

REFLEXIONS EXTRAITES D'UN ARTICLE DE MONSIEUR LE

Professeur Rafaël ENCINAS DE MUNAGORRI ⁽¹⁾

PARU SUR LA REVUE INTERNATIONALE DE DROIT COMPARE 3-1999



LA RECEVABILITÉ D'UNE EXPERTISE SCIENTIFIQUE AUX ÉTATS-UNIS ⁽²⁾

Quelles sont les règles de preuve qui gouvernent la recevabilité d'une expertise scientifique ?

Au terme d'une évolution en trois étapes, la Cour Suprême des États-Unis a posé des conditions de recevabilité qui conduisent les juges à apprécier les connaissances scientifiques des experts

POURQUOI UNE EXPERTISE JUDICIAIRE ?

Exégèse de cette question par le

Professeur Rafael ENCINAS de MUNAGORRI

1 - Le fait et le droit sont comme les extrémités d'un arc que seuls les juristes savent manier. Que l'un des éléments leur échappe et la flèche de la justice s'égare dans la nature. **Si le domaine du droit reste chasse gardée, la science a envahi celui des faits.** Nos gestes de tous les jours s'accomplissent au rythme des objets issus des sciences appliquées : conduire une voiture, avaler un médicament, composer un numéro de téléphone. Que la science et ses techniques puissent dévoiler la vérité des faits est alors un juste retour des choses.

2 - Les juges sont censés connaître le droit, mais non les faits du litige. Et lorsque ces derniers sont complexes, le recours à un expert est nécessaire, voire indispensable. **Toutes les branches du droit sont concernées par l'expertise** : du droit commercial au droit de l'environnement, du droit pénal au droit des brevets. Et que dire du droit de la filiation sur la base duquel a pu être ordonnée une exhumation à des fins probatoires ?

En matière de responsabilité civile la **décision** semble parfois aussi reposer tout entière sur la **démonstration scientifique d'un lien de causalité**. Si la victime parvient à établir par voie d'expertise que tel produit ou substance a

été la cause du dommage subi, elle aura toutes les chances d'obtenir réparation.

Il convient néanmoins de rappeler que la **décision revient aux juges et non à l'expert** dont l'avis n'est jamais, en droit, déterminant. Reste que si les juges entendent conserver leurs pouvoirs d'interpréter et de qualifier la réalité, ils sont attirés par l'aptitude de l'expert à établir un fait sur des bases scientifiques.

Le recours à l'expertise peut toutefois aboutir à une impasse lorsque rien ne peut être affirmé où lorsque les experts ne sont pas unanimes. Les juges sont alors confrontés à un problème redoutable : **comment décider en situation d'incertitude ?** Pris en étau entre l'obligation de trancher le litige sous peine de déni de justice et celle de se fonder sur des éléments de fait aussi exacts que possibles, ils sont placés dans l'embarras. En définitive, comme on a pu souvent le faire remarquer, les rapports entre les juges et les experts ne vont pas de soi.

3 - Civilisation à haute teneur scientifique et juridique, les États-Unis sont à l'avant-garde des problèmes liés à l'usage judiciaire de la connaissance scientifique. **Le tournant décisif de ces dernières années est l'arrêt Daubert ⁽³⁾ rendu le 28 juin 1993 par lequel la**

¹ Ces extraits reproduisent partiellement un article paru à la « Revue internationale de droit comparé » - 3-1999, p.621 et s. Pour les besoins de la présentation, la C.E.A.C. a inséré des intertitres et modifié la numérotation des notes.

² Ce texte a pour origine une communication présentée à la Cour de cassation le 12 juin 1998 lors du colloque « l'expertise entre science et droit » organisé à l'initiative du Groupement de recherches (GDR) « Sciences et Droit ». Sa mise à jour a été rendue possible par une subvention du Ministère de l'éducation nationale et de la recherche, DSPT 7.

³ Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc. 113 S. Ct. 2786 (1993). Dans les notes qui vont suivre, seules les décisions de justice seront citées selon le système de référence en vigueur aux États-Unis. Toutes les traductions — sans nul doute perfectibles — sont de notre main et apparaissent entre guillemets.

Cour Suprême des États-Unis a bouleversé les conditions de recevabilité d'une expertise scientifique. Le sens du revirement est clair : **alors que les juges pouvaient s'en remettre à ce qui est généralement admis par les spécialistes en un domaine donné, ils sont désormais invités à s'assurer que les experts appelés devant les tribunaux présentent les garanties scientifiques suffisantes.**

- 4 - La solution prend place au sein de règles de procédure qui s'appliquent aux juridictions fédérales, mais dont l'influence est forte sur les juridictions des États membres ⁽⁴⁾. Le système

retenu est celui de liberté de la preuve. Sa exceptions prévues par la Constitution des États-Unis, le Congrès ou la Cour suprême elle-même, **toute preuve pertinente est recevable.** De plus, les parties peuvent prouver par voie de témoignage. La remarque est d'importance car elle concerne aussi l'expertise. **À la différence du droit français c'est en principe sous la forme procédurale d'un témoignage que l'expert se fait entendre devant la cour et les jurés.** L'expert n'est certes pas un témoin ordinaire qui est censé connaître les faits de l'espèce pour les avoir vus ou entendus, mais son avis n'en prend pas moins la forme d'un témoignage destiné à éclairer les juges ⁽⁵⁾.

QUELS EXPERTS JUDICIAIRES ?

Observations du

Professeur Rafaël ENCINAS de MUNAGORRI

- 5 - Ces précisions prennent tout leur relief dans une procédure à caractère accusatoire où les parties ont l'initiative de réunir les faits à l'appui de leurs prétentions ⁽⁶⁾.

Chaque partie produit ses expertises, apporte ses preuves, démontre sa vérité. C'est ainsi que le débat peut prendre la tournure d'une bataille d'experts choisis par les parties puisqu'il peut être fait librement recours à des experts en qualité de témoin. Encore faut-il préciser que la compétence scientifique des témoins présentés en qualité d'« experts » peut être inégale : du spécialiste mondialement reconnu au charlatan de circonstance. L'accroissement du nombre de ces derniers a d'ailleurs conduit à dénoncer l'intrusion d'une science de pacotille devant les prétoires ⁽⁷⁾.

Celle-ci est d'autant plus difficile à combattre qu'en qualité de témoins, tous les experts bénéficient d'une immunité qui les met à l'abri d'une action en responsabilité. Déterminer les conditions de recevabilité d'une expertise devient alors crucial, surtout lorsque l'expert est à même d'influencer les jurés, dont on rappellera le rôle prépondérant aux États-Unis dans la détermination des faits.

- 6 - Les questions sont alors nombreuses et trouvent écho dans notre propre système juridique :

- Quelles sont les garanties que doit présenter un expert, et à quels moyens les juges disposent-ils pour s'assurer de la fiabilité de l'expertise ?
- Quels sont les contours et le domaine de l'expertise scientifique ?
- Est-elle une expertise particulière à laquelle s'applique un régime spécial ou constitue-t-elle le droit commun de l'expertise ?

De manière plus générale, on peut se demander comment les juges parviennent à concilier la recherche de la vérité des faits avec l'incertitude générée par l'évolution des connaissances.

Au-delà de problèmes relatifs au droit de la preuve, il s'agit aussi de prendre en compte les nouvelles articulations entre la science et le droit, la connaissance et la décision, le savoir et le pouvoir. On ne fera ici que signaler le mouvement du droit positif amorcé aux États-Unis. Il consiste à rendre plus restrictives les conditions par lesquelles une expertise scientifique est recevable devant les tribunaux. L'évolution sera présentée en trois périodes successives.

4 Dénommé *Fédéral Rules of Evidence* [FRE], ce code est une compilation et une refonte des règles de procédures applicables devant les juridictions fédérales des États-Unis. Il est en vigueur depuis 1975.

5 Règle n° 702 du FRE Observons dès à présent que le texte distingue la connaissance scientifique, de celle technique ou spécialisée. La remarque est d'importance et l'un des enjeux actuels consiste à savoir si les règles applicables à l'expertise scientifique sont valables pour toutes les expertises.

6 Cf. en langue anglaise l'excellent ouvrage de Geoffrey C. HAZARD et Michèle TARUFFO, *American Civil Procedure : An Introduction*, Yale University Press, 1993, p. 86 et s. ; et en langue française, *Droit des États-Unis*, sous la direction d'Alain LEVASSEUR, Paris, Dalloz, 2e éd., 1994, éd. n° 236.

7 Aux États-Unis, le fléau est connu sous celui de la *Junk science*. Pour une dénonciation virulente du phénomène, Peter W. HUBER, *Galileo's Revenge: Junk Science in the Courtroom*, 1991, New York, Basic Books, 1993. En français, on pourrait parler de science camelote, science dépotoir, ou encore de science pacotille.

Historique de l'évolution du droit positif dans le domaine de l'expertise :

- LA PÉRIODE PRAGMATIQUE (JUSQU'EN 1923) : L'EXPERTISE SCIENTIFIQUE EST RECEVABLE SI ELLE EST DÉLIVRÉE PAR UN EXPERT COMPÉTENT
.....(alinéas 7 à 10 non reproduits).
- LA PÉRIODE POSITIVE (1923-1993) : L'EXPERTISE SCIENTIFIQUE EST RECEVABLE SI ELLE REPOSE SUR DES CONNAISSANCES GÉNÉRALEMENT ADMISES
..... (alinéas 11 à 16 non reproduits).
- LA PÉRIODE CRITIQUE (A PARTIR DE 1993) : L'EXPERTISE SCIENTIFIQUE EST RECEVABLE SI ELLE EST FONDÉE SUR DES CONNAISSANCES VALIDES
(reproduction ci-dessous des paragraphes 17 à 22).

LA VALIDITÉ DE L'EXPERTISE SCIENTIFIQUE ?**Observations du****Professeur Rafaël ENCINAS de MUNAGORRI**

7 - L'arrêt Daubert ⁽⁸⁾ est porteur d'un revirement spectaculaire qui bouleverse, au delà de l'expertise scientifique devant les juridictions fédérales, l'ensemble de la pratique de l'expertise judiciaire aux États-Unis. La motivation de la Cour suprême est exemplaire à cet égard. Après avoir confirmé la mise à l'écart du critère de « connaissances généralement admises », elle définit les nouvelles conditions de recevabilité d'une expertise scientifique. Les juges sont désormais invités à un double examen :

- vérifier que l'expertise repose sur des connaissances scientifiques,
- s'assurer que l'expertise permettra de comprendre et de déterminer les faits de la cause.

8 - Dans l'affaire Daubert, du nom de la victime, la question était de savoir si un médicament destiné à éviter les nausées pendant la grossesse était à l'origine de malformations à la naissance. Procès en responsabilité classique où la réponse dépendait de la preuve du rapport de cause à effet entre le médicament et le dommage subi.

À l'appui de sa prétention la victime produisit huit expertises. Toutes n'avaient pas été publiées dans des revues à caractère scienti-

fique et certaines avaient même été réalisées ad hoc, pour les seules fins du litige. La compagnie pharmaceutique, quant à elle, présenta de nombreuses études ayant donné lieu à publication. Déboutée en première instance et en appel, la victime saisit avec succès la Cour suprême des États-Unis : l'expertise dont elle se prévalait ne pouvait être déclarée irrecevable. L'affaire fut donc à nouveau jugée sur le fond sans du reste donner satisfaction à la victime.

9 - Au - delà de la solution de l'espèce, c'est la motivation de la Cour qui retiendra notre attention. En vertu de la règle n° 702 du Code fédéral, l'expert ne peut être admis à témoigner que si la connaissance dont il se prévaut est scientifique. Or, selon la Cour suprême, ces deux mots ont un sens juridique. Les juges sont ainsi désormais invités à apprécier si les deux éléments sont bien réunis. Pour cela, la Cour suprême entend préciser le sens des termes en question. Afin de mettre en œuvre la règle de preuve, les juges fédéraux doivent désormais exercer « une évaluation préliminaire pour déterminer si le raisonnement ou la méthodologie qui sert de base au témoignage est scientifiquement valide et peut être appliquée aux faits de la cause ». Cela suppose que puisse être demandé in limine litis un examen de la recevabilité de l'expertise présentée par l'une des parties ⁽⁹⁾. L'exigence d'une appréciation par les juges du caractère « valide » de la science sur laquelle

⁸ Daubert, op. cit., note n° 85

⁹ L'audition préalable de l'expert par les juges hors de la présence des jurés offre l'avantage d'écourter la procédure lorsque l'expertise est déclarée irrecevable. Dans ce cas, les jurés ne sont même pas convoqués. En ce sens, Mark S. KLEIN, « The Révolution in Practice and Procédure : "Dauberts Hearings" », in Shepard's Expert & Scientific Evidence, p. 655.

se fonde l'expert est singulière. Elle signifie que les juges sont désormais gardiens non seulement de la pertinence de l'expertise scientifique au regard des faits de l'espèce, mais aussi de sa fiabilité. Comme la Cour le précise, lorsqu'il est question « *de preuve scientifique dans un litige, la "fiabilité de la preuve" sera fondée sur sa "validité scientifique" »* .

rassurante : Nous avons confiance dans les aptitudes des juges fédéraux pour réaliser cette appréciation. Sous la forme d'observations générales elle prend néanmoins le soin de fournir les lignes directrices qui doivent prévaloir à cet examen. La méthode proposée est celle du faisceau d'indices. Aucun critère n'est déterminant, mais tous concourent à apprécier si l'expertise proposée à une validité scientifique.

- 10 - Afin de conforter les juges dans leur nouvelle mission, la Cour suprême entend se montrer

* * *

LES INDICES DE LA VALIDITÉ SCIENTIFIQUE ?

Rappel des concepts offerts par la Compagnie des Experts Agréés par la Cour de Cassation à la réflexion des participants au colloque du 7 avril 2010

D'après ce test, tout élément de preuve présenté comme scientifique doit satisfaire aux critères suivants :

- 1 - La théorie ou technique utilisée est-elle testable ou a-t-elle été testée ?
- 2 - La théorie ou technique a-t-elle été soumise à la critique de pairs et fait l'objet de publication après examen d'un comité de lecture composé de pairs ?
- 3 - En cas de technique scientifique, quel est le taux d'erreurs potentielles ou avérées ? Y a-t-il des critères contrôlant la mise en œuvre de la technique ?
- 4 - La technique est-elle reconnue dans l'ensemble de la communauté scientifique ?

Inventaire des indices de validité retenus par la Cour suprême des Etats-Unis selon le Professeur Rafaël ENCINAS de MUNAGORRI

- Le premier indice est de savoir « si la théorie ou technique - utilisée par l'expert - peut être (et a été) testée. »

Par une citation à Sir Karl Popper, la Cour suprême adopte la conception prônée par le philosophe des sciences : le critère du statut scientifique d'une théorie est sa réfutabilité, c'est-à-dire son aptitude à se soumettre à une expérience scientifique susceptible d'un résultat positif ou négatif.

- Le second indice est de savoir si « la théorie ou technique a donné lieu à une évaluation par les pairs et à publication » ⁽¹⁰⁾. La Cour ajoute que « la publication n'est pas une condition sine qua non de la recevabilité ». Mais le simple fait d'avoir été soumis à la critique par le jeu des évaluations internes à la communauté scientifique est un gage de la fiabilité de l'expertise.
- Le troisième indice s'ajoute aux deux premiers lorsque les techniques scientifiques utilisées par les experts se prêtent à une appréciation statistique. Les juges doivent alors « considérer le pourcentage d'erreur connu ou potentiel de techniques scientifiques particulières » ⁽¹¹⁾.

¹⁰ Observons que si la publication n'est pas une garantie absolue de fiabilité, la réciproque est aussi vraie en ce sens que la fiabilité scientifique ne suppose pas l'existence d'une publication. Il est des théories trop spécifiques, trop récentes, ou encore d'un intérêt trop limité pour avoir donné lieu à publication, et qui ne reposent pas moins sur des bases scientifiques solides. Aucun obstacle juridique ne s'oppose à ce que des expertises soient fondées sur des théories non publiées. Ce qui n'exclut pas que les scientifiques puissent aider les juges dans leurs évaluations, v. Lawrence S. PINSKY, « The Use of Scientific Peer Review and Colloquia to Assist Judges in the Admissibility Gatekeeping Mandated by Daubert », *Houston Law Review*, vol. 34, n°2, 1997, p. 527.

¹¹ À titre d'illustration, la Cour suprême mentionne la prise en compte du pourcentage d'erreur d'une reconnaissance de la voix par spectrographie.

- Le quatrième indice correspond à l'ancien critère de « GENERAL ACCEPTANCE » qui survit, mais comme un indice parmi d'autres. Ce qui est généralement admis dans une communauté scientifique laisse seulement présumer que la connaissance est valide sur le plan scientifique. Il va sans dire que la présomption est alors simple, et non irréfragable.

11 - Par un mouvement progressif et sans doute irréversible, quelques années ont suffi pour que soient adoptées par les juridictions fédérales les conditions de recevabilité posées dans l'arrêt Daubert II est sans doute trop tôt pour mesurer l'ensemble des conséquences de la nouvelle jurisprudence confirmée par l'arrêt Joiner. Trois enseignements peuvent néanmoins être d'ores et déjà tirés.

- En premier lieu, les exigences posées dans le cadre de l'expertise scientifique au sens strict ont pu être étendues ailleurs. C'est ainsi que des expertises proposées par des médecins, des ingénieurs, des économistes, des historiens, des psychanalystes ou encore des graphologues se sont vu appliquer les nouvelles conditions de recevabilité ⁽¹²⁾. Dans une société où la science fournit le modèle dominant de la connaissance, l'évolution était pour le moins prévisible. Qu'elle se réclame ou non de « scientifique », l'expertise se fonde sur une connaissance. Et de nos jours la connaissance est intimement liée à la rigueur de la science et de ses méthodes ⁽¹³⁾.
- En second lieu, la crainte que les juges ne puissent assumer leur nouvelle mission est sans doute excessive. Car il n'est pas demandé aux juges d'avoir une connaissance approfondie des contenus de la science. Il suffit qu'ils aient assez de repères pour évaluer si les méthodes

utilisées à l'occasion d'une expertise sont fiables d'un point de vue scientifique et appropriées au regard des faits de l'espèce. Des efforts de formation ont été entrepris en ce sens comme en témoigne la réalisation et la diffusion d'un manuel de référence destiné à aider les juges à évaluer la fiabilité d'une expertise scientifique présentée comme moyen de preuve ⁽¹⁴⁾.

- De plus les juges conservent une latitude assez importante dans l'application de la jurisprudence Daubert. Et les plus réticents semblent être parvenus à conserver leurs habitudes. Reste que le tournant est pris. Et le temps parviendra sans doute à modifier les comportements afin que les juges s'approprient les connaissances nécessaires pour apprécier les mérites d'une expertise scientifique.

- Enfin, et de manière plus générale, la jurisprudence Daubert modifie l'attitude des juges à l'égard de la science. La justice a pour objectif de résoudre des litiges particuliers et le juge doit parfois trancher dans l'incertitude des faits, c'est-à-dire sans connaître les résultats encore controversés de l'activité scientifique ⁽¹⁵⁾. Il prend alors, au deux sens du terme, le risque de devancer le mouvement des connaissances généralement admises et d'accueillir une expertise valide et fiable - soit bientôt confirmée par l'évolution des sciences et de ses méthodes, soit bientôt démentie par le même mouvement.

Cela est sans doute moins insolite qu'il n'y paraît de prime abord : la vérité des faits scientifiques n'est-elle pas elle-même, et par définition, provisoire et sans cesse remise en cause ?

* * *

¹² La jurisprudence n'est pas uniforme sur ce point. Et la question reste posée de savoir s'il y a lieu de distinguer les sciences dures des sciences douces. Pour un tableau contrasté des décisions sur ce point, v. Stephen A. SALTZBURG et al., *Fédéral Rules of Evidence Manual*, vol. 2, 17e éd., 1998, p. 1241.

¹³ Cela est d'ailleurs si vrai qu'il est difficile de concevoir, dans le cadre de l'expertise judiciaire, un fait qui soit autrement prouvé que sur des bases scientifiques. Au lieu de prendre en compte des faits scientifiquement établis, on imagine mal aujourd'hui que les juges puissent retenir des faits émotionnellement ressentis ou théologiquement révélés.

¹⁴ *Reference Manual on Scientific Evidence*, Fédéral Judicial Center, éd. 1994. Conçu comme un document de formation professionnelle établi pour aider les juges lorsqu'ils sont confrontés à des expertises scientifiques, ce volumineux manuel de 637 pages a été publié peu de temps après l'arrêt Daubert. Il présente d'une part le cadre général de la procédure relative aux règles de preuve, et expose d'autre part des domaines d'expertise particuliers : épidémiologie, toxicologie, analyse d'ADN, inférences statistiques, étude par enquêtes, analyse à régression multiple, estimation du préjudice économique. Pour un compte rendu de ce manuel v. le numéro spécial de la revue *Jurimetrics Journal*, vol. 36, 1996, p. 121.

¹⁵ La Cour suprême apporte dans l'arrêt Daubert une précision importante : « it would be unreasonable to conclude that the subject of scientific testimony must be known to a certainty ; arguably there are no certainties in science ». Citant des amicus curiae issus de groupements scientifiques tels que V American Association for the Advancement of Science, ou la National Academy of Sciences, la Cour dissocie à juste raison le caractère scientifique d'une expertise de la certitude de ses résultats.

EN CONCLUSION

Selon le Professeur Rafaël ENCINAS de MUNAGORRI

12 - Il est possible de présenter l'évolution des conditions de recevabilité d'une expertise scientifique aux États-Unis à partir de l'attitude des juges à l'égard de la science.

- Au cours d'une première période qualifiée de pragmatique, alors que les sciences appliquées restent discrètes dans la vie quotidienne, les juges ne font qu'apprécier la compétence de l'expert sur le plan professionnel. Attitude d'indifférence à l'égard de la science dont ils peuvent se permettre de tout ignorer.
- Au cours d'une seconde période où la science prospère sous la bannière d'un progrès devenu

accessible et visible sur le plan matériel, les juges doivent apprécier si les connaissances de l'expert correspondent à celle généralement admises par la communauté de spécialistes. Attitude de confiance où ils doivent s'informer de l'état positif des connaissances scientifiques.

- Au cours de la période la plus récente, où la science et les technologies sont omniprésentes, les juges doivent apprécier la validité des connaissances scientifiques utilisées par l'expert. Attitude critique qui suppose de disposer d'une culture scientifique élémentaire.

En définitive, au cours de ces trois périodes définies à gros traits, les conditions de recevabilité se cumulent plus qu'elles ne se substituent les unes aux autres. Pour conserver leurs prérogatives sur les faits, les juges semblent devoir s'investir dans une compréhension de plus en plus approfondie de la science.

Au-delà de l'évolution, il importe de bien prendre en compte l'élan mutuel par lequel la compréhension entre juristes et scientifiques est appelée à s'établir. Est-il besoin de rappeler, par delà leurs traditions et utopies respectives, que le droit et la science participent de l'unité de la culture ?