

Synthèse générale du colloque sur le futur de l'expertise judiciaire civile dans l'Union européenne, Bruxelles, les 16 et 17 mars 2012, par Vincent Vigneau, premier vice-président au Tribunal de grande instance de Nanterre

SYNTHESE GENERALE DU COLLOQUE SUR LE FUTUR DE L'EXPERTISE JUDICIAIRE CIVILE DANS L'UNION EUROPEENNE,

Bruxelles, les 16 et 17 mars 2012



Vincent Vigneau, premier vice-président au Tribunal de grande instance de Nanterre, Professeur associé à l'université de Versailles-Saint Quentin en Yvelines

Il m'a été donné le privilège de dire quelques mots pour synthétiser ce colloque. Ce privilège fait-il de moi un privilégié ? Il paraît difficile de le croire tant la synthèse des travaux si riches qui se sont déroulés au cours de ces deux journées paraît ardue. Elle l'est d'autant plus que je ne suis pas expert, alors que l'on me demande de concilier en quelques phrases des opinions d'une assemblée constituée majoritairement d'experts, certes parfois divergentes, mais toujours très convaincantes et solidement argumentées.

Peut-être est-ce l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme qui a conduit les organisateurs de ce colloque à penser que c'était finalement le plus ignorant des participants qui serait le mieux placé pour dresser un rapport de synthèse !

Je dois d'abord vous préciser que je ne ferai pas une synthèse des synthèses qui vous ont été présentées.

Cherchant, cette nuit, l'inspiration pour la préparation de ce propos, je me suis souvenu de ce proverbe chinois qui dit que quand le sage montre les étoiles, le sot regarde le doigt.

Vous avez bien compris que le sage, ce sont les experts, les étoiles, la dimension européenne, M. le Premier Président vous nous en parlera dans quelques instants pour clôturer nos travaux, tandis que moi, je vous parlerai du doigt.

Mme Griss nous a présenté hier avec beaucoup de talent l'état des lieux dressé à partir des réponses au questionnaire qui avait été envoyé aux adhérents du réseau des présidents des cours suprêmes de l'Union européenne.

Au-delà du constat que nous connaissions de l'existence de deux modèles concurrents, l'un, de type continental, fondé sur l'idée que l'expert est le mandataire du juge dont il tire sa légitimité et ses pouvoirs, l'autre, que l'on rattache à la common law, qui réduit l'expert à une sorte de « grand témoin » dont l'avis est invoqué par la partie qui le choisit, et le rémunère, le nombre de principes auxquels nous adhérons est finalement plus nombreux que les divergences qui nous séparent.

Nous sommes en effet unanimes pour :

- distinguer nettement les rôles respectifs du juge et de l'expert, l'un dit le droit et tranche le litige tandis que l'autre apporte un éclairage sur une question factuelle à laquelle le premier ne peut répondre seul,
- le droit des parties de conserver, en dépit du légitime pouvoir du juge de conduire le procès, la maîtrise du coût et de la durée des opérations d'expertise,
- l'exigence du respect des obligations découlant du droit au procès équitable.

Les rapporteurs des différents ateliers auxquels nous avons participé hier vous ont ce matin, d'une meilleure façon que je n'aurais jamais pu faire, restitué leurs travaux, vos travaux. Le fait que nous ayons pu ainsi, en moins de deux jours, mettre d'accord une assemblée si diverse sur des recommandations aussi précises témoigne du réalisme, malheureusement parfois à tort mis en cause, des fondateurs de l'institut européen de l'expertise et de l'expert. Ils sont finalement parvenus à donner corps à l'idée d'une expertise judiciaire de qualité et harmonisée dans les pays de l'Union européenne.

Je me bornerai, pour les quelques minutes qui me sont concédées, à vous faire part des réflexions, forcément superficielles puisque je n'ai eu que quelques heures pour les formaliser, que m'ont inspiré nos travaux.

Vous savez que les juristes français ont pris l'habitude de présenter leurs idées en deux parties, mais parce qu'aujourd'hui j'ai la chance de ne pas être dans mon milieu habituel, de plus en Belgique, je prendrai quelques libertés avec cette dialectique et présenterai cette synthèse en trois parties.

Tout d'abord le constat d'une interrogation :

On peut se demander si le propre de ce débat n'était pas de nous conduire à nous interroger sur ce que l'on attend de l'expert. Quelle est sa mission et quelles sont les qualités attendues de lui ? Ces attentes sont-elles identiques dans tous les pays et selon les différents acteurs qui interviennent dans l'instance ?

Il est traditionnel, on le sait, mais toujours utile à redire, que l'expert donne au juge un avis technique sans se prononcer sur le droit, alors qu'il appartient au juge, nanti de l'expertise, de statuer sur l'application de celui-ci. C'est pourquoi, partout en Europe, la loi ou la jurisprudence fait interdiction au juge, à qui il appartient de trancher le litige, de déléguer ses pouvoirs en confiant à l'expert une mission portant sur une question de droit. Je me souviens que lorsque j'étais à la Cour de cassation, nous sanctionnions systématiquement les juridictions du fond qui enfreignaient cette interdiction.

Mais cette distinction entre le fait et le droit est parfois difficile à opérer tant il est vrai, en matière de responsabilité civile par exemple, qu'entre la non-

conformité d'un comportement aux « règles de l'art » et la faute au sens juridique du terme, il y a peu, en tout cas peu à apprécier. Le point de vue technique et le point de vue juridique ne sont cependant pas identiques, et M. Zupancic nous l'a exposé avec beaucoup de brio hier, même si l'humilité conduit à être rassuré par une convergence de ces deux points de vue. Un auteur a même à ce sujet plaisamment écrit avec quelque provocation : « *un technicien qui vous donne raison est un expert ; un expert qui vous donne tort n'est qu'un technocrate* »¹. Il demeure donc que c'est la noblesse de l'office de l'expert et de celui du juge que d'être respectivement indépendants l'un de l'autre.

Une expérience de plus vingt deux années d'activité judiciaire me conduit à penser que dans près des deux tiers des procès en matière civile, la question du fait est au cœur du débat. Tout le monde a été d'accord pour considérer que le juge n'est pas lié par les conclusions de l'expert. Cependant, une étude réalisée par l'université de Paris I en 1998 a montré que, sur les expertises ordonnées au cours de l'année 1995 par le tribunal de commerce de Paris, les juges s'étaient inspirés de l'avis de l'expert dans plus de 90% des cas. Un auteur, plutôt que de considérer ce phénomène comme logique, s'en est au contraire inquiété en déplorant « *une propension insidieuse à l'adoption pure et simple, fréquemment observées, des rapports d'experts, aboutissant de facto à consacrer de véritables délégations de la fonction judiciaire* »².

On comprend que, dans ces conditions, les parties, à la réception du rapport de l'expert, se montrent plutôt enclines à se concilier sur les bases des ses conclusions plutôt que de poursuivre une procédure couteuse et qui a toutes les chances de se conclure dans le sens préconisé par l'homme de l'art.

Un auteur a ainsi pu écrire au 19^{ème} siècle, de façon prémonitoire, que « *les ordalies, puis la torture, puis le jury et bientôt l'expertise : tels ont été ou seroient les talismans successifs imaginés pour la découverte du vrai en justice* »³.

¹ Cl. CHAMPAUD, « Société contemporaine et métamorphose de l'expertise judiciaire », p. 63.

² B. Oppetit, 1976, 61 Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve en droit privé, Xème colloque des IEJ, Poitiers, 26-28 mai 1975, Paris, PUF

³ G. Tarde, La philosophie pénale, 1890, réédité en 1972, Cujas, p 436

Comme bien souvent, il y a le droit – le juge est libre de ne pas suivre les conclusions de l'expert – mais il y a aussi le fait – dans la réalité, le juge ne s'écarte que très rarement de ces conclusions.

Il a été rappelé hier qu'en France, et je suis sincèrement navré de devoir citer ce pays en exemple mais je crois que la situation est assez comparable en Belgique, 80% des expertises sont ordonnées par un juge qui ne tranche pas le litige et qui intervient avant tout procès (c'est le juge des référés) et 80% de ces expertises sont suivies d'un règlement du litige extra judiciaire. Cela prouve que cette dichotomie, un expert qui éclaire et un juge qui juge, est assez relative, car c'est en fin de compte l'avis de l'expert qui met un terme à ces litiges, et que les choses sont, comme toujours, beaucoup plus complexes qu'un esprit réducteur comme le mien voudrait bien pouvoir présenter.

Pour le législateur, la mission de l'expert se limite à la seule investigation technique et à la détermination d'éléments de fond. Le juge a-t-il lui aussi la même attente ? Oui dans la majorité des cas, mais nous devons nous demander si parfois le juge recourt à l'expertise, non pas pour procéder à une recherche factuelle qu'il ne pourrait pas faire lui-même, mais en réalité pour se rassurer sur son propre jugement.

L'expert est alors plus un ami qu'un collaborateur, un *amicus curiae* au sens plein du terme.

Encore faut-il préciser que l'autorité de la parole de l'expert, la valeur accordée à son expertise est tributaire de la conception que l'on a du domaine dans laquelle elle est opérée. Forte dans les domaines relevant des sciences dures, nécessairement plus faible dans ceux relevant des sciences humaines. Et encore, ajoutera-t-on, que la science, qu'elle quelle soit, n'apporte que des certitudes provisoires.

Comme l'écrivait Karl Popper « *Une théorie qui n'est réfutable par aucun événement qui se puisse concevoir est dépourvue de caractère scientifique.* »

Mais comme nous l'a si brillamment présenté M. le juge Zupancic, la dimension scientifique de l'expertise enrichit le rapport au monde que nous, gens de justice, pouvons avoir.

En cela, cet exposé préliminaire de ce haut représentant de la cour de Strasbourg a permis de lever le malentendu qui, parfois, oppose juges et experts.

En réalité, et contrairement à ce que l'on pourrait penser, leurs démarches ne se recoupent pas. L'esprit scientifique qui anime l'expert le conduit dans une quête de vérité dans laquelle il n'y a pas d'adversaire mais des forces plurielles, des conditions nécessaires et peu de certitudes. Le savoir scientifique est en outre loin d'être intangible et il serait illusoire de penser qu'il serait immuable, quel que soit l'expert. Autrement dit, il n'existe pas de neutralité du savoir, extérieure à la personne de l'expert.

Le juge, quant à lui tenu de statuer dans un délai raisonnable, et ce, quelle que soit la qualité des preuves qui lui sont données, et des certitudes qui peuvent en résulter, doit souvent se résoudre à trancher soit en recourant à des fictions juridiques (nous, les juristes, appelons cela des présomptions, soit donner raison à celui qui, en fin de compte, peut se prévaloir non pas de la vérité, mais de la thèse la plus vraisemblable et de la preuve la moins mauvaise.

L'article 1349 du code civil français définit les présomptions : ce sont des « *conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu* ». Il distingue deux types de présomptions, suivant qu'elles sont imposées au juge par la loi ou édictées par le juge.

Les présomptions légales sont imposées par la loi et dispensent la partie qui en bénéficie de rapporter la preuve de la situation juridique qu'il revendique. Elles aboutissent à une inversion de la charge de la preuve, ce qui est fondamentalement contraire à toute démarche scientifique.

Les présomptions de l'homme sont, selon l'article 1353 du code civil, *abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat*, (j'adore ce texte mais je ne suis pas certain que les parlementaires contemporains se hasarderai-ent encore à écrire qu'ils s'abandonnent aux lumières et à la prudence des juges) qui se voit reconnaître la faculté souveraine de déduire, par son raisonnement, la

preuve d'un fait de la réalité d'un autre. Là encore, reconnaître un pouvoir quasi surnaturel au juge de faire jaillir la lumière dans ces conditions est contraire à la logique de la science.

Pour paraphraser une célèbre réplique d'Audiard, « *Les juges, ça ose tout, et c'est à cela qu'on les reconnaît* ».

La participation de M. Zupancic a marqué aussi, de façon très symbolique, l'unanimité des participants pour placer l'expertise sous le signe du procès équitable. Cette unanimité est d'autant plus remarquable que, comme il a été souligné, l'article 6-1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'y fait aucunement allusion et il a fallu attendre 1998 et l'arrêt Mantovanelli pour que la Cour européenne des droits de l'homme le dise expressément. Même si tous les juges qui ont répondu au questionnaire apportent à ces mots des nuances, tous admettent comme une évidence que l'expert est tenu au respect des composantes essentielles du procès équitable que sont l'indépendance, l'impartialité et la contradiction.

En réalité, on sent bien que, penser l'expertise, c'est nécessairement penser le juge et que les deux modèles d'expertise sont le reflet des deux conceptions du juge. Aussi, quelque aspect du droit de l'expertise que l'on aborde, on déborde de la question du probatoire. L'expertise puise sa justification dans la nécessité d'apporter au juge la compréhension des éléments de fait nécessaire à la résolution du litige d'une façon loyale, complète, fiable et claire, dans un délai et à un coût raisonnables. Il s'agit donc de dispositions qui, au regard de l'importance quantitative et qualitative qu'ont prises les mesures d'instruction dans la justice moderne, présentent un caractère essentiel

A cet égard, la démonstration de M. le Président Chabanol a été éclairante : derrière la question qui pourrait paraître prosaïque de la rémunération de l'expert transparait celle, plus générale, du coût de la justice, et donc de l'accès à cette justice.

Deuxième série d'observation : est-on à l'aube de l'émergence d'un expert judiciaire européen ?

Tout le monde encore, et j'aime bien rappeler les consensus, tout le monde donc, ou presque, s'accorde à dire qu'il n'existe pas une profession d'expert mais des professionnels qui consacrent une partie plus ou moins importante du savoir accumulé au cours de leur profession au service de la justice et des justiciables. L'unanimité s'est faite aussi sur la nécessité de laisser au juge la liberté du choix de l'expert et de sa mission, de dégager des normes professionnelles communes, notamment en termes de formation et d'évaluation, de mettre en place un standard commun du déroulement des mesures d'expertise. C'était d'ailleurs l'enjeu des discussions en atelier que de proposer à la Commission européenne des recommandations en vue de l'élaboration d'un livre blanc de propositions d'harmonisation dans les différents pays de l'Union.

A cet égard, le déroulement de ces ateliers m'a paru assez bien refléter la façon dont fonctionne l'Union européenne : une direction bicéphale, des difficultés à s'accorder sur les concepts partagés et à respecter les délais, une capacité forte à débattre des heures durant sur des détails, quelques difficultés linguistiques, mais aussi beaucoup de pragmatisme, une volonté de dépasser des débats inutiles et sans fin, une volonté d'harmonisation par le haut et la vision que l'avenir s'inscrit nécessairement dans une démarche commune.

Pour autant, une incertitude demeure sur l'ambition que nous voulons donner à ces propositions : s'agit-il de promouvoir un expert européen appelé à intervenir dans les litiges relevant de la compétence des instances européenne ou de favoriser le développement de règles communes à l'ensemble des pays de l'Union.

Doit-on créer des listes européennes d'experts ou permettre l'opérabilité des listes d'un pays à l'autre et favoriser ainsi la désignation d'experts étrangers ?

Autrement dit, élabore-t-on un droit de l'expertise européenne ou un droit européen de l'expertise ?

Ou encore, peut-on proposer un « mixte » comme dit Mme Griss, c'est-à-dire élaborer des règles spécifiques pour des litiges de nature transnationale mais

pouvant aussi servir de base de référence pour un socle commun à l'ensemble des régimes propres à chacun des pays de l'Union et favoriser l'application du règlement communautaire du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des Etats membres dans le domaine d'obtention des preuves en matière civile ou commerciale. Sans doute M. le Premier Président Nue nous en parlera d'ici à quelques minutes.

Nous savons que nos juridictions nationales doivent non seulement appliquer un corpus juridique d'origine communautaire ou conventionnel qui s'épaissit chaque jour davantage, mais encore, en vertu de ce règlement, mettre en œuvre ou accompagner l'application sur le territoire national de règles de droit étranger sur le déroulement des mesures d'expertise et le statut des experts.

Après la libre circulation des hommes, des marchandises et des services, voici venir la libre circulation des preuves.

Enfin, troisième et dernière réflexion (et celle-ci, elle m'est venue davantage au cours des discussions que j'ai eues avec les uns et les autres lors des interruptions de séances et des repas, et on sait que ces échanges informels sont aussi importants que les discours publics) : l'expertise peut également remplir un rôle bien au-delà de l'enceinte judiciaire. L'expert devient alors, non pas seulement un partenaire du juge, mais aussi celui, par exemple, de la famille dont il va savoir apaiser les tensions, de l'entreprise dont il va identifier les faiblesses et à laquelle il va contribuer à l'amélioration des processus, pour reprendre un terme managérial, apporter un retour d'expérience et favoriser ainsi le développement de cette entreprise. L'expert devient alors un consultant au sens non pas juridique du terme, mais managérial.

Qu'en pensent les experts ? J'ai été frappé au cours de ces débats de constater que, finalement, les experts évoquent moins le rôle qu'ils tiennent que les qualités qui sont attendues d'eux, comme si le périmètre de leur intervention était strictement défini par la mission qui les désigne, sur laquelle ils n'envisagent pas avoir de prise. Ils s'interrogent en revanche sans cesse sur leur façon d'être.

Autrement dit, l'immutabilité de leur mission ne leur a pas interdit de développer par eux-mêmes la réflexion sur leur propre déontologie. C'est tout à leur honneur.

Pour conclure, n'est-ce pas le mérite de ce colloque que de nous avoir conduits à nous interroger aussi sur l'éthique et la déontologie de l'expert ?

C'est un incontournable triptyque qui fonde la légitimité de l'expert : compétence, objectivité et pédagogie.

L'expert, je l'ai souvent entendu au cours de nos travaux, n'est pas nécessairement le spécialiste qui sait mieux que les autres. C'est autant son savoir que sa méthode, son sens de l'écoute, son aptitude à susciter le dialogue et sa capacité à exposer clairement des choses complexes qui permet l'émergence de la solution. En fin de compte, ces qualités, cette éthique, ce respect, tant des parties que de la justice et de sa propre conscience, n'est-ce pas ce qui est aussi attendu des deux autres acteurs du procès qui ont concouru à nos travaux que sont les juges et les avocats? Exactitude, probité, honneur et conscience obligent autant ces trois fonctions qu'elles les caractérisent. Elles pourraient constituer la devise de l'institut européen de l'expertise et de l'expert.