

LE TRAITEMENT DE L'INCERTITUDE

GROUPE DE TRAVAIL SUR L'EXPERTISE

PROPOSITIONS DU GROUPE DE TRAVAIL

Rapporteur : Patrick Matet conseiller à la Cour d'appel de Paris

Les propositions de notre groupe de travail ponctuent les différentes phases de l'expertise civile et font écho à l'état des lieux dressé par Antoine Garapon. Nous les avons articulées autour des trois temps forts de cette mesure d'instruction, en distinguant la phase préparatoire, qui est celle de la désignation de l'expert et de la définition de la mission, la phase de l'exécution de la mesure qui est celle au cours de laquelle le technicien opère et enfin la phase postérieure à la remise du rapport, qui est celle de l'exploitation par le juge de l'avis expertal.

LA PHASE PRÉPARATOIRE A L'EXPERTISE

Par principe et probablement parce que l'expert a davantage rapport au juge qu'aux parties c'est la juridiction, et non les parties, qui choisit le technicien et fixe sa mission. La jurisprudence et la doctrine disent à ce propos que le juge dispose d'un pouvoir souverain: à ce titre, c'est le juge qui « commet » l'expert et lui assigne une mission. En réalité bien souvent, les missions qui lui sont confiées sont des missions type et le choix du technicien s'opère à partir des listes d'experts sans que la décision prise soit nécessairement pertinente car le juge est rarement suffisamment éclairé par les écritures des parties sur les éléments précis de leur différend technique.

Il est à noter que les parties exercent un contrôle négatif sur le choix de l'expert

lorsque, postérieurement à sa désignation, elles engagent des procédures de récusation et de remplacement.

La notion d'appréciation souveraine du juge offre l'avantage d'éviter tout débat judiciaire sur la personne du technicien et sur la définition de sa mission, mais présente un défaut majeur, celui de ne pas prendre en compte le fait que l'expertise est un mode d'administration de la preuve destinée à aider non seulement le juge, mais aussi les parties, à l'établissement des faits, objet de leur conflit.

1ERE PROPOSITION :ACCENTUER LE CARACTÈRE CONSENSUEL DE L'EXPERTISE

Lorsqu'un juge est saisi d'une demande d'expertise, le temps qu'il consacre au choix de l'expert et à la définition de sa mission est relativement constant alors que ce traitement homogène répond très imparfaitement aux nécessités de telles mesures qui recouvrent des réalités très différentes, investigations complexes ou non, présence d'experts experts de spécialités différentes ou d'une seule discipline, antagonismes graves ou non entre parties.

Il arrive que les parties s'opposent sur la commission d'un expert mais il est fréquent que, sans véritablement s'opposer, elles préfèrent s'en remettre à l'expertise judiciaire avant de décider du sort de leur différend.

Dans le cas de l'article 145 du nouveau code de procédure civile l'expertise n'est plus rattachée au procès et ne s'inscrit pas nécessairement dans le cadre d'une contestation.

Ces mesures d'instruction sont ordonnées en référé et ce juge est de loin celui qui commet le plus d'experts. Au Tribunal de grande instance de Paris, on recensait 5923 expertises ordonnées en référé en 2003. Ce chiffre est bien supérieur à celui des expertises ordonnées par le juge du fond. Or les mesures décidées par le juge des référés ont pour caractéristique de ne pas mener automatiquement au procès. Ainsi, une étude menée dans le cadre d'un contrat de recherche du Ministère de la justice sur les tribunaux du ressort de la Cour d'appel de Rennes montre qu'en matière de construction dans 19,50% des cas, les affaires s'arrêtent à ce stade. Nous pensons qu'à Paris, la proportion est bien supérieure.

Partant de ce constat et du fait que, dans bien des cas, les parties sont d'accord sur le principe de l'expertise, il conviendrait d'accentuer le caractère consensuel de la mesure d'instruction.

Quel est l'objet d'une telle proposition ?

La proposition vise à responsabiliser les parties face à la mesure. Bien souvent elles en déclenchent le mécanisme parce qu'elles ont un différend sans avoir réfléchi à ses enjeux et à ses conséquences, notamment quant à son coût. Il conviendrait d'encourager les parties à cerner ensemble les questions essentielles, à proposer une mission, à énumérer les informations et les pièces attendues de l'adversaire. On peut objecter à cette proposition que l'existence d'un différend entre les parties rend difficile un accord entre elles.

Comment les inciter à accomplir cette démarche ?

Il n'est pas inutile d'observer qu'en matière d'arbitrage, bien que les parties aient choisi un arbitre et qu'elles soient en conflit, la mission d'un éventuel expert est débattue entre l'arbitre et les parties.

La procédure civile anglaise réformée en 1999 sous l'impulsion de Lord Woolf pourrait nous suggérer quelques pistes de réflexions. Avant l'introduction de la demande en justice, les parties ont l'obligation de se réunir et de discuter entre elles pour tenter de résoudre leur litige au moyen d'un protocole pré-contentieux. En fonction de l'attitude des parties et de la complexité de l'affaire, le juge attribue ensuite au litige la voie procédurale adéquate. En ce qui concerne l'expertise, la procédure accusatoire au cours de laquelle chaque partie donne mission à son propre expert, n'a pas disparu. Ce système, source d'innombrables batailles d'experts, cohabite depuis la réforme avec la désignation d'un expert commun, soit par accord des parties soit à l'initiative du juge. Dans le cadre de leur protocole pré-contentieux les parties peuvent s'accorder sur le nom d'un expert et sont encouragées à définir concurremment la mission expertale. Lorsqu'elles ne parviennent pas à s'entendre sur l'identité de l'expert, la cour peut sélectionner un expert sur une liste préparée par les parties (règle 35.7 3 Civil Procedure Rule). Lors de rencontres franco-britanniques à Paris au mois de décembre 2004 (Salon LEXPOSIA), il a été indiqué que les parties choisissent un expert conjointement dans 41% des expertises, signe d'une évolution considérable du système anglais. Les juges anglais estiment cependant que dans les litiges mettant en cause des intérêts financiers importants, les parties continuent d'avoir recours à leur propre expert.

La contractualisation de l'expertise permettrait de focaliser le litige sur les points essentiels, à condition de la réserver, soit à l'accord des parties, soit à des matières particulières, évaluation du préjudice corporel, dégâts matériels, estimation immobilière ou mobilière.... Les parties seraient ainsi encouragées à s'entendre sur la désignation de l'expert, sur sa mission, sur la durée de ses opérations ainsi que sur le coût prévisible de la mesure; elles y ont encore intérêt à un stade de la procédure où elles ignorent quelle position l'expert va prendre. Le juge du contrôle de l'expertise deviendrait alors un juge d'appui chargé de réguler la mesure en répondant aux demandes des parties, sans avoir à surveiller le déroulement des opérations qui s'opéreraient selon les dispositions arrêtées par les parties.

Cette proposition permettrait de conserver ce qui fait l'originalité de notre système, à savoir la faculté de recourir au juge pour bénéficier d'une aide à la manifestation de la vérité à un coût raisonnable, ce qui assure avec effectivité le principe de l'égalité des armes, dans la mesure où chaque partie n'a pas à supporter le coût exorbitant de son expert témoin comme cela est le cas dans la procédure accusatoire.

2ème PROPOSITION; DÉFINIR LA MISSION AVEC LA COOPÉRATION DES PARTIES ET DE L'EXPERT

Même si la contractualisation peut être encouragée dans certaines matières, il existera toujours des litiges plus complexes qui requerront une attention spécifique du juge. Dans notre système, le juge ne possédant pas avant la commission de l'expert une claire vision des questions de fait sur lesquelles il souhaite être éclairé, en est réduit, bien souvent, à s'en remettre à une mission dont les termes ont été définis in abstracto ou à reprendre les allégations du demandeur. Or à chaque fois que le périmètre de l'expertise n'est pas suffisamment défini dès la décision initiale, cette situation favorise l'attitude dilatoire d'une partie, et retarde la mise en œuvre de la mesure d'instruction, car l'expert est contraint, lors de la première réunion, de préciser lui-même les contours de sa mission.

Aussi il serait utile que le juge provoque un débat sur la définition de la mission et sur la personne du technicien.

Comment y procéder ?

Il existe dans le nouveau code de procédure civile un mécanisme peu utilisé, celui de l'article 266 du nouveau code de procédure civile, qui prévoit que le juge peut fixer une date à laquelle l'expert et les parties se présenteront devant lui pour que soient précisés la mission et, s'il y a lieu, le calendrier des opérations. Cette disposition permet au juge de procéder à une désignation provisoire d'un technicien dont la compétence apparaît, prima facie, correspondre à la mesure d'instruction sollicitée, puis de le charger de réunir les parties et de les entendre. Quelques jours après, voire quelques semaines, le juge confère avec eux de l'étendue de la mission, quitte à choisir un autre expert si la spécialité du premier nommé n'est pas en adéquation avec la mission conférée, et cette mission est définie, après débat contradictoire, en étroite collaboration entre le juge, l'expert et les parties. Cela évite de désigner un expert trop généraliste ou de donner une mission très large destinée à balayer tout le champ du litige. Il conviendrait de généraliser, hormis contractualisation de l'expertise,

l'exercice de la conférence.

Comme personne n'ignore que les difficultés de communication de pièces constituent la pierre d'achoppement de l'expertise, que souvent l'une des parties a intérêt à ce qu'un rapport éclairé soit déposé et l'autre non, et que l'expert ne dispose pas de moyen de contrainte sur les parties en cause, le juge pourra constater, dès la conférence, la carence d'une des parties dans la production de pièces et immédiatement la sanctionner. En pratique l'implication de tous les acteurs de l'expertise lors de la conférence doit permettre de mettre en oeuvre utilement l'expertise et d'empêcher qu'elle soit entravée par l'attitude dilatoire de l'une des parties.

Par ailleurs, lors de la conférence, pourrait être réglé le lancinant problème de l'indépendance et de l'impartialité de l'expert, en lui demandant de procéder à une déclaration d'indépendance, et parallèlement en exigeant des parties de soumettre au juge leur contestation, de sorte qu'à défaut elles seraient réputées avoir renoncé à ces moyens dès lors que les faits étaient connus d'elles. De cette manière, les opérations d'expertise ne seraient plus parasitées par la menace d'une éventuelle procédure de récusation ou de remplacement.

LA PHASE DES OPÉRATIONS D'EXPERTISE

3e PROPOSITION : ACCROÎTRE LA PARTICIPATION DES PARTIES A L'EXPERTISE

L'expertise est une source d'informations du juge mais aussi des parties. Or ces dernières se plaignent souvent d'être les spectatrices des opérations d'expertise et ont l'impression que, bien que l'expert procède en leur présence, il ne les associe pas à ses investigations. Cette situation encourage la passivité des parties notamment de celle qui a tout lieu de craindre les conclusions de l'expert. En conséquence de quoi, les parties n'ayant pu faire valoir leurs arguments les reportent à la phase postérieure au dépôt du rapport.

Dans le système américain de la discovery, l'interrogatoire et le contre-interrogatoire -examination et cross examination- permettent de rétablir une dialectique indispensable à la découverte de la vérité. Maître Blumrosen, avocat aux Etats-Unis et en France, entendu par le Groupe de travail, a opposé le système français de la preuve et la discovery américaine, en considérant que ces systèmes cherchent des vérités différentes ; le système français est construit pour apporter au seul juge des éléments d'information, de sorte

que lorsqu'il les a réunis au travers des pièces du dossier, et particulièrement des expertises, il soit en mesure techniquement de rendre une décision. Selon lui, l'expertise est la vérité du juge, une vérité judiciaire. Il oppose à cette approche, celle du droit anglais ou américain dans lesquels on recherche, ce qu'il qualifie de " vraie vérité " : celle-ci s'acquiert en réunissant le plus d'éléments de preuve possibles et en confrontant les témoignages, cohérents ou non, devant les jurés qui feront le tri.

À l'évidence, la confrontation des analyses et des opinions contribue à l'émergence de la vérité, et il appartient à l'expert de l'encourager de sorte que toutes les hypothèses techniques puissent être examinées et discutées devant lui et que le débat technique soit épuisé lorsque le rapport est déposé.

Il appartient à l'expert d'organiser cette controverse technique ou scientifique. Doivent évidemment y participer les parties ainsi que leurs techniciens conseils lorsqu'elles y ont fait appel. Cela suppose que les relations de l'expert et des techniciens conseils soient clarifiées, le nouveau code de procédure civile étant sur ce point trop laconique : quelques questions restent en suspens, comme par exemple, le mode d'intervention de l'assistant technique, sa place vis à vis du technicien judiciaire, et la compatibilité de cette prestation de technicien conseil avec celle du titre d'expert inscrit sur une liste de cour d'appel ?

Pour encourager le débat, l'expert doit jouer la transparence dans l'organisation de ses opérations, en prévoyant leurs calendriers précis, en informant les parties des techniques qu'il compte employer et des méthodes qu'il envisage d'utiliser dans sa quête documentaire. L'expert obtient plus aisément la participation des parties lorsqu'il les informe de l'état d'avancement des opérations : en effet, l'une des parties peut avoir intérêt à porter assistance à l'expert au lieu de rester passive et obliger l'autre à réagir. Le juge est saisi de toutes les difficultés de mise en oeuvre des opérations.

4e PROPOSITION : DISCUTER LA NOTE DE SYNTHÈSE

Les experts rédigent bien souvent une note de synthèse à la fin de leurs opérations en redoutant les réactions qu'elle entraîne. Or cette note constitue une étape indispensable à l'avis expertal qui constitue non seulement les réponses de l'expert aux différents chefs de la mission mais également ses réponses aux dires des parties. Ce document contenant les grandes orientations de l'expert, en l'état de ses investigations, doit donc être généralisé de façon à provoquer les observations des parties car il s'agit de l'ultime étape du débat technique contradictoire.

À l'inverse, l'expert doit être armé pour rationaliser la discussion et éviter que

les dires des parties n'entravent le dépôt de son rapport : ainsi, il conviendrait de le doter du pouvoir de clôturer la phase technique de ses opérations à partir de laquelle, à condition que le dépôt du rapport intervienne dans un délai raisonnable, les parties ne pourraient plus déposer d'observations. Si le nouveau code de procédure civile ne l'envisage pas, le juge chargé de contrôler l'expertise ne peut-il pas donner à l'expert l'autorisation de clôturer ses opérations à une date dont les parties seraient contradictoirement informées ?

La nouvelle procédure anglaise pourrait nous inspirer sur ce point (Civil Procedure Rule 35-6) : une partie peut faire inscrire une question écrite concernant le rapport de l'expert commis par une autre partie ou de l'expert commun, dans un délai de 28 jours à compter de la communication du rapport de l'expert ; ces questions ne peuvent être posées qu'une seule fois, de façon à interdire à une partie ou à une autre de submerger le technicien de questions.

Au demeurant, la Cour de Cassation a pris position de façon très nette sur l'obligation qui pèse sur l'expert de soumettre à la discussion des parties, avant le dépôt de son rapport, tout avis qu'il a sollicité d'un autre technicien (Cass 2° Civ 16 jan.2003).

LA PHASE POSTÉRIEURE AU DÉPÔT DU RAPPORT

5e PROPOSITION : RESTITUTION PUBLIQUE DE L'AVIS

Dans le système classique de Common Law, la comparution du technicien lors de l'audience fait partie de la constitution de la preuve par expertise. A cette occasion, sa prestation et sa capacité à convaincre constituent des facteurs non négligeables influant sur l'opinion des juges.

Dans notre système, l'expertise anticipe l'évolution marquante du procès et la reprise du débat judiciaire. Elle a pour objet de permettre au juge de prendre appui sur des faits reconstitués par le technicien. Si l'expertise aboutit, elle sera déterminante pour la solution du litige. La Cour Européenne des Droits de l'Homme, dans l'arrêt *Mantovanelli c/ France* du 18 mars 1997, par lequel elle a condamné la France pour violation de l'article 6 paragraphe 1 de la Convention, a dit que les conclusions de l'expert "étaient susceptibles d'influencer de manière prépondérante...[l']appréciation des faits" par le juge.

Paradoxalement, dans notre système, sitôt son rapport remis, l'expert disparaît.

Cependant, à la lecture du rapport la déception d'une partie, voire des parties ou du juge est à la mesure de l'attente suscitée par le travail de l'expert. Or, les parties comme les juges savent bien qu'au fur et à mesure de la lecture du rapport de nouvelles questions surgissent. Certes, l'absence de débat évite au technicien la difficile confrontation avec le conseil de la partie à laquelle l'expertise ne profite pas. Par ailleurs, le juge est lui-même tenté dans un souci d'économie de moyens, de conforter les conclusions de l'expert, parfois en les dénaturant, pour éviter de nouveaux errements de procédure. Mais, notre système procédural réduit l'expertise à un document écrit et le fige à la date à laquelle il est déposé. Le rapport est alors la cible de critiques souvent virulentes. Tout se passe comme s'il s'agissait alors de procéder à une ré-interprétation d'un texte, par une exégèse assez éloignée des faits, alors qu'il serait intellectuellement plus satisfaisant d'obtenir de l'expert lui-même des éclaircissements sur les zones d'ombre de son rapport.

Cela n'est pas le cas en matière d'arbitrage, puisque sous réserve de la convention des parties, le plus souvent une audience est consacrée spécifiquement à la discussion des éléments techniques du rapport.

Pourquoi ne pas instiller dans notre procédure, une restitution active de l'avis de l'expert qui lui permette d'éclairer ses conclusions en répondant aux questions du juge et des parties, sauf à en être dispensé par ceux-ci ? Nous pourrions utilement nous inspirer de la réforme introduite par la nouvelle procédure dite de "Hot Tub" en Australie. Les experts désignés par les parties doivent remettre au juge un rapport écrit qu'ils ne pourront pas compléter par la suite. Lors de l'audience, les experts, entendus ensemble, sont interrogés selon la procédure classique du contre interrogatoire - cross examination- mais avec cette restriction que les questions ne peuvent être posées qu'après avoir entendu l'exposé de chacun des experts et les réponses qu'ils donnent aux questions du juge. Le juge Black, Chief Justice de l'Etat de Victoria, qui nous a exposé ce nouveau système parlait à son propos d'une évolution de la Common Law vers le système de droit civil.

Un arrêt du 12 juin 2003 de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, dans une affaire VAN KÜCK c. ALLEMAGNE, doit nous donner à méditer. Les juridictions allemandes avaient rejeté sur la base de rapports d'expertise psychiatrique la demande de changement d'identité sexuelle réclamée par Carolina VAN KÜCK en disant que son transsexualisme n'était pas avérée et que la nécessité des mesures de conversion sexuelle n'étaient pas clairement établies. La Cour de Strasbourg a dit que la procédure litigieuse n'a pas satisfait aux exigences d'un procès équitable dès lors qu'en "raison de la particularité de l'espèce, les tribunaux allemands auraient dû demander au docteur H.[l'expert], ou à tout autre expert en médecine, des explications orales ou des écritures complémentaires".

Pour conclure, il n'est pas inintéressant d'observer que le groupe de travail a émis des propositions d'amélioration de notre système d'expertise par emprunts à des systèmes étrangers. Ainsi, ces propositions de réforme renforceraient la convergence des différents systèmes juridiques de l'expertise. Cela répondrait à l'un des objectifs poursuivis par la Convention européenne des Droits de l'Homme et pourrait nous permettre d'inscrire dans notre loi interne de procédure un droit effectif à l'expertise équitable.