

Minutes pratiques

> QUESTION/ RÉPONSE

Famille

Arbitrer les patrimoines complexes : de l'utilité retrouvée de l'expertise de valeur

Inf. 11

LA QUESTION

Pourquoi envisager l'arbitrage en présence de patrimoines complexes ?

LA RÉPONSE

L'arbitrage permet des expertises patrimoniales avec des professionnels spécialisés, des juges arbitraux également spécialistes des litiges en jeu, des délais tenus et une audience durant laquelle toutes les questions sont approfondies et discutées avec les experts, les avocats et les parties.

1. La séparation des couples induit celle de leur patrimoine; le décès oblige un inventaire, des évaluations et un partage. Identifier et évaluer les éléments de patrimoine sont des questions incontournables pour résoudre les litiges familiaux à caractère patrimonial. S'y ajoutent des conséquences fiscales qui doivent toujours être abordées et des questions d'équité, comme par exemple celle du doublon entre valeur



Guillaume Barbe,
cabinet
Cadiou-Barbe,
avocat au barreau
de Paris



Laurent Guilmois,
notaire à Paris



Patrice Rond,
expert financier
en évaluation de
sociétés et de
patrimoines,
évaluation de
préjudices
économiques

du patrimoine producteur de revenus et prise en compte des revenus de celui-ci. Sauf que la justice familiale est exsangue, les procédures judiciaires infiniment longues et les juges seuls et mal outillés. C'est pourquoi l'arbitrage, justice souple et efficace, spécialisée, rapide, adaptée au caractère particulier de l'enjeu et constituée pour sa résolution, doit être absolument privilégié.

Faiblesse du débat sur la valorisation des actifs devant les juridictions familiales

Difficultés des juges familiaux dans la détermination et la prise en compte des valeurs des actifs

2. Patrimoines de plus en plus complexes. La complexité du monde économique et son caractère international impactent les modes de détention des patrimoines et les modes de rémunération.

Le patrimoine est souvent à la fois immobilier et mobilier. Il est aussi pluriel : commun, indivis ou propre, impliquant des créances réciproques. Mais surtout, il est de plus en plus complexe.

Il peut contenir des lots immobiliers mêlés, des terrains morcelés.

Il se trouve facilement sous forme sociale, avec des sociétés, créées en des temps différents, ayant des formes et des objets variés : sociétés patrimoniales, sociétés commerciales d'investissement ou sociétés opérationnelles.

Il comprend régulièrement des éléments inhabituels incluant des investissements dans des start-up, un catalogue de films, une collection particulière, des objets d'art, un cabinet de curiosités, des photographies, des NFT (non-fungible token ou jeton non fongible, autrement dit des œuvres numériques dotées d'un certificat d'authenticité), une récolte...

Il peut aussi être structuré avec des montages patrimoniaux spécifiques comme un démembrement temporaire de propriété, une holding, des leverages buy-out d'acquisition de sociétés.

Il faut aussi citer les modes de rémunérations qui sont diversifiés : salaires, titres attribués gratuitement ou acquis à des conditions privilégiées, parts d'intéressement ou d'investissements, temps épargné...

Enfin, l'appréciation des actifs dits immatériels s'impose de plus en plus : l'évaluation d'une micro-entreprise dont le projet s'avère prometteur, d'une start-up, d'une influenceuse, d'un instagrameur, du rôle du conjoint qui, par les idées qu'il ou elle a régulièrement apportées au projet, ne sont pas à négliger.

3. Juges mal armés. Les juges en charge des conflits familiaux sont avant tout des juristes. Leur formation, même excellente, ne peut couvrir toute les dimensions économiques et patrimoniales d'une situation familiale complexe. Face à des équipes d'avocats et d'experts organisées, ils s'en remettent aux expertises judiciaires, dont ils ne liront que les conclusions, et pourtant véritable bouée de sauvetage. Ou plutôt chimère absolue : les expertises judiciaires peuvent se révéler longues et onéreuses ; en outre, en cas de difficultés ou de réticences d'une partie, le travail de l'expert peut être bloqué et ne pas permettre un recensement exhaustif et une valorisation aboutie des patrimoines en présence.

D'autant que les juges civils ne possèdent pas des armes juridiques dont disposent certains tribunaux spécialisés. Ils ne peuvent que très difficilement contraindre les parties. En outre, le collège d'experts à leur disposition est principalement composé de spécialistes de la liquidation civile de la succession, des indivisions et des régimes matrimoniaux.

Au contraire, pour instruire des expertises de valeurs et notamment les entreprises, les tribunaux commerciaux disposent d'un

panel d'experts judiciaires dédiés et spécialistes. Ils connaissent les techniques financières, les instruments économiques et sociétaires. Ces tribunaux comme ceux spécialisés en droit pénal des affaires disposent aussi de mesures de contraintes afin d'obtenir les pièces manquantes et nécessaires au travail de l'expert judiciaire.

4. Palliatifs qui alourdissent la procédure. Face à ces difficultés, des justiciables tentent des actions en référé pour obtenir des expertises ou la communication de pièces. D'autres agissent devant les juridictions commerciales contre les sociétés du ou des proches avec qui ils sont en conflit (leur conjoint, leurs cohéritiers, etc.) et même agissent parfois sur le terrain du droit pénal des affaires. Mais ceci ne conduit malheureusement qu'à allonger les instances et les rendre si compliquées qu'elles en deviennent totalement bloquées.

5. Résultat insatisfaisant. Le tribunal civil se trouve donc confronté à un paradoxe. En théorie, l'analyse et l'évaluation des patrimoines et revenus en présence peuvent sembler simples à envisager par un expert. En pratique, l'appréhension des différents actifs catégoriels exige des compétences variées. En outre, si les actifs « tangibles » font l'objet d'approches méthodologiques éprouvées et communes aux experts des différentes catégories auxquelles les juridictions font régulièrement appel (notaires, professionnels du chiffre, experts en immobilier et en baux commerciaux notamment), l'appréciation des actifs dits immatériels s'impose de plus en plus. Enfin, avec la multiplication des instances et des expertises, le juge aux affaires familiales risque de ne pas disposer d'un recensement exhaustif et d'un chiffrage actualisé de l'ensemble des actifs concernés.

Limites de l'expertise judiciaire

6. Consignation et délais. La mise en œuvre des opérations expertales est conditionnée par la consignation initiale, voire complémentaire, mise à la charge d'une ou des parties. L'absence de consignation entraîne la forclusion de la décision nommant l'expert. Cette défaillance peut conduire l'autre partie à se substituer et à solliciter le relevé de la forclusion ; elle peut aussi donner lieu à une demande d'avance sur les frais ad litem pour y faire face... ce qui implique déjà un certain nombre d'allers-retours chez le juge et des délais de procédure démentiels.

L'expert peut, en outre, devoir solliciter la nomination d'un sapiteur dont le savoir-faire concerne une thématique différente de la sienne. Une nouvelle consignation s'impose alors avec tous les obstacles qui s'en suivent. Et surtout, le délai de réalisation des opérations du sapiteur va s'ajouter à celui de ses propres travaux.

7. Pouvoirs limités. L'expert judiciaire est désigné par le magistrat sur les fondements des articles 255-9 et 255-10 du Code civil pour le règlement des conflits entre époux et des articles 840 et suivants du Code civil en matière de conflit successoral. Dans ce cadre, il peut mener les opérations de liquidation du régime matrimonial, de la succession et former des lots en vue du partage. Lui, comme le sapiteur, procèdent à un travail de collecte de documents juridiques, comptables, immobiliers, économiques, en rapport aux thématiques patrimoniales rencontrées.

Il dispose des moyens les plus importants pour interroger tous les organismes afin de recueillir les informations patrimoniales et financières utiles mais il n'a pas de pouvoir de contrainte. Enfin, l'expert ne tranche rien mais donne un avis.

Il est en outre utile de rappeler que le juge chargé du contrôle des expertises n'est pas toujours celui qui a nommé l'expert. Il ne connaît pas le dossier...

8. Compétences qui ne couvrent pas toutes les problématiques.

L'audit du patrimoine n'est pas la détermination de sa valeur. Or, l'expert n'a pas toujours la qualification suffisante pour évaluer lui-même certains actifs tel que l'immobilier, une société, des actifs financiers non cotés ou se prononcer sur le niveau de liquidité d'un patrimoine.

Son seul recours est alors de désigner, ou faire désigner, un ou plusieurs sapiteurs pour une mission spéciale, impliquant comme déjà indiqué, des délais et coût supplémentaires. D'autant que l'intervention d'un tel sapiteur n'évite ni les expertises privées parallèles ni les demandes de contre-expertise.

9. Résultats pas toujours aboutis. Il n'est pas rare que le rapport d'expertise judiciaire souligne les difficultés rencontrées au cours des opérations et conclut en l'absence de pièces sollicitées mais non versées aux débats, ayant interdit l'estimation de la valeur des biens. Si, sur le plan procédural, l'expertise judiciaire a été conduite, la question de son utilité se trouve posée lorsque toutes les évaluations, les calculs de créances, de récompenses, etc. n'ont pu être menés à bien.

L'ensemble de ce processus conduit le plus souvent aux conséquences suivantes :

- des chiffrages incertains ou incomplets en l'absence d'accord pour désigner un ou plusieurs sapiteurs pour valoriser certains actifs ;
- la production d'avis « privés » de valorisations différentes entre les mains de l'expert, qui peuvent amener le magistrat à désigner un expert spécial à l'effet de valoriser le ou les actifs concernés ;
- dans tous les cas un allongement de la durée de la procédure ;
- le défaut d'une vision précise des valeurs, source de difficultés insurmontables pour le juge à trancher des problématiques liquidatives.

Les parties se retrouvent au milieu du gué et l'eau coule toujours.

C'est pourquoi il est utile de considérer comment l'arbitrage peut redonner toute sa place à la matière « technique » pour déterminer de manière précise la valorisation des patrimoines et permettre la résolution fine et juste de leur litige.

Intérêt du recours au tribunal arbitral

10. L'arbitrage est une justice privée à la disposition des parties. Il est une solution aux conflits familiaux évitant des procédures trop longues et trop complexes. Il permet de déceler les problématiques de valorisation ou de compréhension des patrimoines, tangibles ou immatériels, et de solliciter, dès le départ, des

experts qui sauront contribuer à la résolution du conflit en objectivant le débat.

Adaptabilité de l'instance arbitrale

11. Domaine de l'arbitrage. En droit de la famille, l'arbitrage est admis en matière patrimoniale conformément à une jurisprudence constante. Notaires et avocats peuvent ainsi proposer à leurs clients d'y recourir sur certains points : la liquidation d'un régime matrimonial ou d'une indivision ; la détermination de créances entre époux, partenaires ou concubins ; la valorisation d'un bijou de famille ; le partage d'une succession ou la répartition de sa charge fiscale ; la validité ou l'interprétation d'un testament, d'une donation rapportable ; l'application de règles de droit international privé.

L'arbitrage peut aussi porter sur des points techniques particuliers dont des valorisations spécifiques que la justice étatique ne saura pas résoudre.

12. Organisation adaptée à chaque litige... Le tribunal arbitral peut intégrer, dès sa désignation et tout au long de l'instance, les questions de valorisation puisqu'il appartient aux parties d'organiser le déroulé de la procédure.

Il peut être convenu d'inclure les travaux déjà réalisés à la demande de l'une des parties par un « technicien », par exemple en matière immobilière, financière ou liquidative. Ces travaux sont matérialisés sous la forme d'avis consultatifs, argumentés et complétés par des pièces justificatives. Ils éclairent le débat et offrent, le cas échéant, la possibilité de clôturer certaines thématiques pour se concentrer sur d'autres difficultés. L'instance est alors organisée et adaptée.

Le tribunal arbitral peut aussi réunir dans son collège des techniciens ou faire appel à l'audience, dont la géométrie est fixée avec les parties, à d'autres spécialistes.

Il est ainsi possible de bénéficier d'une valorisation des actifs selon les méthodes propres à chaque catégorie d'actifs, autrement dit, d'un travail rapide, pertinent et réalisé en toute transparence.

13. ... et décidée par les parties. Les parties peuvent choisir le ou les experts à nommer, tout en indiquant précisément l'intérêt, les particularités et les points d'attention de la mission qui sera détaillée. Elles sont aussi à l'initiative pour déterminer conjointement les pièces utiles, les délais de production. Ce choix peut, de plus, être issu d'une discussion avec le président du tribunal arbitral s'il est lui-même un spécialiste de la matière.

14. Tribunal doté de pouvoirs d'injonction et d'enquête. Si les mesures d'instruction in futurum sont toujours possibles avant la constitution du tribunal arbitral, celui-ci peut enjoindre à une partie de communiquer un document. Lorsque des pièces sont détenues par des tiers, la partie qui y a intérêt peut, sur invitation du tribunal arbitral, saisir, selon la procédure accélérée au fond, le président du tribunal judiciaire territorialement compétent afin qu'il ordonne la production de cette pièce (CPC art. 1469). Cette règle vaut aussi pour l'arbitrage international.



En pratique, l'appréhension des différents actifs catégoriels exige des compétences variées



15. Examen approfondi de tous les points de litige. Le tribunal arbitral, qui a préalablement lu les écritures échangées et les pièces ainsi que les rapports d'expertise, va, à l'audience, interroger les sachants, les experts, un témoin utile le cas échéant, puis laisser les parties les interroger et contre-interroger.

Ainsi, toutes les questions utiles peuvent être posées, les positions confrontées jusque dans les détails et le tribunal peut s'assurer que tout a été examiné et compris; il peut sérier les points de difficultés s'il en subsiste.

De plus, la procédure offre en général la faculté de régulariser un mémoire sur les coûts permettant notamment de solliciter de manière motivée que les frais d'expertise, comme ceux de l'arbitrage, soient à la charge de la partie succombante. Il est aussi possible de remettre un mémoire en délibéré si une question le mérite.

Place de l'expert et rôle de l'avocat dans le processus de l'expertise en arbitrage

16. Rôle de l'avocat. L'avocat conseille tout d'abord son client dans l'administration de la preuve.

Il l'assiste dans le choix des juges arbitraux si l'arbitrage est ad hoc et peut recommander un spécialiste des difficultés à trancher.

Il va pouvoir intervenir dans le choix du ou des experts avant l'instance arbitrale et/ou pendant celle-ci. Il peut aussi suggérer une mission d'expertise plus complexe, incluant plusieurs professionnels au regard des différentes compositions patrimoniales à apprécier, mais en maîtrisant son déroulé pour des résultats de valorisation concordants dans le temps, sans anachronismes. En effet, l'avocat est en mesure de vérifier et contrôler la conduite de l'expertise, les communications contradictoires de pièces, les incidents y étant afférents, étudier et critiquer les expertises adverses et celle qui a pu être diligentée dans l'instance...

Les avocats vont en outre formuler auprès du tribunal arbitral des demandes d'audition et d'actes d'instruction, le cas échéant, en prononçant des astreintes (*CPC art. 1467, également applicable à l'arbitrage international*).

Enfin, les avocats préparent l'audience, la comparution des spécialistes, sachants et experts et contre-interrogent (cross-examination) ceux de l'autre partie.

17. Place de l'expert. Comme en procédure judiciaire, amiable, ou en procédure arbitrale, la mise en œuvre du principe de la contradiction ainsi que le respect des délais impartis et fixés aux parties sont toujours de mise.

Il en est de même de la finalisation de la mission confiée à l'expert qui passe par la remise d'un projet de rapport, par l'octroi d'un délai donné aux avocats afin de faire part de leurs observations, ainsi que de la finalisation du rapport répondant notamment aux observations formulées.

Sur le fond, la pratique de la mission d'expertise ne diffère pas de la pratique de la mission d'une expertise judiciairement fixée où amiablement confiée. L'indépendance, l'impartialité de l'expert représentent des constantes, gages de la technicité de l'expert et également de sa parfaite maîtrise des règles de procédure. Il peut à ce titre mentionner une déclaration d'indépendance au sein de son rapport.

Cependant, en étroite concertation avec les arbitres, la mission confiée à l'expert peut se concevoir de manière plus précise. Ainsi, la lettre de mission comporte :

- le libellé précis de sa mission;
- les contours de sa mission quant aux patrimoines, tangibles et immatériels, à évaluer, avec les points précis d'attention;
- le fait que l'expert puisse participer physiquement aux audiences et exposer ses réflexions, ses méthodes;
- le cadencement de la mission (durée, date butoir de clôture des travaux). Il peut être imposé des délais plus stricts que dans le cadre d'une mission judiciairement confiée;
- son coût et ses modalités de règlement. À ce sujet, les difficultés liées à la consignation n'ont pas leur place au sein de l'instance arbitrale car la rémunération du technicien choisi par les parties ou désigné par le tribunal arbitral n'est pas subie. Les parties procèdent rapidement au règlement puisqu'il va de leur intérêt que la durée fixée pour la procédure soit tenue.

18. Par rapport aux juridictions judiciaires, la comparution de l'expert à l'audience ou le fait qu'un ou plusieurs arbitres puissent être également techniciens de la matière du litige donne une dimension particulière aux audiences : les évaluations en litige sont exposées, discutées, justifiées. Les justiciables se sentent davantage entendus. En outre, du fait de leur compréhension des approches méthodologiques mises en œuvre, ils peuvent participer à la discussion sur la valeur du patrimoine, objet de leur différend. L'expert est, en effet, apprécié du fait de son rôle pédagogique lorsqu'il expose non seulement les méthodologies mises en œuvre mais également son approche économique du secteur d'activité au sein duquel se trouve la société à évaluer financièrement : son exposé des forces et des faiblesses du niveau macro-économique conjugué aux atouts et aux défis que l'entreprise doit relever constitue un discours concret, apprécié des avocats et des parties.

Lors de sa comparution, l'expert peut également exposer un intervalle permettant l'encadrement de la valeur d'un bien immobilier ou d'une société au sein d'une fourchette. La définition d'une borne « basse » et d'une borne « haute » permet ainsi d'affiner la valeur en fonction de l'avis des avocats et des parties.

La valeur est ainsi concrète et comprise par les parties. La sentence rendue, motivée, n'en sera que mieux acceptée ce qui évite les rancœurs et par voie de conséquence la multiplication des instances.

Pour conclure

19. Fort de ses qualités de disponibilité de la formation de jugement, de célérité et de temporalité maîtrisée, d'efficacité, de confidentialité et d'équité, l'arbitrage doit profiter à la résolution des conflits familiaux techniques.

La remarquable diminution des délais de jugement, a fortiori lorsque l'appel de la sentence est exclu, la qualité technique du débat, la précision des questions posées et tranchées offrent, avec un coût davantage maîtrisé que devant le juge étatique face auquel il n'est pas rare que la procédure s'enlise, une réponse judiciaire qui évite à l'évidence d'alimenter des conflits familiaux pouvant à défaut perdurer de nombreuses années.