

# Les erreurs des experts: qui se cache derrière l'expertise? <sup>1</sup>

*Du début à la fin, c'est l'homme et non pas la technologie qui détermine l'intégrité de la preuve.*

A.P.A. Broeders<sup>2</sup>

*Afin de pouvoir se prononcer sur des litiges civils, administratifs ou pénaux, il est souvent indispensable d'avoir l'opinion d'un ou de plusieurs spécialistes. Comment s'assurer que l'expert, appartenant à une partie ou non, participe pleinement à la résolution d'une affaire juridique? Cela nécessite de bien définir le ou les problèmes et l'application d'une méthode de recherche appropriée, tâches que le ou les experts les plus qualifiés doivent effectuer. Mais à quelles normes juridiques, professionnelles et éthiques un expert doit-il répondre? À cet effet, il existe des limites légales, ce sont les organisations certifiées pour experts et les organisations professionnelles d'où sortent les experts et qui se portent garants de leurs actions. Cependant, c'est toujours la personne de l'expert qui constitue le point faible: son amour propre faisant obstacle à la vérité. Il faudrait que les experts puissent effectuer leur travail dans un contexte où leur engagement serait requis et où plus de justification leur serait demandée.*

## 1. Décédée à cause d'un mauvais rapport d'expertise

Ce maudit rapport d'expertise. Comment obtenir qu'un expert, qu'il soit d'une partie ou non, participe à la résolution d'une affaire juridique? Une erreur d'expertise peut avoir des conséquences dramatiques. Un couple se réjouit de la naissance de son premier enfant, c'est un fils. L'enfant n'a pas encore trois mois que la mère le trouve mort dans son berceau. Un peu plus d'un an après cet événement tragique, naît leur deuxième fils qui, lui aussi, meurt soudainement alors qu'il n'a que deux mois. Que deux fois de suite, un bébé soit retrouvé mort dans son berceau dans cette famille, soulève l'étonnement. Soupçonnant une mort non naturelle, on commence une enquête criminelle dans laquelle la mère est considérée comme suspecte.

On demande à un pédiatre très diplômé et spécialiste renommé dans le domaine de la maltraitance des enfants d'enquêter sur cette question. Il est fermement convaincu qu'il ne peut pas s'agir de mort naturelle dans le cas de ces deux enfants. Son opinion est fondée sur une argumentation statistique. L'inculpation du double meurtre est prouvée à partir de ce rapport d'expertise et la mère est condamnée à une peine de prison à vie même lors de l'appel.

Cette approche statistique provoque dans le milieu des statisticiens un grand bouleversement suite au jugement du tribunal: la méthode utilisée et le taux de mortalité sont faux en pratique et en théorie.<sup>3</sup> Après avoir débattu longuement de la probable erreur de condamnation, on

démarré une procédure de révision. Il s'avère que lors de l'autopsie de l'un des bébés, une infection mortelle a été constatée. En se basant sur un modèle plus réaliste et sur des chiffres plus fiables, l'argument statistique déterminant que la mort combinée ne peut pas être un hasard naturel n'est plus approuvée. La mère est libérée après trois ans d'incarcération. La perte traumatisante de ses enfants et les lourdes épreuves juridiques qui s'en suivent auront raison d'elle, elle meurt des suites de consommation longue et abusive d'alcool.<sup>4</sup>

L'expert est réprimandé pour sa conduite: son pouvoir d'exercer lui est retiré pour cause d'abus d'autorité. Une décision qui par la suite, en appel, a été annulée, cette annulation déclenchant une vive critique. Ce célèbre pédiatre semblerait avoir exercé plusieurs fois en tant qu'expert dans des affaires criminelles concernant la mortalité infantile au sein d'une même famille. Il a fallu revoir les affaires une par une. Dans l'un des cas de décès multiple au sein d'une même famille, après révision du procès, s'en est suivi l'acquiescement. Une autre affaire du même ordre était en cours lors de la découverte de l'approche erronée de l'expert. Cette mère a également été acquittée.<sup>5</sup>

Voilà donc le cas de quelqu'un, qui de par sa réputation scientifique, a été sollicité coup sur coup pour s'avérer par la suite être le mauvais choix. Un autre exemple: au Canada, on s'est adressé de nombreuses fois à un éminent pathologiste légiste de l'enfant lors de décès douteux.

\* Pr. dr. dr. R.W.M. Giard est professeur d'université en méthodologie, en responsabilité et en droit privé, à Erasmus School of Law, EUR Rotterdam et rédacteur de ce magazine. Avec les remerciements à Gert Haverkate, Ton Broeders et Han Israëls pour leurs commentaires sur une version de cet article paru antérieurement.

La version néerlandaise originale de cet article a été publiée dans le magazine *Expertise en Recht*, Eer 2014, vol. 3.

1. L'aversion de cet article diffère sur certains points du numéro déjà paru.

2. Thèse de doctorat 8 van A.P.A. Broeders, *Op zoek naar de bron. Over de grondslagen van de criminalistiek en de waardering van het forensisch bewijs* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003.

3. Zie Royal Statistical Society (UK), 'Letter from the President to the Lord Chancellor regarding the use of statistical evidence in court cases', 2002.

4. Dans cette affaire, il s'agit de l'erreur judiciaire relative à l'avocate soupçonnée de meurtre Sally Clark (1964-2007). Zie *R v. Clark* [2003] EWCA Crim 1020 (11 april 2003).

5. L'acquiescement après révision concernait Angela Cannings, *R v. Cannings* [2004] EWCA Crim 1 (19 januari 2004) et l'acquiescement en premier degré concernait Trupti Patel.

Bien que celui-ci soit un des experts les plus éminents dans le domaine du *shakenbaby-syndroom*, et malgré sa réputation, un doute croissant a commencé à germer dans le milieu pénal quant à l'exactitude des méthodes utilisées et de la qualité de ses rapports. C'est pourquoi une information a été prescrite pour apprécier 45 affaires pénales, ce qui a eu pour résultat que l'expert "*had made questionable conclusions of foul play in 20 cases, 13 of which resulted in criminal convictions*". Cette affaire a servi une fois de plus à éclaircir la manière dont le légiste doit d'opérer.<sup>6</sup> À cause de l'action de ces experts, des parents étaient accusés à tort d'homicide ou de meurtre de leurs enfants. Il a donc été préconisé, récemment, de faire beaucoup plus de recherches d'erreurs dans les disciplines médico-légales.<sup>7</sup>

Personne ne veut faire de mauvais jugement à cause d'erreurs d'expertise; c'est finalement la Justice qui est discréditée. Comment prévenir le mal? Cet article a pour but de s'attarder sur le problème du choix de l'expert qui, soit épaulera un avocat en tant que spécialiste d'une partie, soit devra informer et conseiller le juge en tant que spécialiste neutre. Comment résoudre cette affaire du côté pratique? Est-ce une question de meilleur entourage juridique, voire plus stricte, d'une meilleure formation des experts ou de plus d'intervention sur le contenu des organisations professionnelles scientifiques? Dans quelles limites morales est-il concevable que l'expert opère? Peut-être devrions-nous nous inquiéter en premier lieu des traits de personnalité indésirables des experts? Autrement dit: quelles sont les qualités psychologiques dont un expert doit disposer, mise à part sa compétence professionnelle? Commençons par décrire cette problématique.

## 2. La nature du problème

Pourquoi les experts se sont-ils trompés? Dans le premier exemple, l'enthousiasme du pédiatre dans sa lutte contre la maltraitance des enfants, lui a fait perdre de vue la réalité. Dans le deuxième exemple, l'expert veut s'attribuer, par abus de confiance, le statut de héros. Pourquoi se comportent-ils ainsi? Est-ce là un trait de caractère peut-être narcissique des experts? Qu'est-ce qui se passe dans la tête d'un professionnel lorsqu'on lui confie une mission juridique aussi importante? Si ce n'est pas un faux penchant pour l'héroïsme, s'agit-il alors de fautes techniques inhérentes au fonctionnement?

De tels problèmes de dysfonctionnement ou d'experts coupables de malversation ne sont absolument pas uniques au pénal, on les retrouve aussi dans d'autres domaines du droit (voir ci-dessous). Bien que les conséquences de leurs faiblesses pour la partie citée puissent être importantes, elles sont moins dramatiques qu'une peine de prison injustifiée. La réponse à la question "à quoi tient la capacité de l'expert dans cette affaire au contexte juridique?" ne concerne pas seulement la description d'une connaissance indis-

pensable du droit et des qualités nécessaires tant professionnelles qu'intellectuelles mais concerne aussi ses traits de caractère. Comment prévenir concrètement les pratiques fâcheuses des experts? Ce sujet comporte quatre parties ayant chacune sa propre responsabilité:

(1) les professionnels juridiques en tant que commanditaires, (2) les organisations qui proposent des experts judiciaires certifiés, (3) les associations professionnelles ou scientifiques auxquelles appartiennent les experts en ce qui concerne la formulation et le maintien des normes, et (4) l'expert visé en tant que celui qui accepte la mission. Les trois premiers facteurs sont déterminants pour le contexte dans lequel l'expert va opérer, le quatrième parle des intentions et des agissements de l'acteur lui-même.

Comment organiser une bonne coordination entre le contexte et l'expert en action, le tout devant aboutir à un rapport d'expertise optimal? Qui en porte la responsabilité et sous quelle forme doit-il en découler? Je vais donc débattre de ces quatre facteurs et je terminerai par quelques conclusions.

## 3. Les commanditaires juridiques: compétents, impartiaux et faisant de leur mieux!

Le but d'une expertise est en quelque sorte de juger sur certains faits (recherche d'empreintes, ADN etc...) ou, dans un sens plus large, de permettre une reconstitution des causes de certains faits et, en droit criminel, d'apprécier la santé psychique d'un inculpé. Il va de soi que la mission (qui répond à un minimum de conditions<sup>8</sup>) précède toujours l'émission du rapport d'expertise. S'ensuivent la résolution pratique du problème et la méthode d'exécution de l'enquête; tout ceci est exécuté par une ou plusieurs personnes physiques. Qui sont les commanditaires juridiques? Cela dépend de la circonscription et du point d'évolution de la procédure.

En droit pénal, on distingue la phase qui précède l'audience (la recherche préliminaire (art.132 SV) et la phase de l'audience elle-même. Pour la police, il est impossible de choisir un expert dans l'une de ces deux phases. Le pouvoir de l'assistant du procureur de l'art.150 par.2 Sv est justement interdit par une indication du ministère public. Ce même ministère public ne peut nommer que des experts enregistrés (que la défense le demande ou non) (voir art.150 par.1 Sv) alors que le juge-commissaire, d'office, n'a pas le droit de nommer des experts non-enregistrés sur demande du Ministère Public ou de la défense. (art.227 par. 1 Sv). Dans la phase de l'audience, le juge d'audience peut se référer au juge-commissaire (art.316 par.1 Sv). Cependant, il peut nommer lui-même un nouvel expert et lui en laisser l'assistance (art.315 par.3 deuxième et troisième phrase Sv).

En droit civil, pendant la phase pré-judiciaire, l'avocat d'une partie cherchera quelqu'un qui pourra agir par la suite en tant qu'expert de cette partie.

6. G.D. Glancy & C. Regehr, From schadenfreude to contemplation: lessons for forensic experts<sup>1</sup>, *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law* 2012, vol. 40(1), 81-88. Zie over deze problematiek ook A.P.A. Broeders, *Op zoek naar de bron. Over de grondslagen van de criminalistiek en de waardering van het forensische bewijs* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003, p. 413 e.v.

7. A.M. Christensen e.a., Error and its meaning in forensic science<sup>1</sup>, *Journal of Forensic Sciences* 2014, vol. 59(1), p. 123-126.

8. R.W.M. Giard, La mission d'un expert: l'importance des questions ouvertes<sup>1</sup>, *EeR*2013, afi. 2, p. 41-48.

Le juge du fond, en accord avec l'art. 194 par.2 Rv, peut nommer un ou plusieurs experts. On a alors affaire à un expert en droit. Chaque commanditaire est acquéreur du rapport, cependant tout acquéreur n'est pas forcément le commanditaire.

À quels critères de fond un tel rapport doit-il répondre? On peut les diviser en critères antérieurs et postérieurs.

Puisqu'un expert de tribunal ("expert en droit") est nommé par une autorité civile, pénale ou administrative judiciaire, il y aura systématiquement un cadre formel et légal derrière la nomination du ou des experts.

"Après avoir accepté votre désignation en tant qu'expert, vous êtes tenu par la loi d'effectuer votre tâche impartialement et pour le mieux. Le respect de cette exigence est d'une grande importance. Dans de nombreux cas, le résultat de l'expertise détermine quelle partie obtiendra gain de cause aux yeux du juge."<sup>9</sup>

En droit pénal, aux termes de l'art. 5 par. 3 Sv, il est demandé à l'expert lors de sa désignation, de faire son rapport conformément à la vérité, intégralement et intelligemment. Cette disposition fait partie d'un cadre légal plus large, connu sous le nom de la Loi de l'expert en droit pénal.<sup>10</sup> Enfin, en droit administratif, l'art. 8:34 par. 1 Awb déclare que l'expert est obligé de remplir sa mission impartialement et pour le mieux. Dans les règles juridiques concernant les experts en droit, il y a toujours deux éléments essentiels qui sont mentionnés: (1) la relation entre l'expert, le juge et la ou les parties du procès, et (2) le contenu du message, la dimension épistémologique. Ce sont des limites assez vagues. À l'heure actuelle, pour certains problèmes, le Conseil de Justice a formulé des indications plus concrètes. En matière civile, par exemple, on trouve: *Les lignes directives des experts en matière civile*, principalement destinées aux experts judiciaires.<sup>11</sup> Pour les questions réglementaires, on peut se référer à: *Les directives dans les affaires réglementaires*.<sup>12</sup> En droit pénal, le Registre Néerlandais des Experts Judiciaires (NRGD) a formulé un code de conduite.<sup>13</sup> Voici jusqu'ici les règles et les indications qui précèdent l'accomplissement d'une expertise. Quel est le rôle du juge à l'égard de l'évaluation ex-post de la fiabilité et de l'utilité d'un rapport d'expertise rendu? En jurisprudence, on a développé des critères pour tester la recevabilité des rapports d'expertise. Aux Etats-Unis, l'arrêt de la Cour Suprême a été momentanément important dans l'affaire *Daubert*, suivie de deux jugements à peu près similaires; d'ailleurs, on les a qualifiés ensemble de trilogie *Daubert*.<sup>14</sup> On y notifie que, en vérifiant les fondements

scientifiques et méthodologiques, le juge a définitivement un rôle de gardien. A cause de ces jugements, ces exigences ont été indiquées dans les règles fédérales adaptées: Rule 702 over "*Testimony by experts*".<sup>15</sup> À savoir si, avec les *Daubert rules*, on résout le problème d'éclaircir si le rapport d'expertise est scientifique ou non, cela reste un sujet à débattre.<sup>16</sup>

La juridiction néerlandaise s'est aussi prononcée sur la question de la fiabilité des rapports d'expertise. "À chacun son métier!", cette sagesse populaire se retrouve dans l'arrêt *Cordonnier*<sup>17</sup>, où l'on se pose la question de savoir si un fabricant de chaussures orthopédiques peut être considéré compétent pour juger les traces de la démarche appartenant aux empreintes trouvées.<sup>18</sup> La Cour Suprême a énoncé dans cet arrêt que lorsque le juge est confronté à un rapport d'expertise, s'il en est requis, il doit se demander si le domaine de la compétence s'étend vraiment jusqu'à l'enquête en question et si oui, quelles en sont les méthodes utilisées. L'expert doit ensuite expliquer pourquoi la méthode utilisée est fiable et justifier de son expertise. À quel point le juge désire-t-il rechercher activement les qualifications et les capacités pratiques des experts en question et en est-il capable? Il est très clair que quelqu'un qui est requis en tant qu'expert, qu'il agisse pour une des parties ou pour le tribunal, devra en conséquence toujours posséder cinq valeurs fondamentales: l'indépendance, l'impartialité, la précision, la compétence et l'intégrité. Décrit de cette façon, cela semble abstrait. Les experts en herbe devront apprendre plutôt des règles de conduite et s'entraîner à acquérir les connaissances requises et les aptitudes. Les tâches éducatives pourraient être attribuées d'une part aux organismes certifiés et d'autre part aux groupes professionnels.

#### 4. Organismes de certification

Peut-on exiger d'un expert engagé pour une mission juridique, qu'il soit réellement expert en la matière? Quelles normes de vérification doit-on établir et est-ce possible aux Pays-Bas de réaliser un label de qualité pour expert? La réponse à la première question est affirmative. Après de longues discussions, c'est le discours d'adieu de Crombag<sup>19</sup> qui influença le plus cette réponse: un expert, "*ça ne se ramasse pas dans la rue*". L'expert ainsi visé, doit être au courant du droit constructif adéquat, être qualifié en méthodologie d'enquête objective, savoir interpréter les données de l'enquête et savoir en tirer des conclusions afin d'établir un rapport clair de ses constatations.

9. *Leidraad deskundigen in rechtszaken*, § 44, Raad voor de rechtspraak. Renvoie à l'art. 198 par. 1 Rv.

10. Wet deskundige in strafzaken, *Stb.* 2009, 33. Inwerkingtreding 1 januari 2010. Plus de débats dans les articles de G.C. Haverkate parus précédemment dans ce magazine, nl. 'Het voorstel voor de Wet deskundige in strafzaken', *EeR* 2008, afl. 1, p. 17-26; 'De Wet deskundige in strafzaken [1]', *EeR* 2009, afl. 1, p. 3-12 en 'De Wet deskundige in strafzaken [2]', *EeR* 2009, afl. 5/6, p. 138-143 en relation avec *EeR* 2010, afl. 1, p. 14-17.

11. [www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/Sector-civiel-recht/Documents/Leidraad\\_deskundigen\\_WT.pdf](http://www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/Sector-civiel-recht/Documents/Leidraad_deskundigen_WT.pdf).

12. [www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/Bestuursrecht/Documents/Broch\\_LeidrMedischDesk.pdf](http://www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/Bestuursrecht/Documents/Broch_LeidrMedischDesk.pdf).

13. A télécharger via [www.nrgd.nl](http://www.nrgd.nl). Voir aussi P.C.T. van Dam (red.), *Handboek deskundigen voor de strafrechter*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2009.

14. *Daubert v. Merrell Dow Pharms., Inc.*, 509 U.S. 579 (1993); *Gen. Elec. Co. v. Joiner*, 522 U.S. 136 (1997); *Kumho Tire Co., Ltd. v. Carmichael*, 526 U.S. 137 (1999).

15. Voir *Federal Rules of Evidence*, Washington 2010, te vinden op [www.uscourts.gov/uscourts/rulesandpolicies/rules/2010%20rules/evidence.pdf](http://www.uscourts.gov/uscourts/rulesandpolicies/rules/2010%20rules/evidence.pdf).

16. Voir entre autres S. Haack, 'Trial and error: the Supreme Court's philosophy of science', *American Journal of Public Health* 2005, vol. 95 (Suppl 1), p. 66-73 en D. Bernstein, 'Expert witnesses, adversarial bias, and the (partial) failure of the Daubert revolution', *Iowa Law Review* 2008, vol. 93, p. 102-137.

17. HR 27 januari 1998, *NJ* 1998/404.

18. A consulter à ce sujet Broeders, a.w., p. 73-75 en *Trema*2009, afl. 6, p. 237-243.

Un Cercle d'Etudes pour Experts et Procédures SDR,<sup>20</sup> en collaboration avec le Conseil de juridiction a mis sur pied une formation universitaire postdoctorale de la faculté en jurisconsulte de Leiden et depuis 2004, elle forme des experts de spécialités toutes différentes à devenir experts judiciaires. En 2007 a été créée la fondation du Registre National des Experts Judiciaires qui est responsable de la formation et de l'enregistrement des experts judiciaires.<sup>21</sup> Cette fondation a donc vu le jour en raison de la discussion sur la législation pénale des experts. C'est le ministère de la Sécurité et de la Justice qui est à la base de son élaboration; divers organismes y ont aussi participé tels que le Ministère Public, le Conseil de la magistrature, l'Ordre des Avocats néerlandais, la Police, l'Institut Légal Néerlandais et l'Institut Légal de Psychiatrie et de Psychologie.<sup>22</sup>

Un code de conduite pour les experts judiciaires et pour les affaires réglementaires a été établi à l'initiative du Conseil de la magistrature et sous la responsabilité des délibérations des présidents des tribunaux et des Cours, ceci afin de créer un code universel de conduite des experts.<sup>23</sup> De telles initiatives ont aussi vu le jour à l'étranger et des registres d'experts ont été établis. Ces organismes ont aussi émis des codes de conduite.<sup>24</sup>

Pour qui veut se produire en tant qu'expert lors de procédures, il deviendra de plus en plus nécessaire de se qualifier à cet égard. Ceci soulève aussi quelques questions: quelles connaissances et quelles aptitudes seront alors exigibles? A quelles normes doit répondre le futur expert? Et quelles garanties nous donnent un tel enregistrement? Sur quels motifs un registre d'experts peut-il refuser un professionnel?<sup>25</sup> Est-ce que les qualités personnelles seront examinées lors de l'admission au registre? Le paragraphe 6 nous donnera plus de détails. Nous ne pouvons que nous réjouir que des limites au niveau de l'organisation et du contenu aient été créées mais il sera bien nécessaire d'éclaircir le contenu et l'organisation des formations et des évaluations du fonctionnement des registres.

## 5. Le groupe professionnel des experts: les critères de qualité et les règles de conduite

L'expert juge toujours en fonction d'une certaine compétence professionnelle. Son erreur volontaire ou involontaire pourra être imputée à son groupe professionnel. C'est pourquoi il est important, pour les organismes professionnels, de prendre la responsabilité du bon fonctionnement des experts qui sortent de leurs rangs, en rédigeant des règles de conduite auxquelles ceux-ci devront se plier et en donnant des directives scientifiques solidement fondées quant à la manière de constituer les enquêtes et les rapports. Mais il est à la fois nécessaire de sanctionner ceux qui s'en moquent éperdument.<sup>26</sup>

Aux Etats-Unis en particulier, mais aussi ailleurs, on rencontre le phénomène de "hired gun", le mercenaire dont on peut acheter l'expertise.<sup>27</sup> C'est un phénomène prouvé expérimentalement chez des experts qui exercent dans le cas de réclamations en dommages et intérêts lors de lésions neurologiques à la naissance.<sup>28</sup> Dans de tels cas, le risque de présenter quelque chose sous un aspect scientifique alors qu'il ne l'est pas, est énorme.<sup>29</sup>

Dans le cas de responsabilité médicale, le rôle des experts est décrit et examiné en détail, souvent de façon négative, surtout le phénomène d'"expert shopping" par exemple dans le cas de *whiplash* ou de lésions cérébrales dues à l'accouchement.<sup>30</sup> Mais la problématique du fonctionnement des experts n'est-elle qu'un problème américain? Est-ce que la plupart des experts des autres pays de l'Ouest et en particulier des Pays-Bas se conduisent de façon plus intègre scientifiquement?<sup>31</sup> Et comment se fait-il qu'à l'occasion de certaines procédures civiles, le nombre des experts qui se penchent sur le même problème se comptent sur les doigts de plusieurs mains? Il y a trop peu de recherche expérimentale faite à ce sujet.

L'intérêt de préciser les codes de conduite des experts a déjà été cité. On y trouve l'honnêteté, l'intégrité scientifique et une bonne connaissance théorique mais aussi, très certainement, l'expérience pratique du problème concerné dans le rapport, le fait de s'en tenir à sa propre expertise (à nouveau *l'adage du cordonnier*) et, en plus, d'être encore actif professionnellement.<sup>32</sup>

19. H.F.M. Crombag, 'Rechters en deskundigen', *NJB* 2000/33, p. 1659-1665.

20. Voir [www.sdrnet.nl](http://www.sdrnet.nl).

21. Voir [www.lrgd.nl](http://www.lrgd.nl).

22. Voir <http://nrgd.nl/nrgd/Historie/index.aspx>.

23. [www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/Algemeen/Documents/Gedragcode-voor-gerechtigd-deskundigen-in-civielrechtelijke-en-bestuursrechtelijke-zaken.pdf](http://www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/Algemeen/Documents/Gedragcode-voor-gerechtigd-deskundigen-in-civielrechtelijke-en-bestuursrechtelijke-zaken.pdf).

24. Voir par exemple [www.ukregisterofexpertwitnesses.co.uk/AboutExpertWitnesses.cfm](http://www.ukregisterofexpertwitnesses.co.uk/AboutExpertWitnesses.cfm).

25. M. Bakker, 'Register getuigen-deskundigen in opspraak. Toetsing beperken we niet tot reputaties', *Adv.bl.* 2012, afl. 10/11, p. 12-13.

26. A.D. Feld & W.D. Carey, 'Expert witness malfeasance: how should specialty societies respond?', *The American Journal of Gastroenterology* 2005, vol. 100(5), p. 991-995.

27. J. Cooper & I.M. Neuhau, 'The "hired gun" effect: assessing the effect of pay, frequency of testifying, and credentials on the perception of expert testimony', *Law and Human Behavior* 2000, vol. 24(2), p. 149-171.

28. A.S. Kesselheim & D.M. Studdert, 'Characteristics of physicians who frequently act as expert witnesses in neurologic birth injury litigation', *Obstetrics and Gynecology* 2006, vol. 108(2), p. 273-279.

29. Voir J.F. Edens e.a. "Hired guns," "charlatans," and their "voodoo psychobabble": case law references to various forms of perceived bias among mental health expert witnesses', *Psychological Services* 2012, vol. 9(3), p. 259-271.

30. Voir entre autres F.L. Cohen, 'The expert medical witness in legal perspective', *The Journal of Legal Medicine* 2004, vol. 25(2), p. 185-209; E. Amon, 'Expert witness testimony', *Clinics in Perinatology* 2007, vol. 34(3), p. 473-488 en J.W. Jones & L.B. McCullough, 'Medical expert witness litmus', *Journal of Vascular Surgery* 2012, vol. 56(2), p. 528-529.

31. R.G. Beran, 'The role of the expert witness in the adversarial legal system', *Journal of Law and Medicine* 2009, vol. 17(1), p. 133-137.

Pour des retraités, travailler en tant qu'expert peut constituer un petit emploi lucratif mais pour avoir une vision réelle de la pratique, il doit être dynamique et il doit connaître la pratique du métier et le niveau scientifique actuel de sa discipline. Aux Pays-Bas, par exemple, l'Association Néerlandaise d'Obstétrique & de Gynécologie a établi des règles de conduite pour ses membres. On y revendique entre autres, que celui qui intervient en tant qu'expert doit encore exercer. Ces règles viennent souligner la nécessité pour l'expert intervenant de savoir s'en tenir à sa spécialité. En réalité, il semblerait que certains membres ne s'y plieraient pas. Un professeur en gynécologie, par exemple, a exercé en tant qu'expert sous un angle moins favorable lors d'une affaire criminelle ayant pour objet la provenance de traces de sperme.<sup>34</sup> Il est maintenant retraité, néanmoins, il a exercé comme expert dans le domaine de responsabilité médicale dans une affaire d'obstétrique<sup>35</sup> qui est sa propre spécialité mais, en plus, il a expertisé les dommages neurologiques causés après une opération au niveau du cou.<sup>36</sup> Cette histoire illustre à nouveau - tout à fait dans l'esprit de Goethe - que la vraie maîtrise ressort des limites qu'on s'impose à soi-même. Donner un avertissement ou appliquer des sanctions aux experts, comme ce gynécologue qui n'a pas respecté les règles de sa spécialité, est peu courant dans notre pays par rapport aux Etats-Unis.<sup>37</sup> Il y a encore très peu d'associations scientifiques médicales néerlandaises qui ont donné forme et contenu à l'ampleur de la responsabilité de leur discipline sous forme de comités spéciaux des experts.

#### 6. Celui qui accepte la mission: aspects psychologiques et éthiques

On avait discuté jusqu'à présent des facteurs contextuels qui, venant de l'extérieur, pouvaient avoir une incidence sur la personne de l'expert. Mais ce sont toujours des personnes en chair et en os - juridiquement: des personnes physiques - qui doivent, en accord avec une demande, donner leur avis d'expert sur un événement, une situation ou une personne. Il est donc déterminant de diviser les caractéristiques de leur personnalité en facteurs cognitifs et émotionnels: comment mènent-ils et contrôlent-ils leur conduite? Il s'agit ici de la vertu de l'expert; ce mot n'est pas un terme commun dans le jargon juridique, ni un terme commun dans le vocabulaire contemporain. Le mot "vertu", dans un lexique, est décrit comme la croyance constante de faire le bien, de le favoriser et de s'abstenir de faire le mal.

Lorsque l'on considère un expert en tant que personne qui accepte une mission, en vertu de l'art.7:401 BW, il lui incombe l'obligation de s'acquitter de sa mission en

répondant à cette norme. Cette règle se réfère également à un comportement vertueux mais c'est une norme civile qui nécessite une interprétation concrète. Intervenir en tant qu'expert a clairement une dimension éthique.<sup>38</sup> En cela, l'éthique de la vertu pourrait servir de guide sous la forme de réflexion sur soi-même. Une réflexion légitime pourrait être: "Suis-je la personne la mieux indiquée pour effectuer une expertise dans cette affaire juridique?", ou: "Est-ce qu'il pourrait s'agir ici d'intérêts entremêlés ou d'un conflit d'intérêts?" Mais il sera indispensable de toujours contrôler les conclusions: "Est-ce que je suis certain de leur véracité?"<sup>39</sup> Des questions de la sorte ont été aussi posées dans les directives d'organismes professionnels du paragraphe 5 ci-dessus.

Quoique le comportement inadapté des experts soit largement connu et mène à des fautes dramatiques, il n'a pratiquement pas été recherché pourquoi ils ont commis leurs erreurs, que ce soit au niveau psychologique individuel ou systématique. Il serait envisageable de faire une analyse sur la typologie des experts, leur prédisposition et leur motivation à l'origine de leur comportement, qu'elle soit acceptable ou non. Pourquoi, par exemple, quelqu'un se propose-t-il en "hired gun"? A l'aide de quelques exemples juridiques, dans seulement une des études systématiques, on dépeint les archétypes d'experts ayant fait des erreurs. On trouve le fou, le héros ou l'héroïne, l'escroc ou des combinaisons de plusieurs types.<sup>40</sup> L'article ci-dessus, soulève la question de savoir si les "accidents" causés par des "experts" peuvent être prévenus grâce à une réglementation, plus de formation et de certification. Pourquoi et comment un gynécologue atterrit-il dans des affaires qui sont si éloignées de sa spécialité? Si un certain expert ne sait pas se remettre en question, reste à savoir si des règles de conduite et une formation sauront y apporter des modifications. Pourquoi le juge ne contrôle-t-il pas plus souvent, chez un expert concerné, sa compétence, sa proximité avec l'âge de la retraite (dans les cas où il s'agit de juger sa pratique) etc...Le droit de procédure permet suffisamment de possibilités.

#### 7. Conclusions

On peut aborder l'expertise en tant que concept ou en tant que pratique. Une question conceptuelle serait de savoir de quelle façon l'expert idéal doit exercer sa fonction. Les questions pratiques ont été posées ci-dessus, à savoir, comment s'y prendre pour qu'un expert appartenant ou pas à une partie puisse contribuer à la solution optimale d'une affaire juridique. La deuxième approche n'est pas seulement une *via positiva* mais elle est également servie par son contraire, la *via negativa*, l'inventaire

32. Voir par exemple B.S. Bal, The expert witness in medical malpractice litigation', *Clinical Orthopaedics and Related Research* 2009, vol. 467(2), p. 383-391.

33. <http://nvog-documenten.nl/richtlijn/doc/download.php?id=672>.

34. Il s'agit ici du soutien de la théorie de remorquage dans l'affaire du meurtre de Putten. Voir entre autres Rb. Zutphen 9 octobre 2009, ECLI:NL:RBZUT:2009:BJ9770.

35. Hof Arnhem 12 septembre 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AY9481.

36. Rb. Dordrecht 24 décembre 2008, ECLI:NL:RBDOR:2008:BG8801.

37. A.S. Kesselheim & D.M. Studdert, Professional oversight of physician expert witnesses: an analysis of complaints to the Professional Conduct Committee of the American Association of Neurological Surgeons, 1992-2006', *Annals of Surgery* 2009, vol. 249(1), p. 168-172.

38. J. Murphy, Expert witnesses at trial: where are the ethics?', *Geo. J. Legal Ethics* 2000, vol. 14, p. 217-239 en J.B. Kadane, Ethical issues in being an expert witness', *Law, Probability and Risk* 2005, vol. 4(1-2), p. 21-23.

39. P. Lipton, What good is an explanation, in: J. Cornwell (red.), *Explanations: Styles of explanation in science*, Oxford: Oxford University Press 2004, p. 1-24.

40. J.A.J. La Llave & T.T.G. Gutheil, Expert witness and Jungian archetypes', *International Journal of Law and Psychiatry* 2012, vol. 35(5-6), p. 456-463.

systematique de ce qui peut mal se passer et ce qui se passe mal réellement. Ces faux-pas nous montrent les points sensibles, ces événements demandent une réflexion plus approfondie. C'est là que se trouve la possibilité d'une amélioration.

Quelles mesures thérapeutiques seraient effectives après ces réflexions? Davantage de règles à suivre, une meilleure certification, plus de responsabilités pour les organisations professionnelles, des sanctions plus fréquentes contre les experts inexpérimentés et contre leurs pratiques abusives? Les règles formelles et la certification ont davantage un caractère disciplinaire que fondamental. Les organismes professionnels devront s'occuper davantage du contenu. Mais le maillon faible de cette chaîne est, et reste, l'homme, la personne même de l'expert. C'est lui qui donne forme à l'expertise au début comme à la fin. Les juges, les autorités qui certifient, et les organismes professionnels portent ensemble la responsabilité du contexte dans lequel évolue l'expert. Il n'y a pas assez d'engagement. Les juges, les avocats mais aussi les collègues et les associations professionnelles doivent être beaucoup plus critiques par rapport à ceux qui se proposent en tant qu'experts. La personne de l'expert est, et reste, peut-être le maillon le plus faible de la chaîne. C'est que l'intelligence cesse là où commence la vanité.<sup>41</sup>

41. Un jugement emprunté à l'écrivain autrichien Marie von Ebner-Eschenbach (1830-1916): 'Wo die Eitelkeit anfängt, hört der Verstand auf.'