

EXPERT OU ARBITRE?

PAR CARL NILSEN, AACI, P.APP

BÉNÉVOLE, SOUS-COMITÉ D'AJUDICATION



« EN CLARIFIANT LA NATURE DE LA NOMINATION - ARBITRE OU EXPERT - ET EN ÉTABLISSANT UNE PROCÉDURE CONVENUE, LE POTENTIEL DE CONTESTATION SERA ALLÉGÉ. »

(Une partie de cet article est reproduite et traduite avec la permission de *The Advocate*. 'A View From the Centre' (2017) 75 *Advocate* 555.)

En tant qu'évaluateurs, nous sommes souvent appelés à fournir des avis d'experts indépendants sur des questions d'évaluation immobilière. Dans le processus accusatoire de litige ou d'arbitrage, nos services sont généralement retenus par l'une des parties dans un différend; le rapport d'expert devient alors partie intégrante des éléments de preuve utilisés par cette partie pour présenter son cas. Cette utilisation de notre expertise est familière à la plupart d'entre nous, mais il y a d'autres rôles qu'on pourrait nous demander d'assumer. Par exemple, les deux parties peuvent nous retenir pour être le décideur. Si nous sommes amenés à résoudre un différend, comment devrions-nous répondre à une telle demande et comment les parties et leurs avocats peuvent-ils veiller à ce que le processus se déroule aussi harmonieusement qu'ils le souhaiteraient ?

La première question à se poser est de savoir si nous devons être nommés en tant qu'arbitre ou en tant qu'expert indépendant. Par conséquent, il est essentiel de bien comprendre la différence entre ces deux fonctions. Un arbitre prend en considération des éléments de preuve tels que des opinions d'expert et conclut à la fiabilité et à la pertinence de ces éléments de preuve et à la mesure dans laquelle ils peuvent éclairer

sa décision. L'arbitre se fonde uniquement sur la preuve présentée par les parties. Par contre, l'expert choisit et rassemble ses propres preuves; il utilise ensuite ces données et son expérience pour exprimer une opinion sur la question en litige ou sur un aspect de celle-ci en se fondant sur les instructions fournies par le conseiller juridique. Par suite, la décision de l'arbitre est prise d'une manière très différente du processus d'enquête plus approfondie que suit un expert.

Quand on demande à un expert d'aider les parties à résoudre des problèmes relevant de son domaine d'expertise, c'est généralement pour éviter ce qui pourrait être perçu comme un processus d'arbitrage plus intimidant. Dans ces circonstances, les lignes de démarcation entre les rôles d'arbitre et d'expert risquent de se brouiller. En tant qu'arbitres, les professionnels expérimentés comprendront bien la distinction et éviteront d'insérer leurs propres expériences ou connaissances dans l'ensemble des preuves déposées. Les experts invités à résoudre un différend sont susceptibles d'être moins familiers avec le rôle qu'on leur demande de jouer et les règles de base qui régissent leur engagement. Les parties elles-mêmes, confrontées à une disposition de résolution d'une clarté apparemment désarmante dans un accord, peuvent aussi ignorer les implications de ne pas établir au départ ce que le rôle de l'expert est censé être. En définitive, leur demande-t-on, sans le mentionner expressément, d'agir comme arbitre? Pour que le processus fonctionne efficacement, l'expert et les parties



concernant la fourniture d'informations par les parties ? Comment les parties devraient-elles être autorisées à répondre à ces informations ?

Dans cet exemple, si les parties conviennent que l'expert doit être désigné comme arbitre, les règles seront claires. L'expert devra néanmoins comprendre quelles sont ces règles et être capable de les transmettre aux parties. Les parties devront également convenir d'une procédure pouvant être moins formelle afin de mieux répondre aux objectifs des parties. En tant qu'arbitre, l'expert désigné saura alors comment procéder et à quoi s'en tenir si l'une des parties n'aime pas la décision. Les parties devraient également bien comprendre dans quoi elles s'embarquent.

S'il n'agit pas en tant qu'arbitre, l'expert indépendant décidant de l'affaire peut croire qu'il fait simplement ce qu'il fait chaque jour dans sa vie professionnelle. C'est en grande partie vrai, mais le danger qui existe ici est d'accorder moins d'attention que nécessaire aux questions de procédure. Bien que le rôle de l'expert soit de mener ses propres enquêtes et de veiller à ce que cela soit fait de la manière prescrite par son code de pratique professionnelle, il est nécessaire de le faire d'une manière qui ne puisse être contestée par aucune des parties ou qui ne puisse donner lieu à des allégations de négligence. Par conséquent, même si un expert ne peut pas ordonner la production de documents de la même manière qu'un arbitre, il doit veiller à ce que, par des enquêtes appropriées, tous les efforts soient faits pour obtenir l'information dont il a besoin pour accomplir la tâche. Il devra également s'assurer que toute procédure décrite dans le contrat ou acceptée par les parties est suivie de près.

Si les parties souhaitent régler les différends en faisant appel à un expert indépendant, le rôle de cet expert, la tâche qui lui a été confiée et le processus qu'il doit suivre doivent être compris par tous les intervenants dès le départ. En clarifiant la nature de la nomination - arbitre ou expert - et en établissant une procédure convenue, le potentiel de contestation sera allégé. Ne pas le faire pourrait entraîner de nombreux litiges - ce que les parties essaieraient d'éviter en créant ce qu'elles pensaient être un processus plus rapide et moins formel pour résoudre leurs différends.

doivent comprendre exactement comment ce rôle est défini et quelles sont les implications des alternatives possibles.

Dans le domaine de l'évaluation immobilière, la nécessité de résoudre les différends revient le plus souvent dans le contexte des révisions de baux de location ou lorsqu'une relation contractuelle ou autre exige une détermination spécifique de la valeur. Typiquement, le processus de résolution se trouve déjà dans le document contractuel lui-même. Le plus souvent, le mécanisme prévu est l'arbitrage, mais il arrive aussi que les parties précisent un mécanisme autre que l'arbitrage. Un tel mécanisme est généralement destiné à éviter le processus contradictoire en désignant un ou plusieurs experts pour exprimer une opinion objective et professionnelle. Il existe souvent une formule, souvent très créative, pour établir un mécanisme permettant de combler les lacunes. Si le processus est considéré comme un arbitrage de facto, les règles selon lesquelles l'expert doit opérer sont claires : elles sont énoncées dans la *Loi sur l'arbitrage* de la province compétente et, en Colombie-Britannique, dans les règles du BC International Commercial Arbitration Centre. Dans le cas d'un processus de résolution fondé sur des experts,

les mécanismes et les règles ne sont pas aussi prescriptifs et, en l'absence d'instructions claires, ils obligent le ou les experts désignés à demander cette précision aux parties avant de procéder.

À ce stade, un exemple pourrait être utile pour illustrer le type de situation que nous décrivons. Imaginez un contrat d'achat et de vente prévoyant que le prix d'achat soit déterminé par les parties désignant chacune un évaluateur; en l'absence de résolution, un troisième évaluateur doit être nommé. N'ayant pas réussi à se mettre d'accord sur la base des deux premières évaluations, les parties souhaitent néanmoins éviter de répéter l'ensemble du processus d'évaluation et demander au troisième expert d'examiner les autres rapports et d'exprimer une opinion basée sur ces derniers. À ce stade, le troisième évaluateur doit réfléchir attentivement à ce qu'on lui demande de faire. L'examen des preuves sous la forme de rapports est un exercice auquel il est familier, mais s'il doit exprimer une opinion, il doit s'assurer que les deux parties s'accordent sur les règles de base : les parties sont-elles disposées à accepter l'opinion comme contraignante? Le troisième évaluateur devra-t-il agir comme arbitre ou comme expert? Quelles sont les procédures