

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

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

Colloque du 9 avril 2009

Sous la présidence de Mr Vincent VIGNEAU

**Conseiller référendaire à la Cour de Cassation
Professeur associé à l'Université de Versailles
Coauteur du DALLOZ Action : « Droit de l'expertise »**

« Expertise et Conciliation »

**Le Pavillon Dauphine
Place du Maréchal de Lattre de Tassigny
75116 PARIS**

Sommaire

Colloque du 9 avril 2009	1
Propos d'ouverture - M. Vincent VIGNEAU, Président	4
Le constat – M. Alain LELUAN Expert CNIDECA.	8
Enjeux et attentes de l'avocat - Me Christian LAMBARD Avocat.....	11
Le point de vue des conseils techniques des parties – M. Daniel FAISANTIEU - Expert d'assurance.	22
Point de vue de l'entreprise - M. Michel BOULAND - Directeur juridique France du Groupe DALKIA.....	27
Article 145 et solution du litige - M. Jacques POIRIER – Expert CNIDECA.	35
Les expertises amiables - Me Stanley CHANEY - Avocat.....	43
Clôture par M. Vincent VIGNEAU, Président.	57

M. Alain MARTIN- Président de la CNIDECA.

Je vous souhaite la bienvenue pour cet après-midi.

Nous avons un colloque particulièrement choisi et intéressant, présidé par Monsieur le Conseiller Vigneau, lui-même co-auteur du livre « Le droit de l'expertise » édité par Dalloz.

Je vous incite évidemment à lire ce livre indispensable pour les experts.

Par ailleurs, nous avons mis à votre disposition :

- les annuaires édition 2008/09 de la CNIDECA, qui ont la particularité de présenter les CV de nos experts de façon que justiciables, magistrats ou avocats puissent choisir en connaissance de cause le bon expert pour une expertise donnée, ou tout au moins mieux le connaître,
- l'édition des actes de nos colloques que vous trouverez dans un petit fascicule qui reprend les colloques et les réunions que nous avons pu avoir l'année dernière.

Si vous désirez des exemplaires supplémentaires, nous vous demandons de bien vouloir vous adresser au secrétariat de la CNIDECA, qui se fera un plaisir de vous les adresser.

Je vous signale tout particulièrement la dernière réunion que nous avons eue avec les magistrats du Tribunal de Commerce de Paris. Cette réunion, présidée par Monsieur le Président Christian de Baecque a traité des spécificités de l'application de l'article 145 du CPC par le Tribunal de Commerce de Paris qui tendent à exclure de ces missions la recherche des causes et l'avis sur les préjudices.

Ensuite, nous avons reçu Monsieur le Président M. de Baecque qui nous a fait une communication particulièrement intéressante, que vous trouverez en toute dernière page, où le Tribunal envisage de limiter l'application de l'article 145 à des réclamations et dossiers qui sont particulièrement bien motivés. Rappelons que l'intervention d'experts amiables améliore sensiblement la qualité des dossiers de réclamations.

Un expert amiable n'étant pas nécessairement un expert judiciaire, nous nous sommes tout naturellement demandé si, parmi nos membres, nous avons bien des experts qualifiés dans toutes les disciplines, et s'il ne pouvait pas y avoir aussi des ingénieurs diplômés, titre auquel nous tenons, qui ne seraient pas encore inscrits sur des listes de cours d'appel ou de cours administratifs d'appel, mais qui seraient suffisamment qualifiés pour être choisis comme experts amiables, et auxquels notre Compagnie aurait tout intérêt à ouvrir ses portes.

Nous avons ainsi décidé ce matin d'ouvrir notre Compagnie à des ingénieurs diplômés qui ne sont pas experts judiciaires, mais qui sont susceptibles de le devenir, et de créer une nouvelle catégorie de membres correspondants.

Cet après-midi, Monsieur le Président Vigneau va présider le colloque. Je lui passe la parole pour son introduction et, ensuite, il mènera les débats.

Propos d'ouverture - M. Vincent VIGNEAU, Président.

Monsieur le président,
Mesdames et messieurs,

Il m'a été aimablement proposé de présider ce colloque de la Compagnie nationale des ingénieurs diplômés experts près les cours d'appel et les juridictions administratives. Compte tenu de la place que tiennent les experts dans le processus judiciaire, des rapports cordiaux que votre Compagnie a toujours entretenus avec la magistrature et de la haute estime que je vous porte personnellement, Monsieur le Président, c'est avec grand plaisir que j'ai accepté d'ouvrir cette journée par quelques propos, ceux d'un juge, chez qui le sujet retenu, « *l'expertise et la conciliation* », suscite le plus grand intérêt.

Ces deux concepts, l'expertise d'une part, la conciliation, de l'autre, semblent appartenir, à première vue, à des réalités si différentes qu'on pourrait s'étonner de l'audace avec laquelle vous avez entendu les lier.

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 la loi (art. 238 du code de procédure civile) fait interdiction au juge, à qui il appartient de trancher le litige (art. 12 du code de procédure civile), de déléguer ses pouvoirs en confiant à l'expert une mission portant sur une question de droit¹. La Cour de cassation sanctionne systématiquement les juridictions du fond qui enfreignent 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, 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* »². 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.

De la même façon, la mission de conciliation qui est considérée comme l'apanage du juge (art. 21 du code de procédure civile), ne peut, sauf exception prévue par la loi, être déléguée à un tiers, à un auxiliaire de justice ou à un expert. C'est ainsi que l'article 240 du code de procédure civile dispose que le juge ne peut donner au technicien mission de concilier les parties. A cet égard, la juridiction administrative a adopté une position divergente (j'ai bien noté que votre compagnie rassemblait les ingénieurs experts près les cours d'appel ET les juridictions administratives). Le Conseil d'État juge, à l'inverse de la Cour de cassation, que le juge administratif peut donner mission à l'expert de concilier les parties³.

Pour autant, cette interdiction faite à l'expertise d'empiéter sur le terrain de la conciliation n'est pas aussi tranchée qu'elle en a l'air.

Il faut noter tout d'abord que la jurisprudence tend à limiter la portée de l'article 240 en n'interdisant pas aux parties de se concilier au cours des opérations d'instruction et au

¹ Civ. 2e, 9 déc. 1997, n° 95-10.798, inédit.

² Cl. CHAMPAUD, « Société contemporaine et métamorphose de l'expertise judiciaire », p. 63.

³ CE, sect., 11 févr. 2005, no 259290, Lebon ; Procédures avr. 2005, comm. no 115

technicien de le constater. Elle considère, par exemple, que ne viole pas ce texte le juge qui donne mission à l'expert de déposer son rapport au cas où les parties ne parviendraient pas entre elles à une conciliation⁴, ou que la transaction que le technicien s'est contenté de transcrire et d'annexer à son rapport, et dont il n'a pas été à l'origine, est valable⁵. L'expert peut aussi constater l'accord des parties sur son avis.⁶

Une expérience de vingt années d'activité judiciaire me conduit à considérer que dans près des deux tiers des procès en matière civile, la question du fait est au cœur du débat. Or, 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* »⁷.

On comprend que, dans ces conditions, les parties, à la réception du rapport de l'expert, se montrent plutôt enclin à se concilier sur les bases des ses conclusions plutôt que de poursuivre une procédure coûteuse 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 seront les talismans successifs imaginés pour la découverte du vrai en justice* »⁸.

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 opérée⁹. Forte dans les domaines relevant des sciences dures, nécessairement plus faible dans les domaines relevant des sciences humaines. Et encore, ajoutera-t-on, que la science, qu'elle quelle soit, n'apporte que des certitudes provisoires¹⁰.

Comme l'écrivait Karl Popper « *Une théorie qui n'est réfutable par aucun événement qui se puisse concevoir est dépourvue de caractère scientifique.* »¹¹

Aussi pourrait-on dire que, s'il n'est pas un conciliateur, l'expert est, dans bien des cas, un facilitateur, non seulement par sa contribution dans la recherche de la vérité, mais aussi par ses qualités de pédagogie et d'écoute un puissant facteur de conciliation.

On pourrait encore s'en convaincre devant le constat du succès rencontré par les dispositions de l'article 145 du code de procédure civile.

Le prononcé, avant toute instance, d'une mesure d'instruction, peut en effet contribuer à faciliter la conclusion d'accords entre des parties en litige avant qu'elles aient besoin de saisir

⁴ Civ. 2e, 21 mars 1979, n° 77-14.660, *Bull. civ.* II, n° 91 ; *RTD civ.* 1979, p. 163, obs. Perrot.

⁵ Civ. 2e, 21 mars 1979, n° 77-14.660, *Bull. civ.* II, n° 91 ; *RTD civ.* 1979, p. 163, obs. Perrot.

⁶ Civ. 2e, 21 juill. 1986, n° 85-11.107, *Bull. civ.* II, n° 131 ; *Gaz. Pal.* 1987, somm. 173, obs. Guinchard et Moussa.

⁷ . 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. On notera néanmoins que la Cour de cassation considère que le juge peut adopter les conclusions de l'expert, même si celui-ci a exprimé une opinion d'ordre juridique, sans pour autant déléguer sa fonction judiciaire :

⁸ G. Tarde, *La philosophie pénale*, 1890, réédité en 1972, Cujas, p 436

⁹ G. Génique, *Décision de justice et expertise*, in *Le procès, enjeu de droit, enjeu de vérité*, sous la dir. E. Rude-Antoine, Paris, Puf, 2007, p 318

¹⁰ G.Génique op. cit. p 318

¹¹ Karl Popper, *Conjectures et réfutations*, ch.1, section 1

la juridiction du fond. Aussi, et comme le souligne un auteur¹², « *l'une des fonctions que doctrine et jurisprudence contemporaines assignent aux mesures d'instruction in futurum est de permettre à la partie demanderesse de déterminer en connaissance de cause la stratégie procédurale qu'il convient d'adopter, et de décider, en particulier, de l'opportunité d'envisager contre son adversaire une instance au fond ou d'initier avec lui des pourparlers transactionnels.* »

Or, selon une étude réalisée en 2003 par le ministère de la justice, 70 % des expertises civiles ordonnées par les tribunaux de grande instance le sont par un juge des référés sur le fondement de l'article 145.

Aussi, peut-on se demander si, compte tenu de cette réalité statistique, l'expertise est en réalité plus destinée à instruire les parties qu'à éclairer le juge, comme le prévoit l'article 232 du code de procédure civile.

Facteur de conciliation, l'expertise peut aussi trouver sa cause dans la conciliation.

En effet, à côté de l'expertise judiciaire proprement dite, réalisée à la demande du juge et dans les conditions fixées aux articles 232 et suivants du Code de procédure civile, on trouve aussi l'expertise dite « amiable » ou « officieuse » effectuée à la seule initiative des parties, avant ou pendant le cours du procès, contradictoirement ou non. Il y est souvent recouru à la demande des compagnies d'assurances afin d'établir les responsabilités et d'évaluer les préjudices consécutifs à un dommage dans un but transactionnel, ou à titre de contre-expertise pour contester les conclusions d'un expert judiciaire. Une partie peut aussi avoir intérêt à y recourir avant d'introduire un procès afin d'en évaluer les chances de succès et en vue de fournir ensuite au juge un premier élément de preuve qui, s'il ne le satisfait pas, pourra être complété par une mesure judiciaire. Librement choisi par une seule partie, on parle alors communément d'expertise officieuse, ou par les deux parties, il s'agit alors d'une expertise dite amiable.

Loin de le condamner, une jurisprudence ancienne et constante de la Cour de cassation considère que ce procédé, s'il n'a pas la valeur de l'expertise judiciaire, peut néanmoins valoir à titre de preuve dès lors qu'il est soumis à la libre discussion des parties et même si l'expertise n'a pas été réalisée contradictoirement¹³.

Si les conclusions de l'expert amiable ne lient pas la juridiction, celle-ci peut y puiser des renseignements, mais à la condition qu'elle ait veillé à ce que le principe de la contradiction soit respecté.

Ainsi, dans un arrêt récent, la première chambre civile de la Cour de cassation a désapprouvé une cour d'appel qui avait considéré inopposable à une partie un rapport d'expertise amiable réalisé à la demande de son adversaire, au motif que l'expertise avait été effectuée non contradictoirement¹⁴. Pour casser cette décision, au visa de l'article 16 du Code de procédure civile, la première chambre a retenu que le rapport avait été régulièrement versé aux débats et soumis à la discussion contradictoire des parties.

De la même façon, la 2e chambre civile, dans une affaire où la cour d'appel s'était basée sur un document établi par un technicien à la demande d'une des parties, a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt en considérant que la cour d'appel avait respecté les droits de la défense, dès

¹² Jacques Normand, « Les limites des référés probatoires », RTD civ 1990,134

¹³ Civ. 1re, 13 avr. 1999, n° 96-19.733, Bull. civ. I, n° 134

¹⁴ Civ. 1^{re}, 11 mars 2003, n° 01-01.430, Bull. civ. I, n° 70 ; RGDA 2003, p. 583, note J. Beauchard – Également Civ. 1re, 24 sept. 2002, n° 01-10.739, inédit.

lors que ce document, bien qu'établi de façon non contradictoire, avait été soumis à la libre discussion contradictoire des parties et que le défendeur, qui le contestait, ne présentait aucun grief à l'encontre de ses constatations et conclusions¹⁵.

Une position identique est adoptée par la chambre commerciale qui a censuré l'arrêt d'une cour d'appel ayant écarté des débats un rapport technique produit par le demandeur au motif qu'il avait été établi en méconnaissance du principe de la contradiction, en retenant que ce document litigieux, qui valait comme élément de preuve soumis à la libre discussion des parties, avait été régulièrement communiqué¹⁶.

Si l'on admet la pertinence de cette jurisprudence par le souci d'éviter d'alourdir le coût du procès et d'allonger les procédures en recourant à une mesure d'expertise judiciaire lorsque la preuve est suffisamment rapportée par des pièces extra-judiciaires, elle n'est pas sans poser des questions sur le statut de l'expert judiciaire.

Finalement, ces arrêts de la Cour de cassation n'ont-ils pas pour conséquence de conférer à tout homme de l'art la qualité d'expert ?

Le savoir scientifique est 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'expert¹⁷. A la différence de l'expert anglo-saxon, qui n'est en réalité pas un expert mais un témoin savant, l'expert français tient sa qualité d'expert de la décision qui l'a désignée¹⁸, non pas de sa seule autorité académique. Comment, dès lors, le juge peut-il apprécier la valeur de l'expertise amiable, voire le critiquer, alors que, par définition, celle-ci a pour objet de suppléer ses lacunes scientifiques ?

Ainsi, on le voit, expertise et conciliation, loin d'être des notions séparées, sont reliées par des liens multiples, parfois complexes, qu'il serait difficile d'éluder.

Cet après-midi nous offrira, à partir des exposés des orateurs qui me succéderont, et qui développeront de façon approfondie les différents thèmes que je me suis contenté d'effleurer, un panorama complet de la question.

Point n'est besoin de former des vœux pour la pleine réussite de cette journée.

Son caractère hautement scientifique en garantit déjà le succès.

Ne voulant pas retarder plus longtemps les discussions, je vous cède, Monsieur le président, bien volontiers la parole pour la présentation des différents intervenants.

Je passe la parole à M. Leluan pour la présentation de son exposé sur le constat entre expertise et conciliation.

¹⁵ Civ. 2^e, 10 févr. 1988, n° 86-18.799, *Bull. civ.* II, n° 42, – Dans le même sens, Civ. 2e, 12 févr. 2004, n° 02-15.460, inédit

¹⁶ Com. 17 mai 1994, n° 92-13.542, *Bull. civ.* n° 181.

¹⁷ G. Génique op. cit.

¹⁸ O. Leclerc, Le juge et l'expert. *Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*. Thèse, Paris-X Nanterre, 2003, 16

Le constat – M. Alain LELUAN Expert CNIDECA.

Que peut bien avoir à dire un expert sur ce sujet, dont il ne pratique que la première moitié ? A-t-il le droit de parler de conciliation, alors qu'il lui est interdit de concilier ? Il est toutefois possible de réfléchir de temps en temps, alors pourquoi ne pas faire part de réflexions sur la conduite de l'expertise. Ce sera une contribution pour étudier si expertise et conciliation sont deux voies séparées de façon étanche ou si au contraire, la première ne peut pas favoriser la seconde.

Il est bien connu que de nombreux litiges – largement plus de la moitié - pour lesquels une expertise a été ordonnée en référé, ne vont pas au fond : un accord entre les parties intervenant, soit en cours d'expertise, soit à son issue.

Or les experts n'ont pas mission à concilier les parties ou à tenter de les concilier : de ce point de vue, conciliation et expertise sont deux domaines séparés, même si de nombreuses ordonnances, à la fin de la mission comportent la phrase : « Au cas où les parties ne parviendraient pas à un accord l'expert devra déposer son rapport dans un délai de X mois ».

Bien que les experts soient peu ou mal informés des survenances des conciliations, il apparaît possible de les classer suivant trois catégories :

Celles qui interviennent au cours de l'expertise ; les parties en informant l'expert. A noter que ces cas sont souvent assez difficiles à manager par ce dernier : les délais pratiqués par les parties pour aboutir à leur accord étant souvent très longs et incontrôlables.

Celles qui sont mûres après communication du pré-rapport ou de la note de synthèse, mais qui nécessitent toutefois la publication du rapport : un signe révélateur est l'absence de dires récapitulatifs.

Celles – les plus nombreuses - qui interviennent après publication du rapport : généralement, l'expert n'est pas informé, sauf geste de courtoisie d'un ou plusieurs avocats.

Enfin notons que dans le bilan annuel, qui est demandé aux experts par la cour d'appel, les expertises se terminant par une conciliation doivent être signalées : bien évidemment il ne peut s'agir que des conciliations connues, donc celles de la première catégorie.

Ce constat d'un nombre important de conciliations est-il étonnant ?

Certes les plus pessimistes ou les plus portés à dénigrer l'expertise ou les experts auront beau jeu de déclarer que les parties se concilient à l'issue de l'expertise, quand la position et les avis de l'expert sont connus, parce qu'ils considèrent que le juge suivra ceux-ci. Reconnaissons que ce n'est pas exactement le problème de l'expert.

Mais il y a peut-être d'autres possibilités d'explication et, partant de là, des voies de progrès. L'expertise ne s'oppose pas à la conciliation, elle doit certainement y contribuer, tout simplement parce que la démarche d'expertise et le chemin vers la conciliation ne sont pas loin d'être parallèles.

En effet, partant souvent d'un problème mal posé, avec des parties qui ont ou qui affichent des certitudes, comment arriver à un accord qui nécessite très généralement un effort de tous ?

L'expertise nécessite de la clarification et pas seulement la détermination des causes par un spécialiste. Ce travail de clarification qui doit être mené tout au long de l'expertise, durant ce temps de décantation et de maturation, concerne aussi bien : la clarification du problème qui oppose les parties, la mise à jour des causes du problème, la détermination de la contribution de chaque partie à la survenance du problème et la validation des préjugés, tant en principe qu'en niveau.

Pour le premier point – la clarification du problème qui oppose les parties - il serait erroné de considérer que le problème qui oppose les parties est clair pour celles-ci et qu'elles en ont la même vision et la même interprétation : très souvent les conditions de survenance du problème, sa nature détaillée, l'état de normalité par rapport auquel la situation réelle pose problème, ... sont autant de questions qui doivent être clarifiées dès le début de l'expertise. Faire une impasse totale ou partielle, à ce stade de l'expertise, n'est-ce pas prendre le risque de traîner des incompréhensions de base tout au long de son déroulement, que le rapport aura fort peu de chances de faire disparaître.

Pour le second sujet – la mise à jour des causes - on peut se trouver en présence de configurations très différentes, comme par exemple le cas de parties qui ont chacune une explication du problème, mais différente et incompatible avec celles des autres ou le cas de parties qui peuvent se trouver démunies face au problème en question et qui n'ont pas de thèse technique à défendre.

L'expert n'est pas un spécialiste qui sait mieux et plus que les autres (cela peut toutefois arriver !). Il paraît plus raisonnable que ce soit un facilitateur, non dépourvu d'autorité, mais bien équipé en matière de méthode, qui permette l'émergence de la solution qui sera plus facilement admise par les parties qu'une explication sous forme de monologue qui ne peut souffrir aucune remarque. L'utilisation de scénarii conjointement à l'utilisation des écarts dont il est possible de monter qu'ils peuvent être des causes entières ou partielles, ne sont-ce pas des moyens de faire progresser la connaissance et de limiter les affrontements à partir de positions trop rigides. Tout ceci est du travail normal d'expertise ; cela doit pouvoir être favorable aux tentatives de rapprochement entre les parties, même si elles ne nous sont pas connues et qu'elles ne sont pas dans notre mission.

L'expert n'a pas à établir les responsabilités – vaste sujet pour lequel des opinions divergent – mais il apparaît essentiel qu'il clarifie bien les rôles de chacun – ce qui n'est pas toujours facile – et qu'il détermine les niveaux d'imputation en cas de causes multiples – causes principales, causes aggravantes,.... Rien dans tout cela qui pourrait s'opposer aux démarches de rapprochement des parties.

Pour les préjugés, travailler dans l'ordre, c'est-à-dire valider d'abord les liens de causalité, puis les principes d'établissement de leur montant avant d'en examiner le chiffrage précis, n'est-ce pas du travail d'expertise normal, en rien incompatible avec une démarche de rapprochement.

L'expert doit déposer un rapport ; c'est d'ailleurs la seule trace physique qui restera après l'expertise. Mais l'expertise se résume-t-elle au seul rapport ?

Répondre positivement serait ignorer tout le travail de décantation et de maturation qui a été produit, par l'expert, mais aussi par les parties, tout au long des réunions d'expertise, pour mieux comprendre, pour mieux expliquer, pour mieux décider,....

Enfin, ce qu'on demande à l'expert, dans sa mission d'expertise correspond parfaitement avec la définition d'ingénieur, présentée fréquemment par l'ancien directeur de l'Ecole Centrale :

« A partir d'un champion de la résolution solitaire de problèmes bien posés à solution unique – l'élève de classe préparatoire – devenir un contributeur efficace à la résolution collective de problèmes mal posés n'ayant pas de solution unique ».

Si l'expert en est resté à la première définition, le résultat de l'expertise peut laisser à désirer et les chances de conciliation apparaissent faibles. Dans le deuxième cas, j'ai la faiblesse de penser que l'expertise éclairera le juge et qu'elle sera utile aux parties. De là à arriver à une conciliation n'y a-t-il plus qu'un pas à franchir, mais en dehors de l'expert.

En forme de conclusion, pour une expertise bien conduite, avec pédagogie de l'expert et intelligence des parties, n'est-il pas surprenant que de nombreuses conciliations se concrétisent ?

M. Vincent VIGNEAU, Président.

Merci pour cet exposé très clair, très précis et très synthétique, ce qui me permettra d'éviter d'avoir une présidence trop dictatoriale de ce colloque. J'ai noté que l'enseignement que vous avez retenu de l'Ecole Centrale vous a permis de devenir un contributeur efficace à la résolution collective de problèmes mal posés, n'ayant pas de solution unique. Je pense que l'on pourrait l'enseigner à l'Ecole Nationale de la Magistrature car, bien souvent, nous en sommes réduits à la même mission.

Après ce constat de la pratique fait par un expert, je vous propose d'aborder directement l'aspect juridique de la question par Maître Lambard qui va nous faire un exposé détaillé de la loi et de la jurisprudence. Il finira par les attentes de l'avocat, et je vous propose d'aborder la première discussion de cet après-midi après l'exposé de Maître Lambard.

Enjeux et attentes de l'avocat - Me Christian LAMBARD Avocat.

L'état sommaire du droit

L'article 240 du code de procédure civile dispose que « le juge ne peut donner au technicien mission de concilier les parties ».

Il en a pourtant longtemps été autrement. La pratique de la conciliation dans le cadre de l'expertise judiciaire s'est en effet fortement développée jusqu'aux années 70.

L'expert se voyait attribuer un rôle important dans le rapprochement amiable des parties. Cela présentait l'avantage d'économiser du temps au juge, et aux parties de l'argent.

Le décret 72-561 du 3 juillet 1972 a officialisé ce processus. Il imposait à l'expert la rédaction d'un « procès-verbal de conciliation » déposé au greffe et entraînant la radiation de l'affaire.

De plus, par un arrêt du 13 mars 1958, la chambre sociale de la Cour de cassation a écarté l'objection d'une atteinte aux pouvoirs du juge, favorisant ainsi le processus amiable.

Les décisions de justice ayant pour objet la désignation d'un expert comportaient alors la mention « concilier les parties si faire se peut ».

La pratique de la conciliation a néanmoins rapidement souffert d'un manque d'encadrement et des effets pervers sont apparus.

En effet, le rapprochement des parties étant devenu prioritaire aux yeux de l'expert, les délais de dépôt des rapports ont très fortement augmentés.

L'article 96 du décret 73-112 du 17 décembre 1973 est alors allé en sens inverse de cette pratique et a mis en place l'interdiction de l'article 240 du code de procédure civile : « le juge ne peut donner au technicien mission de concilier les parties ».

Ainsi, il résulte des textes actuels qu'il est interdit :

- au juge de mentionner la conciliation dans la mission de mesure d'instruction qu'il confie à un technicien,
- au technicien, corrélativement de rédiger un rapport de conciliation entre les parties pour être déposé au greffe de la juridiction

Le rôle de l'expert est ainsi recentré sur la seule investigation technique. Il ne peut plus avoir de rôle dans la réalisation d'un accord.

L'article 281 du code de procédure civile vient ajouter qu'en cas d'accord des parties, la mission technique de l'expert devient « *sans objet* ».

Cette intransigeance n'est pas sans conséquences au quotidien, c'est pourquoi la pratique a évolué.

Selon les textes, si l'expert constate que les conditions d'un accord sont réunies, il ne peut l'encourager.

Aussi, si un accord survient mais que son existence est ensuite contestée, la constatation dudit accord est insuffisante pour en établir *l'existence* (Cass 1^{ère} civ 11 mars 2003).

Si l'on s'en tient à la lettre du texte, l'expert est donc un parfait étranger à toute conciliation.

Ces principes étant trop rigides, la pratique s'est attachée à les aménager.

Ainsi, l'expert judiciaire produit fréquemment aux parties, un pré rapport qui leur fournit les bases techniques d'un rapprochement.

Il a été jugé qu'une solution proposée par un technicien et homologuée par les parties puis par le tribunal n'est pas contraire aux dispositions de l'article 240 CPC dès lors que le juge n'avait donné aucune mission à l'expert en ce sens (Cass 2^{ème} civ, 21 juillet 1986).

La jurisprudence entend aussi accorder aux parties le temps nécessaire à la concrétisation d'un protocole. Ainsi, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a considéré conforme à l'art 240 du code de procédure civile, une mission enjoignant à l'expert de ne déposer son rapport que si les parties ne parvenaient pas à se concilier. (Cass 2^{ème} civ, 21 mars 79)

Ces aménagements caractérisent l'inadaptation des textes actuels à la pratique, et ce encore plus à une époque où les modes alternatifs de règlement des différends connaissent un fort essor.

La conciliation au stade de l'expertise apparaît alors très opportune, d'autant que le juge, à qui il est donné mission de concilier en vertu de l'article 21 du code de procédure civile, n'est pas toujours l'interlocuteur idéal, surtout en matière technique, en partie de fait de la dualité de sa mission (concilier puis juger).

En revanche, l'expert, à la suite de ses investigations, en arrive à connaître la réalité mieux que quiconque et la valeur des prétentions de chaque partie. Il est donc le mieux placé pour suggérer aux parties, par exemple lors de l'ultime réunion d'expertise, les points sur lesquels les parties pourraient envisager un accord.

Proposition du rapport Magendie :

Ce rapport suggère que l'expert puisse « recueillir l'accord des parties qui se concilient en cours d'expertise ».

Si donner aux experts un tel pouvoir constituerait une réelle avancée, cela ne signifie pas que la direction des opérations de conciliation serait accordée aux experts. Il est en effet précisé « qu'il ne s'agit pas ici de donner au juge le pouvoir de donner mission à l'expert de concilier les parties ». Et ce, alors même que la lettre de mission du garde des sceaux autorisait des avancées plus significatives en matière de conciliation.

Remarque :

On observe que le droit administratif a franchi le pas : par un arrêt du Conseil d'état en date du 11 février 2005, la Haute juridiction a admis qu'en fonction des circonstances, « *il y a lieu de donner mission à l'expert de concilier les parties si faire se peut à l'issue des opérations d'expertise* »).

Au-delà du droit : la pratique

Nul praticien ne saurait disconvenir que l'expert peut jouer un rôle éminent dans la mise en œuvre d'une solution transactionnelle.

Son influence va se faire sentir non seulement du fait de son rapport s'il est conduit à devoir le déposer, mais bien entendu, tout au long des opérations d'expertise.

Le rapport

Il a naturellement vocation à permettre autant que faire se peut, le rapprochement des parties, mais ceci suppose bien sûr qu'il soit de qualité et que peu ou prou les parties admettent le bien fondé de ses conclusions techniques et des conséquences qu'elles sont susceptibles d'emporter en termes d'imputation des responsabilités.

Au vu du rapport les parties pourront évidemment apprécier les risques réciproques qu'elles encourent au cas d'une poursuite de la procédure au fond.

Bref, un "bon" rapport est précisément celui qui va favoriser la transaction.

Le nombre d'affaires qui sont transigées après dépôt du rapport est important.

En cours d'expertise

Pour le praticien, en particulier du risque industriel, l'expertise si elle d'abord est le lieu naturel des affrontements techniques, peut aussi devenir le cadre de discussions qui vont peu à peu s'instaurer entre les parties.

En premier lieu et le plus souvent, les parties vont apprendre à se connaître, car une fois le litige lié, il, arrive fréquemment que dans les entreprises les acteurs de l'expertise ne soient pas ceux, en tout ou partie qui ont connu des prémices du litige.

En second lieu, la personnalité de l'expert désigné peut avoir une influence déterminante dans l'évolution transactionnelle du litige, avant tout dépôt de rapport.

Les notes de synthèse et les pré-rapports

Par les orientations qu'il donne à ses opérations, par les notes qu'il est susceptible d'établir, par les propos plus ou moins précis et directs qu'il peut être amené à tenir, l'Expert va permettre ou non aux parties d'apprécier de plus en finement le risque à poursuivre l'expertise et corrélativement l'intérêt à trouver une solution transactionnelle.

Les avis divergent sur l'opportunité des notes de synthèse ou des pré-rapports (ces derniers étant désormais souvent demandé aux experts dans la décision qui les désigne).

Les notes de synthèse peuvent évidemment présenter un intérêt évident pour autant toutefois à nos yeux qu'elles n'engagent pas trop l'expert sur ses conclusions à venir. Nul n'est parfait et nous savons tous combien il est souvent difficile de faire machine arrière et de revenir sur ce qui a été écrit...!

Les praticiens de ces affaires qui de surcroît ont souvent une bonne connaissance de la "manière de fonctionner" de l'expert peuvent ainsi disposer d'une sorte d'instrument de mesure qui va leur permettre de conseiller utilement leurs clients en leur permettant de présager des suites que l'expertise est susceptible d'emporter.

Lorsqu'un climat de confiance a été suffisamment établi entre les conseils de parties et l'expert, il n'est pas exceptionnel que ce dernier soit conduit de manière confidentielle à laisser entendre de manière plus ou moins explicite, les conclusions qu'il pourrait devoir adopter et donc permettre aux parties et à leurs conseils d'apprécier l'intérêt d'une possible solution transactionnelle.

Mais il ne faut pas oublier au risque d'être provocateur, les circonstances dans lesquelles la transaction va intervenir quelques foisà cause de l'expert!

Il peut arriver en effet que les parties soient, pour des motifs divers, la proie d'angoisses métaphysiques sur ce qui est susceptible de ressortir d'une expertise dont elles constatent qu'elle n'est pas ou mal maîtrisée par l'expert.

Dans ce cas, elles vont pouvoir considérer qu'il est de leur intérêt commun de ne pas prendre le risque de laisser l'expertise se poursuivre et plous encore celui qu'un rapport soit déposé.

Dans la pratique, cette situation n'est pas exceptionnelle et je me suis pour ma part, trouvé souvent confronté à de telles circonstances.

L'importance de la désignation de l'expert

Tout ceci met en lumière l'importance que revêt la personne de l'expert et l'intérêt que peuvent avoir les parties à suggérer, d'un commun accord, que tel expert soit désigné plutôt que tel autre....même si force est de constater que le pouvoir d'influence des conseils des parties en la matière est de plus en plus réduit et tout particulièrement devant les tribunaux de commerce.

L'expertise instrument de la conciliation : lieu de l'affrontement mais aussi du rapprochement

Pour toutes les raisons évoquées, l'expertise peut être l'utile instrument du rapprochement des parties.

C'est le lieu où sous la direction d'un tiers qui est l'expert, les parties vont certes s'affronter mais aussi réfléchir, mûrir, prendre du recul, parvenir à apprécier de manière différente les données techniques d'un sinistre, mieux cerner leurs enjeux véritables.

C'est également la raison pour laquelle nous penons, qu'à tout le moins en matière de risque industriel, une fois prises les décisions immédiates urgentes de nature à sauvegarder ce qui doit l'être, il faut en suite donner à l'expertise le temps et le rythme nécessaires.

C'est souvent à ce prix que l'expérience et les efforts conjugués de l'expert et des conseils des parties permettront aux parties de trouver l'issue amiable sans lesquels elle n'eût pas été possible.

M. Vincent VIGNEAU, Président. –

Merci pour cet exposé. C'est tout en nuance, Maître Lambard. J'ai noté que pour vous l'expertise, c'était grâce au rapport, mais parfois à cause de, malgré, en dépit de, nonobstant, et que, finalement, on se couvrait et l'on pouvait aussi bien spéculer sur le risque d'expertise. En tout cas, avec vous, Maître Lambard, on ne court jamais le risque d'être à court de discussion, et notamment avec la salle.

Je vous propose, pendant un quart d'heure, de poser des questions et d'intervenir sur les différentes interventions.

M. André KLENIEWSKI. - Expert honoraire.

Ma première conciliation n'a pas été aussi facile. Je l'ai faite en Belgique. Je vous assure que c'est très difficile.

Me Christian LAMBARD. –

Cher André, c'est parce que c'est en Belgique !

M. André KLENIEWSKI. –

Quand on travaille bien pendant les réunions, qu'à chaque fois on fait un compte rendu avec les décisions et ensuite une note de synthèse claire à laquelle on répond à toutes les questions, les parties disent : « *Monsieur l'expert, ne déposez pas le rapport, on attend* ».

Ma question est la suivante : Combien de temps peut-on attendre ? Quatre semaines suffisent-elles ? Cela peut-il durer des mois ? Combien de temps faut-il accorder aux parties ?

Me Christian LAMBARD. –

Mon cher André, puisque nous nous connaissons bien depuis longtemps, il n'y a pas de réponse à la question posée, autrement que sous la forme de deux observations.

La première -pardonne-moi cette provocation sous la forme d'une boutade-, c'est comme le fût du canon : « *Un certain temps !* ». Si je le dis, c'est parce que je pense que nous revenons à un débat que je ne voulais pas ouvrir mais que j'ai évoqué de manière très abusive précédemment : celui des contraintes dans lesquelles nous travaillons. Quand je dis « nous », je le dis à dessein, à savoir les experts que vous êtes, et les parties que nous sommes.

Je me tourne vers Mesdames et Messieurs les magistrats : ne soyez pas trop rigoureux sur les délais car cette justice-là a besoin de temps. Autant je considère que le magistrat doit jouer pleinement son rôle qui est celui du contrôleur, de l'arbitre des difficultés de l'administration de l'expertise, autant quand les parties elles-mêmes disent au juge qu'elles ont besoin de temps, il faut, dans la mesure du raisonnable, leur donner le temps nécessaire car ce temps-là va leur permettre d'aboutir.

Je comprends que les experts aient des contraintes qui sont celles que leur imposent les juges qui les désignent, mais ils ont également d'autres contraintes -pardonnez-moi, mais j'ai toujours l'habitude de dire les choses de manière brutale, vous le savez pour ceux d'entre vous

qui me connaissent- qui posent des problèmes assez prosaïques, mais néanmoins importants. C'est le problème de la consignation des honoraires des experts. Quand les affaires durent et quand les parties demandent du temps aux experts, ce temps peut poser un problème aux experts, problème très prosaïque en effet mais néanmoins important, qui est de savoir quand ils vont être payés. J'ose à peine le dire, mais c'est une réalité, et nous le savons tous. La pratique des déconsignations partielles doit, à mon avis, pleinement jouer son rôle, notamment dans cet esprit.

M. Vincent VIGNEAU, Président. –

Sur le temps, il faut insister sur le fait que les deux parties n'ont pas forcément le même intérêt au regard de la durée de la procédure et, parfois, je me méfie de la partie qui demande du temps pour se concilier car l'expérience montre que ce n'est pas celui qui a toujours la position la plus conciliatrice.

Nous sommes, nous magistrats, sous la contrainte du délai raisonnable, et c'est cette même partie qui, après avoir réclamé du temps, va assigner l'Etat devant la juridiction civile ou éventuellement devant la Cour européenne des droits de l'homme pour se plaindre de ne pas avoir été jugée dans un délai raisonnable.

C'est l'une des raisons qui a fondé la réforme de 1973. On a considéré que donner à l'expert la mission de conciliation c'était mettre en place un dispositif infernal qui allait conduire l'expert dans un processus lui faisant perdre du temps, car à vouloir toujours rechercher la conciliation -on sait toujours qu'une bonne conciliation est meilleure qu'un mauvais procès-, cet expert, guidé par ce sentiment louable, et amené par les parties, va reporter, donner du temps aux parties pour leur permettre de se concilier au détriment de la nécessité de juger dans un délai raisonnable.

L'autorité réglementaire de 1973 a proclamé l'interdiction au juge de déléguer sa mission de conciliation. C'est pour des raisons identiques que, dans le rapport Magendie, on n'a pas préconisé de nouveau la faculté de donner au juge de se concilier.

Me Christian LAMBARD. –

J'approuve complètement ce que vous venez de dire. Quand j'évoquais les problèmes des délais, il s'entend naturellement, et je crois l'avoir dit, qu'il s'agissait d'une demande d'un commun accord des parties. A partir du moment où le délai est susceptible de préjudicier aux intérêts de l'une des parties, son droit le plus élémentaire est de revendiquer que l'expertise soit effectuée.

M. Bernard DROUIN.- Expert CNIDECA.

J'ai un cas un peu particulier. C'est une expertise où il n'y a pas un gros enjeu : 2 000 €. Le demandeur vient avec son devis de 2 000 € et le défendeur est d'accord. J'ai pensé que l'on n'était pas là pour concilier les parties mais, enfin, c'était en bonne voie. En fait, le demandeur refuse et veut aller jusqu'au bout. Il se trouve que trois parties seront mises dans la cause. On demande mon avis. Je ne vois pas d'objection mais, toutefois, il semble que le demandeur ait fait une proposition. Qu'en est-il dans ce cas-là ? Le demandeur peut-il aller jusqu'au bout ?

M. Vincent VIGNEAU, Président. –

J'ai connu la même situation en Normandie. Est-il Normand votre demandeur ?

Le défendeur avait acquiescé à la demande du demandeur. Je lui ai dit alors que l'on allait établir un procès-verbal d'accord, mais il n'était pas d'accord car il voulait un jugement de condamnation.

Il n'est pas impossible de noter tout cela. Ensuite, le juge va en tenir compte pour fixer le coût de l'expertise, les dépens et l'article 700. Ce sont des éléments qui pourront être pris en considération pour le juge. La partie qui, malgré l'acquiescement de l'adversaire, demande la poursuite de la mesure d'expertise, que ce soit lui ou son conseil, en supporte le coût. Le code de procédure civile lui permet même de maintenir les frais et dépens qui s'avèrent inutiles à la charge de l'avocat (art. 698). Je l'ai fait une fois ; l'avocat m'a dit ensuite que je m'étais trompé en ayant mis des dépens à sa charge. Je lui ai répondu : « *Non, Maître, ce n'est pas une erreur matérielle* » ! Il avait laissé passer le délai de recours.

Il faut tout écrire. C'est pour cette raison que je ne partage pas totalement votre opinion, Maître Lambard, sur les rencontres confidentielles entre experts et parties, car je crois que l'on a tout à gagner à tout dire et à tout écrire, et tout à perdre à tout cacher.

Me Christian LAMBARD.-

Je parlais d'une situation très exceptionnelle qui nécessite que beaucoup de conditions soient réunies. Ne le prenez pas évidemment pas comme étant la règle ni même une quelconque habitude.

Me Brigitte BEAUMONT- avocate.

On connaît notre talentueux confrère Lambard qui a des idées pour nous faire tous bouger ; c'est très sympathique, mais je suis d'accord avec Monsieur le Conseiller, il est risqué d'être dans une zone de non-droit et de non-dit. Quand tu indiques que l'on est en expertise, que l'expert nous parle et, qu'après, cela reste entre nous car c'est confidentiel, objectivement c'est impossible. Nécessairement, l'information sera transmise au client et on va l'utiliser.

Cette originalité et cette création « lambardienne » est extrêmement intéressante, mais elle me paraît un peu risquée. Le point de vue du juriste me paraît être le plus sage. Je suis d'accord avec toi, Christian, on ne peut faire ce genre de chose qu'avec des confrères avec lesquels on est dans un rapport de confiance. Cela dit, je suis d'accord avec Monsieur le Conseiller : c'est dangereux et l'on ne peut pas se prêter à cela car, après, c'est tout et n'importe quoi. Restons dans l'écrit et, sur la base de l'écrit, on va inciter nos clients à transiger ou à être raisonnables ou pas. C'est très intéressant et très amusant comme toujours, mais légèrement dangereux.

Me Christian LAMBARD. –

Tu as naturellement raison sur le fond. J'ai bien pris la précaution d'une part de dire que c'était exceptionnel et, d'autre part -je le dis sous la forme d'une provocation, bien qu'elle corresponde à une certaine réalité-, cela suppose, naturellement, non pas une initiative en-dehors des clients, mais avec leur aval préalable. Sans cette condition minimum préalable, ce n'est pas concevable.

M. Vincent VIGNEAU, Président.-

Cela pose néanmoins deux difficultés : l'obligation de loyauté de chacune des parties intervenantes. Je ne nie pas qu'en principe les experts et les avocats sont loyaux entre eux, mais on n'est jamais à l'abri d'engager votre responsabilité professionnelle, et vous mettez l'expert dans une situation intellectuelle très embarrassante. Ce n'est pas un avocat, mais plutôt un technicien ou un scientifique.

Cela me rappelle une expérience que j'ai vécue. J'ai assisté à un procès dans une juridiction anglo-saxonne. Quand on juge les faits chez les Anglo-saxons, on ne tient pas compte de la personnalité de la personne poursuivie, alors qu'en France on dit facilement : « *Vous niez les faits, mais vous avez été surpris avec une pince-monseigneur et des objets dont vous ne pouvez pas prouver la provenance, et vous avez été condamné 15 fois pour vol, etc.* ».

En Angleterre, on va seulement se demander si le fait d'avoir une pince-monseigneur dans son sac et des objets dont on ne peut pas justifier la provenance, permet de prouver la culpabilité. A ce moment-là, le représentant d'accusation dit :

- « *Oui, mais vous avez été déjà condamné quatre fois pour les mêmes faits* ».
- « *Objection votre Honneur, vous ne pouvez pas citer* »

et le juge demande au jury de ne pas tenir compte de ce que vient de dire l'accusation. Comment peut-on croire qu'intellectuellement le jury ne le prendra pas en compte !

L'expert a entendu tout cela. Comment voulez-vous qu'il rédige son rapport de façon scrupuleuse, scientifique et rigoureuse sans tenir compte même implicitement de ce qu'il a entendu dans ce cadre confidentiel.

Me Stanley CHANEY. –

Effectivement, le processus des réunions confidentielles avec l'expert désigné peut présenter des dangers, car cela révèle certains points qui peuvent être utilisés par ailleurs dans le cadre non confidentiel. Sur le plan purement matériel, s'il y a une réunion, notamment dans le cadre de l'expertise amiable, elle doit être confidentielle et surtout ne pas livrer aux débats des pièces qui peuvent être éventuellement utilisées par la suite. On va fixer le périmètre de la confidentialité. La démarche de mon confrère Lambard est certainement honorable, mais il faut une parfaite transparence et confiance sur la non révélation, et cela ne peut se faire que par un accord de confidentialité écrit et signé. C'est la seule protection que nous avons.

Me Christian LAMBARD. –

Je me suis mal exprimé. Dans une situation de cette nature, il ne s'agit pas pour les conseils des parties de parler aux experts, mais aux conseils des parties de recueillir confidentiellement ce que l'expert veut bien leur livrer. L'expert est complètement libre de son opinion et n'a pas à être influencé car, dans une situation de cette nature, nous ne sommes pas là pour lui « vendre notre soupe » mais pour entendre la sienne.

M. Alain MARTIN –

Me Lambard est certainement un des avocats que j'ai vu réussir le plus de conciliations sur les dossiers sur lesquels je suis intervenu. Une seule fois, il a demandé un moment de confidentialité au cours d'une réunion contradictoire, mais c'était effectivement pour obtenir une première évaluation de préjudice, très en avance sur les travaux nécessaires à l'établissement d'un avis motivé, mais qui lui a suffi pour aboutir à la conciliation.

M. Jean-Marie CHAPUS – Magistrat du Tribunal de Commerce de Nanterre.

J'attire votre attention sur le fait que les magistrats, au moins à Nanterre, puisque je suis à la cellule expertise, sont fondamentalement attentifs à aller vite à la conciliation. C'est leur premier objectif.

Nous rentrons maintenant dans le deuxième stade que vous évoquez, Maître Lambard, à savoir : l'expert peut-il trouver une conciliation ? Je me demande s'il serait concevable que les magistrats prennent ombrage du fait qu'une conciliation soit en cours, pour autant, notamment au su de la cellule Expertise, qu'elle n'ait pas l'air de ralentir le processus.

Pourrait-on concevoir que, lorsque vous avez pressenti qu'il y avait peut-être un espoir derrière les efforts faits par le premier magistrat, que vous vous en ouvriez au juge chargé de l'expertise, à savoir : « On va se réunir, à la limite, dans votre bureau » ?
Peu de personnes à Nanterre s'opposeraient à ce genre de procédure.

Me Christian LAMBARD. –

Avec ce que je viens de dire et ce qui a suscité les réactions que vous avez entendues, j'aurais bien mauvaise grâce à ne pas aller dans votre sens. Le juge a son rôle à remplir. Je vous rejoins assez volontiers sur ce que peut susciter à nous, praticiens, une interrogation que nous ne saisissons pas suffisamment fréquemment, à savoir faire appel à vous, ce qu'honnêtement nous ne faisons que très rarement.

M. Jean-Marie CHAPUS. –

Il est vrai qu'il y a un défaut de communication entre les parties et le juge, une fois que le juge a désigné un ou des experts. Il est vrai que, spontanément, il est rare que les experts reviennent vers nous.

Me Christian LAMBARD. –

Je retiens très volontiers votre suggestion.

M. Vincent VIGNEAU, Président. –

Il faut rappeler que le Code de procédure civile prévoit la faculté pour le juge d'intervenir quand il le souhaite tout au long de la mesure d'instruction. Ce fut la volonté des rédacteurs du code de procédure civile de donner au juge cette maîtrise sur le cours de l'instance et de lui permettre d'intervenir à tout moment au cours de la procédure.

Bien évidemment, vous entrez totalement dans les canons du Code. C'est malheureusement très peu pratiqué. Dans le code de procédure civile on peut trouver des méthodes extrêmement intéressantes qui ne sont, malheureusement, jamais pratiquées. L'intervention du juge au cours de l'opération d'expertise en est un exemple.

Une pratique est également quasiment inconnue : la conférence. Lorsque le juge ordonne une mesure d'expertise, il n'est pas obligé de rédiger immédiatement sa mesure d'instruction. Bien souvent, quand on est dans des affaires techniques et complexes, le juge n'a pas la conscience et une vue suffisamment dégagée pour définir avec précision la mission de l'expert.

Pour ne pas faire de délégation de pouvoirs et ne pas conduire les parties dans des voies sans issue, il est important de définir avec le maximum de précision cette mission. Il a la faculté d'ordonner une conférence en présence de l'expert et des parties et, au cours de cette conférence, on définit la mission et on fixe un calendrier.

On peut même aller au-delà car le juge peut désigner un consultant au sens du code de procédure civile pour l'assister dans la rédaction de la mission. Des missions sont tellement complexes que, nous juristes, sommes dans l'incapacité même de les concevoir. On aurait tout à gagner, dans les dossiers les plus complexes, à désigner un consultant avec, pour mission, d'assister le juge au cours de la conférence pour définir la mission d'expertise.

Bien poser la question, c'est déjà y répondre.

M. Jean-Marie CHAPUS.-

Après que le juge a, dans son jugement, proposé une rédaction avec une mission pour l'expert, derrière, à Nanterre du moins, une cellule d'expertise a été lancée, un peu désolidarisée de la fonction du juge principal sur le fond, pour surveiller que les délais soient observés, que les rémunérations soient versées, etc.

C'est au niveau de la cellule d'expertise que j'imaginai intervenir.

M. Vincent VIGNEAU, Président. –

C'est dans le rôle du juge de l'expertise.

M. Jean-Marie CHAPUS.- Juge du contrôle au Tribunal de Commerce de Nanterre-

Qui a l'air de déposséder le premier juge de base, ce qui n'est pas du tout le cas car il existe une symbiose entre les uns et les autres. Les juges de la cellule expertise sont aussi habilités à recevoir les parties, les avocats, etc.

M. Vincent VIGNEAU, Président. –

L'idée des rédacteurs de la réforme du code de procédure civile était de spécialiser un juge dans le suivi de l'expertise. Ce n'est pas un suivi purement mécanique ou répressif, mais un suivi dynamique et intellectuel et il est là pour guider l'expert et les parties dans le déroulement de la mission. J'ajouterai que personne n'est, depuis la nuit du 4 août, propriétaire de ses fonctions ni de ses dossiers. Nous travaillons dans l'intérêt du justiciable. Nous ne jugeons que des pistes par dossier, c'est ainsi, et je n'ai aucun intérêt à ce que ce dossier m'échappe ou m'échoit.

Me Christian LAMBARD. –

C'était en écho à ce que vous évoquiez, Monsieur le Président, concernant la définition des missions. Je rappelle que, dans cet esprit, dans le code de procédure pénale -réforme du décret du 5 mars 2007-, des dispositions font rêver les juristes civils que nous sommes puisque, quand un juge d'instruction envisage d'ordonner une expertise, il doit désormais aviser les parties -sous-entendu les parties mises en examen- de son intention d'ordonner une expertise, de la mission qu'il envisage de donner à l'expert, du nom de l'expert qu'il envisagerait de désigner, et les parties ont la faculté de faire des observations sur le nom de l'expert, sur les termes de la mission et de demander au juge de désigner, aux côtés de l'expert qu'il va commettre, leur propre expert, sous la seule condition qu'il soit lui-même inscrit sur une liste d'experts judiciaires.

Vous voyez jusqu'où va le souci du juge pénal, un peu contraint, à la suite notamment de l'affaire Outreau et de la commission d'enquête qui s'en est suivie, étant précisé que le juge a la faculté de ne pas y faire droit. En écho à ce qu'évoquait Monsieur le Conseiller Vigneau sur la concertation qu'il peut y avoir entre le juge et les parties, voire les experts et sur les termes d'une mission, des moyens judiciaires sont à notre disposition, et leur utilisation, pour en revenir à notre sujet, est aussi un gage de pouvoir augurer le jour venu une possibilité conciliatrice plus facile et plus aisée.

M. Vincent VIGNEAU, Président.-

Nous allons donner la parole à deux acteurs que l'on a peu l'habitude d'entendre et de voir devant le prétoire du juge : l'expert d'assurance et la partie elle-même.

Vous allez avoir le point de vue des conseils techniques des parties par M. Faisantieu, expert d'assurance, et ensuite par M. Michel Bouland, Directeur juridique France du Groupe Dalkia.

Le point de vue des conseils techniques des parties – M. Daniel FAISANTIEU - Expert d'assurance.

Une confirmation tout d'abord : chez les assureurs également, il se considère que relativement peu de dossiers de contentieux sont poursuivis au fond, une fois les expertises judiciaires conduites à terme, ou même seulement engagées. Seule l'évaluation de la proportion varie selon les interlocuteurs rencontrés, certains évoquant un taux de 30% d'autres parlant d'une petite moitié du nombre global des dossiers.

Le corollaire de cet état de fait réside dans le constat de la contribution, directe ou indirecte, de l'expertise judiciaire à la conciliation des parties, dans une nette majorité des cas.

On peut s'étonner d'une telle situation, dans la mesure où ne devraient idéalement aboutir devant les juridictions que les dossiers dans lesquels les positions des parties sont irréductiblement antagonistes, une fois épuisées les voies de la recherche d'une solution amiable.

Or, la relative facilité avec laquelle des accords transactionnels se concluent après expertise judiciaire démontre que les dites voies sont loin d'être systématiquement explorées.

Pour les experts d'assurance que je représente cet après-midi, la perception de ce qui précède ressort généralement d'un constat d'échec, puisqu'il relève de la mission bien comprise d'un expert amiable de fournir à son mandant non seulement des éléments d'appréciation du contexte technique du dossier, mais aussi des suggestions, assorties de justifications, de rapprochement des adversaires visant à un règlement consensuel.

Les insuffisances de la phase amiable nourrissant donc, au moins en partie, l'expertise judiciaire, intéressons-nous un instant aux principales raisons de cette perte d'occasion de conciliation.

1/ - Les causes de l'échec au stade amiable.

En l'absence d'une instance d'arbitrage souveraine, le succès d'une négociation amiable repose souvent sur la conjonction de diverses conditions, au rang desquelles figurent en vrac :

Les qualités de sachants et l'objectivité des experts d'assurance ou des représentants des parties en présence. Un minimum de communauté d'analyse quant à l'origine technique du sinistre s'avère en effet indispensable, ce qui suppose de la part des individus concernés compétence technique et lucidité de la position.

L'expérience et le pouvoir de décision des gestionnaires de sinistres au sein des compagnies d'assurances. L'intervention en temps utile de gestionnaires expérimentés, dûment alertés des enjeux d'un dossier problématique, autorise souvent la formulation de propositions constitutives des bases d'une négociation.

Le caractère tranché des responsabilités impliquées. L'évidence de la causalité technique et/ou l'absence d'ambiguïté contractuelle facilitent la définition des imputations aux diverses parties en présence.

L'admission par les acteurs concernés du principe même de l'acceptation d'une éventuelle part de responsabilité. Les positions de refus a priori constituent évidemment autant d'obstacles à toute négociation.

L'absence d'un ou plusieurs de ces facteurs conduit souvent à une situation de blocage et à l'initialisation d'une suite judiciaire. Avec le recul d'une expérience d'une vingtaine d'années, je suis conduit à penser que cette dernière constitue assez souvent, pour les intervenants au stade amiable, un moyen de faire trancher par d'autres une situation créée par une somme de petites défaillances individuelles ou collectives.

L'expertise judiciaire apparaît alors comme un processus arbitral de fait, au cours duquel les parties saisiront, le cas échéant, les occasions d'engager une conciliation.

2 / - Les conditions de la conciliation au cours du processus judiciaire.

En quelques occasions, il est vrai assez rare, la simple délivrance d'une assignation à l'initiative d'une partie suffit à réveiller quelques vigilances assoupies et à faire renouer un dialogue devenu inerte faute d'animateurs motivés.

Cela vaut également pour la prise de connaissance du libellé de la mission d'expertise judiciaire, parfois tellement inadapté à la nature du litige (les fameuses « missions types ») que les parties retrouvent comme par enchantement une ardeur négociatrice.

Mais ceci reste marginal et il ne convient pas de s'y attarder davantage.

Plus intéressants seront bien sûr les moments offrant des possibilités de conciliation, en cours d'expertise ou après le dépôt du rapport de l'Expert.

Mais avant de les examiner plus en détail, un préalable s'impose avec l'examen des conditions devant être remplies par l'expertise judiciaire, selon la perception de l'expert d'assurance, afin qu'elle puisse servir de base de négociation.

Notre regretté confrère Jacques GUILLERMAIN avait coutume de dire que l'expertise et il confondait dans son propos expertise judiciaire et expertise amiable) était constituée de trois parts indissociables :

- . une part de technique
- . une part de bon sens
- . une part de psychologie

Je souscris largement à une telle définition que l'on pourrait également traduire de façon approchée par le tryptique compétence/objectivité/pédagogie, étant bien compris que les parts respectives de ces trois ingrédients peuvent largement fluctuer selon le contexte d'un dossier donné.

Mais en aucun cas l'une des parts en question ne doit totalement disparaître.

Cela vaut évidemment pour la part technique, bien que je sois frappé par quelques propos, tenus çà et là, selon lesquels l'expertise judiciaire pourrait parfaitement se dispenser d'un fond technicien approprié, et donc être confiée indifféremment à des détenteurs d'une simple culture scientifique générale.

Dans la spécialité de la géotechnique qui est la mienne, je connais trop les ravages de telles situations pour en approuver la récurrence, et sans exiger de l'expert judiciaire qu'il soit un spécialiste reconnu de chaque sujet traité, ce qui relèverait de la gageure, au moins peut-on

espérer ne pas le voir découvrir le B.A.BA de la discipline scientifique concernée au cours de ses opérations.

J'ai en tête une expertise conduite par un expert auprès d'une Cour d'Appel de l'Est de la France qui avait été désigné dans le cadre d'un litige relatif à des surcoûts de fondations d'un ouvrage, allégués au titre d'une non-conformité des sols rencontrés avec la description fournie par l'étude initiale. Cet expert était en fait un hygiéniste de la construction, spécialiste des acariens présents dans les revêtements de sols.

Vous imaginez sans peine que ce dossier a été plaidé au fond.

Le bon sens quant à lui réside dans cette faculté, liée à l'expérience, qui confère à son détenteur un moyen de combler l'espace entre l'ignorance totale et la connaissance bien assurée. Selon le Petit Robert, il est « la capacité de bien juger, sans passion, en présence de problèmes qui ne peuvent être résolus par des raisonnements scientifiques ». Le sage fait probablement preuve permanente de bon sens et l'expertise judiciaire se doit de tendre vers cette sagesse, notamment en pratiquant la modestie qui consiste à écouter, analyser objectivement jusqu'à éventuellement admettre tout ou partie du raisonnement d'autrui.

La part de psychologie enfin est indispensable à l'expert pour l'appréciation des motivations des parties en présence, mais aussi (et peut-être surtout) pour adapter ses propos au mieux des capacités de compréhension de ses interlocuteurs. L'expert judiciaire se doit d'être un bon pédagogue et de sa pédagogie résulte souvent l'acceptation générale de son analyse par les intéressés et, partant, l'aptitude pour celle-ci à devenir le socle d'une transaction avant jugement. La pédagogie de l'expert constituera alors le moyen de faciliter l'évolution des certitudes initiales des parties et la rencontre de celles-ci en une position médiane.

A contrario, l'expertise judiciaire défailante sur un ou plusieurs des trois volets précités sera source de crispation des positions des parties et donc défavorable au développement d'un climat propice à la conciliation.

3/ - Les moments favorables à la conciliation des parties.

L'expert d'assurance ne reçoit très généralement pas d'instructions contraires à la poursuite de la recherche d'une issue transactionnelle tout au long du processus expertal judiciaire.

La seule exception, rarissime dans les faits, est constituée par les cas d'expertises « doctrinales » c'est à dire susceptibles d'ouvrir la voie à l'obtention d'un jugement formant jurisprudence, que la compagnie d'assurances mandante espère favorable à ses intérêts.

Il revient donc à l'expert d'assurances, tout comme bien sûr à l'avocat qui lui est associé, de continuer à informer sa cliente quant aux évolutions de la position des parties et à lui suggérer, en tant que de besoin, des tentatives de rapprochement assorties de propositions technico-économiques.

Les premières occasions se présentent au cours même des opérations d'expertise, lorsque les circonstances permettent à l'expert judiciaire de poser une analyse claire de la causalité technique, des rôles joués par chacun et d'avancer un chiffrage des préjudices induits. Le plus souvent la contribution indirecte de l'expert judiciaire à la conciliation des parties est renforcée par la production d'une note valant pré-rapport en bonne et due forme. A ce sujet, on peut regretter que les missions des experts judiciaires ne comportent pas plus souvent d'obligation de produire un pré-rapport, tant celui-ci constitue de fait un motif de discussion.

Encore faut-il qu'il ne soit pas prématurément produit et résulte d'une certaine maturation des débats entre les parties en cours d'expertise, car rien n'est plus défavorable à cet effet qu'un pré-rapport rapidement contredit.

Mais le moment le plus couramment exploité pour le rapprochement des parties se situe après remise du rapport d'expertise.

Parmi les raisons qui s'imposent en cette circonstance figurent de façon prépondérante les suivantes, formant les deux termes d'une alternative :

a) le rapport d'expertise aura permis aux parties de réfléchir à leurs positions et clarifié la question du rôle joué par chacun, au point que le jugement du Tribunal n'apparaît plus indispensable.

b) le rapport d'expertise demeure contestable, mais les parties (et surtout d'ailleurs les assureurs qui disposent d'une base statistique importante sur ce point) savent que le Tribunal suivra les conclusions de l'expertise neuf fois sur dix (une des phrases que j'ai le plus souvent entendue au cours de ma carrière est « un procès se gagne lors de l'expertise judiciaire »).

Seuls finalement échappent à la transaction les cas se manifestant par l'une ou plusieurs des caractéristiques suivantes :

- erreurs procédurales de l'expert judiciaire, dont essentiellement le non respect du principe du contradictoire,
- analyse technique nettement erronée et contredite par des faits ou documents tangibles,
- enjeux financiers importants, car les parties dont le rôle a été mis en cause par l'expertise espèrent jouer une seconde chance devant le Tribunal,
- et surtout, dans une forte majorité des cas, le maintien d'une certaine crispation des parties sur des positions de refus, soutenues par des motivations très complexes parmi lesquelles les implications psychologiques ne sont pas les moindres.

Il faut en effet comprendre que les parties en présence n'affichent que rarement un comportement monolithique, constituées qu'elles sont de représentants aux cultures distinctes et intérêts parfois divergents, voire antagonistes, entre l'assureur, ses prestataires (avocats et experts) et l'assuré, lequel montre lui-même des facettes bien diverses entre ses juristes, ses techniciens et ses commerciaux.

Même l'assureur, sensé prendre la direction d'un procès dès lors qu'il a accordé ses garanties, ne peut faire abstraction de sa relation commerciale avec ses assurés et ignorer ainsi les motifs exposés par ces derniers.

4/ - En guise de conclusion.

Pour l'expert de compagnie d'assurance, abreuvé de recommandations de principe telles « un mauvais accord vaut mieux qu'un bon procès », une dérive judiciaire d'un dossier résonne comme un désaveu.

Toutefois, l'aboutissement transactionnel demeurant pour lui une priorité, il se doit de saisir les occasions offertes par le travail de l'expert judiciaire, au cours ou au terme de celui-ci.

L'expérience montre qu'une nette majorité des dossiers contentieux trouve une issue avant procès, ce qui fournit au système une certaine reconnaissance de légitimité par ces divers acteurs.

Pourrait-on améliorer l'expertise judiciaire en faisant notamment en sorte de désigner des experts aptes à remplir les trois parts décrites par Jacques GUILLERMAIN ? Sans doute.

Devrait-on donner aux experts judiciaires des moyens adéquats, notamment en matière de libellés de missions ou de délais de remise de rapports, pour faciliter la profondeur de leur travail ? Certainement.

Mais, même en cet état perfectible, l'expertise judiciaire offre le plus souvent pour les parties qui savent ou souhaitent en exploiter les données, un important motif de conciliation entre elles.

M. Vincent VIGNEAU, Président. –

Merci Monsieur Faisantieu pour cet exposé très précis et très approfondi. Non seulement vous avez traité le sujet, mais abordé des questions qui mériteraient, pour chacune d'entre elles, un colloque d'au moins une journée, mais je pense que chacun aura la tentation d'y revenir tout à l'heure.

Vous avez parlé d'éthique, des conflits de l'expert, de la sempiternelle question du pré-rapport et là, il nous faudrait une semaine de colloque sur le sujet ; enfin, votre dernier développement pourrait s'intituler « Les expertises parapluies », à savoir l'attitude des différents organes d'une partie vis-à-vis de l'expertise.

Vous avez évoqué notamment les directeurs juridiques. On va donner la parole à un Directeur juridique du Groupe Dalkia, M. Michel Bouland.

Point de vue de l'entreprise - M. Michel BOULAND - Directeur juridique France du Groupe DALKIA.

En tant que Directeur juridique d'une société qui gère des équipements thermiques et de nombreuses installations classées, le recours à une expertise amiable ou judiciaire est dans nos contentieux de nature technique, quasi systématique.

Pour une entreprise comme la nôtre, l'expertise a un triple intérêt, à savoir :

- elle est un moyen de constater et d'établir les preuves, je ne développerai pas ce point puisqu'il a déjà été abordé par mes prédécesseurs, il est donc pour moi inutile d'y revenir, sauf à confirmer que pour l'essentiel je partage l'opinion de ces derniers :

- elle permet bien souvent de résoudre rapidement des conflits,
- elle nous permet enfin d'améliorer notre savoir-faire.

Ce sont ces deux points que je vais développer.

1. Le recours à l'expertise amiable et/ou judiciaire peut favoriser une solution amiable d'un conflit existant.

Lorsqu'un sinistre intervient sur l'un de nos sites, soit il est réglé directement par les opérateurs techniciens, avec le concours parfois de nos Experts d'assurance, soit il n'arrive pas à se régler à ce stade.

Dans ce dernier cas, en général, les parties ne sont pas d'accord sur l'origine du sinistre, ni *a fortiori* sur les responsabilités.

Nous nous retrouvons donc dans une impasse où chacun des opérateurs essaie de se renvoyer la responsabilité du désordre.

C'est ce que l'on peut appeler une situation de blocage.

Dans ce cas, la première option est d'intervenir nous-mêmes, ou par l'intermédiaire de nos Avocats respectifs pour tenter de débloquer la situation.

Mais ce type d'intermédiation est souvent peu efficace dans la mesure où, en tant que juristes, nous écoutons ce que nous disent nos techniciens, mais nous n'avons pas toujours une maîtrise suffisante pour nous permettre d'appréhender avec suffisamment de recul et de sérénité la situation dont nous sommes saisis.

C'est pourquoi, en définitive, la seule solution est bien souvent de recourir à une expertise, notamment judiciaire.

Avant le démarrage de l'expertise, le dialogue est souvent interrompu entre les opérateurs sauf échange classique de courriers recommandés où chacun se renvoie la balle.

L'expertise judiciaire permet souvent la reprise du dialogue et bien souvent, c'est au travers de ces échanges, menés sous la houlette de l'Expert qui parle le même discours que nos opérateurs puisqu'il est un technicien, que nous arrivons souvent à comprendre pourquoi un sinistre a eu lieu et quelle est son origine.

La première vertu de l'expertise est donc d'abord de permettre le déblocage ou en tout cas de faciliter le déblocage d'une situation conflictuelle qui n'avance pas.

Le déblocage n'est toutefois possible qu'à la double condition que l'Expert soit reconnu comme tel par les parties qui l'entourent, en d'autres termes, l'Expert doit montrer qu'il connaît l'objet de la matière dont il est saisi et doit ensuite faire preuve d'une grande prudence, en ce sens qu'avant d'émettre une opinion, il doit montrer une grande faculté d'écoute et surtout éviter d'être péremptoire dans ses appréciations.

En d'autres termes, il doit, comme le dispose le Code de procédure civile, agir avec conscience, objectivité et impartialité. Je reviendrai sur ce point plus loin.

Comme c'est souvent le cas (mais pas toujours), l'expertise devient ainsi un excellent outil de conciliation.

A ce stade, le recours à l'expertise présente également un autre intérêt, puisque par exemple lorsqu'un sinistre se produit dans une centrale thermique, chaque jour qui passe génère des pertes d'exploitation importantes.

Lorsque l'expertise démarre, il est donc urgent, indépendamment de la recherche des causes et des responsabilités, d'arrêter l'hémorragie.

Souvent l'expertise permet ainsi de concilier les parties sur des solutions provisoires qui permettent de ne pas aggraver le préjudice subi, chacune des parties y trouve alors son compte ; le demandeur dont le préjudice ne va pas s'aggraver, le défendeur qui, si au final sa responsabilité est avérée, aura limité les dégâts.

Pour résumer cette première partie de ma brève intervention, l'expertise est donc à ce stade un remède, soit définitif, soit au moins provisoire, qui permet de régler un litige ou à tout le moins de le circonscrire.

Mais l'expertise peut également avoir un intérêt pédagogique pour nous.

C'est ce que je voudrais développer maintenant.

2. Sur le plan technique, l'expertise nous permet souvent d'identifier des faiblesses dans nos process industriels, notamment à plusieurs niveaux, d'abord au niveau de la traçabilité de nos process ; elle nous oblige à nous améliorer sans cesse.

Ensuite, l'Expert nous apporte souvent un retour d'expérience qui nous est précieux.

Bien souvent, dans des cas que j'ai eus à suivre, les Experts nous ont donné des idées auxquelles nous n'avions pas pensées.

Souvent aussi, l'Expert a connu dans d'autres litiges, des situations similaires à celles que nous sommes amenés à vivre dans le litige dont il est saisi.

Auquel cas encore une fois, son retour d'expérience est essentiel pour nous, en ce sens qu'il nous permet à l'évidence d'améliorer notre politique de prévention des risques.

3. Mais l'expertise n'améliore pas seulement notre savoir-faire au niveau technique, mais également au niveau juridique.

Souvent dans l'expertise, le dialogue qui s'est réinstauré lorsque les parties n'arrivaient plus à se parler, nous permet d'identifier des questions qui n'avaient pas été abordées en amont dans les contrats qui nous lient à nos clients et/ou fournisseurs et/ou sous-traitants.

Le litige résulte alors souvent d'omissions, de non dits et surtout de malentendus.

C'est pourquoi, à l'évidence, l'expertise est un outil d'amélioration de notre savoir-faire contractuel.

4. Enfin et surtout, l'expertise peut être pour nous source de rentabilité.

Comme vous le savez, une procédure est pour nous génératrice de coûts, non-seulement externes (honoraires d'Avocats, d'Experts et autres), mais également et surtout en interne.

Pour nos équipes, les procédures en général et les expertises en particulier, sont souvent consommatrices de temps et d'énergie.

C'est pourquoi, je dirais qu'en ma qualité de juriste d'entreprise, j'apprécie toujours le recours à l'expertise lorsque cela permet de trouver des solutions rapides, car moins un litige perdure, moins il est coûteux pour nous.

Je ne souhaiterais toutefois pas terminer ce bref exposé sur l'expertise de façon trop idyllique.

Comme je l'ai dit précédemment, pour que l'expertise soit efficace, c'est-à-dire d'abord permette de résoudre rapidement les conflits, encore faut-il que l'Expert lui-même soit efficace.

Ceci suppose :

- que l'Expert soit un vrai professionnel qui maîtrise techniquement le sujet sur lequel il est saisi.

Si un Expert ne maîtrise pas techniquement la situation, les parties s'en apercevront très vite et cela compromettra irrémédiablement les chances de résoudre rapidement le conflit.

En d'autres termes, il est indispensable que l'Expert fasse « autorité ».

Il m'est parfois arrivé de rencontrer des Experts qui n'avaient pas la compétence requise.

Or, l'Expert qui ne maîtrise pas la question qui lui est posée par le Juge, doit la refuser ; et s'il rencontre, dans le courant de l'expertise, un point qu'il ne maîtrise pas, il ne doit pas hésiter à faire appel des Sapiteurs capables de répondre aux questions qu'il se pose.

- il faut aussi que l'Expert agisse avec célérité. Une bonne expertise est une expertise qui se déroule rapidement.

Ainsi, il faut éviter, entre le moment où une réunion se tient, et au moment où l'Expert établit un compte-rendu, qu'un trop long délai ne s'écoule.

Bien entendu, je dis cela tout en étant conscient des lenteurs dues aux nécessités du principe du respect du contradictoire, ou bien encore des contraintes externes qui entourent l'expertise, comme le recours à des laboratoires d'analyses.

Enfin, pour être efficace, l'Expert ne doit pas dépasser les limites de sa compétence.

Il n'est pas un Juge, ni un sous-traitant du Juge.

« Fournir à la juridiction compétente qui sera éventuellement ultérieurement saisie tous les éléments lui permettant d'apprécier les responsabilités encourues », n'est pas dire qui est responsable.

Pour ma part, je trouve fâcheux et particulièrement maladroit l'attribution de pourcentages de responsabilités auxquels se livrent certains Experts dans leurs rapports.

Mais c'est aussi notre rôle, et surtout celui de nos Avocats d'en fixer les limites.

De même, si l'Expert, comme on le rappelle souvent n'est ni un maître d'œuvre, ni un conseil qui est là pour préconiser des solutions techniques, il n'est pas non plus un arbitre.

Si comme je l'ai dit tout à l'heure, l'expertise est un bon terrain pour favoriser la conciliation, l'Expert n'est ni pour autant un conciliateur, ni un arbitre.

Si l'expertise doit permettre de restaurer le dialogue entre les parties, et si l'Expert doit écouter les parties, il ne doit ni trancher, ni arbitrer.

En résumé, pour qu'une expertise soit efficace au sens où on l'entend, c'est-à-dire permettre de sortir rapidement d'un conflit, l'Expert doit se cantonner au domaine qui est le sien, d'abord celui d'un technicien.

J'ai vu parfois des Experts s'exprimer sur des points de droit ou bien donner leur avis sur la position que serait amené à prendre le Juge, ce qui en règle générale, est mal perçu par les parties.

En d'autres termes et pour conclure, je dirais toujours oui à une expertise car elle est très souvent efficace lorsque l'Expert fait preuve de technicité et de célérité.

Messieurs les Experts, en disant tout cela, je suis bien conscient que votre tâche n'est pas facile car vous êtes un peu comme le Roi Jean Le Bon à la bataille de Crécy, gardez-vous à droite, gardez-vous à gauche.

Gardez-vous du Juge en ce sens que n'hésitez pas à revenir vers lui lorsqu'il aura tendance à vous déléguer sa *jurisdictio*.

Mais gardez-vous également des parties, mais écoutez les et surtout respectez les car n'oubliez pas que si c'est le Juge qui vous nomme, ce sont elles qui paient vos honoraires et que c'est d'abord pour elles que le Juge vous désigne.

M. Vincent VIGNEAU, Président. –

Merci, Monsieur le Directeur, pour cette vision originale que nous n'avons pas souvent l'habitude d'entendre, et qui nous conduit à nous interroger : pour qui travaille l'expert ? Travaille-t-il pour le juge, pour lui-même, pour les avocats ou les parties ?

C'est une question que nous devons toujours avoir à l'esprit car on a parfois tendance à considérer qu'il travaille pour nous et, suivant que l'on est avocat, juge, Procureur ou expert, on n'a pas la même vision des choses. Dans nos colloques entre personnes de justice, nous avons tendance à oublier que nous sommes là tout d'abord au service des justiciables.

Je vous propose un temps de discussion d'une demi-heure avec la salle et nos intervenants.

M. Jean-François HERVE. –Expert CNIDECA

J'aurais voulu demander à M. Faisantieu si les Compagnies d'assurance ont l'obligation de recourir à une procédure judiciaire pour établir de façon ferme le préjudice qu'elles ont éventuellement à indemniser.

M. Daniel FAISANTIEU. –

Il n'y a aucune obligation.

M. Jean-François HERVE. –

Pourquoi le font-elles ?

M. Daniel FAISANTIEU. –

Peut-être par paresse, peut-être parce qu'elles recherchent le fruit d'une expérience et pensent-elles, peut-être à tort, a priori, que, dans ce cas de figure, la conciliation n'aboutira pas. Je n'ai pas de réponse précise à vous faire, **mais une Compagnie d'assurance n'a aucune obligation, sauf pour exercer ses recours, par exemple en RC ou en dommages notamment, à faire établir son indemnisation par un tribunal.**

Me Christian LAMBARD. –

Il n'y a, effectivement pas d'obligation. Pourquoi le font-elles ? Parce que c'est le moyen de sortir d'un constat d'échec qui est une raison noble et, au risque d'être de nouveau un peu provocateur, la deuxième raison -qui l'est moins- est la suivante : C'est un alibi formidable. Quand il s'agit, pour quelqu'un de gérer un dossier et de prendre une décision, il est infiniment plus facile de la prendre sous couvert d'une expertise. Qui plus est, puisque l'on parle de conciliation, le jugement est formidable car, quand le dossier est perdu c'est que l'avocat était mauvais, et quand le dossier est gagné, c'est que le dossier était bon. Je schématise, mais c'est à peu près cela.

Au-delà de la boutade, l'expertise judiciaire est un moyen qui va permettre, pour un gestionnaire d'assurance, de justifier techniquement de pouvoir faire évoluer son dossier, peut-être dans le sens d'une conciliation ou jusqu'à une décision de justice.

M. Simon CHOUMER. –Expert CNIDECA

Nous avons parlé du droit français. Je voudrais connaître, Monsieur le Conseiller, l'évolution potentielle en Europe. Va-t-on vers le droit anglo-saxon de la conciliation ou pas ?

M. Vincent VIGNEAU, Président. –

J'ai quelques connaissances en droit français mais limitées au droit de l'expertise, puisque cela fait partie des dossiers que je rapporte devant la deuxième Chambre civile. J'ai moins de certitude en matière de droits comparés européens.

Nous aurons plus tard l'intervention de Maître Chaney qui a l'immense qualité d'être aussi bien Français qu'Anglais -du moins j'ai l'impression qu'il parle aussi bien les deux langues-, qui va nous faire part de son expérience anglaise.

Nous avons également dans la salle M. Lemaire, Président de l'Institut Européen de l'Expertise et de l'Expert qui a peut-être une vision plus approfondie que moi de l'évolution de l'expertise en Europe, puisque c'est notamment la mission de son Institut que de contribuer à la connaissance mutuelle des différents régimes politiques de l'expertise dans l'espace européen. Il pourra peut-être nous apporter une réponse.

M. Jean-Raymond LEMAIRE. – Président de l'Institut Européen de l'Expertise et de l'Expert

Je n'ai pas de réponse précise à la question. J'ai rencontré il y a peu de temps Jacques Barrot, puisqu'on a la chance d'avoir un Vice-président de la Commission européenne français chargé de la justice. Je peux dire que l'effort qui sera réalisé sur les deux prochaines années au niveau de la Commission a pour but d'arriver à trouver des règles harmonieuses entre les différents pays d'Europe pour faciliter la médiation.

Deux grands débats aujourd'hui en Europe sur les problèmes d'expertise et de justice : la médiation au civil et l'harmonisation des preuves au pénal. C'est un débat sur lequel il faut être présent car c'est une discussion qui commence au niveau européen aujourd'hui.

M. Vincent VIGNEAU, Président. –

On peut préciser qu'un règlement communautaire du 28 mai 2001 porte sur la recherche de la preuve, et notamment la coopération judiciaire et la recherche de la preuve venant des pays communautaires, qui permet notamment à un juge ou à des parties d'exécuter une mesure d'instruction dans un autre pays de l'Union européenne. Dans ce cas, l'expertise, la mesure d'instruction, doit s'opérer selon la loi du pays mandant, sauf si celle-ci se révèle contraire à l'ordre public interne.

Il est fort probable que l'on ne jugera pas que la mission dévolue à un expert allemand qui viendrait exercer en France et qui comporterait - je ne connais pas le droit allemand, mais certains le connaissent mieux que moi - une mission de conciliation, ne serait pas considérée comme contraire à l'ordre public français.

J'ai une question à poser à M. Faisantieu sur le recours à l'expertise en matière d'assurance. Il s'agit de la normalisation, car vous savez que celle-ci peut imposer des process particuliers aux entreprises. Une entreprise qui sera cotée au CAC 40 aura l'obligation de faire appel à des clients ou à des fournisseurs qui sont eux-mêmes normalisés. Pour une Compagnie d'assurance, y a-t-il une obligation de recourir pour certains cas à l'expert et, quand elle y recourt, celui-ci doit-il revêtir une certification ?

M. Daniel FAISANTIEU. –

Vaste sujet ! Il existe des cas où telle entreprise travaille, dans le domaine industriel notamment -vous connaissez le système des flux tendus-, avec des cascades de sous-traitants, et a des relations normalisées contractuelles qui déteignent sur les rapports de responsabilité d'assurance et de garanties correspondants. Souvent, des experts de contrats sont désignés a priori, lors de la signature desdits contrats, auxquels, par communauté entre les parties, il est fait appel systématiquement.

Ceci est plus généralement valable dans le domaine de ce que l'on appelle les expertises dommages, à savoir celles qui s'adressent aux biens mais, à ma connaissance, elles sont très rares dans le domaine des expertises dites de responsabilité.

Je n'ai, personnellement, pas eu de mission qui aurait relevé d'une désignation a priori sur un contrat pour des problèmes relevant de la responsabilité. Les assureurs ont une liberté assez grande de désignation des experts dans ces domaines, sauf s'il y a une convention entre les parties et l'expert, couchée sur le papier, avant même que les hostilités puissent éventuellement se déclencher.

C'est le cas, par exemple, des contrats dits de Tous Risques Chantier qui sont des contrats sur de grandes opérations autoroutières ou immobilières où les experts sont désignés à l'avance.

Me Christian LAMBARD. –

En dehors de la désignation contractuelle, à laquelle tu fais référence, vous avez des exemples tout à fait classiques comme, par exemple, l'assurance du maître d'ouvrage. Vous avez une obligation de désignation par l'assureur d'une expertise préalable. C'est une obligation de la loi, avec des sanctions, qui conduisent l'assureur à devoir, une fois le rapport déposé par son expert, formuler des offres d'indemnisation dans des délais définis par la loi.

Pour répondre, Monsieur le Conseiller, à votre question concernant les certifications, il n'y a pas de certification au sens désormais habituel du terme mais, en revanche, vous avez un système, en matière d'assurance de dommages, d'agrément des experts. Les experts sont agréés après des formations internes à la profession d'assurance et sont agréés en expertise de matériels, de bris de machines, de dommages aux bâtiments, etc.

M. Daniel FAISANTIEU. –

Il y a, certes, des certifications, mais la Convention de règlement des assureurs en construction admet sur sa liste des experts, après des examens qui ne sont pas si faciles, et l'expérience montre que lorsqu'on est confronté à un sinistre de taille ou hors normes, les assureurs reprennent assez largement leur liberté de désignation d'experts qu'ils jugent plus aptes à intervenir, parce qu'ils sont dans un domaine de spécialités particulières.

M. Jean-Raymond LEMAIRE. – Président de l’Institut Européen de l’Expertise et de l’Expert

Je voulais revenir sur les RC. Aujourd’hui, pas dans tous les domaines, mais dans tous les cas dans les domaines de pointe, des accords ont lieu avec certains assureurs pour que l'assureur ait l’obligation de participer à une médiation.

Cela signifie que, dans 2 ou 3 ans, lorsque les assureurs auront fait leurs comptes, en n’oubliant pas le rapport sinistre/prime, on risque d’avoir une généralisation de ces processus. Cela va changer beaucoup de choses dans le monde des litiges industriels. Il faudra que l’on s'oriente de plus en plus sur ces voies de médiation.

Aujourd'hui, cela reste un vœu pieux. La médiation fonctionne très moyennement dans pratiquement tous les pays, sauf en Angleterre où les incitations sont fortes. A partir du moment où l’un des acteurs, qui au final, paye une partie de la procédure, voire une partie des dommages, s'associe à la médiation, on aura une évolution claire de nos interventions, experts, conseils et autres.

M. Vincent VIGNEAU, Président. –

Cela ne va pas se développer uniquement dans le domaine industriel, mais également dans le domaine de la consommation, puisque la première Chambre de la cour de cassation a considéré que de telles clauses de médiation ne privaient pas ensuite le consommateur du droit d'accès au juge. Cette privation pouvait survenir, soit dans une obligation qui était faite de suivre l'arbitrage du médiateur, qui est en réalité un arbitre, soit dans ce que le texte prévoyait : que les délais pour agir n'étaient pas suspendus par la saisine du médiateur.

Nous allons maintenant nous consacrer à un exercice de droit comparé puisque vont prendre successivement la parole M. Jacques Poirier qui va faire un exposé sur l’article 145 et la solution du litige. Les dispositions de cet article sont bien françaises et non connues dans les pays frontaliers.

Cela nous permettra ensuite de comparer avec le système anglais à l'occasion de l'exposé de Maître Chaney sur les expertises amiables, étant précisé qu’il ne se limitera pas au système anglais, mais va nous exposer les différents systèmes d'expertise amiable.

Article 145 et solution du litige - M. Jacques POIRIER – Expert CNIDECA.

1. Il existe un litige et il n'y a pas de procès.

1.1. L'article 145 peut apparaître comme une originalité de la Procédure Civile. Comme l'indique son libellé, que nous relirons dans un instant, il conduit l'autorité judiciaire à ordonner une mesure d'instruction « **avant tout procès** ». Les seules restrictions sont qu'il est nécessaire qu'il « **existe un motif légitime** » de le mettre en œuvre et que les mesures d'instruction ordonnées soient « **légalement admissibles** ».

L'expert commis à son visa agit donc :

. Pour mettre en œuvre, en référé ou sur requête, une décision de justice.

. Qui a constaté **avant tout procès**, sans contestation sérieuse, **l'existence d'un litige**.

L'expertise ordonnée au visa de l'article 145 implique donc, simultanément, comme l'avert et le revers d'une monnaie, **l'existence d'un litige et l'absence de procès**.

1.2. Nous pouvons donc relire tranquillement le libellé de cet article :

. « S'il existe un motif légitime de conserver ou d'**établir avant tout procès la preuve de faits** dont pourrait dépendre la **solution d'un litige**, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé ».

Si tous les mots sont importants, il nous apparaît que, dans le cadre de nos travaux examinant ce qui favorise la conciliation des parties ou, au contraire, contribue à l'empêcher, les expressions importantes sont :

. « Etablir la preuve des faits » – et pas seulement conserver la preuve des faits ou empêcher la déperdition des preuves –.

. La « solution d'un litige » – il faut donc qu'il y ait un litige, une prétention de la demanderesse en fixant le contour et des conclusions en défense s'opposant au moins partiellement à cette prétention –.

. Et, évidemment, « avant tout procès ».

1.3. Il vient que les règles que doit mettre en œuvre l'expert pour conduire l'expertise ordonnée au visa de l'article 145 sont les mêmes que celles mises en œuvre au visa de l'article 144. Sous la réserve d'usages locaux (de telle ou telle Juridiction) et sous l'emprise croissante du respect de l'article 6.1 de la CEDH relatif au « procès équitable », il s'agit principalement de veiller :

. A ne pas nous substituer aux parties, par exemple en instruisant à charge et à décharge – ce que nous savons faire au pénal –. Donc à veiller à ce que les allégations des parties soient actualisées au rythme de la progression de l'expertise.

. En conséquence, à préférer la méthode « accusatoire » à la méthode « inquisitoire », cette dernière étant plus confortable pour les parties insuffisamment assistées de conseils

techniques mais prêtant plus aisément le flanc à la critique ultérieure de « défaut d'impartialité ».

. A faciliter la progression de l'expression de la position des parties, dont il est naturel qu'elle évolue au fur et à mesure que des faits nouveaux sont soumis à notre sagacité. Ceci inclut notamment, selon le libellé de chaque mission, l'examen des documents techniques antérieurs au litige voire à la genèse du contrat, toutes constatations et investigations raisonnablement utiles à la compréhension.

. A faire connaître ni trop tôt ni trop tard – en les expliquant – nos avis partiels (et révisables). En pratique, il s'agit, sans interférer sur les positions des parties, d'indiquer qu'une partie des questions en débat n'a plus qu'une très faible probabilité d'évoluer d'ici le dépôt du rapport, sauf révélation de faits celés. C'est une façon d'ordonner dans le temps ce que Monsieur le Conseiller Patrick Mathet a désigné par l'expression « vider le débat ».

2. Un champ d'application très large.

2.1. L'originalité permise par le libellé de l'article 145 est que, sous réserve de l'appréciation vraisemblablement souveraine du Juge, toujours légitimement soucieux de son indépendance, **tout ce qui relève du fait** est susceptible d'être considéré par la mission ordonnée.

Nous pouvons comprendre que le « fait » est ici opposé au « droit ». L'article 145 peut ainsi, selon la pratique courante, considérer tout ce qui ne relève pas strictement du droit. Il légitime donc les missions que nous qualifierons de « complètes » portant simultanément sur :

- . La nature et l'origine des désordres allégués.
- . L'imputabilité technique dont le Juge déduira les responsabilités.
- . L'évaluation des préjudices éventuels.

2.2. Il nous apparaît utile, concernant les Ingénieurs Diplômés Experts, de souligner que nous considérons qu'ils sont des « scientifiques qui savent décider ». Formés dès l'origine au moins au niveau de ce qu'il est convenu d'appeler aujourd'hui « master » en Europe, ils ont, pour la plupart, assumé des fonctions de direction générale au sein de très grandes entreprises ou organismes publics. Ils peuvent donc « légitimement », selon le vocable de l'article 145, évaluer l'enjeu du « litige ». Il peut donc arriver que l'attitude raisonnable soit de cerner cet enjeu « avant tout procès » et, en conséquence, de conduire l'expertise selon l'ampleur de cet enjeu.

S'il n'est évidemment pas interdit qu'une des parties, par exemple la partie demanderesse, veuille qu'il soit procédé à une expertise technique alors même qu'il serait établi que l'enjeu est faible, voire nul, il nous apparaît utile que ce soit en connaissance de cause.

Pour l'exprimer autrement, et de façon plus directe, nous observons des cas d'espèce où la partie défenderesse retarde le plus possible l'examen des préjudices. Comme si les accroissements de coût et de délai de l'expertise qui en résultent visaient à décourager la partie demanderesse de poursuivre l'expertise puis de faire valoir ce qu'elle considérerait être ses droits.

2.3. Nous citerons trois exemples que nous avons considérés comme potentiellement pervers :

. Un entrepreneur individuel, égaré par l'expert de son assurance « garantie juridique » qui s'était techniquement trompé, a obtenu une ordonnance fleuve exigeant de lourdes diligences alors qu'il était évident que le préjudice était presque nul. Dûment informée dès le début de l'expertise, cette assurance a persisté à exiger l'accomplissement complet de la mission, pourtant inutile pour ce qui concernait les conséquences financières.

. Une société de taille moyenne se plaignait de l'incapacité d'une machine à remplir toutes les fonctions attendues d'elle. Elle a insisté pour que les preuves en soient administrées par des investigations nombreuses. Mais, dès le départ, il était très probable, pour ne pas dire évident, qu'elle n'avait pas de marché pour utiliser cette machine et que les préjudices étaient faibles ou nuls. Elle a cependant poursuivi l'expertise jusqu'à son terme technique avant de devoir admettre, du bout des lèvres, son incapacité à exposer un préjudice sérieux.

. La filiale d'un grand groupe international a refusé de communiquer les grandes lignes du contenu de son préjudice au début de l'expertise. Elle a multiplié les incidents fondés sur des secrets industriels, ralentissant l'accomplissement de la mission. In fine, elle a dû admettre qu'elle ne pouvait exposer de préjudice. Nous avons même établi que la délocalisation temporaire de la production lui avait apporté un profit net significatif.

3. Le litige peut-il être réglé sans procès ?

3.1. Le champ des missions ordonnées au visa de l'article 145 étant étendu à tout ce qui ne relève pas strictement du droit – contrairement à l'expertise au visa de l'article 144 aidant le Juge à statuer sur un dossier définitivement structuré –, la question vient donc de savoir si « l'expertise avant tout procès » peut (ou non) apporter suffisamment d'éléments aux parties pour que le procès formel (au fond) soit évité.

En d'autres termes plus scientifiques, la question est de savoir si un éclairage – non pas seulement du Juge du fond après l'expertise mais aussi des parties (ou de leurs assureurs) en cours d'expertise – peut conduire à la solution précoce du litige. Car, comme l'a rappelé Alain Leluan, les litiges à l'origine de la plupart des expertises ordonnées au visa de l'article 145 ne donnent pas lieu à procès.

3.2. Si nous admettons que la partie demanderesse a « raison » dans plus d'un tiers des cas, « tort » dans moins d'un tiers des cas et que le reste est indéterminé, la logique statistique établit formellement que la mise en œuvre de l'article 145 règle une proportion majeure des conflits qui n'ont pas d'abord été portés au fond. L'observation des faits conduit donc à répondre « oui » :

. « L'expertise avant tout procès » apporte suffisamment d'éléments aux parties pour que le procès formel (au fond) soit évité. Ce serait donc du fait de « l'intelligence des parties et de la pédagogie de l'expert » ».

Du point de vue restreint qui est le nôtre, ce serait parce que l'article 145 « rend possible » une solution négociée, dite « conciliation ». Peu importe, ici et à ce stade, que ce soit avant ou après dépôt du rapport.

3.3. Nous avons tous dit que les vertus de l'expertise sont :

. Une reprise de contact, certes forcée, entre des parties fâchées dans le cadre rassurant d'une procédure codifiée sous le contrôle du Juge – donc de l'Autorité Judiciaire –. Cette codification garantit pour le moins une égale écoute de chaque partie.

. Une gestion du temps qui permet que la « pédagogie de l'expert » puisse fertiliser la compréhension technique des parties. Car l'expert expose hors passion et en bon ordre scientifique ce qui figure dans les « observations des parties » sans se substituer à elles. Ce qui conduit d'ailleurs à une question délicate. Faut-il « donner du temps au temps » afin de tenter d'éviter le procès au fond, souvent très long ? Ou faut-il dire, rapidement voire « brutalement », « ce qui est évident » au risque qu'une partie de bonne foi mais dans l'erreur technique se sente « maltraitée » et multiplie en conséquence les attitudes dilatoires et recours de toutes sortes ?

. Une gestion de la technique qui permet à l'exploitant d'intervenir sur un ouvrage litigieux, donc présentant des désordres, en service, dans des délais qui s'avèrent très courts.

3.4. Ce dernier aspect des vertus de l'article 145 étant à mon sens méconnu – trop d'auteurs posant comme principe la « lenteur de la Justice » –, permettez-moi de citer deux cas, au Civil, de l'année 2008 :

. Nommé en mai, nous avons pu dès le début juillet, après avoir sécurisé les intérêts de toutes les nombreuses parties au cours de deux rendez-vous d'expertise, autoriser la réalisation de travaux modificatifs avec l'accord du Juge chargé du Contrôle. De fait, les désordres ont cessé. Dans le cas d'espèce, la diminution consécutive du préjudice immatériel est de 20 000 € par heure de panne évitée.

. Nommé en juillet, nous avons pu, après deux extensions rendant l'expertise commune à deux sociétés étrangères, établir le danger existant pour les personnes physiques le 3 septembre. L'exploitant a ensuite pu faire procéder aux réparations nécessaires dans la semaine.

Evidemment, ces faits avérés permis par l'article 145 sur des installations en service ne se verront pas dans les statistiques officielles sur les délais. Les pratiques judiciaires des parties ont repris leur place comme il est d'usage dans toute action post mortem. Elles tentent donc, en partie inconsciemment, de retarder le moment où il faudra régler l'addition.

4. D'où deux questions.

4.1. Il vient donc, de l'observation des faits eux-mêmes résultant de l'attitude des parties, deux questions.

4.2. La première est de savoir si l'expert commis – rappelons qu'il est commis par le Juge qui apporte la garantie de la procédure codifiée – peut (ou doit) favoriser la conciliation des parties à l'expertise.

Notre impression est que la plupart des grands cabinets d'avocats l'attend de nous. Ils attendent « la résolution du litige ».

4.3. S'il n'y a que des cas d'espèce, la question délicate est restreinte au cas des parties dont la surface financière ou juridique est limitée. Il n'est pas simple d'y répondre. Le principe du procès équitable et de l'égalité des armes n'est pas facile à mettre en œuvre dans un tel cas. Mais l'évitement volontaire d'une chance de conciliation conduit in fine à une problématique identique dans le cadre du procès au fond qui suivrait. Et en définitive à un coût (procédure plus dommage) au moins aussi important.

4.4. La réponse raisonnable à cette première question serait donc :

. Oui à la tentative de donner aux parties tous éléments utiles à leur conciliation par le truchement de leurs avocats et, de fait, sous leur contrôle dans le cadre de l'administration de la contradiction leur permettant de formuler en temps réel toute objection de procédure.

. Non si une partie manifestait sa volonté « d'aller jusqu'au bout ».

5. La seconde question.

5.1. Dans les cas d'espèce où toutes les parties attendent de l'expertise ordonnée au visa de l'article 145 une opportunité de « régler leur litige avant tout procès » – le glissement sémantique étant assumé par elles et non par l'expert –, il conviendrait que l'expert adopte une attitude en conséquence. Ou plutôt, à notre avis, ne compliquant pas la résolution du litige.

5.2. La première des règles, dans une telle éventualité, est comportementale. Il faut éviter de cristalliser les oppositions.

Mais elle s'oppose, de fait, au respect de délais très courts. En effet, pour « éclairer le Juge », en l'occurrence « éventuellement saisi au fond », il est plus aisé pour l'expert commis de disposer de positions très tranchées, fortement antagonistes. Le risque extrême est qu'aucune des allégations des parties ne soit techniquement raisonnable. Ce qui ne satisferait en définitive aucune partie, sauf celle qui serait « gagnante par défaut ». Et qui laisserait une grande amertume à celles qui « sauraient » de façon confuse « ne pas être fautives ». Il n'est pas certain que l'autorité judiciaire en serait confortée.

A cet égard, il m'a été rapporté le cas d'une expertise ordonnée en 2007 où, pour tenir les délais à tout prix, l'expert commis a déposé un rapport sur la base des allégations primitives de la demanderesse. Le calcul de mécanique prétendument explicatif ne rendait pas compte de tous les désordres observés. Le résultat en est maintenant un arrêt prolongé de l'exploitation, devenue hors d'état de fonctionner. L'amertume de la partie décrite à tort comme « fautive » est grande. L'affaire devant être portée au fond, comment le Juge pourra-t-il se considérer comme éclairé ?

5.3. L'évitement de la cristallisation des oppositions primaires aide la reprise du dialogue technique. S'il était possible – mais comment – d'en évaluer la probabilité de succès, ce pourrait devenir une doctrine des Tribunaux qui nous commettent de nous donner une instruction à caractère très générale – comme l'instruction de privilégier la méthode « accusatoire » – de sonder les avocats des parties sur ce qu'ils attendent de l'ordonnance.

Il est, à cet égard, intéressant que certaines missions comportent un chef ordonnant d'indiquer au Juge éventuellement appelé à statuer au fond si les parties ont eu l'intention de tenter de se concilier.

5.4. La seconde règle, plus positive, serait, lorsque les parties en auraient unanimement exprimé l'intention, de conduire l'expertise en insistant sur les points de convergence technique – même s'ils sont défavorables à une partie – pour réduire autant qu'il est scientifiquement possible le champ des incertitudes.

Au rugby, c'est la mise en pratique de la règle de l'avantage. On ne sanctionne pas immédiatement un point faible – par exemple un « en-avant » – et on laisse progresser celui qui profite de l'erreur de l'autre. Jusqu'au moment où il faut remettre de l'ordre pour la prochaine étape. C'est la mêlée ordonnée.

De la sorte, pourvu qu'elles soient compétentes ou bien assistées, les parties peuvent apprécier la solidité de leurs prétentions, allégations et arguments. Le champ des incertitudes encore en débat se réduit. Il arrive un moment, au moins quand des sommes importantes sont en jeu, où les parties – ou les avocats des parties – considèrent qu'il devient inutile – voire contre-productif en réanimant les « ego » des personnes physiques – de chercher à affiner les éléments de l'expertise.

5.5. Nous discernons donc bien comment « l'expertise avant tout procès » de l'article 145 peut « éviter » le procès au fond. En ce sens, elle apparaît comme un « mode alternatif de résolution des litiges », que, paraît-il, les justiciables rechercheraient.

Il importe, à ce stade de répéter qu'elle autorise « l'établissement des preuves » et qu'elle garantit, sous le contrôle du Juge, sa mise en œuvre dans le cadre d'une procédure bénéficiant de la garantie de la Loi.

Elle concilierait donc les vertus de la « soft law » internationale et de la garantie de la procédure judiciaire latine. Les dispositions du Code de Procédure Civile évitant les débordements de la « discovery ». Elle valoriserait le rôle normalement positif des experts des grands cabinets d'assurance. L'expert commis « écouterait » les positions des parties efficacement assistées, les experts d'assurance ou les conseils techniques des parties avançant les éléments techniques nécessaires à la mise en œuvre d'une pratique « accusatoire ».

6. Une esquisse.

6.1. Il nous reste à esquisser comment un tel schéma, qui serait alors explicitement souhaité par les parties, par exemple dans le cadre d'une « contractualisation » à définir, pourrait être mis en œuvre.

Il conviendrait principalement de :

. Favoriser tout ce qui permettrait aux parties d'apprécier dès que possible leurs forces et faiblesses. Mais, se situant « avant tout procès », cette démarche supposerait de ne pas encourir le reproche d'avoir fait le dossier d'une partie dans l'hypothèse où il n'y aurait finalement pas de conciliation. En pratique, nous considérons qu'une telle approche suppose des parties bien grées techniquement – via leurs experts d'assurance par exemple – et juridiquement – via leurs avocats et leurs directeurs juridiques –.

. A contrario, éviter toute cristallisation des parties sur des positions techniquement inexactes. A l'expérience, ce peut être en évitant les comptes-rendus qui enferment une partie dans son erreur antérieure à l'ouverture des opérations d'expertise. Il vaut mieux, à cet égard, demander à chaque partie de consigner sommairement ce qu'elle a elle-même indiqué lors du

rendez-vous d'expertise plutôt que d'acter les erreurs qu'elle a proférées. L'oubli des erreurs de l'autre est une vertu, certes proche-orientale. L'expert commis, qui a de la mémoire (le cas échéant avec ses propres notes), pourra toujours les indiquer dans une note aux parties ultérieure puis dans son rapport.

6.2. L'avantage, pour les parties, restant maîtresses de leurs décisions avec le concours de la « lumière » dite par l'expert, serait de minimiser l'aléa judiciaire, et au-delà, l'incertitude judiciaire.

Si, pendant la conduite de l'expertise au visa de l'article 145, les parties arrivent à situer convenablement – certes à armes égales au regard de l'article 6.1 de la CEDH – leurs points forts et leurs points faibles, elles pourront cerner suffisamment tôt et en connaissance de cause le champ « possible » des solutions du litige. En langage mathématique, on dit qu'elles évalueraient les probabilités de succès ou d'échec. En langage des affaires anglo-saxon, on dit qu'elles apprécieraient les diverses « éventualités ». Ainsi, elles pourront, en marge de l'expertise et hors la présence de l'expert commis, « négocier » une sortie honorable de la crise que constitue le conflit.

Une telle issue, m'a-t-on dit, serait particulièrement recherchée entre parties susceptibles d'avoir de nouvelles relations contractuelles à l'avenir.

6.3. Dans une telle perspective, le rôle de l'expert commis serait de répondre « en l'état du dossier » – et oralement – aux questions de fait que lui poseraient les avocats des parties sur l'avancement de sa réflexion – dont il convient de rappeler avec force qu'elle reste « provisoire et révisable » jusqu'au dépôt du rapport et qu'elle ne peut que se baser « sur les pièces communiquées » –. L'expert commis ne doit pas, à notre sens, risquer d'être ensuite critiquable devant le Juge du fond.

6.4. L'inconvénient éventuel serait pour l'autorité judiciaire. Si l'article 145 permettait, de façon organisée et systématique, la résolution alternative des conflits, ne viendraient devant les Juges du fond, pour le « procès », que les affaires « impossibles ». Soit que la technique soit tellement embrouillée qu'il ait été impossible aux parties, éclairées par l'expert commis en cours d'expertise ou via son rapport, de dégager une solution appropriée au litige. Soit qu'une des parties ait été manifestement hors d'état de comprendre, malgré la « pédagogie de l'expert », la nature de ses forces et faiblesses. Il appartiendra aux Magistrats, s'ils le désirent, d'indiquer comment ils ressentent cette question et comment ils rendent une décision au fond en de tels cas.

6.5. Cette analyse confirme que, si l'expertise ordonnée au titre de l'article 145 devenait ouvertement un mode de résolution des conflits sans implication du Juge du fond, l'expert commis serait de fait « juge unique et sans appel ».

Une telle appréciation implique qu'il dispose d'une aura reconnue dans tous les domaines concernés : la technique technique, les principes directeurs du procès et la direction d'entreprise. Elle implique aussi que, aux yeux des justiciables eux-mêmes, il ait une capacité personnelle apparaissant comme compatible avec celle associée à « l'Imperium du Juge ». Maître Serge Lazareff a parlé en 2007, devant cette même assemblée, de « justice déléguée ». On ne délègue pas à des personnes de niveau objectivement très différent.

Il n'étonnera personne, dans cette enceinte, que les Ingénieurs Diplômés Experts, aujourd'hui au niveau du « master » européen de la directive LMD, soient des partenaires de confiance des Magistrats, des Avocats et des Directeurs Juridiques des grands groupes, de même niveau

universitaire d'origine, les uns et les autres ayant acquis en sus une grande expérience professionnelle.

7. Une conclusion pour ouvrir le débat.

18. Cette analyse des faits tels qu'ils sont – donc têtus –, dégage donc une voie pour théoriser un article 145 favorisant volontairement la conciliation des parties. Et, en conséquence, pour pouvoir conduire des expertises pour y parvenir sans risquer la critique dans le cas qu'on dit rare mais qui existe où l'affaire vient au fond.

C'est, à notre avis aux Magistrats que les justiciables saisissent de nous indiquer ce qu'ils attendent des expertises ordonnées « avant tout procès ». Surtout quand elles visent à « établir les preuves ».

Nous saurions les mettre en œuvre cas d'espèce par cas d'espèce selon les instructions que nous recevrons.

M. Vincent VIGNEAU, Président. –

Si nous devons discuter de toutes les idées que vous avez développées, nous serions privés de notre week-end de Pâques, tant votre exposé était riche.

Je vais donner la parole à Maître Stanley Chaney, avocat, qui va nous faire une communication sur les expertises amiables.

Ensuite, je vous proposerai de finir notre débat par une discussion sur ces deux sujets : l'article 145, l'expertise amiable, un peu de droit comparé, ainsi que toutes les autres questions que vous avez voulu solliciter pendant ce colloque avant qu'une clôture soit adressée et que l'on se retrouve ensuite autour du cocktail.

Les expertises amiables - Me Stanley CHANEY - Avocat

Introduction

L'expertise amiable peut être mise en place avec l'accord des parties en cause avant tout procès et donc lorsqu'un litige a pris naissance ou est susceptible de prendre naissance très prochainement. Elle peut aussi intervenir dans le cours du procès au cours duquel un expert judiciaire a été désigné en référé ou lorsqu'une procédure au fond a déjà été engagée nécessitant l'avis éclairé d'un technicien.

L'expertise amiable peut également être mise en place lorsque le rapport de l'expert judiciaire a été déposé et avant même qu'une procédure au fond ne soit engagée.

C'est au cours de ces trois scénarios qu'il convient de savoir ce qu'il y a lieu de faire ou ce qu'il y a lieu de ne pas faire pour préserver les intérêts de chaque partie en cause.

I - Expertise amiable avant tout litige

Cette approche initiale faite à l'initiative d'une ou de plusieurs parties, nécessite de mettre en place un accord de confidentialité.

En effet, avant même la première réunion en présence des parties et de l'expert amiable ou de chacun des experts amiables désignés par chacune des parties, il convient de fixer le périmètre de la confidentialité et des échanges qui auront lieu.

A cet effet, il doit être précisé que tous les échanges de propos ou de documents quels qu'ils soient (notes écrites, schémas, dessins, sans que cette liste soit limitative) resteront confidentiels et ne pourront en aucun cas faire l'objet d'une divulgation quelconque par la suite que ce soit dans le cadre de la procédure qui pourrait être engagée, d'une médiation ou d'un arbitrage, sauf accord contraire et unanime des parties concernées et de l'expert amiable ou des experts amiables intervenus.

Une telle précaution est nécessaire pour permettre aux parties de s'exprimer librement, sans aucune arrière pensée, et d'éviter que l'une d'entre elles ne saisisse le juge ultérieurement en faisant valoir l'existence de tel ou tel document entre les mains de l'autre partie.

A cet effet, l'expert amiable s'il est seul désigné d'un commun accord entre les parties, prendra le soin préalablement d'avertir celles-ci que tout document dont il sera fait état ne doit pas présenter de difficulté quant à une communication ultérieure dans le cadre d'un débat judiciaire.

Dans le cas contraire et si l'une des parties entend avancer un propos ou faire état d'un document qui peut créer une difficulté future, qu'il soit favorable ou défavorable à la partie qui en fait état, seule une consultation confidentielle par l'expert amiable désigné sera autorisée, ce dernier s'abstenant d'en faire état auprès de l'autre partie mais pouvant émettre un avis objectif laissant ainsi la possibilité d'atteindre le règlement du litige.

La même solution s'impose dans le cas où chaque partie a désigné son expert amiable, les deux experts ainsi désignés s'autorisant avec l'accord des parties à désigner un troisième expert amiable permettant à celui-ci d'émettre un avis objectif sur le litige qui lui est soumis.

La solution qui précède permettra ainsi à l'expert amiable unique désigné ou au troisième expert amiable désigné par les experts amiables de chaque partie de trancher le différend et de soumettre une solution pour résoudre le litige concerné.

Deux scénarios se dessinent alors :

1. Un accord est intervenu partiellement ou en totalité sur la résolution du litige et les parties peuvent dès lors régulariser un protocole d'accord permettant d'évacuer une grande partie du conflit. Selon le cas, seuls les points de désaccord restent en suspens et les parties peuvent dès lors reprendre leur liberté.
2. Un accord n'est pas intervenu partiellement ou en totalité : là encore les parties reprennent leur liberté et aucune d'entre elles ne pourra faire état des négociations confidentielles intervenues ni même des notes ou documents échangés à cet effet.

Nous pourrions conclure sur cette première approche que l'expert amiable remplit le rôle d'un médiateur mais avec une connaissance technique indispensable à la solution d'un litige industriel par nature.

II - L'expertise amiable pendant la procédure d'expertise judiciaire en cours

Une fois l'expert judiciaire désigné, que ce soit sur le fondement de l'article 145 du Code de Procédure Civile en référé ou par le juge du fond celui-ci s'estimant insuffisamment informé, les parties ont toute liberté pour trouver une solution transactionnelle.

Une telle situation s'explique pour plusieurs raisons :

- D'une part l'expertise judiciaire mobilise beaucoup de moyens internes à chaque entreprise et plus particulièrement le temps consacré par chaque technicien, ingénieur ou autre, temps qui ne peut être facturable et qui est souvent considéré comme totalement perdu si l'issue du litige risque d'être défavorable pour l'une ou l'autre des parties. Ceci est d'autant plus vrai que l'expertise judiciaire complexe peut prendre plusieurs années et surtout lorsqu'il s'agit de procéder en outre au calcul des pertes d'exploitation après l'expertise technique.
- D'autre part, il s'ajoute à un tel constat le risque judiciaire c'est-à-dire l'éventualité d'un entérinement pur et simple du rapport d'expertise par les juges saisis au fond du litige sachant que :
 - L'expert commis est très rarement sinon jamais interrogé contradictoirement lors de l'audience devant les juges du fond que ce soit par les parties par le processus dit d'interrogatoire et de contre-interrogatoire ou par les juges eux-mêmes. La recherche de la vérité en cas de contestation des conclusions du rapport d'expertise judiciaire par la voie de l'interrogatoire et du contre-interrogatoire comme dans les pays anglo-saxons est dès lors purement théorique sinon impossible à mettre en place, les juges eux-mêmes s'estimant le plus souvent suffisamment informés avec le rapport, rejetant la demande d'interrogatoire si elle venait à être faite par une partie ou même les deux.

Il sera ici évoqué la procédure d'expertise pénale qui fort heureusement a été modifiée récemment permettant ainsi un véritable débat contradictoire en présence des parties en cause ce qui n'était pas le cas antérieurement.

Les mêmes conclusions s'imposent quant à la nécessité pour les parties concernées de désigner pour chacune son propre expert amiable qui pourra lui-même apporter la contradiction auprès de l'expert judiciaire et ainsi contester les conclusions de ce dernier.

III -L'expertise amiable après le dépôt du rapport d'expertise judiciaire et avant que les juges du fond ne statuent sur le litige

Lorsque le rapport d'expertise judiciaire est rendu, les parties peuvent également tenter de trouver une solution amiable à leur litige en anticipant la décision des juges du fond sur la base de la contradiction déjà apportée lors de l'expertise judiciaire et notamment des Dires qui ont pu être produits.

A cette occasion il convient de rappeler que chaque Dire d'une partie doit faire l'objet d'une réponse motivée de l'expert judiciaire et qui en général est préparé avec l'aide de l'expert amiable désigné par chaque partie qui accompagne en général celle-ci dans le cadre de la procédure d'expertise judiciaire. Cet expert peut être celui mandaté par la compagnie d'assurances de la partie assurée ou, si tel n'était pas le cas, cet expert amiable peut être librement choisi par la partie concernée qui très souvent est de nationalité étrangère lorsqu'il s'agit d'équipements industriels. Il doit être souligné qu'une usine clés en mains rassemble de très nombreux intervenants et fabricants de toutes nationalités.

Les parties peuvent donc s'entendre avant même que les juges du fond ne soient saisis ou aient statué pour anticiper la solution judiciaire du litige et trouver une solution transactionnelle limitant ainsi leurs frais internes et également bien sûr leurs frais d'avocats.

La recherche de la solution amiable n'est pas simple car elle nécessite deux approches :

- D'une part les points d'accord qui doivent faire l'objet d'un protocole transactionnel ce qui permet ainsi d'évacuer une partie du litige du périmètre judiciaire. C'est le principe adopté dans les arbitrages internationaux en matière de construction où il est mis en place, avant le commencement des travaux par les parties elles-mêmes, un Dispute Resolution Board qui tranche les litiges au fur et à mesure qu'ils prennent naissance.
- D'autre part les points de désaccord peuvent être également résolus par des concessions réciproques de chaque partie en quantifiant le risque auquel l'une et l'autre s'exposent face à une décision du juge judiciaire. Ce dernier ainsi que nous l'avons souligné ne dispose pas de la compétence technique permettant de remettre en cause les conclusions du rapport de l'expert judiciaire sauf à ce que la contradiction soit apportée sur des erreurs patentes ou même d'une interprétation erronée de la situation technique adoptée.

L'expertise amiable dans ce contexte peut donc être mise en place dans les mêmes conditions que celles déjà évoquées. Elle permet de prendre en considération la bonne foi de chaque partie dans l'approche judiciaire et d'en tirer les conséquences en les informant des risques encourus.

En effet, depuis le dernier arrêt de principe de la Cour de Cassation siégeant en assemblée plénière du 27 février 2009, il est établi que les parties ne doivent pas mentir et se comporter loyalement l'une à l'égard de l'autre.

C'est le principe adopté en common law de l'estoppel. En effet celui qui par incohérence ou incompatibilité dans les argumentations successives avancées ne respecte pas le principe général de loyauté procédurale, ne peut pas à la fois mentir et laisser son contradicteur en subir les conséquences. Cette partie se met dans une situation de faire une présentation erronée des faits (misrepresentation of existing facts) et entraîne ainsi l'irrecevabilité de ses propres demandes.

Ce principe, quand il est respecté, facilite la résolution du litige en toute loyauté ce qui permet à l'expert amiable désigné dans le cas de la désignation d'un expert amiable unique ou du troisième expert amiable désigné par chacun des experts amiables désignés par chaque partie de conduire le conflit vers une solution transactionnelle. Cette démarche peut aboutir au même résultat que celui obtenu devant les juges du fond ultérieurement saisis.

L'avantage de l'expertise amiable est de minimiser le risque judiciaire devant les juges du fond qui peuvent être amenés à entériner un rapport d'expertise, dans le cadre d'un litige particulièrement complexe. Cela évite dans bien des cas que des erreurs ne soient commises à la non satisfaction de toutes les parties.

Je ne peux terminer cette intervention sans citer les mots de Beaumarchais « *sans la liberté de blâmer* (je dirais ici critiquer) *il n'est point d'éloge flatteur* ».

M. Vincent VIGNEAU, Président. –

Merci Maître Chaney pour ce très brillant exposé.
Y a-t-il dans la salle des participants qui veulent intervenir ?

Me Béatrice DESHAYES. - Avocate en France et en Allemagne.

Je rejoins mon confrère sur le fait que cette quasi-impossibilité dans la pratique de faire interroger l'expert sur certains points de son rapport qui ne sont pas, éventuellement, très clairs, est un vrai manque en France.

En Allemagne, cette possibilité est très pratiquée. La procédure d'expertise est assez similaire à la procédure française, à part que le contradictoire est beaucoup moins respecté ; il est tout à fait possible que l'expert rende son rapport au bout de six mois sans avoir vu les parties mais, en revanche, on peut l'interroger et le mettre devant les éventuelles contradictions de son rapport avec une vraie possibilité d'éclairer les points qui ne seraient pas clairs.

En droit allemand, l'expert n'a pas la mission de concilier les parties mais le juge a cette attribution et cette obligation, à savoir qu'au tout début de la procédure il tente de trouver une solution amiable entre les parties. J'ai vu des juges proposer à la première audience une somme transactionnelle. Il a ce rôle très pragmatique de trouver une solution concrète.

M. Vincent VIGNEAU, Président. –

Cette obligation existe en droit français dans une seule procédure : devant le tribunal paritaire des baux ruraux. Le texte prévoit qu'à défaut de conciliation, le juge doit mentionner les modalités de règlement du litige proposé à la majorité des voix, ce qui le met souvent dans

une situation très embarrassante car, quand il a exposé aux parties quel serait à son avis la meilleure solution, il est très embêté ensuite pour s'en départir et juger de façon impartiale.

Me Christian LAMBARD. –

En écho à ce qu'évoquait ma consœur sur l'absence de possibilité d'interroger l'expert, je ne suis pas tout à fait d'accord. Cette possibilité existe. Il est vrai que, dans la pratique quotidienne, elle est rare et je le regrette infiniment pour beaucoup de raisons.

Là, encore, je serai un peu provocateur. Tous les rapports d'expertise ne sont pas d'une luminosité immédiate qui permette de se faire une véritable opinion. Alain Martin posait une question en aparté : l'expert doit-il suggérer des pourcentages de responsabilité ou pas ? Je ne veux pas ouvrir ce débat qui est sans fin, mais il n'empêche que nous connaissons tous des rapports dans lesquels il est extrêmement difficile de pouvoir discerner ce que l'expert a vraiment voulu dire.

Ceux qui ont participé à l'expertise arrivent généralement à savoir ce que cela veut dire, mais que fait le juge qui n'y a pas participé ? Il sera naturellement, le jour venu, à l'audience, l'objet de suggestions de chacune des parties et surtout de leurs conseils, qui diront : « *M. l'expert a écrit telle chose, voilà ce que cela signifie* », et l'autre dira évidemment le contraire.

Or, une pratique sera certainement démentie, mais je m'y risque quand même : celle du coup de téléphone. Quand on n'a pas compris ce que comportait un rapport, le magistrat appelle l'expert et lui demande ce qu'il a voulu dire. Que personne ne vienne me dire que cela ne se pratique pas. Je ne parle pas des avocats ! Cela se passe tous les jours. Bien évidemment, je ne suis pas d'accord sur cette pratique, mais elle existe et il ne faut pas se voiler la face. Cette pratique est absolument détestable car elle est la négation complète du contradictoire. Il faut impérativement qu'elle disparaisse. Il est un moyen tout à fait simple mais difficile à mettre en œuvre, essentiellement pour des raisons de moyens : convoquer l'expert à l'audience et pouvoir débattre devant le juge des questions que son rapport est susceptible de susciter.

INTERVENANT. –

Il y a déjà le pré-rapport.

Me Christian LAMBARD. –

Je parle du rapport dont les conclusions peuvent être sujettes à interrogation. L'interprétation qui peut en être faite devrait nécessiter une consultation préalable du magistrat pour dire à l'expert : « *Vous avez écrit cela, mais qu'est-ce que cela signifie en clair ?* », de même contradictoire.

C'est une pratique qui arrive, elle n'est pas fréquente -il faut dire les choses comme elles sont-, et pourquoi ? D'une part, on ne la demande pas, mais pourquoi ? Nous, avocats, sommes des « mercenaires » et nous sommes là pour défendre des intérêts. Nous agissons de la manière la plus loyale, bien entendu, ce qui est absolument essentiel, avec les armes qui sont les nôtres, en considérant que nos aimables contradicteurs ont les mêmes facultés, armes et capacités. Nous n'avons pas toujours intérêt à la clarté.

Souvent, quand l'expert est consulté dans des conditions tout à fait claires et contradictoires, c'est à l'initiative du juge. Les magistrats consulaires le font plus souvent que les magistrats des tribunaux de grande instance ou des cours d'appel. Un véritable débat peut s'instaurer où l'expert s'explique et les parties débattent des explications. C'est pour moi une excellente solution qui est évidemment à privilégier plutôt que celle que j'évoquais tout à l'heure, contre laquelle je m'élève naturellement, même si elle n'est pas -je ne dis pas fréquente-exceptionnelle.

M. Vincent VIGNEAU, Président. –

Je précise une autre différence entre la France et l'Allemagne. En Allemagne, on entend les témoins, ce qui n'est pas le cas en France. Quand nos collègues allemands viennent en France, ils sont frappés par le nombre de dossiers par magistrat de cour d'appel qui se situe entre 20 et 28 par mois, ce qui est très loin de représenter la norme pour nos collègues allemands.

M. Alain MARTIN.-

Pour améliorer la compréhensibilité de nos rapports d'expertise, je conseille la lecture des jugements rendus après leur dépôt. J'ai ainsi eu la surprise de lire un jugement qui avait refait en détail tous les calculs d'un de mes premiers rapports, mais selon une présentation différente pour arriver au même résultat. Le magistrat avait compris mon rapport et approuvé sa conclusion, mais ma présentation n'était pas claire.

Pour ma part, je n'ai pas eu l'expérience dénoncée par Me Lambard, mais du temps où le couple magistrat-expert était mis en exergue, c'est moi qui avais pris l'initiative d'appeler le magistrat pour lui demander si ma note de synthèse répondait bien, et clairement, aux questions posées dans la mission, qui avait d'ailleurs été rédigée lors d'une conférence.

Cette initiative me paraissait relever de l'article 273 du CPC, et avait pour but d'éviter que des avocats puissent jouer sur des ambiguïtés, comme Me Lambard l'a suggéré, pour une bonne administration de la justice.

J'ai eu aussi l'expérience d'une audience au cours de laquelle les experts ont précisé leur position, qui paraît être la seule procédure acceptable.

Cependant l'intervention du Juge, dès la note de synthèse, pour faire clarifier le rapport me paraîtrait souhaitable.

Enfin, Monsieur le Président, pourriez-vous nous confirmer que, désormais toutes les communications entre l'expert et le Juge doivent être soumises au contradictoire des parties ?

M. Vincent VIGNEAU, Président.

Le principe de la contradiction fait partie des garanties d'un procès équitable. Ce principe, qui veut qu'un débat contradictoire se déroule avant la prise de décision susceptible de faire grief, implique que la mesure d'instruction soit diligentée en présence des parties ou de leurs représentants, préalablement convoqués en temps utile, que les parties puissent obtenir communication de tous documents ou être informés de tous éléments servant à établir l'avis du technicien, qu'elles aient la possibilité de présenter leurs observations et leurs pièces tout au long de la mesure, qu'elles soient destinataires du rapport du technicien et de ses annexes

et qu'elles puissent discuter et contester l'avis du technicien . Il me semble, par conséquent, que toute communication de l'expert envers le juge et qui peut être de nature à influencer sur le contenu de son rapport doit faire l'objet d'une communication aux parties.

M. Alain LELUAN. –

La clarté du rapport et la compréhension que pourrait en faire le juge qui va le lire, représentent une angoisse. On a vécu l'expertise et, à la fin, quand on se met à écrire, on ne pense plus aux étapes. Je propose une méthode que je pratique en permanence : le lecteur miroir. Je dis à ma femme : « Tranquillement, tu prends la conclusion de mon rapport, tu la lis et ensuite tu me racontes et je verrai si tu as tout compris ». Quand je constate qu'elle a tout compris, je pense que le juge doit comprendre.

M. Vincent VIGNEAU, Président. –

Un ancien Président de Chambre me racontait que lorsqu'un arrêt avait été discuté, le soir il faisait un compte rendu des affaires délibérées à sa concierge et si celle-ci comprenait, il signait l'arrêt ; si elle ne comprenait pas, il faisait redélibérer ! Il nous disait librement : « J'ai parlé de cette affaire à ma concierge, elle n'a rien compris, elle trouve que c'est complètement idiot ! » Parfois, on tenait compte davantage de l'opinion de la concierge que de celle de l'avocat général !

M. Robert MAZABRAUD - Expert CNIDECA. -

Je suis ces débats avec un certain amusement. Quand j'écris-il m'arrive de rendre des rapports un peu techniques-, je me pose la question de savoir si on va comprendre ce que je vais dire et si les virgules sont bien placées. Le justiciable, à la limite, quand il sait qu'il va perdre, ne sera pas content, certes, mais il aura compris pourquoi il a perdu. Je crois que l'expert doit faire preuve d'une certaine pédagogie pour qu'au bout celui qui va succomber dise, à la limite : « *OK, je suis allé en justice, j'ai fait appel à un expert, des avocats, etc., mais je sais pourquoi cela s'est passé ainsi et je ne reste pas sur ma faim* », car la conclusion de l'expert peut être tellement floue et trouble qu'il n'y comprend rien et qu'il se sent floué. C'est une leçon que l'on devrait tous méditer. Quand le juge reçoit le volumineux rapport, on sait qu'il va s'endormir à la deuxième ou à la troisième ligne et va aller à la dernière page. Je le regrette car au pénal cela se fait : on se retrouve à la barre, on est un peu assailli de questions et « à poil » devant tout le monde. Il faut sortir ce que l'on a dans les tripes. Au civil, il est frustrant pour l'expert de ne pas pouvoir assister à la plaidoirie et dire qu'il s'est mal exprimé ou qu'il n'a pas été compris dans ce qu'il voulait dire.

M. Vincent VIGNEAU, Président. –

Je pourrais vous dire qu'au pénal, quand le juge d'instruction choisit son expert, l'attitude de l'expert à exposer clairement son étude devant un jury est l'un des facteurs essentiels du choix. Parfois, on va privilégier un expert qui a une meilleure communication qu'un expert qui a une meilleure expertise scientifique. Cela se voit fréquemment pour l'expert balistique, les experts médecins où l'on va écarter certains experts car on sait que, bien qu'étant très brillants, ils sont incompréhensibles pour des jurés. On a un certain nombre d'affaires qui ont été médiatisées et qui ont abouti à des décisions surprenantes car on voyait des experts qui se contredisaient à l'oral et qui bredouillaient. Maître Chaney disait que la vérité ne pouvait pas surgir sans cross-

examen mais celle-ci peut obscurcir la vérité. Il existe des phénomènes psychologiques de stress qui font que, sous l'effet de ce contre-interrogatoire, l'expert va s'embrouiller et ne pas dire ce qu'il aurait écrit sans stress et à tête reposée.

M. Jacques LAUVIN. –Expert CNIDECA- Président de la Compagnie de Versailles.

A propos de la clarté du rapport et de sa bonne intelligence, je crois qu'il faut se rappeler que la note de synthèse, qui devient de plus en plus fréquente aujourd'hui, a été créée pour éviter de voir apparaître des conclusions auxquelles les gens n'étaient pas préparés. Si la note de synthèse est plus claire, les dires des parties sont là pour amener l'expert à répondre aux dires. Certains avocats -je les aime tous beaucoup- font exprès d'avoir des dires incompréhensibles pour que vous ne puissiez pas répondre ou embrouiller votre réponse. J'ai une petite méthode qui n'est pas terrible : « *J'y ai répondu dans le corps du rapport, donc je ne réponds pas à celui-là* ».

Pour reprendre ce que disaient M. Faisantieu et M. Bouland sur l'intérêt de l'expertise judiciaire, je m'occupe de la formation des nouveaux experts de Versailles : je leur dis à tous qu'un des rôles principaux de l'expert judiciaire est de nettoyer le dossier. Quand il y a litige, les gens sont souvent embarrassés dans leur certitude, dans leur conflit, sous la pression de leurs collègues, de leur patron, etc. L'expert vient derrière, et l'un de ses rôles est d'arriver au bout d'un certain temps à -je ne veux pas dire un consensus- mais un état technique qui est l'état de la technique qui doit être admis par tous. Après, on pourra s'envoyer des dires, se faire des procès d'intention, mais il faut au moins passer par l'état technique. En général, quand on arrive à l'état technique, qui est bien reconnu par tous, la conciliation tombe toute seule.

M. Vincent VIGNEAU, Président. –

Pour vous rassurer sur les dires incompréhensibles, nous avons récemment jugé à la deuxième Chambre civile que le juge n'était pas tenu de répondre à des conclusions inintelligibles - l'avocat n'est pas dans la salle (il est du sud-est de la France), mais on le voit beaucoup plus sur les plateaux de télévision...

Me Christian LAMBARD. –

Je le connais bien.

M. Vincent VIGNEAU, Président. –

Il avait dû dicter ses conclusions entre deux avions ou au volant de sa voiture. On ne comprenait rien. Bien évidemment, il soutenait que des moyens étaient murmurés dans ses conclusions. Un moyen, devant la cour de cassation, était le défaut de réponse, mais vous savez que le juge n'est pas tenu de répondre à des conclusions qui ne sont pas intelligibles ! Je pense que ce précédent pourrait être invoqué le jour où l'on fera grief à l'expert de ne pas avoir répondu à un dire de telle nature.

M. Simon CHOUMER. –Expert CNIDECA-

Une question aux magistrats et aux avocats : Pourquoi -cela fait plusieurs décennies que l'on pose la question- n'avons-nous jamais le retour de nos rapports ? On n'a ni la copie du jugement ni rien. Il nous faudrait, de manière à savoir que notre rapport était compréhensible ou pas, avoir partiellement un retour d'information.

M. Vincent VIGNEAU, Président. –

Si l'on reste dans le sujet de notre colloque « Expertise et conciliation », il est normal que vous n'avez pas de retour car les parties se sont conciliées dans 70 % des cas. Cela étant, il est désormais une obligation légale pour le greffe, si l'expert le demande, d'adresser la copie de la décision à l'expert. Il faut rappeler que la décision de première instance peut être infirmée en appel. Quand il est infirmé, le jugement de première instance peut être cassé. Vous aurez une décision rendue dans l'instance. Encore faut-il le demander et que le greffe le fasse, ce qui est loin d'être toujours le cas, vous avez raison.

Me Christian LAMBARD. –

Monsieur Choumer, vous pouvez interroger les avocats. Je me ferai un réel plaisir de vous adresser les décisions qui ont rejeté les conclusions de votre rapport.

M. Jacques LAUVIN. –

Sur la transmission des rapports, certaines juridictions demandent si l'on en désire la copie. En fait, le rapport suit une vie, le procès va au fond, les Chambres changent, etc. et la volonté de transmission du rapport n'existe plus. Personnellement, quand je veux avoir le jugement, je l'écris dans le rapport en bas de la conclusion : « *L'expert aimerait avoir une copie* ». Le plus efficace est de demander à l'avocat du demandeur qui vous l'enverra.

M. Vincent VIGNEAU, Président. –

Quant à le mettre à la fin du rapport, je ne suis pas persuadé que la bonne personne le lise, car le rapport est lu par le juge et ce n'est pas lui qui s'occupe de la transmission de la décision, mais le greffier qui ne lira pas la fin du rapport.

Me Guillaume BRAJEUX. - Avocat.

Sur la conciliation -c'est une question qui revient régulièrement-, c'est à la fois un problème pratique et juridique. Des conciliations partielles en cours d'expertise peuvent intervenir, permettant des allègements des opérations d'expertise. Nous avons de plus en plus, dans nos opérations d'expertise, des mises en cause innombrables d'un certain nombre de parties au début des opérations d'expertise. La dernière fois que nous nous sommes réunis au tribunal de Commerce, certains juges consulaires ont voulu nous enfermer dans des délais extrêmement courts, au risque de ne plus pouvoir le faire après. Nous nous retrouvons parfois dans des réunions d'expertise avec 50 ou 60 participants.

Or, après une, deux, peut-être même trois réunions maximum, il s'avère qu'un certain nombre de parties n'ont, manifestement, plus de raison d'être dans ces opérations d'expertise car les aspects techniques les concernant ont été solutionnés. Un certain nombre d'avocats, accompagnés de leur client, lèvent la main en disant : « *Monsieur l'expert, pourriez-vous me confirmer que je ne suis plus concerné par vos opérations ?* » Le « pauvre » expert judiciaire regarde tous les avocats en disant : « *Je n'ai aucun pouvoir de vous « dispenser » d'assister à mes opérations, je vous adresserai des convocations et vous devrez décider si vous venez ou pas* ».

N'y aurait-il pas, un jour, un moyen législatif, réglementaire ou même de pratique jurisprudentielle, permettant à l'expert judiciaire de dire : « *Après en avoir référé au juge chargé du contrôle, je pense que X, Y ou Z pourrait désormais être dispensé de participer aux opérations d'expertise* » ?

M. Vincent VIGNEAU, Président. –

J'ai en cours d'étude cette question où un expert a dispensé un certain nombre de parties de continuer à poursuivre l'expertise. Le problème est, qu'ensuite, la Cour les a condamnées.

Me Guillaume BRAJEUX. –

En l'état actuel des textes, c'est inévitable.

Me Christian LAMBARD. –

Pour répondre à mon ami Brajeux, le seul moyen -tu le connais comme moi, mais on sait qu'il est pratiquement inexploitable- est de recueillir l'accord unanime des parties pour que l'on renonce à la mise en cause. C'est le seul moyen juridique actuel.

Me Guillaume BRAJEUX.-

C'est impossible à mettre en place.

Me Christian LAMBARD. –

Je conviens avec toi que c'est rarissime.

M. Robert MAZABRAUD –

Dans le management de l'expertise on peut faire une réunion consensuelle où l'on dit : « Sur les investigations techniques, que voulez-vous faire de plus ? C'est terminé et, manifestement, Untel ou Untel n'ont plus rien à voir. Tout le monde est-il d'accord et peut-on acter ou pas ? ».

Me Christian LAMBARD. –

M. Mazabraud a raison mais, encore une fois, le seul moyen procédural de parvenir à cette solution, c'est un accord unanime des parties pour qu'il soit renoncé aux effets de la mise en cause. Il n'y en a pas d'autres.

M. Vincent VIGNEAU, Président. –

J'attire votre attention : Avec la jurisprudence de la Cour de Cassation, les parties ont l'obligation de concentrer, dès l'instance initiale, tous les moyens qu'elles peuvent invoquer au soutien de leur prétention. Ayant renoncé à poursuivre, vous vous fermez toute possibilité d'agir ultérieurement. Vous engagez votre responsabilité.

Me Christian LAMBARD. –

Indiscutablement.

M. Jacques LAUVIN.-

Une solution simple m'avait été proposée par un magistrat du contrôle : le demandeur qui a appelé trop de parties dans la cause revient devant le juge en se désistant pour obtenir une ordonnance qui retire telle partie de la cause. L'expert lui-même ne peut pas le faire.

Me Christian LAMBARD. –

Les autres défendeurs peuvent s'y opposer.

M. Jacques LAUVIN.-

Si le juge rend une ordonnance, elle est applicable.

Me Christian LAMBARD.-

Personnellement, je ne vois pas le juge du contrôle en avoir le pouvoir, y compris le juge des référés.

M. Vincent VIGNEAU, Président. –

Le juge des référés, sur le fondement de l'article 145, est dessaisi et le juge de la mise en état n'est pas compétent.

Me Christian LAMBARD. –

Il y a un vide de juge !

M. Vincent VIGNEAU, Président.-

L'article 145 est très spécifique. Le juge s'est dessaisi en rendant sa décision.

Je donnerai une précision sur les délais. La question des délais est intervenue de façon récurrente. On s'étonnait parfois du caractère obsessionnel des délais chez certains magistrats qui vous poussent à rendre vos rapports dans un temps très court. Il faut savoir que, depuis quelques années, est mise en place la nouvelle loi organique sur la loi de finances que l'on appelle la LOLF, qui a introduit la comptabilité analytique dans la gestion de l'Etat et des finances publiques.

Pour poursuivre cette logique de comptabilité analytique, on a décrété qu'il fallait avoir des indicateurs de performance chiffrés. On a séquencé toutes les activités de l'Etat et, parmi l'une de ces activités, il y a celle de rendre la justice, qui elle-même est sous-divisée en rendre la justice pénale et rendre la justice civile. On a fixé notamment comme indicateurs de performance, car on n'a pas trouvé beaucoup d'autres indicateurs pertinents et objectifs, les délais de traitement.

Pendant très longtemps, dans la finance et la banque, on a considéré que l'évolution de la valeur de l'action d'entreprise était l'indicateur pertinent de la performance du chef d'entreprise. On est en train de se rendre compte que ce n'était pas si pertinent. La question se pose dans les mêmes termes concernant les délais de traitement : une justice rendue rapidement est-elle nécessairement une bonne justice ? A certains égards sûrement, mais on se rend compte que, dans la pratique, la rapidité n'est pas toujours synonyme de bonne justice. Il faut savoir que les chefs de juridiction sont jugés au regard de la réalisation de ces critères de performance, et c'est bien cette réalisation qui va déterminer **l'allocation de moyens nouveaux. Il y a là une dimension un peu paradoxale dans la mesure où cette logique devrait conduire à réduire les moyens d'une juridiction qui peine à améliorer ses délais alors que, justement, c'est elle qui en a le plus besoin !**

C'est là-dessus également que seront évalués les chefs de juridiction et ensuite les chefs de service. Il faut comprendre que la pression que l'on peut vous mettre en termes de délais correspond à la pression que les chefs de juridiction eux-mêmes reçoivent par l'effet de la mise en oeuvre de la loi organique sur la loi de finances.

Me Christian LAMBARD. –

A cette réserve, Monsieur le Conseiller, que vous évoquez la LOLF, alors que, dans le cas particulier, il ne s'agit pas de gérer les finances publiques mais celles des parties. Je le dis, mais naturellement vous avez raison.

M. Vincent VIGNEAU, Président. –

Oui, mais il faut rendre la justice dans un délai raisonnable, le délai le plus bref, car on paye des bâtiments, des juges et des greffiers. Le juge n'est pas seulement un juge mais il est là pour gérer un service public et est gestionnaire et responsable du service public qui lui est confié. C'est une conception très nouvelle du rôle du juge qui s'apparente davantage au

gestionnaire d'un service administratif : c'est le service chargé de gérer des conflits plus que la conception traditionnelle que l'on peut avoir du juge qui est peut-être encore celle dans les pays anglo-saxons.

Me Brigitte BEAUMONT.- Avocat

L'expertise amiable va-t-elle correspondre à un raccourcissement des délais car c'est une grande préoccupation de nos clients ?

M. Alain MARTIN. –

S'agissant d'expertise amiable, je rappelle que nous avons dans notre annuaire une Expertise Amiable Codifiée et qu'elle est prévue pour fixer des délais. Vous pouvez avoir une expertise amiable qui a les délais que vous désirez. Il suffit que, conventionnellement, vous les déterminiez avec votre adversaire.

Me Brigitte BEAUMONT.-

Le plus souvent, les adversaires ne les respectent pas, n'est-ce pas Christian ?

Me Christian LAMBARD. –

Si tu demandes à M. Martin... !

M. Jacques POIRIER. –

Je comprends votre question mais vous savez que les problèmes techniques d'une installation en service ne sont réglés ni par les experts ni par les avocats. Tant qu'il n'y a pas de condition, l'expert a les moyens techniques et intellectuels pour agir sous 10 jours dans le pire des cas, alors que la nécessité que l'avocat s'accorde avec le conseiller technique, sans parler des problèmes entre salariés des différents services de l'entreprise -qui n'ont pas forcément tous le même intérêt- est un point délicat.

Quand on a des entreprises avec des salariés, les réponses qu'ils peuvent faire un peu vite en cours de réunion d'expertise peuvent leur être extrêmement nuisibles. On voit des services qui se « tirent dans les jambes » alors qu'ils sont de la même partie. Quant à obtenir un texte, ou simplement une analyse, dont on ne saura jamais si elle est juste ou fautive, dans ces conditions, à mon avis -c'est ce qui fixe les délais-, le seul moyen est d'être brutal, et je ne suis pas sûr que cela aille vers une conciliation.

M. Alain MARTIN.-

Sur l'analyse de performance, qu'en est-il de l'expertise qui aboutit à une conciliation ? Y a-t-il une performance particulière reconnue ? Pourrait-on la mettre comme indicateur ?

M. Vincent VIGNEAU, Président. –

Sur l'article 145, cela n'a aucune incidence car, de toute façon, le juge étant dessaisi, le délai court à compter du dépôt d'assignation et s'interrompt quand l'ordonnance de référé est rendue mais, effectivement, on pourrait prendre comme indicateur le nombre de conciliations, quitte à trouver le moyen de l'évaluer. C'est quelque chose de pertinent. Dans le cours de l'instance, cela a un vrai effet puisque la conciliation aboutit souvent à un désistement qui va interrompre l'instance beaucoup plus tôt que par un jugement, et on réduit fortement les délais de traitement.

INTERVENANT.-

Je veux demander une précision à Maître Chaney. Dans le cadre des procédures anglo-saxonnes, y a-t-il des cas de conciliation, de médiation ou d'arbitrage où les décisions s'imposent aux parties a priori, ce qui oblige à appliquer la décision, et dans quel cas il faut une homologation d'un tribunal ?

Me Stanley CHANEY. –

Quand vous avez un protocole transactionnel, cela s'impose aux parties, c'est définitif et vous ne pouvez plus contester. Le protocole transactionnel est considéré comme un jugement définitif. Même chose pour la médiation : cela peut se terminer par un protocole transactionnel avec la même condition qui est d'accepter ces décisions comme définitives, et pour l'arbitrage, dans les règlements d'arbitrage CCI, les parties acceptent de s'en remettre à ce règlement dès l'instant où il y a une clause compromissoire dans le contrat. Les parties acceptent la sentence arbitrale, en dehors des recours en nullité que vous connaissez tous. Dans les arbitrages internationaux, ce sont des recours très spécifiques. Le code de procédure civile français dit très clairement qu'il existe cinq cas : absence de convention d'arbitrage valable, irrégularité de la composition du tribunal arbitral, non respect du contradictoire, non respect de la mission, non respect de l'ordre public international... qui ouvrent la voie au recours en nullité. A partir du moment où il n'y a pas de recours, la sentence est définitive et c'est aussi valable dans les pays anglo-saxons.

Clôture par M. Vincent VIGNEAU, Président.

Il est temps de conclure ce colloque.

Monsieur le Président, vous m'aviez accordé le privilège de dire quelques mots au début de ce colloque, et vous me l'accordez encore en clôture.

Ce double 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 cet après-midi paraît ardue. Elle l'est d'autant plus que je ne suis ni expert moi-même ni conciliateur, alors que l'on me demande de concilier en quelques phrases des opinions d'expert, 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 clôture !

Vous savez que les juristes 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, je prendrai quelques libertés avec cette dialectique et, prenant Maître Chaney comme modèle, je vous présenterai une synthèse en trois parties.

Après avoir dressé le constat d'une pratique en marge de la loi, je tâcherai d'en établir l'analyse critique avant, pour conclure, de tirer quelques enseignements sur l'éthique de l'expert.

Tout d'abord le constat d'une pratique en marge de la loi : Nous savons tous, pour reprendre l'expression de M. Leluan, que conciliation et expertise sont deux domaines séparés. Maître Lambard nous a dressé le tableau légal de l'expertise qui confine l'expert dans le rôle de sachant, centré sur la seule investigation technique, et lui interdit de recevoir une délégation de juge ou de rechercher la conciliation des parties. Pourtant, ainsi qu'il nous l'a rappelé, la pratique de la conciliation judiciaire dans le cadre de l'expertise a été très utilisée jusque dans les années 70, et même approuvée à l'époque par la cour de cassation avant que, par un décret du 17 décembre 1973, l'autorité réglementaire y porte un coup de grâce.

Si l'on s'en tient à la lettre du texte, précise Maître Lambard, l'expert est un parfait étranger à toute conciliation. Pour autant, indique-t-il, la pratique s'est attachée à ménager un principe qu'il juge trop rigide. Nous sommes tous tombé d'accord au cours de ces débats pour affirmer que l'expert concourt fortement à la conciliation des parties. En particulier, pour nombre d'expertises ordonnées en référé, celui-ci ne se prolonge pas par un procès au fond car les parties sont parvenues à se concilier.

Selon M. Faisantieu, elles représentent de 30 à 70 % des expertises.

M. Poirier en conclut même que l'expertise peut être considérée comme un mode alternatif de règlement des litiges.

M. Leluan et M. Faisantieu ont classé ces expertises conciliantes en trois catégories : celles qui interviennent au cours de l'expertise, celles qui sont mûres après communication du pré-rapport et celles qui se concrétisent après publication du rapport.

Faut-il s'en réjouir ou faut-il, au contraire, s'en désoler ? Une grande majorité d'entre nous s'est prononcée en faveur de cette évolution de la pratique, tacitement approuvée par la jurisprudence. Nos travaux ont démontré que, sans remettre fondamentalement en cause le

dogme, la cour de cassation atténuait la rigueur des sanctions encourues par les experts qui franchissent la ligne rouge qui sépare l'expertise de la conciliation.

Un arrêt de la deuxième Chambre civile du 21 juillet 1986, judicieusement cité par Maître Lambard, a jugé qu'une solution proposée par un technicien, homologuée par les parties, puis par le tribunal, n'était pas contraire aux dispositions de l'article 140 du code de procédure civile dès lors que le juge n'avait donné aucune mission à l'expert en ce sens.

Auparavant, elle avait aussi approuvé une mission enjoignant l'expert de ne déposer son rapport que si les parties ne parvenaient pas à se concilier. Sans doute que la cour de cassation préfère un bon accord à un mauvais procès. Faut-il aller au-delà et confier à l'expert la mission de concilier les parties ?

Le Conseil d'Etat l'a fait, mais le rapport Magendie ne l'a pas préconisé. Les différents orateurs qui se sont succédé ont émis des avis nuancés et partagés. Certains, comme Maître Lambard, se montrent ouvertement partisans d'une évolution radicale. Pour lui, les aménagements de la jurisprudence caractérisent l'inadaptation des textes à la pratique et ce encore plus à une époque où les modes alternatifs de règlement des différends connaissent un fort essor.

D'autres, comme M. Bouland, s'ils estiment que l'expertise est un bon terrain pour faciliter la conciliation, affirment avec force que l'expert n'est ni un juge ni un sous-traitant du juge et ne doit ni trancher ni arbitrer.

M. Bouland a insisté sur la nécessité pour l'expert d'être diligent : « time is money » semblait nous rappeler ce dirigeant d'entreprise.

« Attention » lui a fait écho M. Poirier, qui a souligné les dangers des instructions trop expéditives.

Enfin, d'autres encore, comme Maître Chaney, ont insisté sur la confidentialité qui entourait les échanges devant l'expert amiable pour permettre aux parties de s'exprimer librement, ce qui est incompatible avec les règles de l'expertise judiciaire, ce qui tend finalement à favoriser le recours à l'expertise amiable. Moins encadrée par le carcan du code de procédure civile, elle peut plus facilement se muer en médiation.

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 selon les différends qui interviennent dans l'instance ?

Les exposés de M. Bouland et de Maître Chaney ont contribué à élargir notre vision, M. Bouland nous faisant part du point de vue d'une partie et Maître Chaney, pour sa part, des réflexions sur la question de la gestion du risque judiciaire.

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 interroger 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, l'expert devenant alors -je le déplore moi-même- un délégué.

Je rassure M. Poirier qui se demande si un développement excessif de la conciliation post-expertise n'aurait pas pour effet négatif d'encombrer les juridictions d'affaires impossibles. Les juges n'ont pas à craindre ni à déplorer ce risque ; c'est leur métier. On ne devient pas juge par goût de la facilité, pas plus d'ailleurs que l'on ne devient ingénieur ou expert pour les mêmes raisons.

L'avocat voit dans l'expertise un lieu d'affrontement, mais Maître Lambard admet aussi qu'il peut être l'utile instrument des rapprochements des parties. C'est le lieu où les parties vont aussi réfléchir, mûrir, prendre du recul, bref mieux cerner les enjeux véritables du litige qui les oppose.

L'intervention très instructive de M. Bouland nous a montré que l'expertise pouvait 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 de l'entreprise dont il va identifier les faiblesses et à laquelle il va contribuer à l'amélioration des process, 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 consultant du code de procédure civile, mais au sens 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 doivent tenir 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'ont en général que peu de prise. Il leur est au contraire permis de s'interroger sur leur façon d'être.

Autrement dit, la normalisation de leur action ne leur interdit pas de développer par eux-mêmes la réflexion sur leur propre déontologie. C'est là tout leur honneur.

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

M. Faisantieu nous a rappelé l'incontournable triptyque qui fonde la légitimité de l'expert : compétence, objectivité et pédagogie. Les autres experts qui se sont succédé à la tribune n'ont pas affirmé autre chose.

Pour M. Bouland, si l'expertise permet souvent la reprise du dialogue, encore faut-il, ajoute-t-il, que deux conditions fondamentales soient respectées : l'expert doit être compétent et impartial. Et M. Poirier d'ajouter que si aucune conciliation ne peut intervenir sans l'intelligence des parties, elle ne peut non plus aboutir sans pédagogie de l'expert.

On citera M. Leluan pour qui l'expert n'est pas nécessairement un spécialiste qui sait mieux que les autres. C'est sa méthode 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 conciliateurs ? Exactitude, probité, honneur et conscience obligent autant les deux fonctions et, comme l'a dit si justement M. Leluan, la démarche d'expertise et le chemin vers la conciliation ne sont pas loin d'être si parallèles. Comme je suis au milieu d'ingénieurs et que j'ai fait des progrès en mathématiques grâce à vous, j'ai appris, comme l'a dit M. Leluan, que les parallèles finissent toujours par se rejoindre !

M. Alain MARTIN. –

Monsieur le Président, il s'avère que nous avons fait le bon choix en vous demandant de présider ce colloque. Nous vous remercions d'avoir accepté comme nous remercions les orateurs : Me Lambard, Me Chaney, M. Bouland, M. Faisantieu, M. Leluan, M. Poirier et les intervenants.

Je vous remercie tous d'avoir participé à ce colloque qui est validé au titre de la formation permanente des avocats. Les actes en seront imprimés et diffusés. Je souhaite vous revoir l'année prochaine, tout en vous invitant dès maintenant à participer au buffet qui vous est offert par la CNIDECA.