

COLLOQUE 2004

« Recherche des causes :

***L'Expert peut-il aller au-delà
des thèses des parties ? »***

organisé par la

**COMPAGNIE NATIONALE
DES INGENIEURS DIPLOMES EXPERTS
PRES LES COURS D'APPEL
ET LES JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES**

C.N.I.D.E.C.A.

*Le lundi 29 mars 2004
au Pavillon du Parc
Parc de la Tête d'Or
à Lyon*

Introduction par Philippe COCTEAU Expert CNIDECA.

Dans le cadre de la mission qui nous a été confiée en général par les Tribunaux, on reprend les points que l'on retrouve assez rituellement dans une mission, c'est :

- Constaté les désordres, en rechercher l'origine et les causes,
- Examiner les documents contractuels,
- Donner, le cas échéant, au demandeur l'autorisation de procéder aux réparations nécessaires après avoir donné son avis sur les devis présentés,
- Donner son avis sur les préjudices allégués par les parties,
- Et quelque fois s'ajoute à la mission de donner un avis sur les solutions présentées pour remédier aux désordres et en chiffrer le coût.

Le premier point, qui est celui de constater les désordres et en rechercher l'origine et les causes, fait l'objet de notre colloque d'aujourd'hui et, en ce qui concerne les autres points, l'examen des documents contractuels, etc... feront l'objet, je pense, des colloques suivants.

Simplement, je vais rappeler que, constater des désordres, en rechercher l'origine et les causes, c'est établir une causalité, la causalité entre des désordres et leur origine. Simplement, je fais une petite parenthèse, c'est quand j'entends très souvent parler de lien de causalité, c'est un peu un pléonasme puisqu'en fait un lien de causalité signifie lien qui relie une cause à un effet. Là, aujourd'hui, le problème est surtout de regarder dans quelle mesure et jusqu'où un expert doit regarder, examiner, rechercher la causalité entre des désordres allégués par les parties et des causes qui sont en général inconnues au début de l'expertise.

Je vais, simplement, pour mémoire, vous rappeler les autres points qui font brièvement objet des autres réunions que l'on a prévues : l'examen des documents contractuels, je pense que dans cette mission, il y a un piège qui est souvent posé par les conseils des parties. En effet, si les clauses d'application de documents contractuels relèvent uniquement des données juridiques, les conditions d'application de ces clauses et par des experts relèvent du domaine technique. Il faut éviter de donner un avis sur le premier point qui est le point contractuel et bien se limiter à l'examen des documents contractuels dans l'application technique qu'ils peuvent avoir sur la mission que nous évoquons.

L'autorisation de procéder aux réparations et donner des avis, c'est aussi un sujet assez brûlant car, si vous voulez, souvent l'autorisation de procéder aux réparations conduit ou peut conduire à la destruction des preuves. Comment l'expert doit-il se conduire vis-à-vis de cela, étant donné qu'il peut très bien, lui, estimer avoir tout vu, mais que son expertise fasse après l'objet d'un appel et que, s'il a donné l'autorisation de réparer, plus rien ne sera visible lors de la contre-expertise future ou du complément d'expertise qui sera demandé. A ce moment-là, il faut savoir si l'autorisation de destruction qui est donnée par un expert peut éventuellement se retourner contre lui au titre de sa responsabilité.

En ce qui concerne les préjudices, ce sont des dommages immatériels et des dommages matériels. Pour les dommages immatériels, nous avons l'habitude, généralement, de faire appel à des spécialistes de ce domaine qui sont mieux à même que nous, techniciens, d'apprécier les pertes d'exploitation, les pertes commerciales, tous les aspects immatériels de l'affaire. En ce qui concerne les problèmes techniques qui doivent être a priori chiffrés par

l'expert technique, les problèmes que l'on se pose, ce sont : comment doit-on tenir compte de la vétusté, de l'obsolescence et des améliorations ? En ce moment, on nous dit : « *mais, vous, vous êtes expert, vous n'avez pas à vous occuper de ça. Vous nous donnez un chiffre global et après c'est le Tribunal qui tranchera* ». Je pense que le Tribunal pour trancher doit aussi, quand même, avoir un avis. Nous avons l'exemple, d'ailleurs avec Alain MARTIN où nous sommes actuellement experts: nous avons une usine qui a brûlé, il y avait des transformateurs en pyralène à l'intérieur. Les transformateurs en pyralène qui avaient 20 ans devaient être changés, je crois que c'est en 2006 ou 2008, donc ils n'avaient plus que 4 ans de durée de vie, donc si vous voulez, le préjudice ne peut être porté sur le remplacement total des transformateurs. Ce petit exemple illustre des questions que l'on a en permanence.

Derniers points, si vous voulez, sur lesquels nous avons toujours aussi certaines difficultés, c'est ce qu'on a communément coutume d'appeler « *les faits aggravants* ». Dans quelle mesure les faits aggravants doivent-ils être pris en considération ? Est-ce que le préjudice tient vraiment son origine liée à la cause de l'incendie ou est-ce qu'il y a des faits aggravants parce que les détections incendie ne marchaient pas, parce qu'il y avait des produits qui étaient entreposés qui n'auraient pas dû l'être, etc. Si vous voulez, plus l'on trouve de facteurs aggravants, plus il est difficile de se prononcer et, si on nous demande de déterminer les responsabilités, je vois mal comment un expert technique peut se permettre de dire compte tenu de ça : il y a 5 % pour un tel, 10 % pour un tel et le reste pour tel autre. Voilà les points sur lesquels nous aurons à revenir dans le futur.

**Intervention de Monsieur Roland SCHIFF
Président de Chambre et Conseiller du Président du Tribunal de Commerce de
Paris.**

Il ne me semble pas qu'il y ait lieu de vous rappeler, en radotant bien sûr, les règles qui gouvernent l'expertise.

Plutôt que de vous lire le papier préparé, qui vous est d'ailleurs peut-être remis, ce qui ne manquerait pas d'être fort ennuyeux permettez moi un peu de liberté de parole.

Il ne s'agit pas ici, pour moi, de disputer sur l'exégèse d'articles du NCPC mais d'essayer de voir les choses d'une façon pragmatique, comme il se doit pour un juge du commerce.

En premier la procédure anglo-saxonne n'est pas un virus et n'a rien de condamnable. Au contraire, si elle peut poser des problèmes d'accès à la justice en raison de son coût, elle me paraît autrement meilleure que la notre, tant en termes de qualité que de sécurité juridique. Egalement faut-il rappeler que du fait même de l'existence de la Communauté européenne un rapprochement ne serait pas inutile, de leur coté les britanniques ont fait un pas vers nous en matière d'expertise, rien ne nous interdit d'en faire un de notre coté.

Il n'y a rien de malhonnête à être expert d'assurance et il n'est pas interdit d'être assuré. On voit bien des experts judiciaires mandatés par une partie qui défendent des thèses insoutenables qui feraient rougir de honte des experts d'assurance.

Sans avoir à s'attarder sur le fait que l'expert n'a pas nécessairement tous les pouvoirs du juge, et en particulier celui de prendre en considération des faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués. Ni également de s'attarder sur l'idée que les causes d'un désordre sont constituées par des faits ! Il faut s'interroger sur la compétence technique des experts judiciaires.

Passons sur la façon dont ils sont choisis par les Cour d'Appel. Au mieux ce sont des généralistes dont l'expertise est celle de pouvoir traduire en termes compréhensibles pour le juge des questions techniques plus ou moins complexes.

L'expert judiciaire n'est sûrement pas le meilleur, ou un des meilleurs, techniciens pour un problème donné. Beaucoup l'oublent, flattés qu'ils sont par les parties, comme sinon encore plus que les juges. On sait que relativement peu d'affaires ayant donné lieu à expertise viennent ensuite devant les tribunaux et que le plus souvent les tribunaux suivent l'avis de l'expert en 1ère instance comme en appel. Autrement dit les litiges comportant des questions techniques relativement complexes sont jugés par un juge unique, l'expert, généralement pas très compétent et qui, le plus souvent, remplace l'application de la règle de droit par son idée de la Justice, ceci sans possibilité de recours.

Dans ces conditions limiter les dégâts est un devoir.

Ce n'est pas parce qu'il s'est institué une utilisation totalement abusive des dispositions de l'article 145 du NCPC ni parce que des juges par laxisme, paresse, manque de temps, ou ignorance établissent des missions contraires à la fois au règles élémentaires du NCPC ou au simple bon sens qu'il faudrait s'en satisfaire.

D'une façon pragmatique je ne vois pas d'autre solution, en matière d'expertise, qu'une procédure totalement accusatoire.

Et surtout pas la défense du faible contre le fort. Il est facile de faire la charité avec l'argent des autres, et que dire du respect de l'article 6 de la CDEH.

Ni l'équité, dont l'appréciation varie d'un individu à l'autre et dans le temps pour un même individu. Ce dont non seulement le milieu des affaires mais aussi les citoyens, en général, ont besoin est de SECURITE JURIDIQUE, et dans ce domaine la France n'est sûrement pas la mieux placée au sein de la Communauté Européenne.

Intervention de Monsieur Alain KARLESKIND Expert CNIDECA.

Je vais revenir, Monsieur le Président, sur votre idée de la mission de l'expert que vous envisagez avec une certaine perspicacité et qui ne doit pas comporter, à votre avis, la recherche de la cause des désordres. Il y a là un petit problème sur lequel je me permettrai de faire, de manière peut-être un peu longue, deux remarques.

Une qui est d'ordre général fait référence aux définitions des termes ingénieur et expert, que tout le monde connaît. Mais, en observant que en pratique les missions qui sont confiées aux ingénieurs le sont en raison de leurs connaissances techniques et, éventuellement, de leurs connaissances scientifiques, mais surtout parce que ce sont des missions d'ingénieurs, c'est-à-dire de personnes qui vont être aptes à diriger des travaux ou à participer à des recherches. Cette remarque est valable autant pour les missions qui leur sont confiées par les Tribunaux de Commerce pour des litiges concernant les entreprises que pour les autres juridictions civiles.

Une seconde remarque à pour objet de répondre à une observation que je vous ai souvent entendu faire, consistant à considérer que, dans un litige qui a pour origine un problème technique, la mission de l'expert, c'est d'éclairer le Juge qui, à partir du rapport de l'expert, ne devra pas commettre d'injustice dans son jugement et n'avoir ni faveur pour le petit ni complaisance pour le grand.

Les parties, pour ce faire, vont émettre un certain nombre de prétentions, d'allégations dont l'expert va avoir à apprécier la pertinence.

Il faut remarquer que ces allégations ne sont pas toujours contradictoires. Et si l'expert peut vérifier qu'elles sont la preuve pertinente des faits à l'origine du litige, il ne lui est pas possible de vérifier leur pertinence en ce qui concerne les causes, s'il ne procède pas à un contrôle éventuel de celles paraissant douteuses ou s'il ne complète pas celles qui vont peut-être pêcher par omission.

Et puis, dans les missions qui sont confiées à l'expert, les parties n'ont pas forcément la même compétence pour formuler leurs allégations. Le litige peut ainsi concerner une importante société qui a pour client une petite entreprise et là, l'inégalité technique va apparaître d'une manière évidente: le petit peut constater les faits mais il risque de n'avoir aucune idée sur leurs causes. Dans ces conditions, il n'y aura pas un équilibre des armes qui comme le principe du contradictoire constitue un des deux fondements des procès équitables.

Et puis, je dirais aussi, pour l'avoir vécu, qu'il peut arriver que ni l'une ni l'autre des parties ne parvienne à expliquer la cause des désordres et se limite à énoncer des hypothèses qui peuvent être hypothétiques et non vérifiées. Dans ce cas la mission de l'expert devient particulièrement importante. Pour bien éclairer le Juge, il convient qu'il aborde le problème technique avec une objectivité sans faille et avec une totale indépendance qui puisse lui permettre grâce à des investigations pertinentes d'établir la cause des désordres.

Il convient d'ailleurs de noter que cette démarche relève fréquemment des missions qui sont confiées aux ingénieurs. L'expert alors, dans une opération de management parfaitement contradictoire, va aider à la recherche de la cause des désordres. Je crois avoir pratiqué ainsi, comme de nombreux autres experts, avec un succès utile et nécessaire, car en effet si l'expert

parvient à identifier la cause des désordres et bien, il permettra au Juge de décider en toute impartialité.

Vous faites référence, Monsieur le Président à des principes assez rigoristes et certes très respectables mais, est-ce que ceux-ci sont encore significatifs, voire recommandables au regard par exemple d'un principe très en vogue tel que l'assurance qualité qui préconisent la satisfaction des clients, terme générique s'il en est, que sont en fait les parties au procès ?

Face au siège de la SMABTP il existe une stèle en hommage à E. Zola sur laquelle il est mentionné : « *Il n'est de justice que dans la vérité* »

Je crois que dans les missions qui sont confiées aux ingénieurs experts, il leur est demandé, en application pleine et entière de leur fonction, de participer à l'œuvre de justice. L'œuvre de justice pour moi, c'est la véracité des faits.

Je pense que toute disposition à l'encontre de cette démarche, en particulier à une époque où il existera vraisemblablement à terme une européanisation de la justice risque de correspondre à une condamnation de l'expertise à la française.

Intervention de Monsieur Philippe SUMEIRE Directeur Juridique du Groupe SEB.

EXPERTISE JUDICIAIRE : LES ATTENTES DE L'ENTREPRISE

L'entreprise recherche avant tout la sécurité et la prévisibilité raisonnable des décisions dès lors qu'elle est confrontée au monde judiciaire.

Cela est vrai pour les actes des institutions judiciaires elles-mêmes, mais aussi de ceux de leurs auxiliaires au rang desquels figurent en bonne place les experts judiciaires.

Leur intervention est en effet recherchée dans des affaires où la complexité technique est souvent le corollaire d'enjeux financiers importants.

Pour l'entreprise, l'expert judiciaire doit "tendre à établir les causes et circonstances du sinistre afin de favoriser l'exercice du recours contre le responsable de ce dernier."

Il doit le faire dans le cadre de la mission qui lui est assignée par le juge.

Cependant, aucun contrat ne liant l'expert judiciaire à la juridiction ou au magistrat qui l'a nommé et aux parties à l'instance, il ne répond que de son fait, de son imprudence ou de sa négligence.

Il n'est donc pas responsable des avis qu'il donne puisque ces avis n'engagent ni le juge, ni les parties à l'instance qui peuvent les critiquer, les discuter.

De surcroît, au plan des délais et des coûts de la procédure, l'intervention d'un expert est une cause supplémentaire d'aléas, compensée par l'espoir que la lumière sera faite et que donc justice sera rendue.

Sans pour autant perdre de vue le caractère délicat de sa mission, l'entreprise attend de l'expert qu'il respecte les règles suivantes :

Qu'il accomplisse sa mission avec conscience, objectivité et impartialité, mais aussi et surtout avec diligence, en donnant l'impulsion nécessaire afin d'éviter les pratiques dilatoires.

Qu'il respecte le principe du contradictoire, à l'exception de certaines investigations purement matérielles ou scientifiques. Dans ce cas, il devra faire part de ses constatations et fournir tous les éléments utiles à la discussion.

Qu'il fasse en sorte que la communication des pièces soit respectée, faute de quoi il pourra rendre son rapport en l'état, afin de ne pas céder aux pratiques dilatoires.

Qu'il prenne en considération les observations et réclamations des parties et les joigne à son rapport si elles sont sous forme de dires.

Dans son rapport, qu'il réponde à l'ensemble de sa mission.

L'expert ne peut pas :

- porter d'appréciation d'ordre juridique ;
- fixer les parts de responsabilité de chacune des parties.

La difficulté de l'expertise judiciaire est l'aspect technique qui n'est pas toujours accessible à tous pour comprendre comment se pose le problème, comment il s'analyse et quelles sont les théories en présence.

En ce sens, il a aussi un rôle pédagogique.

Si cette clarté n'est pas respectée, le tribunal qui ne comprendra pas les questions techniques soulevées par les intervenants, sera naturellement enclin à entériner le rapport de l'expert judiciaire qui, par définition, jouit de sa confiance puisque c'est lui qui l'a nommé.

Dès lors, l'expert ne peut se cantonner à porter une appréciation de fait sur les seules prétentions des parties, mais il ne peut non plus se substituer au juge, dérive parfois possible tant l'institution judiciaire est encline, au plan civil et commercial, à renoncer elle-même à ses prérogatives.

Bien que l'expert judiciaire réponde pénalement et civilement des trois infractions suivantes :

- la violation du secret professionnel,
- le délit de corruption,
- le délit de fausse déclaration pour certaines professions, notamment médicales,

L'entreprise devrait pouvoir faire intervenir le tribunal dans les cas suivants :

- en cas de dérive de l'expertise sur la forme, c'est-à-dire si l'expert ne respecte pas les règles citées plus haut ;
- en cas de contestation importante sur le fond en cours d'expertise, pour la nomination d'un sapiteur à la demande de l'une des parties.

Enfin, il nous semble qu'une charte de l'expertise devrait être établie, accessible à tous.

Intervention de Maître Marc BUFFARD Avocat au Barreau de Lyon

On peut se demander si l'idée selon laquelle l'Expert ne pourrait, dans la recherche des causes d'un sinistre, que choisir parmi les propositions techniques qui lui seraient faites par les parties ou leurs Conseils, au motif que l'article 9 du Nouveau Code de Procédure Civile fait peser sur chaque partie la charge de la preuve des faits qu'elle allègue, est une provocation ou si elle doit être considérée comme une nouvelle manifestation de la contamination anglo-saxonne de notre système juridique.

Elle se heurte heureusement à notre Droit tant il est vrai que, si elle devait être mise en œuvre, elle paralyserait radicalement le cours d'une Justice déjà bien malade dans laquelle c'est, bien souvent, la qualité de l'expertise qui surnage.

Ce problème s'inscrit dans la distinction traditionnelle, sur laquelle reviendra Monsieur le Conseiller DENIZON, entre la procédure accusatoire (telle qu'elle existe en France depuis environ la moitié du 19^{ème} siècle), et la procédure inquisitoire. Dans le premier cas le procès est, suivant le vieil adage, "*la chose des parties*" et dans le deuxième le Juge est l'arbitre des propositions des parties.

On voit donc que c'est dans une logique de "*tout accusatoire*" que la thèse soutenue par Monsieur le Président SCHIFF s'inscrit. Mais notre droit, et je serais tenté de dire heureusement, constitue aujourd'hui une sorte de panachage entre ces deux extrêmes (ce qui explique sans doute les hésitations) depuis, particulièrement, un rapport établi par Monsieur J.M. COULON au Garde des Sceaux en 1997 dont les principes inspirent depuis le législateur.

Pour autant le principe de base reste celui posé par l'article 12 du Nouveau Code de Procédure Civile : "*Le Juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée.*".

Si l'on admet, et je crois qu'il faut l'admettre, que l'Expert tenant ses pouvoirs du Juge il ne peut en avoir plus que lui on peut transférer ce principe à l'expertise en remplaçant la règle de droit par l'analyse technique ce qui donnerait : "*L'Expert propose une solution technique conformément à l'analyse scientifique des causes ; il doit donner ou restituer leur exacte analyse aux faits litigieux sans s'arrêter à celle que les parties en auraient proposée.*". Car, enfin, à l'origine il y a des faits. Ces faits doivent être prouvés et cela seules les parties sont en mesure de le faire. C'est pourquoi l'article 146 alinéa 2 du Nouveau Code de Procédure Civile dispose que : "*en aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve*".

L'un de vos Confrères (Patrick GORDON) s'est beaucoup interrogé en 1999 dans la Gazette du Palais sur la distinction à faire entre prouver et démontrer. Je crois que si la preuve de l'existence des faits appartient aux parties, la démonstration de la cause technique et non juridique de ces faits appartient elle évidemment à l'Expert au terme de son raisonnement scientifique. Et j'en trouve, à mon tour, la preuve dans l'article 9 du Nouveau Code de Procédure Civile : "*Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention.*" et à l'article 6 : "*A l'appui de leurs prétentions les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à les fonder.*".

On le voit d'emblée : ce sont les faits qui sont visés et certainement pas l'analyse des causes techniques de ces faits dont c'est précisément le rôle de l'expertise. Les faits ce sont : l'existence ou non d'une fissure, d'un effondrement, d'un incendie, d'un dysfonctionnement quelconque, ils nécessitent une analyse : juridique (quelles sont les responsabilités, y a-t-il une garantie due, quel texte légal doit s'appliquer ?) et technique (quelles en sont les causes ?).

L'analyse juridique revient indiscutablement au Juge qui peut s'affranchir, sous réserve du respect du principe du contradictoire (art. 16 al 3 du Nouveau Code de Procédure Civile) des propositions des parties en la matière : *“Présomption de contradiction. Les documents et autres éléments sur lesquels les juges se sont fondés et dont la production n'a pas été contestée devant eux sont présumés, sauf preuve contraire, avoir été régulièrement produits aux débats et discutés contradictoirement.”*.

Quant à l'analyse technique c'est le domaine de l'Expert (article 232 du Nouveau Code de Procédure Civile) : *“Le juge peut commettre toute personne de son choix pour l'éclairer par des constatations, par une consultation ou par une expertise sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien”* c'est là que le Juge a besoin de ses lumières pour comprendre ce qui a provoqué les faits allégués dont l'existence a été prouvée et, l'ayant compris, pour déterminer les responsabilités ce qui est toujours rappelé par la Cour de Cassation comme étant de l'essence même du rôle du Juge. (Condamnation des pourcentages fixés par l'Expert ; il faudrait des pourcentages du rôle causal mais non de la responsabilité.). Et l'Expert dans son analyse technique, basée sur son raisonnement scientifique peut parfaitement alors, à l'instar du Juge lors de son analyse juridique, rechercher les causes en dehors des propositions des parties dont il peut aussi parfaitement tenir compte ; il devra lui aussi respecter le sacro-saint principe du contradictoire en invitant les parties à s'expliquer sur les causes qu'il aurait découvertes (CR de réunions – pré-rapport). C'est pourquoi l'article 15 du Nouveau Code de Procédure Civile distingue : les moyens de fait, les éléments de preuve, et les moyens de droit. *“Les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elle fondent leur prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense.”*.

Remettons les choses dans l'ordre :

- | | |
|-----------------------------------|--|
| 1 - Les éléments de preuve | Les parties |
| 2 - Les moyens de fait : | C'est l'analyse technique :
propositions des parties et avis de l'Expert. |
| 3 – Les moyens de droit : | C'est l'analyse juridique :
propositions des parties et jugement. |

Dans sa recherche des causes techniques, l'Expert pourra, comme le peut le Juge dont il est en quelque sorte le prolongement technique, prendre en considération des faits non visés par les parties. C'est l'article 7 du Nouveau Code de Procédure Civile qui l'autorise : *“Parmi les éléments du débat, le Juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions.”*.

Mais il peut aussi, sous couvert des pouvoirs du Juge, solliciter les explications des parties : article 8 du Nouveau Code de Procédure Civile : *“inviter les parties à fournir les explications*

de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige". Car n'oublions pas que l'Expert doit éclairer le Juge "sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien.". (article 232 du Nouveau Code de Procédure Civile). Pour la Cour de Cassation cette question relève de l'appréciation souveraine des Juges du fond. Il n'est pas dit par le Code que l'Expert doive, en tout et pour tout, aider le Juge à faire le choix entre des solutions techniques proposées par les parties... Les "lumières" de l'Expert vont manifestement bien au-delà ! Ne perdons pas de vue que les causes d'un sinistre n'intéressent pas particulièrement les parties qui allèguent des faits et demandent la réparation d'un préjudice ; cette question des causes est en revanche primordiale pour la détermination des responsabilités et ça c'est, par essence même, l'office du Juge.

La thèse soutenue ne se fonde donc que par illusion sur des dispositions du Nouveau Code de Procédure Civile qui ne la contiennent pas, mais, pire encore, si elle était retenue elle entraînerait ipso facto une paralysie de la Justice nécessitant l'expertise technique. Imaginons la scène : l'Expert nouvellement désigné a convoqué régulièrement les parties et, dans le cadre d'une première réunion, leur demande leur analyse respective sur les causes du sinistre... Bonheur des Experts d'assurances qui vont trouver là une consécration inespérée et rivaliser d'imagination, chacun trouvant bien sûr la cause qui sert les intérêts de sa mandante ! Et les particuliers qui ne pourront pas se payer, ou même simplement trouver un Expert attaché à les défendre ?

Il ne s'agit pas, grâce à la bénédiction de la Sainte Bible, de dénier au Juge le droit de protéger la veuve et l'orphelin, mais uniquement de se soucier d'abord, justement, de l'égalité des armes accessibles aux parties et donc du caractère équitable du procès. En recherchant lui-même les causes (elles sont souvent multiples), l'Expert, s'il s'intéresse bien évidemment au litige, n'épouse pas pour autant les intérêts de telle ou telle partie (il le ferait beaucoup plus s'il choisissait une proposition plutôt qu'une autre...). Et lorsque les parties (même avec des Experts) n'auraient pas trouvé les causes (cela arrive), n'auraient-elles plus le droit à être indemnisées ? C'est aussi la grandeur et la servitude de l'Expert Judiciaire de devoir répondre aux questions qui lui sont posées à travers sa mission et de, toujours, proposer une solution technique au litige. En ce sens son utilité est immense.

Il ne faut pas oublier non plus que de nombreux fondements à la responsabilité, les articles 1792 et suivants du Code Civil notamment, ne dépendent pas des causes puisqu'ils édictent des présomptions de responsabilité et des obligations de résultat. La partie demanderesse qui en bénéficie ne pourrait-elle pas obtenir satisfaction parce qu'elle serait incapable de suggérer à l'Expert que la fissure ouverte de 50 cm qui coupe en deux sa maison a pour cause un glissement du terrain d'assise ? La réponse à la question du Juge sur les causes d'un sinistre se trouve aussi bien souvent à l'issue de longues et lourdes opérations techniques d'investigation dirigées par l'Expert et qui ne seraient nullement accessibles aux parties ; comment un ingénieur structures, défendeur à l'instance, pourrait-il par exemple, avant l'expertise, faire réaliser chez le maître d'ouvrage les sondages destructifs nécessaires pour établir l'existence du glissement du sol et innocenter dès lors son étude BA ?

De ce point de vue l'Expert devient le chef d'une entreprise dont la mission est de réunir, en quelque sorte sur un même plateau, tous les tenants et aboutissants d'un problème technique afin de livrer au Juge et aux parties un produit fini consistant dans la description du problème, de ses causes et encore de ses solutions techniques. Car c'est autant des causes que de la solution que dépend ensuite la décision du Juge qui devra dire qui il condamne et pour quoi, pour combien.

On peut cependant s'arrêter à la question des préjudices : il appartient dans ce cas indiscutablement aux parties qui s'en plaignent de prouver l'existence de leur préjudice et de l'estimer ; mais entre l'exagération des plus du demandeur et celle des moins du défendeur, l'Expert chargé par le Juge de donner une valeur qui se rapproche le mieux de la réalité ne pourrait alors que choisir les plus ou les moins ? Tout le monde sait que la vérité se trouve la plupart du temps entre les deux propositions des parties, et c'est là que se trouve l'équité que recherche le Juge grâce aux lumières du technicien.

Peut-être en définitive pouvons-nous nous rapprocher d'une solution "*accusatoire*" pour ce qui est de la définition détaillée de la solution réparatrice ainsi que de son chiffrage. Dans ce cas, et c'est ainsi apparemment que l'entend la Cour de Cassation, l'Expert doit se contenter de définir un descriptif général de la solution mais sa mission n'est pas de faire de l'ingénierie : il se contentera alors d'arbitrer entre le dossier de maîtrise d'œuvre que produira le demandeur et les critiques que ne manqueront pas d'imaginer les défendeurs... Mais ceci n'est qu'une exception qui confirme la règle : l'Expert ne doit effectivement pas être intéressé au litige par la mise en place dans le détail de la solution réparatrice. (Il ne s'agit plus alors d'une analyse technique mais à nouveau de faits qui échoient aux parties.)

En fait, le sujet nous renvoie à beaucoup de choses, c'est un petit peu sans doute l'explication de nos dérives et des expertises judiciaires qui fonctionnent bien. Et lorsqu'elles fonctionnent mal, c'est parce que nous avons - vous savez en général c'est la loi des séries - , une série de choses qui fonctionnent mal: nous avons peut-être une mission qui n'a pas collé à la réalité du problème au départ - je prendrais ma part bien entendu, parce que ces missions, elles sont aussi proposées aux Juges par les avocats -, nous avons peut-être un expert qui s'est mal levé ce matin, nous en avons aussi qui sont malades, je pense à un expert qui m'appelle tous les six mois pour me dire, je suis bien embêté mais il a tous les malheurs de la terre et qu'est-ce que vous voulez que je fasse, un coup, c'est sa femme qui est hospitalisée, le lendemain c'est lui qui a une grave maladie, qu'est-ce que vous voulez que je fasse ? Je compatiss.

Ce ne sont pas ces exemples-là qui vont me permettre de dire ou vous permettre de dire, ou permettre à quelqu'un de dire aujourd'hui que l'expertise fonctionne mal lorsqu'on lui a donné la bonne mission, lorsqu'il prend le temps nécessaire. Et là, je voudrais vraiment répondre aux représentants de l'entreprise, il y en a un mais, en écoutant, j'entendais « Urgence, urgence, urgence, rapidité, rapidité » et causes ? Moi, ça ne m'intéresse pas. Ecoutez, on va prendre des pièces de monnaie, vous choisissez pile ou face, je la lance en l'air, ça peut prendre trois minutes peut-être cinq si on boit un verre après et puis voilà, vous serez content. Vous aurez résolu votre problème, ça aura été très vite mais vous ne parlez pas de causes. Or, je vous rappelle aujourd'hui qu'on recherche les causes. Ce n'est pas facile de trouver les causes. Et en général, l'expertise judiciaire trouve les causes. Alors, je ne suis pas, moi, un scientifique. Peut-être que les experts abuseraient les Juges à chaque fois, je ne crois pas. Je crois que dans l'ensemble, j'ai accès à une explication technique qui s'emboîte bien et qui va ensuite permettre d'arrêter là le procès.

80 % des rapports d'expertise ne déboucheraient pas sur un procès et bien, c'est merveilleux parce que ça veut dire que ça marche. Ça veut dire que grâce à la recherche de ces causes, grâce au raisonnement de l'expert judiciaire, à sa force de conviction dans le sens démontrer, l'expert a démontré quelque chose. Ça veut dire que tous les gens intelligents, finalement, se sont retrouvés autour de ce rapport d'expertise et ont décidé d'arrêter là. Si ce rapport d'expertise a pris trois mois, six mois, même s'il a pris huit mois, même s'il en a pris dix, si

c'est quelque chose de très important ou très lourd, convenez avec moi que ce n'est pas si mal comme résultat. Moi, en tous les cas, je préfère ça à la pièce de monnaie.

Voilà tout ce que je pouvais vous dire aujourd'hui, excusez-moi de cette défense un petit peu trop lourde de la profession d'expert judiciaire mais la défense, c'est tout ce que je sais faire !

Intervention de Maître Jacques GUIMET Avocat au Barreau de Lyon.

Intérêt de la question : double réflexion sur les pouvoirs du Juge et sur l'encadrement de la mission du technicien qu'il désigne.

Derrière cette question, c'est en réalité celle des pouvoirs du juge judiciaire qui est posée :

La frontière entre les procédures accusatoires et inquisitoires ne concerne que le Juge Judiciaire soumis au Nouveau Code de Procédure Civile. Elle ne peut concerner notamment ni le Juge Administratif, ni le Juge Pénal.

Le principe DISPOSITIF signifie que les parties ont la maîtrise de la matière litigieuse mais l'étendue de ce pouvoir est partagée avec le Juge :

LES FAITS : articles 4 à 7: le Juge a interdiction de fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat mais :

- Article 7 alinéa 2 : il peut fonder sa décision sur « *les éléments du débat* ». Ces faits « *adventices* » sont définis de manière large par la jurisprudence :

Cass. Com. 8 janvier 2002 : « *Les Juges du fond ne modifient pas les termes du litige et ne méconnaissent pas les droits de la défense en prenant en considération les éléments de fait résultant des documents produits* ».

- Article 8 : il peut inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige.

LE DROIT : le Juge est maître du droit : il peut librement qualifier ou requalifier.

LA PREUVE DES FAITS : c'est une coopération JUGE/PARTIES.

- article 9 : « *il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* ».

Mais article 10 : Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction, légalement admissibles.

Article 143 : « *les faits dont dépend la solution* ».

Article 144 : « *Le Juge ne dispose pas d'éléments suffisants pour statuer* ».

→ L'ultra petita ou l'extra petita n'enferment pas le Juge judiciaire dans le cadre étroit des affirmations contradictoires des parties ; sa seule véritable limite est de trancher l'objet du litige au vu des prétentions des parties et les règles applicables à l'expertise judiciaire sont dérivées de celles qui s'appliquent au Juge lui-même.

Le seul cadre des investigations du technicien est délimité par sa mission

Le technicien est commis pour éclairer le juge sur l'objet de sa mission et non pour arbitrer les thèses des plaideurs :

L'expert ne dessaisit pas le JUGE et la mesure d'instruction est exécutée sous le contrôle du Juge :

Le technicien est commis par décision de justice, qui doit respecter les principes régissant les rôles respectifs des plaideurs et du Juge. Elle définit la MISSION qui délimite le cadre de la mesure d'instruction.

Il est saisi par le JUGE et non par les plaideurs.

La mission est ordonnée pour éclairer le Juge sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien (art. 232).

Le destinataire du rapport est le Juge,

Le texte de l'article 232 est clair :

« Le Juge peut commettre toute personne de son choix pour l'éclairer par des constatations, par une consultation ou par une expertise sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien. »

Le technicien est un auxiliaire et non un arbitre qui compterait les points et se substituerait au Juge pour apprécier les allégations des parties.

Là encore, le texte ne souffre aucune interprétation :

Article 238 : *« Le technicien doit donner SON avis sur les points pour l'examen desquels il a été commis. »*

Il ne peut ainsi considérer que son rôle est uniquement d'apprécier la valeur technique respective des thèses en présence ou des DIRES des plaideurs.

S'il se contentait de ce rôle passif, cette négligence pourrait engager sa responsabilité en ce sens :

« Ont été, par ailleurs, jugées fautives, les négligences commises par l'expert qui, par exemple, ne s'est pas procuré un certificat d'urbanisme fixant les conditions de constructibilité d'un terrain, alors qu'il était chargé de l'évaluer (CA VERSAILLES, 31 janv. 1991, préc. N° 134) ou de ne pas avoir poussé plus avant ses investigations, alors que n'ayant aucune certitude quant à la cause des désordres, il lui appartenait de ne pas négliger d'autres éventualités (Cass. 2^e Civ. ; 20 juill. 1993 : Gaz. Pal. 1993, 2, pan. Jurisp. P. 301). »

Le respect du contradictoire ne signifie pas que l'expert doit abandonner la direction des opérations d'expertise au profit des parties.

Bien au contraire, ce sont les plaideurs qui ne doivent pas entraver le bon déroulement des opérations d'expertise :

« Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au Juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus.

Si une partie détient un élément de preuve, le Juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime. »

En revanche, il ne peut sortir du cadre de ladite Mission :

Il ne peut spontanément étendre sa mission à une autre question de fait que celle qui lui a été posée par le Juge.

La mission doit définir avec précision le contour de la matière litigieuse et, s'il existe une difficulté, seul le Juge peut accroître ou restreindre le cadre de cette mesure d'instruction (art. 236).

Les faits sur lesquels porte l'expertise sont uniquement définis par le Juge sauf accord écrit des parties.

La rédaction de la mission délimite précisément le cadre des investigations de l'expert et il est essentiel qu'elle soit exhaustive et adaptée à l'objet du litige.

Il s'agit d'une mission technique qui lui interdit toute appréciation juridique (article 238) et consiste à répondre aux questions précises qui lui sont posées.

Intervention de Monsieur Jean DENIZON Conseiller à la Cour d'Appel de Lyon.

La question posée nous conduit en premier lieu à comparer très rapidement la procédure expertale Anglo-saxonne et celle de la France.

Dans la première et jusqu'à une récente réforme de 1999 chaque partie choisissait son expert qui réalisait son expertise à partir de la mission qui lui était confiée et le rapport était exposé oralement à l'audience, l'expert répondant à un interrogatoire et à un contre interrogatoire. Le procès est bien la chose des parties, le juge est un arbitre dans un système contradictoire absolu.

Dans la seconde la procédure est très réglementée et l'expert devient l'auxiliaire du juge et non celui des parties.

Pour ces raisons l'expert doit être objectif et impartial, ses opérations sont rythmées par le juge, sa mission bien définie en fonction des éléments de faits du litige et il semblerait logique qu'il ne puisse aller au-delà des thèses des parties.

En effet conformément à l'article 232 du NCPC, il est choisi pour éclairer le juge sur une question de fait.

Cependant l'expert peut être contraint d'aller au-delà des thèses des parties en raison de l'imprécision du fondement de l'action ou de l'objet même de sa mission.

En matière de construction, domaine auquel je limiterai mes propos, l'action en réparation est trop souvent simplement engagée sans fondement précis et l'expert va donc décrire des malfaçons dans un contexte juridique de responsabilité légale sans faute ou de responsabilité contractuelle qu'il ne lui appartient pas de définir.

Mais au fur et à mesure des investigations ce contexte va se préciser et orienter les conclusions de l'expert et par la même la thèse des parties.

L'objet même de la mission peut également conduire l'expert dans cette voie. Dans une mission formulée en termes généraux, il est souvent demandé de dire si les désordres sont apparus avant ou après la réception.

Il s'agit d'une notion essentielle très juridique qui peut se déduire à partir d'éléments de fait tels qu'un PV, ce qui est sans problème, mais aussi d'une prise de possession non équivoque et là encore bien que l'expert ne dise pas le droit, son appréhension des faits et les conclusions qu'il en tirera vont guider les thèses des parties, par exemple vers une prescription si l'expertise a permis de déterminer une date précise.

Le problème peut se compliquer en matière de vente d'appartements avec la distinction délicate entre la réception et la livraison, même si cela reste l'affaire du juge.

De même, l'expert auquel il est demandé de rechercher les causes et de donner un avis sur les responsabilités peut donner au litige un éclairage différent.

Ainsi le maître de l'ouvrage pensait faire un procès au maçon en raison d'une exécution défectueuse alors que les opérations d'expertise mettent en lumière une faute de conception exclusive qui va nécessiter l'appel en cause de l'architecte.

Sur ce point important, si une extension s'avère nécessaire, l'expert en fait rapport au juge (a 279 du NCPC) et les parties feront des appels en cause. Elles sont maîtresses du procès mais l'évolution de la procédure a été commandée par l'expertise sous le contrôle du juge.

La pratique montre aussi que dans de nombreux litiges de construction l'expert suggère un partage de responsabilité qui ne lie pas le juge mais à partir duquel les parties vont ventiler leurs demandes.

Enfin au niveau de la réparation, il est habituellement demandé à l'expert de préconiser des solutions en les chiffrant.

De la réparation la plus sommaire à la démolition avec reconstruction la marge est telle que les plaideurs vont devoir affiner leurs demandes.

Ainsi peut on voir une demande en résiliation de contrat ou en démolition se transformer en demande en dommages et intérêts.

Tous ces exemples démontrent à quel point les opérations d'expertise, du moins dans le domaine de la construction, peuvent faire évoluer la perception que chaque partie a du litige et il serait irréaliste de penser que leur thèse initiale constituerait une limite aux investigations de l'expert.

Ces limites existent bien grâce au contrôle du juge en relation permanente avec l'expert chargé de l'éclairer.

On peut conclure qu'au regard des prétentions et des éléments de faits soumis à l'appréciation du juge, la thèse d'une partie est en fait son souhait d'obtenir une décision juste à laquelle l'expert participe nécessairement.

