

Les bonnes pratiques de l'expertise judiciaire civile

- *Prendre la parole en dernier est un exercice toujours difficile,*
- *synthétiser, un exercice périlleux,*
- *parler en dernier pour synthétiser, une mission quasi-impossible qui ne peut être remplie qu'en s'imposant la concision espérée mais généralement très relative....*

Il ne s'agit pas pour moi de redire, même de manière contractée, ce qui a déjà constitué la matière de ce colloque, mais plutôt de tirer des conclusions des travaux et, paradoxalement, d'ouvrir encore plus les questions posées avant que le jury de la conférence de consensus ne délibère des recommandations de bonnes pratiques.

La réflexion menée, remarquable en ce qu'elle décrit la complexité de la matière en proposant une série de recommandations, doit être reçue comme telle, une pensée encore en mouvement à ce stade, sur un état de "l'art de juger".

La complexité de la matière tient pour une large part à l'absence de clarification des critères du recours à l'expertise en dépit de l'ancienneté de la séparation historique du pouvoir et du savoir, absence de clarification qui conduit le juge à ne plus s'interroger sur la nécessité de l'expertise mais seulement sur son utilité et à privilégier l'expertise parmi les mesures d'instruction et ce contrairement à la lettre du NCPC.

La complexité de la matière tient également au fait qu'il existe deux types d'expertise à côté des expertises obligatoires dont nous devons la typologie qui est désormais en ligne sur le site de la Cour de Cassation au groupe d'analyse de texte qui doit être particulièrement remercié pour cette contribution aux travaux des autres groupes,

il existe en effet, à côté des expertises que la loi de fond impose au juge et aux parties, deux autres types d'expertise :

- *les expertises ordinaires ordonnées le plus souvent par le juge du fond qui sont un moyen de preuve à la disposition du juge et non des parties ;*

- *les expertises instituées en référé et sur le fondement de l'article 145 du NCPC qui sont un moyen de preuve à la disposition des parties et non du juge.*

Cette complexité appelle à mon sens des recommandations d'intensité différente suivant la catégorie d'expertise à laquelle le juge se trouve confronté avant même de faire une distinction toujours utile en fonction de la complexité de la mesure d'expertise ordonnée.

Il semble en effet qu'il ne peut pas y avoir de réponse uniforme sur certains grands thèmes qui ont sous-tendu les travaux de chacun des groupes, comme les critères du recours à l'expertise, ou l'éventuelle contractualisation des missions, des coûts et délais, alors que sur d'autres thèmes comme les garanties d'indépendance et de compétence offertes par l'expert et l'éventuelle mise en concurrence des experts, une réponse unique apparaît possible.

Trois grandes problématiques, qui vont sans doute au-delà des recommandations de bonne pratique, émergent des travaux des groupes : la première concerne la nécessaire amélioration du rapport tripartite juge-expert-parties et la question du degré de « contractualisation » possible, la deuxième concerne l'expertise ordonnée avant tout procès et la troisième, la troisième a trait aux limites de l'office du juge.

I - Les travaux des groupes mettent tout d'abord en évidence la nécessaire amélioration du rapport tripartite juge-expert-parties et la question du degré de contractualisation possible qui faisait l'objet de plusieurs questions .

Trois relations doivent être successivement examinées: les rapports entre le juge et l'expert, les rapports entre le juge et les parties, les rapports entre l'expert et les parties.

A – les rapports entre le juge et l'expert sont au cœur de l'amélioration du dispositif.

S'agissant du choix de l'expert, le contact préalable entre le juge et l'expert, à supposer que la décision de recourir à l'expertise et celle portant sur le choix de l'expert ne soient pas dissociées comme cela a été suggéré par un

groupe de travail, est supposé régler un certain nombre de points : disponibilité pour remplir la mission, compétence quant au problème posé, indépendance et impartialité de l'expert pressenti.

Ce dernier point, l'indépendance, qui fait l'objet de substantiels développements en raison de son caractère capital et d'une diversité d'opinions que le jury aura à trancher quant à l'opportunité d'une déclaration d'indépendance mérite incontestablement attention.

En lien avec les standards du procès équitable de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme, l'impartialité de l'expert ne peut, pour certains, être appréciée une fois pour toutes lors de la prestation de serment, comme la compétence est présumée par l'inscription sur la liste.

Les travaux de la conférence ont montré que la forme que devait prendre cette déclaration d'indépendance et les effets juridiques attachés à cette déclaration faisaient débat.

Supposons maintenant l'expert enfin choisi.

La relation avec le juge se poursuit-elle au stade de la définition de la mission ?

Le groupe de travail concerné a évoqué de manière précise ce qu'il a appelé la méthodologie de l'expert.

Mais cette méthodologie est, malheureusement pour la simplification des débats, protéiforme.

La méthodologie juridique, celle du nouveau code de procédure civile qui contient notamment le principe du contradictoire, est à indiquer aux parties (de même que l'incidence des délais et des coûts).

Elle peut également être partiellement imposée à l'expert par une rédaction appropriée de sa mission et nous retrouvons ici la question qui n'a été qu'effleurée, celle du pré-rapport ou de la note de synthèse dont la rédaction peut ou doit être imposée à l'expert aux fins de susciter les dires et

garantir un débat contradictoire authentique tant sur les aspects techniques que sur les aspects procéduraux de la démarche de l'expert.

La méthodologie technique doit-elle être expliquée aux parties par l'expert ?

On pense notamment aux modèles économiques, et plus généralement à la pluralité « d'écoles » dans certaines matières.

Un large consensus se dégage des travaux des groupes et des débats pour considérer que l'expert doit soumettre sa méthodologie à l'examen des parties pour assurer le respect effectif du principe du contradictoire.

La méthodologie retenue par l'expert pour répondre à la mission relève de sa compétence mais la pratique révèle des cas où la mission impartit à l'expert d'utiliser tel ou tel test

Sur la question des délais, l'établissement d'un calendrier suppose à l'évidence un point de contact entre le juge et l'expert.

Le groupe de travail concerné a pu relever qu'il s'agissait notamment de déléguer l'autorité du juge à l'expert pour contrer les manœuvres dilatoires des parties.

B – Une partie de l'amélioration du circuit de l'expertise passe ensuite, sans doute, par la modification des rapports entre le juge et les parties :

L'article 146 du nouveau code de procédure civile prévoit que le juge ne doit pas, par le biais de l'expertise, suppléer la carence des parties dans l'administration de la preuve.

Dans ce premier cadre juridique des articles 143 et 144 du NCPC , le moyen de preuve que constitue l'expertise est, suivant la formule relevée par un groupe de travail, à la disposition du juge et non des parties.

Pourtant les textes ne sont pas rares qui, par dérogation au principe actori incumbit probatio, organisent un partage de la charge de la preuve entre les parties, le cas échéant après « toutes investigations utiles » par le juge.

L'idée est ici d'éviter le rejet d'une demande insuffisamment prouvée.

Par ailleurs, il ne faut pas penser que toutes les expertises mettent en cause la preuve des faits et l'historique factuel du litige.

Les expertises techniques regardent plutôt vers les motifs de la décision et celles qui concernent des éléments de chiffrage concernent la condamnation, donc le dispositif.

En outre ce juge, qu'on rappelle libre et souverain à tous les stades de l'expertise, n'est peut-être pas si seul face à la décision, aux décisions, en matière d'expertise.

En conséquence et parce que la demande d'expertise appartient en premier lieu aux parties, des questions supplémentaires se sont posées aux groupes de travail sous la forme d'un mouvement de contractualisation de fait et ce bien que nous soyons ici dans un cadre où l'imperium du juge est le plus fort.

Ainsi la concertation entre le juge et les parties sur le choix de l'expert a été posée comme facteur de légitimation et, sans doute, comme source d'espoir d'une transaction.

Nous avons vu cependant lors des débats que cette forme de contractualisation quant au choix de l'expert était combattue aux motifs que celle-ci ferait obstacle à une répartition équilibrée des missions entre les experts, freinerait la désignation des experts nouvellement inscrits et pourrait même favoriser des stratégies de captation du "marché de l'expertise"

Le juge doit-il, peut-il aller au-delà et définir la mission de l'expert en concertation avec les parties ?

Le juge pourrait-il homologuer une mission résultant de l'accord des parties ?

Voici deux autres questions que le jury aura à trancher.

Concrètement pour avancer dans cette voie, il serait nécessaire que les parties précisent systématiquement dans leurs écritures le contenu de la mission pour qu'un débat contradictoire puisse avoir lieu. Une motivation de la décision sur ce point serait alors sans doute nécessaire.

Toujours dans le cadre de ce dialogue entre le juge et les parties sur le recours à l'expertise, il a été relevé que l'incidence du coût de l'expertise sur la prise de décision ne se présente pas de la même façon selon qu'il y a ou non aide juridictionnelle, selon les coûts induits de l'expertise envisagée, selon qu'il y a ou non modicité de l'enjeu du litige, toutes questions qui intéressent à la fois le juge et les parties, même si le point de vue diffère.

En tout état de cause, il a été souhaité une meilleure information des parties sur le coût de l'expertise même en l'absence de concertation entre le juge et l'expert.

C – reste ici à envisager les relations entre les parties et l'expert :

Les questions de délais et de coût de l'expertise ont été traitées ensemble et il a été répondu en même temps à la question d'une possible contractualisation de ces questions entre les parties et l'expert.

Peut-on dépasser les obstacles de principe qui résultent du nouveau code de procédure civile et envisager une négociation entre l'expert et les parties sous le contrôle du juge de ce qui, dans une expertise complexe, est, sur ces deux points, prévisible ?

Avant de fixer par une décision le calendrier et le coût provisoire de l'expertise, le juge se donnerait ainsi une chance d'homologuer un accord des parties conforme à leurs intérêts bien compris.

Peut-on aller au-delà et, imaginer un affinement concerté de la provision fixée par la décision initiale après une première réunion d'expertise ?

II – Les travaux des groupes ont mis par ailleurs en évidence le cas particulier de l'expertise ordonnée avant tout procès, véritable exception française.

Ici sur le fondement de l'article 145 du nouveau code de procédure civile, ce sont les parties et pratiquement elles seules qui apprécient la nécessité de recourir à une expertise.

Un groupe de travail n'a pas hésité à employer l'expression de « service public de l'expertise » pour qualifier cette spécificité de notre droit qui regroupe à la fois les expertises ordonnées dans le cadre des procédures classiques de référé mais également en application de l'article 145 du nouveau code de procédure civile.

La question est d'importance non pas sur le plan théorique mais statistique ; ces expertises représentent au minimum les deux tiers des expertises ordonnées chaque année.

Les problématiques précédemment soulevées dans le cadre des dispositions des articles 143 et 144 du NCPC sont apparus ici sans objet, faute de connaître par hypothèse les caractéristiques du litige in futurum.

Ainsi, la question du coût de l'expertise ne se pose-t-elle pas en tant qu'élément susceptible d'influencer la décision du juge de recourir à l'expertise, laquelle n'obéit qu'aux conditions posées par l'article 145 du nouveau code de procédure civile.

En effet, la recherche des critères du recours à l'expertise se résume au constat que le juge se borne à vérifier l'existence du motif légitime qui n'abrite en réalité que peu de subjectivité :

il s'agit tout au plus de caractériser et encore pas toujours l'existence d'un fondement à une action ultérieure, de reconnaître l'existence de chances de succès même minimales de cette action au fond, de préserver les droits du défendeur.

La vérification de l'existence de faits pertinents et utiles est le plus souvent cantonnée à la seule recherche de l'absence de redondance dans l'administration de la preuve.

De même, la question du contrôle de l'expertise dans le cadre de l'article 145 est réduite aux difficultés engendrées par le défaut de diligence de l'expert ou l'attitude dilatoire des parties, faute d'existence d'une instance au fond.

Il en est de même encore du contrôle des délais, qui n'est pas inexistant, mais qui se révèle quasi-administratif.

Enfin, il a été constaté que sur le fondement de l'article 145 du nouveau code de procédure civile, et plus généralement pour les expertises ordonnées en référé, interroger l'expert sur les délais et définir avec lui sa mission s'avérait peu concevables en raison du grand nombre de mesures d'instruction concernées.

Enfin, s'agissant de l'opportunité de définir avec lui la mission, il a pu être relevé une perte de temps peu compatible avec le nombre des expertises à laquelle le juge des référés doit faire face.

Ainsi, en dépit de l'importance de l'initiative laissée aux parties et du contrôle minimal exercé par le juge qui devraient faciliter une forme de contractualisation de la mission, des délais et des coûts sous l'impulsion du juge, cette contractualisation même partielle apparaît plus difficile du seul fait de ces contraintes matérielles.

Pour autant, la souplesse du cadre juridique favorise l'institution d'expertises qui dispensent du procès et pourrait même autoriser la désignation d'un expert-médiateur conformément à la proposition remarquée du premier groupe de travail.

III). LES LIMITES DE L'OFFICE DU JUGE .

La concertation, le dialogue, les débats contradictoires, même accrus, ne règlent pas toutes les difficultés posées au juge par l'expertise.

L'aplanissement de partie de ces difficultés suppose une action qui dépasse l'office du juge, exige une mobilisation de l'institution ou encore suppose une amélioration du système d'information et de l'organisation judiciaire.

Deux exemples:

A- Y-a -t-il une place pour la mise en concurrence des experts pour limiter les coûts d'expertise ?

Au-delà de la règle que nous avons tous appris et pratiqué de la provision initiale qui doit se rapprocher au maximum du coût final de la mesure, il y a place pour une foule de problèmes liés à la complexité de l'expertise, au nombre de parties, à l'évolutivité du litige ou aux contraintes extérieures, problèmes qui sont généralement résolus par le juge.

Mais s'agissant de la mise en concurrence des experts sur le coût d'une expertise complexe, il y a manifestement place pour le débat : le mieux-disant n'étant pas forcément le moins-disant, et le coût induit par les sapiteurs pouvant être maîtrisé.

La question fait moins débat pour les expertises simples, normalisées et répétitives.

Peut-elle pour autant déboucher, notamment dans la perspective d'une maîtrise plus grande de l'enveloppe de l'aide juridictionnelle, soit sur l'établissement de barèmes, soit sur la passation de marchés publics ? Le juge peut sur ce point avoir un avis mais ce n'est pas lui qui a le pouvoir de décision.

B- une plus grande mobilisation de l'administration judiciaire ?

Tant dans la définition de la mission que dans son exécution, le recours aux missions-type est apparue l'une des questions centrales en cause, ne fût-ce qu'en raison de leur fréquence statistique. Elles permettent un gain de temps, la définition d'un cadre complet, et allègent la charge de travail du juge mais les corollaires négatifs – imprécision, nécessité d'ajouts, inadaptation aux litiges complexes – ont conduit à envisager le problème de manière plus globale.

Deux questions nouvelles sont posées au service public de la justice.

Au niveau national, est-il possible de concevoir une normalisation en fonction des domaines de prédilection des missions-types ?

Au niveau des cours d'appel, est-il envisageable de mutualiser les expériences une fois par an et de structurer un service des expertises, lorsque la taille de la juridiction l'implique pour la qualité de la justice ?

C- un meilleur système d'information ?

Une autre problématique d'importance est celle du système d'information des juridictions et de l'organisation judiciaire qui autrement mis en œuvre pourraient faciliter grandement la tâche du juge.

Nombreux sont ceux qui voient dans l'institution de bases de données nationales ou régionales une piste sérieuse pour une meilleure détection de l'expert idoine à un temps T. et ce indépendamment du problème de la constitution des listes d'expert qui n'entraîne pas dans la compétence de la présente conférence.

Enfin, Une unification des juridictions du premier degré,

la création d'un service unique de contrôle des expertises au sein d'un tribunal de première instance regroupant l'ensemble des juridictions du premier degré, voire un service de contrôle des expertises au niveau régional,

le regroupement physique ou virtuel des fonctions de désignation, de taxation, de suivi et de jugement

seraient également sans doute autant de nouvelles pistes d'amélioration à explorer pour la qualité de l'expertise et partant de la justice.

A une période où la conférence des Premiers Présidents appelle à une réorganisation judiciaire qui dépasse la simple réforme de la carte, je crois pouvoir conclure que la qualité de l'expertise et de la justice auxquels nous, juges experts et avocats, sommes viscéralement attachés dépend des juges mais pas seulement d'eux.

+++

Les groupes de travail, le groupe d'analyse de texte et à leur suite le jury ont fait preuve d'un remarquable engagement et se sont livrés dans des délais très brefs à un travail de fond collectif qui je l'espère fera date dans la formation des juges. Je leur en sais particulièrement gré et je les remercie du fond du coeur.

Je sais également que les heures qui vont suivre vont être pour le jury particulièrement riches et denses. Je remercie par avance chacun des ses membres et ses présidentes Madame Mauroy et notre collègue Madame

Trochain pour la qualité de leur travail et la pertinence des recommandations à venir.

Je remercie tout particulièrement madame Mauroy pour nous avoir enseigné la méthode de conférence de consensus dont j'espère qu'elle sera désormais régulièrement utilisée au sein de notre institution car je constate d'ores et déjà au vu de la nombreuse assistance que la démarche est couronnée de succès.

Je remercie enfin chacun d'entre vous de sa bienveillante attention et de sa participation active à nos travaux en formant le vœu que les recommandations adoptées par la jury entraînent l'adhésion de l'ensemble des juges.