

IMPLICATIONS POUR LA PROCÉDURE JUDICIAIRE EN FRANCE



INTERVENTION de

Monsieur Maurice NUSSENBAUM

Expert Judiciaire en finance, agréé par la Cour de Cassation,
Professeur à l'Université Paris IX Dauphine.

1 - Les critères de la trilogie DAUBERT

1.1. Les règles DAUBERT ont été définies par la Cour Suprême des Etats Unis dans le contexte judiciaire américain.

Un examen dans le présent colloque a pour objet d'une part de les présenter et ensuite de s'interroger sur leur portée potentielle dans le cadre judiciaire français tant pour les experts que pour les juges.

Le contexte américain est celui de la liberté de la preuve dans le cadre d'un échange contradictoire. Les parties peuvent avoir recours au témoignage dont l'expertise de partie constitue un moyen privilégié.

Chaque partie apporte ses preuves à travers ses témoins d'où la nécessité de décider en préalable à l'examen du fond de la recevabilité de ces rapports d'où les « DAUBERT Hearings » qui servent à décider l'admissibilité de ces rapports.

Les règles DAUBERT sont venues renouveler le cadre procédural relativement à l'admissibilité des rapports d'expert de parties.

En effet, Depuis 1923, avec l'arrêt FRYE avait été instauré le critère du «général standard acceptance» selon lequel l'expertise scientifique n'est recevable que si elle correspond au savoir partagé par la communauté de spécialistes du sujet traité.

Ce critère obligeait le juge à s'informer de l'état de la science au moment du litige ce qui n'est pas toujours simple et à pu conduire à des interprétations soit trop restrictives, soit laxistes.

1.2. C'est pourquoi l'arrêt DAUBERT de la Cour suprême en 1993, précisé par les deux autres de la trilogie KUMHO et JOINER va modifier l'approche en indiquant que le juge doit réaliser une évaluation préliminaire pour déterminer si non seulement :

- Le raisonnement ou la méthodologie qui sert de base au rapport est scientifiquement valide,

- Mais aussi s'il peut être appliqué aux faits de la cause, afin de décider la recevabilité de l'expertise.

Les deux critères de recevabilité : «relevant» et «reliable», sont donc la pertinence et la fiabilité.

En pratique, est également examinée la compétence de l'expert, ce qui constituait un moyen privilégié de l'application du critère précédent de «Général acceptance».

Dans le cas des expertises techniques, la décision Kumho de 1999 a consacré l'applicabilité des règles DAUBERT aux expertises techniques et non scientifiques en énonçant que l'expert technique doit mettre en œuvre la même rigueur intellectuelle que celle qu'il aurait eu dans son activité professionnelle.

Précisons le contenu de ces deux critères :

a - Relevance ou pertinence

Il s'agit de justifier que la méthode utilisée s'applique bien aux faits de l'espèce : «the expert's theory must be tied sufficiently to facts of the case».

b - Reliability ou fiabilité

Cette exigence imposée au juge est la plus contraignante.

L'exigence de pertinence est à la limite plus simple mais celle de fiabilité est plus complexe. C'est pourquoi cette exigence a été précisée par 4 sous critères dans la décision DAUBERT.

- A-t-elle été testée (ou encore réfutée) empiriquement ?
- A-t-elle donné lieu à des publications (sans que cela soit une condition nécessaire) ?
- Connaît-on les taux d'erreurs auxquels elle donne lieu ?
- Les critères de validations de la théorie sont-ils admis par la communauté scientifique ?

La question s'est alors immédiatement posée de savoir si ces critères s'étendaient également aux sciences non exactes. La réponse est positive, de même que pour l'expertise technique comme il a été indiqué plus haut.

2 - Les conséquences pour le juge

2.1. La question centrale est donc posée de l'imbrication entre le droit et la science.

Nous rappellerons qu'en France, on oppose le droit et le fait et que le juge détermine souverainement son appréciation des faits. La seule question posée est celle de sa motivation et de la possibilité pour la Cour de Cassation de la contrôler, notamment en ce qui concerne son appréciation des faits.

Afin d'éclairer le débat, commençons par des exemples.

2.2. Je citerai un exemple rapporté en droit de la concurrence : le cas ADM devant la Commission Européenne relative au marché de la lysine (7 juin 2000).

Pour démontrer l'absence d'impact sur le marché de la lysine de comportements de coordination et d'échange d'information, ADM produit une expertise qui met en œuvre un modèle de jeu concurrentiel s'appuyant sur un oligopole à la COURNOT et montre que les prix qui s'établissent sur le marché sont les mêmes que ceux qui se seraient établis sans collusion compte tenu du faible nombre de concurrents qui induit des comportements d'alignement indépendamment de toute coordination des acteurs. De plus, l'arrivée d'ADM en tant que 5^{ème} acteur favorisait le fonctionnement concurrentiel du marché.

La commission rejette l'argumentation d'ADM d'abord en faisant état de concertation à l'occasion de réunions auxquelles ADM a participé, ensuite en critiquant l'analyse d'ADM pour la base d'arguments techniques critiquant le modèle utilisé et montrant le caractère stable du cartel qui comporte 4 ou 5 participants.

Aussi, la commission, sur la base des critères d'insuffisance de cohérence interne et de manque de pertinence, rejette les rapports produits par le demandeur ADM.

2.3. Exemple n° 2 : le cas de la Silicose (2005 E, Etats Unis) Southern district of Taxis Corpus Christi Division.

En 2005, des personnels (plus de 10 000 plaignants) exposés durant de nombreuses années aux poussières de silice se plaignent à travers une forme de class-action en se regroupant sur plusieurs territoires simultanément dans des actions coordonnées contre différentes entreprises (dont 3M) ayant provoqué cette exposition.

Ils viennent tous avec des expertises réalisées par des médecins choisis par leurs avocats à travers des firmes spécialisées dans le contentieux.

Les défendeurs mettent en cause la validité des expertises produites.

Les 9000 demandeurs ont listé environ 8 000 médecins. Cependant les rapports ont été établis par les mêmes 12 médecins, qui n'étaient pas les médecins traitant des malades, n'avaient pas de relations avec eux mais travaillaient habituellement avec leurs avocats.

Certains d'entre eux ont précisé n'avoir pas diagnostiqué personnellement de silicose chez aucun des patients mais avoir témoigné, que, compte tenu des symptômes présentés à travers notamment les radiographies des patients, il y avait une forte certitude en faveur du diagnostic de silicose.

Des auditions DAUBERT (DAUBERT Hearings) sur la viabilité des rapports vont être décidées. Leur analyse détaillée montre l'applicabilité des critères DAUBERT aux expertises techniques.

Elles vont consister à la suite d'auditions contradictoires des experts médecins :

- A se mettre d'accord sur la définition d'une méthode de diagnostic reconnue par la profession. Cette approche implique à partir de l'examen des radiographies, l'élimination des autres diagnostics possibles. Elle suppose un examen individuel approfondi de 60 à 90 minutes.
- De plus, le diagnostic ayant été produit par des sociétés spécialisées ayant fait procéder à la fois aux radiographies, à leurs interprétations, aux examens physiques et aux rapports médicaux destinés aux procès, il faut procéder à des auditions des médecins pour examiner les méthodes de diagnostic mises en œuvre.

Il apparaît à cette occasion qu'ils n'ont pas mis en œuvre valablement la méthode, à savoir qu'ils n'ont pas recherché l'exclusion des autres causes possible, notamment l'asbestose.

De ce fait, les défendeurs remettent en cause les diagnostics et rapports au titre de l'application des critères DAUBERT (p. 117) rule 702 : le juge doit s'assurer que tout témoignage ou preuve (rapport) de nature scientifique, doit être non seulement «relevant» mais aussi fiable (reliable).

Le jugement rappelle les principales règles DAUBERT énoncées plus haut :

"If scientific technical or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training or education may justify thereto in the form of an opinion or otherwise if :

- 1) The testimony is based upon sufficient facts or data
- 2) The testimony is the product of reliable principles and methods,
- 3) Witness has applied the principles and methods reliably to the facts of the case.
 - a) whether the technique has been tested
 - b) whether the technique has been subjected to peer review and publication
 - c) The error rate
 - d) The existence and maintenance of standards controlling the technique's operation
 - e) the technique has been generally accepted in the scientific community"

Application des critères DAUBERT au cas de silicose

Critères de diagnostic : ceux généralement admis par la communauté scientifique, soit :

- Une exposition à la silice sur une durée suffisamment longue,
- Une preuve radiographique de silicose,
- Un diagnostic différentiel : l'absence de raison de penser que les résultats de la radio puissent être dus à une autre affection.

Conclusion des auditions DAUBERT :

- 1) Absence de preuve d'une exposition suffisante,
- 2) Absence de preuves suffisantes des diagnostics radiographiques,
- 3) Le critère des diagnostics différentiels non pris en compte par les experts médicaux
- 4) Absence de respect des mêmes standards par les médecins experts dans leurs diagnostics légaux et dans des diagnostics médicaux (il s'agit d'un aspect important des critères : l'expert technicien doit démontrer qu'il applique la même rigueur intellectuelle dans son témoignage que celle qu'il mettrait en œuvre dans sa profession.

Il a donc été conclu que les témoignages n'étaient pas admissibles eu égard aux critères DAUBERT et la Cour a alors proposé de choisir des experts médicaux indépendants pour déterminer parmi l'ensemble des diagnostics ceux qui pourraient être qualifiés de compétents, ce qui a été refusé par les demandeurs.

Les défendeurs demandent alors des sanctions à l'encontre des demandeurs (p. 225). La Cour a effectivement conclu au caractère abusif des demandes. Ils ne produisent pas le montant de leurs honoraires et dépenses et indiquent simplement globalement qu'ils acceptaient l'estimation de la Cour fixée, compte tenu du nombre d'avocats impliqués, à 275 000 \$ par journée d'audition, soit au total environ 825 000 \$ pour 3 jours.

2.4. Les implications pour le juge

Les implications des critères DAUBERT sont clairs, mais on a vu que la règle en vigueur aux États-Unis est de confier la responsabilité de l'appréciation de la validité des rapports d'experts de partie au juge. Il en résulte donc pour lui une forte implication.

2.4.1. Aux États Unis, le juge ne peut pas séparer la recherche de causalité du problème de la fiabilité des expertises qui lui sont présentées.

Quelle est la cohérence des deux exigences : Démontrer la causalité et se prononcer sur la fiabilité des preuves. Si on accepte cette hypothèse, il en résulte la nécessité d'une plus forte implication du juge dans l'appréciation des méthodes de l'analyse technique et scientifique.

Mais on est face à un dilemme : le juge ne peut être spécialiste dans toutes les disciplines.

Il doit en maîtriser les enjeux :

- En procédant à l'examen contradictoire,
- En faisant le point sur l'état de l'art,
- En contrôlant les travaux de l'expert judiciaire,
- En s'assurant de la pertinence de la mission et des moyens mis en œuvre d'où l'intérêt du recours à la procédure dite de la conférence dont nous entretiendra Michel Armand-Prévoist pour rediscuter et mieux définir la mission de l'expert.

2.4.2. Peut-on transposer l'exemple américain ?

Le contexte américain est celui où les parties viennent avec leurs propres rapports d'experts privés et le juge se retrouve seul à trancher sur leur

admissibilité. Leur mise en œuvre met en évidence la difficulté pour le juge de juger de la fiabilité des rapports des parties dans un univers où il n'est pas lui-même assisté scientifiquement :

- Dans le cas de silicose, le juge a proposé la nomination d'un panel d'experts indépendants qui a été refusée par les parties.
- En France dans les cas des appels sur décision d'une autorité de régulation, le juge dispose des rapports à la fois des autorités et des parties.

Dans le cas général en France, le juge peut se faire assister par un expert judiciaire mais il ne peut se décharger sur lui et conserve la pleine maîtrise de la décision.

Cependant, on constate souvent en pratique que le rapport de l'expert judiciaire dans des matières très techniques, est entériné sans que le débat technique qui s'est déroulé devant l'expert soit réitéré devant le juge.

2.4.3. Peut-on réellement séparer le droit et le fait ?

La décision relative à l'applicabilité et à la fiabilité des méthodes est un problème de droit et non de fait.

Il ressort en effet de l'admissibilité des preuves pour lesquelles seul le juge a le pouvoir de décider.

Cela implique qu'il acquiert la compréhension des principes et méthodes expertales utilisés à travers leur discussion contradictoire.

Il y a des domaines où la séparation entre le droit et le fait est simple et évidente : c'est en général les cas où la faute peut-être démontrée par des seuls raisonnements juridiques :

- La formalisation de ce qu'aurait été la situation normale ne pose pas de problème,
- La quantification de ses effets se trouve dans l'analyse des comptes,
- Les références recherchées peuvent être facilement observées : p. ex : valeurs locatives.

Les autres cas sont plus complexes :

- Si la démonstration de la faute ressort d'une analyse scientifique :
Ex. : la faute médicale ou des pratiques anti-concurrentielles.

Les juges admettent que dans certains cas cette séparation n'est pas possible, c'est notamment le cas des pratiques anti-concurrentielles :

Ex. : un abus de position dominante a-t-il causé un dommage à l'économie ?

Il faut en effet déterminer :

- Le marché pertinent,
- La position dominante et son abus,
- Et ses effets sur l'économie

Comme le droit oblige le juge à se prononcer sur ces concepts, il admet que la séparation ne puisse être faite et que le juge doive intégrer ces notions complexes (exemple : le cas des prix prédateurs et les vedettes de l'Ile d'Yeu).

Dans les autres cas, le droit français considère que le juge apprécie souverainement les éléments de preuve qui lui sont soumis et si la preuve est d'ordre technique, scientifique ou technique, il renvoie à l'expertise.

Mais il ne peut se décharger du problème car gardant toute sa liberté par rapport aux rapports d'expertise, il doit en apprécier et vraisemblablement, il devra demain compte tenu de l'influence européenne, contrôler son caractère scientifique ou conforme aux règles de l'art.

Appréciation souveraine ne signifie pas absence de justification car si la Cour de Cassation ne contrôle pas les faits, elle peut contrôler la démarche et censurer l'absence de motivation ou l'insuffisante pertinence ou cohérence de la motivation.

Conséquences :

Puisque le préjudice (qu'il soit contractuel ou quasi délictuel) est la différence entre la situation normale (ce qui aurait dû être) et la situation réelle (ce qui a été), il revient au juge de se prononcer sur la définition de la situation normale quel que soit le domaine.

L'expert peut décrire ce qu'est généralement une situation normale :

- Le rendement attendu d'une machine,
- Les performances d'un système informatique,
- Les moyens mis en œuvre par un médecin pour son diagnostic ou son intervention chirurgicale,
- Les techniques mises en œuvre dans la construction d'un bâtiment,
- La gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières,

Mais si les parties divergent sur la définition de cette normalité, si elles contestent le rapport d'expertise sur cette définition, le juge devra trancher.

3 - Exemples de dysfonctionnement :

Des investisseurs investissent dans un fonds dont les performances vont s'avérer désastreuses et qui de plus a investi dans des opérations sur produits dérivés non prévus dans sa fiche technique et sans l'accord des détenteurs de parts.

La mission de l'expert consistait à analyser la gestion du fonds et à rechercher si des fautes pouvaient être imputées à son gestionnaire et quels étaient les préjudices qui en résultaient pour les détenteurs.

Le rapport montrera que les performances ont été inférieures à l'indice de référence de fonds qui ont réalisé des gains alors que le fonds a subi des pertes.

Le tribunal va conclure à une faute de gestion et qualifier le préjudice de perte de chance et fixer les dommages à 75% de la perte. Il exclut aussi le manque à gagner pour une raison de causalité en considérant qu'il n'y a pas de lien direct entre la gestion du fonds et les mauvais résultats subis.

Dans une autre espèce similaire, portée en appel, la Cour décidera sur la base d'un rapport d'expertise que l'indice de référence était le CAC 40, alors que les investisseurs avaient demandé une gestion prudente, qui par définition correspond à une gestion plus risquée que prudente.

Elle indemnisera aussi les investisseurs sur la base des performances réalisées par le CAC 40 en considérant que «si le gestionnaire s'était comporté en professionnel prudent et avisé, les époux P auraient obtenu au moins ce résultat.»

Dans les 2 cas, il n'y a pas eu d'examen scientifique du critère à retenir pour définir la situation normale de référence. Dans le premier, par prudence excessive et par une motivation inappropriée, se référant à l'absence de lien direct, le tribunal ne retient pas la conclusion de l'expert sur le préjudice. Dans le second, la Cour le retient sans analyse critique alors qu'il est erroné.

En conclusion, sur la base des travaux d'expert, c'est le juge qui doit conclure de manière motivée sur ce qu'il considère être la situation normale et sur le préjudice considéré comme étant la différence entre la situation réelle et cette situation normale.

4 - Conséquences et conclusions

Les règles DAUBERT s'appliquent d'abord à l'expert en lui donnant un cadre à respecter pour que le rapport soit admissible : à la fois pertinence et fiabilité dans le choix et la mise en œuvre des méthodes d'analyse.

Mais elles s'appliquent aussi au juge à qui revient le contrôle du caractère pertinent et fiable de l'expertise.

Il est clair que pour se prononcer sur des fautes d'ordre professionnel ou sur des diagnostics de toutes natures, le juge devra s'appuyer sur des expertises qu'elles soient judiciaires ou de parties. L'expertise judiciaire pourra l'aider à démêler l'écheveau dressé par les rapports des parties mais la décision finale lui revient et comme elle doit être motivée, le juge devra parvenir à définir les vrais enjeux scientifiques et techniques et à trancher en faveur des différents arguments.

Les règles DAUBERT constituent de ce fait, un guide utile à sa décision. Comme l'écrivait le juge BREYER de la Cour Suprême des Etats Unis, dans le manuel de référence sur la preuve scientifique à propos d'études statistiques, on ne demande pas au juge de devenir un expert en statistique mais de comprendre comment l'analyse statistique fonctionne.

* * *

L'exemple des vedettes de l'île d'Yeu

La régie exploite un bateau neuf, l'Amporelle, elle est en concurrence avec une société privée, la VIV.

Cette dernière considère que la régie étant en position dominante, applique des prix prédateurs, c'est-à-dire qui ne couvrent pas ses coûts moyens.

Le rapporteur désigne un expert pour construire la comptabilité analytique de la régie afin de déterminer si les tarifs appliqués couvrent les coûts.

L'expert conclut que les tarifs de l'Amporelle ne couvrent pas l'ensemble des coûts même en période

d'été ou sa mission de service public est limitée au minimum.

Le rapporteur conclut à l'existence de prix prédateurs c'est-à-dire de prix inférieurs au coût dans le but d'éliminer un concurrent la VIIV.

L'autorité de la concurrence ne suit pas le rapporteur et considère qu'il convient de séparer les 2 activités : touristiques et de continuité territoriale et que l'existence de prédation ne peut être prouvée que si les tarifs de l'activité concurrentielle ne couvrent pas les coûts incrémentaux liés à l'activité concurrentielle.

- Il considère que les coûts relatifs à l'Amporelle n'ont pas à être pris en compte pour analyser les coûts relatifs à l'activité touristique car ce dernier bateau de grande taille, permettant d'effectuer les traversées en hiver dans toutes les conditions, doit être rattaché à l'activité de continuité territoriale.
- Le coût incrémental de l'activité touristique ne comprend donc pas les coûts relatifs à

l'Amporelle et de ce fait les prix ne sont pas prédateurs.

- La VIIV interjette appel. La CA confirme la décision du conseil.
- La Cour de Cassation indique que la vraie question est de savoir si l'Amporelle était uniquement liée à l'activité de continuité territoriale et qu'il n'a pas été répondu à cette question.
- La Cour de renvoi ne répond pas à cette question en indiquant que le marché pertinent n'a pas été correctement défini à l'origine et que celui-ci est plus large qu'indiqué et que de ce fait la régie n'est pas en position dominante et n'a pu abuser de cette position par des prix prédateurs.
- En l'état un nouveau pourvoi a été déposé.
- Cette question soulève le problème de l'interaction du raisonnement économique dans le raisonnement juridique.

*

* *