types d'experts étant représentés dans les arbitrages internationaux en matière environnementale et sanitaire, un examen de la pratique expertale à l'aune de cette confrontation paraît tout à fait justifié. Notre analyse intègre ici non seulement les quatre affaires précitées dans lesquelles des mesures d'expertise ont effectivement été mises en oeuvre mais encore l'*affaire de l'apurement des comptes entre les Pays-Bas et la France*¹⁹ où ce type de mesures, bien que non utilisé, était expressément prévu par le compromis d'arbitrage. Malgré une pratique limitée, les constatations que nous en tirons sont significatives : en effet, le recours au témoin-expert semble relativement bien admis puisqu'il concerne quatre affaires sur cinq²⁰. A l'opposé, seuls deux cas renvoient à l'intervention d'un expert du tribunal : il s'agit de l'*affaire de l'apurement des comptes entre les Pays-Bas et la France* d'une part, et de la sentence concernant *la réclamation territoriale de Singapour relativement au détroit de Johor* d'autre part. Il nous faut toutefois préciser que dans ce second cas, la faculté de recourir à l'expertise n'était pas reconnue à l'arbitre mais au Tribunal international du droit de la mer qui, en vertu de l'article 290§5 de la

¹⁸ Voir sur ce point Mnookin (J.), Expert evidence, Partisanship, and Epistemic Competence, *Brooklyn Law Review*, 2008, Vol. 73, fascicule 3, pp. 1009-1033.

¹⁹ *Affaire de l'apurement des comptes entre les Pays-Bas et la France concernant la convention de lutte contre la pollution du Rhin*, sentence du 12 mars 2004.

²⁰ Il s'agit des affaires de la *Fonderie du Trail*, de l'*Usine Mox*, de l'*Arbitrage OSPAR* et enfin de l'*Affaire de l'apurement des comptes entre les Pays-Bas et la France*.

Convention de Montego-Bay, peut décider d'avoir recours à l'expertise à titre de mesure conservatoire, dans l'attente de la constitution d'un tribunal arbitral. Dès lors, nous ne disposons à l'heure actuelle que d'un seul cas dans lequel les Etats ont effectivement entendu conférer à l'arbitre le pouvoir de recourir à l'expertise *proprio motu*. La nette prévalence du recours au témoin-expert traduit la volonté des Etats de garder la maîtrise de l'instance en évitant de conférer trop de pouvoir à l'expert et à l'arbitre.

Notons également, de manière anecdotique, que dans l'*affaire du Rhin de fer* entre la Belgique et les Pays-Bas, le tribunal arbitral avait recommandé aux parties, bien que le compromis ne lui reconnaisse pas cette faculté, de créer un groupe d'experts indépendants qui serait chargé de calculer les coûts de réactivation du chemin de fer²¹. Toutefois, le tribunal était resté très prudent, en formulant une simple recommandation d'une part et en laissant aux parties l'entière responsabilité du choix et de la nomination des experts d'autre part²².

Après avoir démontré la méfiance des Etats à l'égard des mesures d'expertise, qu'ils tentent de les écarter ou lorsque cela n'est pas possible, de les contrôler, il nous faut nous interroger sur les conséquences de cette logique et notamment sur ses aspects éventuellement négatifs et/ou dommageables.

II. L'EXPERTISE ET LES ENJEUX D'EFFICACITÉ DE L'ARBITRAGE

Les réticences manifestées par les Etats à l'égard des mesures d'expertise ne vont pas sans entraîner certaines difficultés, que ce soit au stade de l'établissement des faits ou de l'application de la règle de droit. Les conséquences négatives susceptibles d'en résulter doivent nous interroger sur le bien-fondé de la logique « d'endiguement » mise en place par les Etats jusque là.

A- Une limite pragmatique au « protectionnisme » étatique : la résolution des problématiques d'ordre technique

Comme nous le rappelions à l'occasion de notre introduction, l'expertise dans le cadre juridictionnel est une mesure qui ne se justifie que lorsque l'arbitre ne maîtrise pas un aspect du différend qu'il doit trancher. La raison d'être de l'expert dans le cadre de l'arbitrage international est donc de suppléer l'arbitre, en lui apportant ses lumières sur un point de fait dont l'établissement est nécessaire à la résolution du litige. En raison de la très grande technicité scientifique des différends sanitaires et environnementaux, cela est évidemment susceptible de se produire assez régulièrement.

Dès lors, la logique « protectionniste » développée par les Etats peut s'avérer particulièrement dommageable. En effet, en limitant les possibilités de recours à l'expertise, les Etats entravent le bon déroulement de l'arbitrage, lequel suppose évidemment que l'établissement des faits soit le plus juste possible. L'arbitre doit pouvoir disposer de toutes les informations nécessaires pour déterminer, au plus proche de la réalité, les faits de la cause. Or les réticences manifestées par les Etats à l'égard des mesures d'expertise, bien que compréhensibles, peuvent aboutir à priver l'arbitre de certaines informations importantes dans le cadre de cette opération.

Cela est évidemment vrai des cas où le recours à l'expertise est totalement exclu mais aussi des affaires où les parties se contentent de faire appel à des témoins-experts. En effet, les Etats recherchent d'abord et avant tout à défendre leur cause. Cet état de fait, assez logique par ailleurs, est susceptible d'impacter lourdement sur la fiabilité des expertises qu'ils commandent. Parce que le témoin-expert se fonde sur la version des faits de la partie qui l'emploie, il est susceptible, même s'il n'en a pas toujours conscience et agit en toute bonne foi, de biaiser son expertise par une sélection *a priori* des faits qu'il prend en considération. Ce tort peut éventuellement être redressé par la confrontation avec l'expertise développée par la partie adverse. Cependant, il n'y a pas de raison de penser que cette dernière soit plus

²¹ Voir la sentence du 24 mai 2005, § 235.

²² Nous ne disposons à ce jour d'aucune information permettant de savoir si la recommandation du tribunal arbitral fut suivie ou non par les parties.

fiable, en terme de sélection des faits, que la première. Une fois encore, les capacités d'argumentation et de conviction des témoins-experts apparaissent déterminantes. Comme le note Jennifer Mnookin : « *Because each party has the power to select its experts from the whole universe of experts willing to testify (...) parties will, quite rationally, seek out precisely those experts most capable of "performing" the role of expert in just the way that the parties expect that a jury will find credible* »²³. Dès lors, il devient très difficile pour l'arbitre de disposer de l'ensemble des informations dont il aurait besoin pour s'acquitter de son office dans les meilleures conditions.

Cela paraît regrettable à deux égards en particulier : d'une part, cela peut conduire à des erreurs de fait plus ou moins importantes et susceptibles d'entacher la crédibilité de l'arbitrage international²⁴. En effet, comment les Etats pourraient-ils avoir confiance en une institution dont la finalité est le règlement pacifique des différends lorsque celle-ci ne dispose pas des instruments nécessaires à la manifestation de la vérité ? D'autre part, ces éventuelles erreurs de fait peuvent, au regard des intérêts très importants que mettent parfois en jeu les différends concernés, être lourdes de conséquences pour les relations amicales entre les Etats intéressés. Il faut garder à l'esprit que l'arbitrage international est un mode de règlement pacifique des différends entre Etats ; or, à cet égard, l'occurrence de telles erreurs de fait constituerait un véritable échec de cette institution.

Au delà des difficultés que la tendance « protectionniste » des Etats peut entraîner au stade de l'établissement des faits, d'autres difficultés, de nature juridique cette fois, peuvent se manifester.

B- Une limite juridique au « protectionnisme » étatique : le respect des exigences du procès équitable

Ainsi que nous le mentionnions plus tôt, l'arbitrage international constitue, malgré la flexibilité de sa procédure, un mode juridictionnel de règlement des différends. De ce fait, les droits découlant pour les Etats parties des exigences du procès équitable doivent être pleinement garantis. Cela implique notamment le droit pour ces Etats de voir leur cause tranchée par un tribunal arbitral indépendant et impartial. Mais ces droits ne sauraient être parfaitement sauvegardés si ces exigences ne s'appliquaient qu'à l'arbitre lui-même.

En effet, cela reviendrait à nier l'influence que peuvent exercer sur le tribunal les autres acteurs de l'arbitrage international, et au premier plan, les experts. En dépit de ses hautes qualifications et de son pouvoir de discernement, l'arbitre n'a le plus souvent qu'une faible maîtrise des questions scientifiques complexes qu'il est amené à apprécier dans le cadre des différends sanitaires et environnementaux. L'expertise répond alors à un besoin réel de l'arbitre mais elle acquiert du même fait un grand pouvoir sur ce dernier. Elle repose à cet égard sur un paradoxe : une telle mesure n'a d'intérêt que lorsque l'arbitre ne dispose pas des connaissances nécessaires relativement à certains points de fait. Mais dans le même temps, c'est à l'arbitre que revient l'appréciation de la valeur des expertises présentées. Comment ce dernier est-il alors supposé départager les experts sur une question dont il n'a pas la maîtrise ? Sur quels éléments se fondera-t-il pour apprécier la pertinence et la fiabilité de l'expertise ? Ce problème de compétence apparaît assez clairement sous la plume de Jennifer Mnookin, qui décrit cette difficulté dans le cadre des systèmes de Common law : « *Experts are necessary precisely because of what the jury does not know. They are supposed to provide information useful to the jury's decision-making that goes beyond what a jury would know without their assistance. But if the jury lacks the knowledge that the expert provides, how, then, can it rationally evaluate the expertise on offer?* »²⁵. Dans la mesure où l'arbitre ne dispose pas de l'expertise nécessaire pour évaluer la substance du rapport et du témoignage de l'expert, il devient difficile de soutenir qu'il sera parfaitement capable d'évaluer l'éventuel parti pris de celui-ci. Il existe donc un risque réel de voir l'impartialité de l'arbitre ébranlée par un expert lui-même partial.

²³ *Op. cit.*, Mnookin (J.), p. 1013

²⁴ Sur ce point, voir Sandifer (D. V.), *Evidence Before International Tribunals*, Charlottesville, University Press of Virginia, Revised Edition, 1975, 519 p.

²⁵ *Op. cit.* Mnookin (J.), p. 1012.

Au regard de ces éléments, la nécessité de soumettre l'expertise aux mêmes exigences d'indépendance et d'impartialité que l'arbitre apparaît impérieuse. La Cour européenne des droits de l'Homme n'a d'ailleurs pas manqué de le relever à l'occasion de l'affaire *Bönisch c. Autriche*, dans laquelle elle a estimé que l'expertise doit être contradictoire et émaner d'un expert impartial dès lors qu'elle est « susceptible d'influencer de manière prépondérante l'appréciation des faits par le juge »²⁶.

Qu'en est-il alors dans les arbitrages internationaux en matière environnementale et sanitaire ? Sur les cinq cas susmentionnés dans lesquels l'intervention d'un expert était au minimum possible, à savoir les arbitrages *Fonderie du Trail*, *OSPAR*, *Mox*, la réclamation territoriale de Singapour relativement au détroit de Johor et l'affaire de l'apurement des comptes entre les Pays-Bas et la France, deux mentionnent effectivement une exigence d'indépendance de l'expert. C'est ainsi que l'expertise prescrite à titre de mesure conservatoire dans l'affaire du détroit de Johor devait être exécutée par un « groupe d'experts indépendants »²⁷. De même, les minutes orales de l'arbitrage *OSPAR* laissent apparaître l'exigence d'un expert indépendant : le contre-interrogatoire mené à cet égard par M. Plender, conseil de la partie britannique, en est un bon exemple²⁸. Ajoutons que la sentence rendue dans l'affaire dite du Rhin de fer entre la Belgique et les Pays-Bas mentionnait également l'exigence d'indépendance des experts, bien que le recours à l'expertise, non prévu par le compromis, fut présenté comme une simple recommandation faite aux parties et dont rien ne nous permet de savoir si elle fut suivie ou non par la suite. Concernant l'exigence d'impartialité, les affaires de la *Fonderie du Trail* et de la *Convention OSPAR* méritent notre attention. L'arbitre rejette notamment, dans la première de ces deux affaires, les conclusions développées par les experts des parties en retenant : « *As is usual in this type of case [...] experts were in disagreement as to the cause [of environmental damages]. It is possible that each side laid somewhat too great emphasis on the causes for which it contended* »²⁹.

Nous noterons donc que si les préoccupations liées à l'indépendance et à l'impartialité de l'expert ne sont pas totalement absentes des contentieux sanitaires et environnementaux soumis à l'arbitrage, la situation reste à cet égard globalement insatisfaisante. En effet, comme nous l'avons démontré précédemment, l'usage du témoin-expert est la règle tandis que la possibilité conférée à l'arbitre de recourir à l'expertise *proprio motu* demeure l'exception. Les risques de partialité et de manque d'indépendance du témoin-expert sont forts, même si celui-ci n'en a pas nécessairement conscience. Ainsi que le fait remarquer Jennifer Mnookin : « *The less extreme version of this concern is that as the expert prepares for and becomes enmeshed in the case, he will increasingly, if unconsciously, side with the party that hired him, lose some degree of objectivity, and slant his testimony in that party's favor. The more dramatic version of the same fear is that some unscrupulous experts will literally offer themselves for hire, selling their opinions and their credentials to anyone who meets their price* »³⁰. Quant aux instruments traditionnels – tels l'interrogatoire et le contre-interrogatoire – auxquels les parties ont recours dans les systèmes anglo-saxons pour tester la solidité et l'impartialité des témoignages, ils sont également utilisés dans les arbitrages sanitaires et

²⁶ CEDH, *Bönisch c. Autriche*, 6 mai 1985, série A, n° 92. Voir également dans le même sens : *Feldbrugge c. Pays-Bas*, 25 mai 1986, série A, n° 99 ; *Mantovanelli c. France*, 18 mars 1997, *JCP*, éd. G, 1998, I, 107, n° 24 ; *Cottin c. Belgique*, 2 juin 2005, n° 48386/99.

²⁷ Voir la sentence du 1er septembre 2005, laquelle rappelle l'ordonnance en mesures conservatoires (expertise) prise le 8 octobre 2003 par le Tribunal international du droit de la mer : « *Malaysia and Singapour shall cooperate and shall, for this purpose, enter into consultations forthwith in order to : (a) establish promptly a group of independent expert (...)* ». Bien que l'expertise n'ait pas été ordonnée par les parties ou l'arbitre, elle mérite à ce stade d'être prise en compte dans le cadre de notre analyse dans la mesure où la mission confiée aux experts était en rapport direct avec les questions soumises à l'arbitre par la suite. Son étude s'insère donc parfaitement dans notre analyse des relations entre l'expert, les parties et l'arbitre.

²⁸ Voir notamment les minutes de l'audience du 21 octobre 2002 dans lesquelles M. Plender interroge le témoin-expert irlandais M. MacKerron, disponibles sur le site de la Cour permanente d'arbitrage à l'adresse http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1223 (consultées le 27 mai 2010).

²⁹ Voir la sentence du 16 avril 1938, p. 18.

³⁰ *Op. cit.* Mnookin (J.), pp. 1010-1011.

environnementaux³¹ mais demeurent inaptes à écarter tout risque de partialité de l'expert. En effet, leur efficacité repose entièrement sur la capacité de l'avocat à faire se « décanter » le vrai du faux et l'information objective de la croyance subjective ou orientée. Outre l'évidente difficulté de cette opération, très peu d'avocats – *a fortiori* spécialistes des instances internationales – disposent aujourd'hui d'une formation leur permettant de parvenir à ce résultat³².

L'arbitre peut parfois avoir conscience de ce danger, ainsi qu'en témoigne la sentence de la *Fonderie du Trail* dans laquelle le tribunal arbitral a fait siennes ces remarques d'un juge américain : « *It must not be overlooked that witnesses who give opinion evidence are sometimes unconsciously influenced by their environment, and their evidence colored, if not determined, by their point of view. The weight to be given to such evidence must be determined in the light of the knowledge, the training, the power of observation and analysis, and in general the mental equipment, of each witness, assuming, as I do, that the witnesses of the respective parties were honest and intended to testify to the truth as they perceived it* »³³. Mais dans la mesure où l'arbitre n'a le plus souvent pas la faculté d'ordonner lui-même une expertise, il ne dispose d'aucune alternative réelle aux informations qui lui sont fournies par les experts des parties.

Les risques encourus dans cette hypothèse sont de même nature que ceux que nous mentionnions au paragraphe précédent : tout d'abord, la méconnaissance des exigences du procès équitable est de nature à entacher la confiance que les Etats placent dans l'institution qu'est l'arbitrage international. Ensuite, les conséquences susceptibles d'en résulter (partialité de l'arbitre par exemple) peuvent contribuer à une dégradation des relations entre les Etats parties au différend. Cela même alors que l'arbitrage était censé leur permettre de régler de manière pacifique et durable ce différend...

La physionomie des différends internationaux a sensiblement évolué au cours des dernières décennies. Le droit « saisit » des aspects de plus en plus nombreux de nos sociétés et il ne s'envisage plus seulement comme un outil de régulation du « vivre ensemble » mais comme un outil de prévention, d'anticipation des risques auxquels peuvent être exposés les individus. Cette évolution, qui traduit les préoccupations sécuritaires accrues de nos sociétés, implique un changement de finalité de la règle de droit : d'un droit réaliste, fondé à encadrer des phénomènes connus et existants, nous glissons vers un droit prospectif, voué à encadrer le risque. Il ne s'agit plus de régler ce qui est, mais ce qui pourrait être, ou plus précisément, ce qui risquerait d'être.

Parce que l'application de la règle de droit concerne, de plus en plus souvent, des domaines dans lesquels les connaissances scientifiques sont limitées, ou ne sont pas encore stabilisées, le recours à l'expertise devient peu à peu incontournable, que ce soit dans le cadre national, régional, ou en ce qui nous concerne ici, international. Chacun des acteurs de l'instance judiciaire en tire son lot de craintes, qu'il s'agisse du juge, de l'arbitre ou bien sûr des parties. Les Etats ont, en ce qui les concerne, une tendance naturelle à la protection de leur souveraineté et à la sauvegarde de leurs intérêts. Cet état de

³¹ Voir par exemple les minutes orales de l'*Arbitrage OSPAR*, disponibles sur le site de la Cour permanente d'arbitrage à l'adresse http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1223 (consultées le 27 mai 2010).

³² Faute de pratique suffisante en matière sanitaire et environnementale, nous illustrerons cet état de fait en rappelant le cas de l'historienne Alison Des Forges, qui a témoigné plusieurs fois en tant qu'expert pour le compte de l'Accusation devant le TPIR et qui, dans l'affaire *Mugesera c/ Canada* (décision rendue le 8 septembre 2003), a vu son témoignage refusé par la Cour d'appel fédérale Canadienne au motif que « *Madame Des Forges (...) a témoigné bien davantage en sa qualité d'activiste qu'en sa qualité d'historienne. Son attitude, tout au long de son témoignage, révèle un parti pris évident contre M. Mugesera (...)* ». Ce manque d'impartialité n'avait jamais été mis en lumière lors des interrogatoires et contre-interrogatoires auxquels Mme Des Forges avait pourtant été antérieurement soumise devant le TPIR concernant les mêmes faits. Décision disponible sur le site de la Cour d'appel fédérale du Canada à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/2003/2003caf325/2003caf325.html> (consultée le 14 septembre 2010).

³³ Propos tenus par le juge Johnson en 1919 dans l'affaire *Anderson v. American Smelting & Refining Co.*, United States District Court, 265 Federal Reporter 928.

fait transparaît d'ailleurs de manière assez nette dans le contentieux des différends sanitaires et environnementaux que nous avons étudié ici. Mais cette propension à protéger leur souveraineté n'a en elle-même rien de choquant ni de surprenant.

En revanche, il n'est pas certain que le positionnement adopté jusqu'à présent par les Etats à l'égard de l'expertise soit la réponse la mieux adaptée pour atteindre cet objectif. Les réticences dont font preuve les Etats peuvent engendrer, ainsi que nous le démontrions plus tôt, des conséquences d'une gravité non négligeable tant à leur égard qu'en ce qui concerne la crédibilité de la justice internationale. Il nous est donc permis de nous demander si le « protectionnisme » manifesté par les Etats à l'égard des mesures d'expertise est véritablement la clé d'un équilibre acceptable entre la protection de leur souveraineté et le résultat recherché dans l'arbitrage.

Cela est d'autant plus vrai que les réticences manifestées par les acteurs étatiques procèdent d'une vision partielle et biaisée où l'expertise n'est conçue qu'au travers des dangers potentiels qu'elle implique pour eux. Cette vision ne tient pas suffisamment compte des garanties que l'expertise peut offrir aux Etats. Comme le fait remarquer Louis Savadogo, « (...) la décision que prend le juge de recourir à l'expertise renvoie à une réflexion fondamentale sur la recherche du vrai ou du vraisemblable dans l'oeuvre judiciaire. De ces objectifs, on est passé, sur le terrain des libertés individuelles ou des droits fondamentaux, à ce que certains affirment être un droit à l'expertise, rapproché d'un droit, sinon à la justice, du moins à un procès équitable »³⁴. Bien encadrée, l'expertise s'avère en effet être un instrument précieux en vue de la protection des droits des Etats parties au différend. Parce qu'elle est la mieux à même de restituer la réalité des faits et donc de permettre l'application de la bonne règle de droit, l'expertise contribue pleinement à la protection de la souveraineté et des intérêts des Etats.

³⁴ Savadogo (L.), Le recours des juridictions internationales à des experts, *Annuaire français de droit international*, 2004, p. 258.