



L'expertise civile à l'épreuve des droits fondamentaux

Cedric Chapelle

► To cite this version:

Cedric Chapelle. L'expertise civile à l'épreuve des droits fondamentaux. Droit. Université Côte d'Azur, 2018. Français. NNT : 2018AZUR0033 . tel-02275793

HAL Id: tel-02275793

<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-02275793>

Submitted on 2 Sep 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



THÈSE DE DOCTORAT

L'expertise civile à l'épreuve des droits fondamentaux

Cédric CHAPELLE

Centre d'Études et de Recherches en Droit des Procédures (CERDP)

**Présentée en vue de l'obtention
du grade de docteur en droit
d'Université Côte d'Azur**

Dirigée par : Natalie Fricero, Professeur,
Université Côte d'Azur

Soutenue le : 14 décembre 2018

Devant le jury, composé de :

Corinne Bléry, Professeur, Université Hauts-de-France, Valenciennes

Serge Guinchard, Professeur émérite, Université
Panthéon-Assas, Paris 2

Guillaume Payan, Professeur, Université de
Toulon

Jean-François Renucci, Professeur, Université
Côte d'Azur

Yves Strickler, Professeur, Université Côte
d'Azur

L'expertise civile à l'épreuve des droits fondamentaux

Jury :

Rapporteurs :

Madame Corinne Bléry, Professeur, Université Polytechnique Hauts-de-France, Valenciennes
Monsieur Guillaume Payan, Professeur, Université de Toulon

Examineurs :

Monsieur Serge Guinchard, Professeur émérite, Université Panthéon-Assas, Paris 2
Monsieur Jean-François Renucci, Professeur, Université Côte d'Azur
Monsieur Yves Strickler, Professeur, Université Côte d'Azur

Directeur de thèse : Madame Natalie Fricero, Professeur, Université Côte d'Azur

L'expertise civile à l'épreuve des droits fondamentaux

Résumé : Les droits fondamentaux irriguent l'ensemble du droit. En tant qu'instrument privilégié de la procédure civile, l'expertise n'est pas épargnée par ce phénomène. À l'image du procès, la mesure est devenue indissociable de la notion de droits fondamentaux. Les rapports entre les deux termes peuvent toutefois être qualifiés de complexes : l'épreuve suppose à la fois leur collaboration et leur confrontation. Ainsi, les droits fondamentaux représentent un angle d'étude idéal pour dévoiler les potentiels de l'expertise, révéler ses faiblesses, l'améliorer et participer à son renouvellement.

À côté de la traditionnelle expertise judiciaire, dont la soumission au principe d'équité n'est plus contestée, le procès accueille les expertises non judiciaires dont les régimes sont encore à définir afin d'être conformes aux droits fondamentaux. Cette mutation de l'expertise civile est due aux droits fondamentaux, qu'ils soient procéduraux ou subjectifs. L'étude n'entend pas uniquement mettre les diverses formes de l'expertise civile en concurrence, elle envisage également de les établir en tant que modèles réciproques.

Mots clés : expertise – droits fondamentaux – procès équitable – administration de la preuve – mesures d'instruction – droit à la preuve – droits subjectifs – droits procéduraux.

The civil expertise under the test of fundamental rights

Abstract : Law is irrigated by fundamental rights in each of its branches. As a preferred instrument of civil procedure, the expertise is concerned by this phenomenon. Like for the trial, expertise and fundamental rights are intrinsic. However, the links between these two concepts can be described as complex : indeed, they suggest a collaboration and a confrontation. Thus, fundamental rights represent an ideal approach to reveal the potentials and the deficiencies of the expertise, to improve it and to participate in its renewal.

Alongside the traditional judicial expertise, whose submission to the principle of fairness is no longer disputed, the trial welcomes non-judicial expertises whose regimes are still to be defined in order to comply with fundamental rights. This change in civil expertise is due to fundamental rights, whether procedural or subjective. This thesis does not only intend to put the various forms of civil expertise in opposition, it also plans to establish them as reciprocal models.

Keywords : expertise – fundamental rights – fair trial – evidence – investigatory measures – the right to evidence – subjective rights – procedural rights

*L'université n'entend donner aucune approbation ou improbation aux propos tenus dans la
présente thèse.*

Ceux-ci sont propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Je tiens tout d'abord à remercier Madame le Professeur Fricero d'avoir dirigé mes travaux avec autant de disponibilité, de patience et de bienveillance. Sa capacité à répondre instantanément à mes interrogations n'a de cesse de m'impressionner.

Je tiens également à exprimer ma plus profonde gratitude à mes amis qui ont su, de près comme de loin et à leur manière, être présents durant ces cinq années de travail. Leurs encouragements et leur écoute dans les diverses étapes de la rédaction de cette thèse ont été des éléments indispensables à son aboutissement. Je songe tout particulièrement à Faustine pour qui la formulation de mes remerciements dépasserait largement le nombre de pages de cette thèse. Je souhaite également que Eva, Jessye, Julie, Magali, Safaa et Nicolas ne négligent pas les rôles qu'ils ont pu avoir dans cette aventure.

Je ne remercierai jamais assez les relecteurs de mes travaux qui ont consacré du temps pour lire de nombreux passages de cette thèse.

*À mes meilleurs amis,
À Jules et Mathys,*

TABLE DES ABRÉVIATIONS

aff. :	affaire
AJ Fam. :	revue AJ Famille
AFDI :	Annuaire français de droit international
al. :	alinéa
anc. :	ancien
art. :	article
Ass. Nat. :	Assemblée Nationale
Ass. Parl. :	assemblée parlementaire
Ass. plén. :	assemblée plénière (en dehors de l'assemblée plénière de la Cour de cassation)
Bull. :	Bulletin
c. :	contre
CA :	cour d'appel
Cass., Ass. plén. :	Assemblée Plénière de la Cour de cassation
Cass. ch. Mixte :	chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. civ. :	chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com. :	chambre commerciale de de la Cour de cassation
Cass. crim. :	chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. req. :	Chambre des requêtes de la Cour de cassation (ancienne formation)
Cass. soc. :	chambre sociale de la Cour de cassation
C. civ. :	code civil
CC :	Conseil constitutionnel
CCE :	Communication Commerce électronique
CCIP :	Chambre de commerce et d'industrie de la région Paris - Île-de-France
C. com. :	code de commerce
C. mon. fin. :	code monétaire et financier
C. pén. :	code pénal
C. proc. fisc. :	code de procédure fiscale
C. santé pub. :	code de la santé publique
C. trav. :	code du travail
CE :	Conseil d'État
CEDH :	arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme
ch. :	chambre
chap. :	chapitre
circ. :	circulaire
CJA :	code de justice administrative
CJCE :	Cour de Justice des Communautés Européennes
CJUE :	Cour de Justice de l'Union Européenne
CNCDH :	Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme
CNRTL :	Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales (Dictionnaire en ligne)
COJ :	code de l'organisation judiciaire
coll. :	collection
collab. :	avec la collaboration

comm. :	commentaire(s)
concl. :	conclusions
Cons. constit.:	décision du Conseil constitutionnel
Conv. EDH :	Convention européenne des droits de l'homme
coord. :	coordinateur
cons. :	considérant (décision du Conseil constitutionnel)
Cour EDH :	Cour européenne des droits de l'homme
CPC :	code de procédure civile
CPP :	code de procédure pénale
D. :	Recueil Dalloz
DA :	Recueil analytique de jurisprudence et de législation, Dalloz (1941 à 1944)
Dalloz actu. :	Dalloz actualités
DDHC :	Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789
Décr. :	décret
déf. :	définition
(dir.) :	sous la direction
dir. :	directive
DP :	Recueil périodique et critique mensuel, Dalloz (avant 1941)
doss. :	dossier
Dr. sociétés :	Revue Droit des sociétés
éd. :	édition(s)
entr. :	entretien
ét. :	étude
Experts :	Revue de l'expertise judiciaire, publique et privée
fasc. :	fascicule
Gaz. Pal. :	Gazette du Palais
<i>in</i> :	dans
inter. :	intervention
JORF :	Journal officiel de la République française
JT :	Journal des tribunaux
JCP G :	Juris-Classeur périodique, édition générale
Leb. :	recueil Lebon (Conseil d'État)
LEDA :	L'essentiel droit des assurances
LPF :	Livre des Procédures Fiscales
n° :	numéro
nbp :	note de bas de page
obs. :	observation(s)
<i>op. cit.</i> :	<i>opere citato</i>
ord. :	ordonnance
p. :	page

pp. :	pages
préc. :	précité
préf. :	préface
prop. :	proposition
PUF :	Presses Universitaires de France
publ. :	publication(s)
QPC :	question prioritaire de constitutionnalité
rapp. :	rapport
RDA :	Revue de droit d'Assas (Université Panthéon-Assas)
RDI :	Revue de droit immobilier
RDLF :	Revue des droits et libertés fondamentaux
RDP :	Revue du droit public
RDSS :	revue de droit sanitaire et social
recomm. :	recommandation
rééd. :	réédition
RFDA :	Revue française de droit administratif
RGAT :	Revue générale des assurances terrestres (jusqu'en 1995)
RGDA :	Revue générale du droit des assurances
Rép. Min. :	Réponse ministérielle
Rép. Droit immo :	Répertoire de droit immobilier
Rép. proc. civ. :	Répertoire de procédure civile
req. :	requête
Rev. sociétés :	Revue des sociétés
RIDC :	Revue internationale de droit comparé
RJ com. :	Revue de jurisprudence commerciale
RSC :	Revue de science criminelle
RTDH :	Revue trimestrielle des droits de l'homme
s. :	suivants
sect. :	section
spé. :	spécial(e)
spéc. :	spécialement
t. :	tome
T. com. :	tribunal de commerce
T. confl. :	Tribunal des conflits
TGI :	tribunal de grande instance
th. :	thèse
TPICE :	Tribunal de première instance des Communautés européennes (désormais Tribunal de l'Union Européenne)
TUE :	Traité sur l'Union Européenne
v. :	voir
vol. :	volume
vs :	<i>versus</i> (« contre » en anglais)
§ :	paragraphe
§§ :	paragrapes

PLAN

PREMIÈRE PARTIE : LE RENFORCEMENT SOUHAITABLE DE L'ÉQUITÉ DE L'EXPERTISE JUDICIAIRE

TITRE 1 : L'EXIGENCE D'UNE EXPERTISE DE QUALITÉ

Chapitre 1 : Les qualités attendues de l'expert, acteur de l'expertise

Chapitre 2 : La qualité du déroulement de l'expertise : le paradoxe du principe du
contradictoire

TITRE 2 : L'EXIGENCE DU CARACTÈRE RAISONNABLE DE L'EXPERTISE

Chapitre 1 : Les composantes de l'expertise raisonnable

Chapitre 2 : Le renforcement du caractère raisonnable de l'expertise

SECONDE PARTIE : LES MUTATIONS NÉCESSAIRES DE L'EXPERTISE CIVILE

TITRE 1 : LE DROIT À L'EXPERTISE JUDICIAIRE AU REGARD DES DROITS FONDAMENTAUX

Chapitre 1 : Le renforcement du droit à l'expertise judiciaire par les droits fondamentaux
processuels

Chapitre 2 : La limitation du droit à l'expertise judiciaire par les droits fondamentaux
subjectifs

TITRE 2 : LE DROIT À L'EXPERTISE NON JUDICIAIRE AU REGARD DES DROITS FONDAMENTAUX

Chapitre 1 : La recevabilité de l'expertise unilatérale dans le procès

Chapitre 2 : L'insertion de l'expertise dans l'amiable : une manifestation originale des droits
fondamentaux

INTRODUCTION

1. Le respect des droits fondamentaux au sein de l'expertise : une exigence intemporelle. Au Moyen-Âge, dans les conflits entre commerçants, la popularité des experts estimateurs résidait dans leur capacité à exercer leurs missions en toute compétence, avec indépendance et impartialité¹. À l'heure actuelle, cet objectif se poursuit grâce à l'intervention du législateur, de la jurisprudence, particulièrement la Cour Européenne des Droits de l'Homme (Cour EDH) et de la doctrine, qui se chargent d'édicter, de proposer et de vérifier l'application des principes fondamentaux à la mesure. Le déroulement de l'expertise suppose en effet que celle-ci doive respecter les droits fondamentaux. L'analyse des liens entre l'expertise et les droits fondamentaux implique de définir ces deux notions, avant de s'intéresser à leurs interinfluences.

I. L'expertise, une notion plurielle

2. Une conception moderne de l'expertise. Monsieur François-Xavier TESTU définit l'expertise comme le recours à un tiers expérimenté pour procéder à l'examen technique d'une situation donnée². Ce tiers expérimenté dont il est question est un expert, c'est-à-dire quelqu'un « *qui a acquis une grande habileté, un grand savoir-faire dans une profession, une discipline, grâce à une longue expérience* »³ ou « *toute personne qui, connaissant bien un domaine particulier, en a fait sa spécialité* »⁴. La définition proposée par le professeur TESTU est délibérément large et reflète la conception actuelle⁵ de l'expertise. Il convient en effet de s'éloigner de l'idée traditionnelle selon laquelle l'expertise correspond uniquement à la mesure d'instruction ordonnée par un juge en vue de l'aider dans sa prise de décision. L'expertise dépasse les frontières judiciaires, de sorte qu'elle doit être désormais considérée comme le « *dispositif d'aide à une décision amiable, juridictionnelle ou publique dont le principal objet est de contribuer à la recherche des faits techniques ou scientifiques dans des affaires où les décideurs sont confrontés à des questions hors de leur compétence* »⁶.

¹ L. FELLER et A. RODRIGUEZ, *Expertise et valeur des choses au Moyen Âge, II : Savoirs, écritures, pratiques*, coll. La Casa de Velasquez, vol. n° 156, p. 336

² F.-X. TESTU, « Présentation générale », in FRISON-ROCHE (M.-A.) et MAZEAUD (D.), *L'expertise*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires » 1995, p. 5.

³ Dictionnaire internet du CNRTL : <https://www.cnrtl.fr/definition/expert>

⁴ Dictionnaire de l'Académie française : <https://academie.atilf.fr/consulter/expert?page=1>

⁵ L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, coll. Grands dictionnaires, 2004, v. *Expertise*.

⁶ Site internet de la revue Experts : <http://www.revue-experts.com/statics/la-fonction-d-expert>

Les éléments historiques relatifs à l'expertise révèlent que depuis ses origines⁷ celle-ci était aussi mobilisée en dehors de tout processus judiciaire. Si, dans la Grèce antique, les experts aidaient à élucider des affaires de meurtres portées devant les tribunaux, ils contribuaient également à la détermination des politiques des villes et des règles d'organisation sociale, dans le but de résoudre ou prévenir des crises, aux côtés des dirigeants⁸. C'est une fonction qui s'est pérennisée puisque de nos jours les pouvoirs publics recueillent de manière récurrente l'avis d'experts scientifiques pour prendre des décisions politiques et administratives⁹. Des affaires d'une particulière ampleur et extrêmement médiatisées comme la crise de la « vache folle », l'épidémie de grippe aviaire ou encore les explosions de la centrale nucléaire de Tchernobyl et de l'usine AZF ont encouragé le recours aux experts¹⁰, afin d'en rechercher les causes et de mettre en œuvre les moyens pour qu'elles ne se reproduisent plus. Le Moyen-Âge a vu se développer l'expertise préventive en matière de chantiers de construction religieux, hospitaliers, urbains ou militaires. Des experts professionnels étaient sollicités pour se prononcer sur leur lancement et assurer leur bon déroulement¹¹. À la même époque, les compétences des experts garantissaient l'équité des échanges fonciers et les permutations de propriété entre l'Église et d'autres institutions¹². Autant de contextes spécifiques qui démontrent que l'expertise n'est pas seulement une mesure d'instruction mais également une prestation. Elle ne saurait ainsi être conçue uniquement d'une manière juridique. L'expertise s'apparente donc à une « nébuleuse »¹³, et de ce fait, elle suscite une réflexion particulière.

⁷ **H. RAVON**, *Traité pratique et juridique de l'arbitrage et de l'expertise*, éd. Ducher, Paris, 1898, n° 2, p. 75 : « Depuis que les peuples se sont donnés une constitution, depuis que l'homme s'est appliqué plus spécialement à l'étude d'une chose de préférence à une autre chose, l'expert existe légalement » ;

⁸ **J.-M. BERTRAND**, « Mélanges experts et pouvoir dans l'antiquité (III). Réflexions sur l'expertise politique en Grèce ancienne », *Revue historique*, vol. n° 620, n° 4, 2001, pp. 929-964.

⁹ **R. ENCINAS DE MUNAGORRI**, « Expertise scientifique et principe de précaution », *Revue juridique de l'Environnement*, 2000, hors-série, p. 67.

¹⁰ **C. GRANJOU**, « L'expertise scientifique à destination politique », in *Cahiers Internationaux de Sociologie*, PUF, 2003, CXIV, pp. 175-183 ; **C. ASPE et M. JACQUÉ**, « Le recours à l'expertise comme nouveau mode de gouvernement de l'incertitude », in C. ASPE et M. JACQUÉ (dir.) *Environnement et société*, éd. Quæ, coll. « Natures sociales », 2012, pp. 179-212.

¹¹ **M.-A. MOULIN**, « Experts et expertise sur les chantiers de construction en Normandie méridionale : l'exemple de la ville d'Argentan au XVe siècle in *Experts et expertise au Moyen Âge*, Consilium quaeritur a perito, Actes du XLIIe congrès de la SHMESP, Oxford, 31 mars - 3 avr. 2011, Publications de la Sorbonne, p. 255 et s.

¹² **L. FELLER et A. RODRIGUEZ**, *Expertise et valeur des choses au Moyen Âge, II : Savoirs, écritures, pratiques*, op. cit., p. 37.

¹³ **E. BROSSET**, « L'expert, l'expertise et le juge de l'Union européenne » in E. TRUILHÉ-MARENGO (dir.), *La relation juge-expert dans les contentieux sanitaires et environnementaux*, la Documentation française, 2011, pp. 247- 280.

3. Utilités de la mesure d'expertise. L'expertise est « *le mode de prédilection de notre époque* »¹⁴. La raison en est qu'elle constitue avant tout un outil de compréhension. « *L'utilisation de techniques toujours plus complexes et plus spécialisées, mobilisant des savoirs non juridiques, requiert, pour leur bonne compréhension, l'éclairage d'un sachant* »¹⁵. Son usage doit permettre de parvenir à la certitude face à une situation difficilement saisissable. Elle répond ainsi à un besoin essentiel de vérité dans une société marquée par une fulgurance des évolutions sociales, techniques et scientifiques¹⁶. La mesure possède dès lors une fonction rassurante.

En outre, parce qu'elle se fonde sur des procédés et des avis considérés comme fiables, l'expertise légitime la prise d'une décision ainsi que ses conséquences¹⁷. Ce rôle est perceptible en procédure pénale par exemple, où la sévérité d'une peine et la nature de son aménagement se justifient par des expertises se prononçant sur la personnalité du délinquant. Autre exemple dans le domaine sanitaire, où le ministère de la santé français a justifié sa décision de passer de 3 vaccins infantiles obligatoires à 11 par les préconisations d'experts scientifiques¹⁸.

Dans la pratique judiciaire, le recours plus fréquent à la mesure d'expertise¹⁹ s'est inscrit dans la volonté des juridictions d'établir des preuves rationnelles. La vérité anciennement établie par les ordalies²⁰, la torture ou encore le jury n'a en effet plus suffi aux juges pour statuer de manière juste et certaine²¹. Par ailleurs, les progrès techniques et scientifiques ont eu une forte incidence sur les méthodes de travail des experts, donnant ainsi lieu à l'obtention de résultats plus précis et davantage convaincants. Le développement de

¹⁴ **L. CADIET (dir.)**, Dictionnaire de la justice, PUF, coll. « Grands dictionnaires », 2004, v. Expertise.

¹⁵ **Cour de cassation**, « Expertises » in *Rapport annuel 2012, La preuve*, La Documentation Française, 2013.

¹⁶ **N. STEHR**, « Le savoir en tant que pouvoir d'action », Sociologie et sociétés, vol. XXXII, n° 1, printemps 2000 : « *La société contemporaine peut se décrire comme une société du savoir* ».

¹⁷ **R. ENCINAS DE MUNAGORRI**, « Expertise scientifique et principe de précaution », préc.

¹⁸ Site internet de l'Institut national de la santé et de la recherche médicale : https://www.inserm.fr/sites/default/files/2017-12/Inserm_MiseAuPoint_Vaccins_2017.pdf

¹⁹ **R. GARRAUD**, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, t. I, Sirey, 1907, p. 597 : « *Dès qu'il a existé des juges, ceux-ci ont eu besoin d'hommes plus compétents qu'eux-mêmes pour éclairer leur conscience* ».

²⁰ Les ordalies correspondent au jugement de Dieu sous la forme de plusieurs épreuves à laquelle étaient confrontés les suspects d'une infraction et à l'issue de laquelle il étaient considérés comme innocents en cas de réussite. Ces épreuves se caractérisaient par leurs dangers. L'ordalie était également utilisée dans le cadre des conflits entre particuliers, de sorte que celui qui remportait le combat, le plus souvent un duel à mort, voyait automatiquement sa prétention l'emporter ; v. notamment **B. HERVOUËT**, *L'évolution des modes de preuve. Du duel de Carrouges à nos jours*, Presses Universitaires de Limoges, coll. « Cahiers de l'Institut d'anthropologie juridique », n° 38, 2014 ; **B. LEMESLE (dir.)**, *La preuve en justice de l'Antiquité à nos jours*, Presses Universitaires de Rennes, 2003.

²¹ **G. TARDE**, *La philosophie pénale*, Paris, éd. Cujas, coll. « Bibliothèque internationale de criminologie », 1972, 4ème éd., p. 436.

l'expertise s'insère en définitive dans le passage d'une preuve « douteuse » à une preuve scientifique²² dont les résultats sont considérés comme rationnels.

4. La prééminence de l'expertise judiciaire. L'expertise judiciaire constitue la forme d'expertise la plus courante et la plus aboutie. Sans réduire son importance dans les procédures pénale²³ et administrative²⁴, c'est en matière civile qu'elle se retrouve majoritairement sollicitée et ordonnée²⁵. L'expertise judiciaire entre dans la catégorie plus large des mesures d'instruction²⁶, moyens d'investigation organisés par le juge qui, d'une part, lui permettent de mieux appréhender les faits d'un litige²⁷ pour statuer et, d'autre part, facilitent la charge probatoire des parties à une instance²⁸. Ces mesures peuvent être directement exécutées par le juge : il peut ainsi procéder à des vérifications personnelles²⁹, à la comparution personnelle des parties³⁰, recevoir les déclarations des tiers³¹ par attestation³² ou enquête³³. Elles peuvent aussi être réalisées par un technicien commis par le juge pour l'« éclairer » sur un aspect du litige qu'il ne maîtrise pas et dont la compréhension est essentielle à la résolution du litige³⁴. Dans cette catégorie, le juge possède le choix entre la consultation, la constatation et l'expertise. Les évolutions techniques, scientifiques et sociales

²² **O. LECLERC**, « Blandine Hervouët, *L'évolution des modes de preuve. Du duel de Carrouges à nos jours* », RTD civ. 2015, p. 236 : si les preuves irrationnelles comme les ordalies ou la torture cherchaient plus à convaincre alors que la vérité n'était pas nécessairement démontrée, la preuve scientifique a le mérite de forger une conviction sur des résultats criant de vérité.

²³ En matière pénale, l'expertise s'avère cruciale afin de déterminer les circonstances d'une infraction ou la personnalité d'un individu suspecté d'avoir commis une infraction pénale. Elle est régie par les articles 156 à 169-1 du code de procédure pénale.

²⁴ CJA, art. R. 621-1 à art. R. 621-14.

²⁵ **N. MARIE et F. RUELLAN**, *Droit et pratique de l'expertise judiciaire civile*, Lexis Nexis, ENM, 2ème éd. 2015 ; Ces données s'expliquent notamment par le succès rencontré par les expertises en référé (**DACS-PEJC**, « Les expertises judiciaires civiles devant les tribunaux de grande instance et les cours d'appel », étude, janv. 2018, site internet du Ministère de la Justice, p. 1).

²⁶ CPC, art. 144 : « *Les mesures d'instruction peuvent être ordonnées en tout état de cause, dès lors que le juge ne dispose pas d'éléments suffisants pour statuer* » ; **S. GUINCHARD**, *Lexique des termes juridiques 2017-2018*, Dalloz 2017, v. *Mesures d'instruction* : « *Mesures ordonnées à la demande des parties ou d'office par le juge et tenant à établir la réalité et l'exactitude des faits sur lesquels porte une difficulté juridique ou un litige* ».

²⁷ **D. ALLAND et S. RIALS (dir.)**, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 1ère éd., 2003, v. *Faits* : les faits s'analysent comme l'ensemble des référents des énoncés vrais ou comme l'ensemble des entités qui rendent vrais les énoncés vrais.

²⁸ CPC, art. 9 : « *Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* » ; CPC, art. 143 : « *les faits dont dépend la solution du litige peuvent, à la demande des parties ou d'office, être l'objet de toute mesure d'instruction légalement admissible* » ; **N. HOFFSCHIR**, *La charge de la preuve en droit civil*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2016, p. 25, spéc. n° 18.

²⁹ CPC, art. 179 à 183.

³⁰ CPC, art. 184 à 198.

³¹ CPC, art. 199.

³² CPC, art. 200 à 203.

³³ CPC, art. 204 à 231.

³⁴ CPC, art. 232 à 248.

exercent nécessairement une incidence sur les données factuelles d'un procès³⁵ et contraignent le juge à obtenir les explications d'un spécialiste pour exercer sa *jurisdictio*³⁶. De la sorte, les mesures d'instruction participent indirectement à l'élaboration de la solution juridictionnelle³⁷, révélant alors l'utilité de la science dans l'exercice du droit³⁸. Parmi cet éventail de mesures, l'expertise prévue aux articles 263 et suivants du code de procédure civile représente le mode de preuve par excellence³⁹ pour atteindre l'objectif de vérité du

³⁵ **C. MOULY-GUILLEMAUD**, « La sentence “nul ne peut se constituer de preuve à soi-même” ou le droit de la preuve à l'épreuve de l'unilatéralisme », RTD civ., 2007, p. 253 : « *Le temps joue sur le droit de la preuve bien des effets curieux. [...] le constat de l'importance des répercussions de l'avancée technologique sur cette matière apparaît tel un poncif, à l'heure où l'adaptation du droit de la preuve à l'électronique, longtemps perçue comme une nécessité, devient réalité* » ; **S. DELACOURT et S. GRAYOT-DIRX**, « Le rôle du juge en matière de preuve », in dossier « L'instruction du procès civil », Gaz. Pal., 29 déc. 2015, p. 3 : « [...] *les répercussions de la science et de la technique se traduisent parfois par une quasi-impossibilité pour les parties et le juge d'appréhender par eux-mêmes tous les éléments d'un litige. D'où, l'intervention d'un tiers technicien, afin qu'il donne un avis grâce à ses connaissances spéciales, que la loi ou le juge considère comme nécessaires à la solution du litige existant ou à venir. Cette intervention trouve précisément sa légitimité dans cette nécessité* ».

³⁶ **M. DOMINGO**, « Une justice sous influence : le juge face à l'expert », Éditorial in Recherche Droit et Justice, n°35, nov.2010, p.1, site internet de la revue : <http://www.gip-recherche-justice.fr/IMG/pdf/MRDJ35-8-BAT.pdf> : « *Le développement exponentiel des sciences et des nouvelles technologies dont l'effet est de dilater à un rythme accéléré le volume de nos connaissances [...] a atteint une telle ampleur que non seulement “l'honnête homme” a depuis beau temps succombé sous un tel poids, mais que les spécialistes les mieux chevronnés dans des domaines du savoir aussi diversifiés en leurs genres que restreints dans leurs secteurs respectifs d'application peinent de plus en plus à en conserver la maîtrise* ».

³⁷ Lamy Droit civil, n° 63, 1er sept. 2009, obs. sous Cass. civ., 2ème, 14 mai 2009, n° 09-11.466 : « *Dire le droit réclame aujourd'hui le concours d'une personne reconnue pour son savoir, son expérience, ses compétences* ».

³⁸ **G. DALBIGNAT-DEHARO**, *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, th., Paris I, LGDJ, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, 2004, p. 41 ; **G. DEHARO**, « L'articulation du savoir et du pouvoir dans le prétoire », Gaz. Pal., 22 sept. 2005, n° 265, p. 3 : « *on constate une fusion des éléments de droit et du savoir scientifique ; les éléments scientifiques et juridiques, originellement distincts, s'unissent pour former un tout homogène : le discours du juge. Le juge argue des données scientifiques comme si lui-même les maîtrisait : ce n'est qu'en raison de la technicité des motifs avancés que l'on peut présupposer qu'il les a puisés dans le rapport d'expertise* » ; **M. MEKKI**, « Vérité et preuve », Rapport français, in *La preuve*, Journées internationales 2013 d'Amsterdam, Pays-Bas et Liège, Belgique, coll. Travaux Henri Capitant, vol. LXIII, Paris/Bruxelles, LB2V et Bruylant, 2015 : « *La preuve scientifique contribue aujourd'hui, aussi bien en matière civile qu'en matière pénale, à l'établissement d'une vérité judiciaire. La preuve biologique, la preuve sur support électronique, l'ampleur du recours à l'expertise, sont autant de manifestations de la participation de la vérité scientifique à la vérité judiciaire [...]. L'expert est une interface entre la logique scientifique et la logique judiciaire. Ce technicien est également là pour réaliser les mesures d'instruction ordonnées en vertu des articles 232 à 284-1 CPC* ».

³⁹ **D. GUÉVEL**, *Essai sur une tendance contemporaine : la dispersion de la fonction juridictionnelle*, th., Paris XIII, 1990, spéc. n° 478 ; **L. ASCENSI**, *Du principe de la contradiction*, th., Paris I, 2005, p. 283 spéc. n° 495 : « *Parmi les différentes mesures d'instruction, il convient naturellement de s'intéresser tout particulièrement à la question de l'expertise, car cette mesure d'instruction est probablement celle qui déterminera le plus directement le sens de la décision* ».

procès⁴⁰ et trancher un litige de la manière la plus juste qu'il soit⁴¹. Son succès s'explique d'autant plus par le fait que, du temps du code de procédure civile de 1806, les mesures d'instruction ne pouvaient être ordonnées que lorsqu'un procès était préalablement engagé par les parties. Cette limitation découlait du principe de prohibition des mesures d'instruction *in futurum* voulu par une ordonnance civile d'avril 1667⁴². Un décret du 17 décembre 1973 est venu supprimer cette règle⁴³, et l'article 145 du code de procédure civile prévoit désormais que « *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* ». Le recours à l'expertise avant tout procès est désormais courant en procédure civile française⁴⁴, constat qui contraste avec les procédures civiles italienne, roumaine, ou irlandaise où elle n'est pas admise⁴⁵.

5. Succès de l'expertise judiciaire et influence sur la décision du juge. Des statistiques récentes révèlent que l'expertise est la mesure d'instruction la plus ordonnée par le juge⁴⁶. Ces chiffres mettent aussi en évidence la « *participation grandissante de l'expert au*

⁴⁰ **A. BERGEAUD**, *Le droit à la preuve*, Bibl. de droit privé, t. 525, 2010, LGDJ, p. 16 et 17, spéc. n° 15 : il « *semble difficile de soutenir encore aujourd'hui que la recherche de la vérité n'est pas un objectif du procès civil* » ; **V. LASSERRE-KIESOW**, « La vérité en droit civil », D., 2010, p. 907 ; **P. MALAURIE et P. MORVAN**, *Introduction générale au droit*, 4ème éd., 2012, LGDJ, n° 166 : « *La recherche de la vérité n'est pas non plus un jeu ni une affaire d'esthète : elle est une obligation de la justice* » ; **B. LOUVEL**, « La vérité ... sans doute. Vérité scientifique, vérité judiciaire », discours prononcé lors du colloque « La vérité ... sans doute, Vérité scientifique, vérité judiciaire », 2 oct. 2015, Site internet de la Cour de cassation.

⁴¹ **N. DION**, « Le juge et le désir du juste », D., 1999, p. 195 : l'auteur évoque les moyens dont le juge dispose pour parvenir au juste, au-delà de sa simple intuition : « *L'imagination permet au juge de s'échapper d'une impasse juridique lorsqu'il prend notamment des initiatives pour instruire le procès, ordonner une enquête, une expertise [...]* ».

⁴² Cass. req., 6 févr. 1900, D., 1900, 1, p. 167 ; **H. SOLUS et R. PERROT**, *Droit judiciaire privé*, t. I, Sirey, 1961, spéc. n° 237 ; **A.-M. BATUT**, « Les mesures d'instruction "in futurum" », site internet de la Cour de cassation http://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_1999_91/etudes_documents_93/a_nne_marie_5790.html ;

⁴³ Décr. n° 73-1122 du 17 décembre 1973 instituant une quatrième série de dispositions destinées à s'intégrer dans le nouveau code de procédure civile, art. 4. Ce décret vise notamment à renforcer les pouvoirs du juge dans l'administration de la preuve, puisque l'article 10 du code de procédure civile prévoit que « *le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles* ».

⁴⁴ **DACS-PEJC**, « Les expertises judiciaires civiles devant les tribunaux de grande instance et les cours d'appel », préc., p. 1 : « *Devant les TGI, les expertises sont ordonnées en référé dans près des trois-quarts des situations* » ; **N. CONTIS**, « Le procès civil et les mesures avant dire droit », JCP G, 2010, I, p. 1132 : « *Les juges connaissent de mieux en mieux ces mesures [...] ils ont donc tendance à les accueillir sans trop de difficultés [...]* ».

⁴⁵ Site internet de l'European Expertise and Expert Institute.

⁴⁶ **DACS-PEJC**, « Les expertises judiciaires civiles devant les tribunaux de grande instance et les cours d'appel », préc., p. 1 : « *Sur la période 2010-2017, le nombre d'affaires traitées par les TGI ayant requis l'avis d'un expert a varié. Après une augmentation de 10% entre 2010 et 2012, ce nombre a connu un infléchissement pour atteindre 43 909 en 2017 (-15% entre 2012 et 2017)* » ; **E. JEULAND**, « Preuve

processus d'élaboration du jugement »⁴⁷, créant entre lui et le juge un lien procédural inédit : le « lien expertal »⁴⁸. L'incidence du rapport de l'expert sur la décision du juge a conduit la doctrine à s'interroger sur la frontière entre la science et le droit, ainsi que sur l'intensité du pouvoir d'appréciation du juge⁴⁹. Ce dernier se retrouverait désormais tellement influencé par les conclusions de l'expert que son pouvoir de décision est remis en question⁵⁰. Cette critique s'est élevée dans un contexte où la Cour EDH elle-même a admis que l'expert « *occupe une position dominante dans la procédure et exerce une influence importante sur l'appréciation du juge* »⁵¹. Le principe de l'article 246 du code de procédure civile selon lequel le juge ne doit pas être lié par les conclusions du technicien se relativiserait⁵².

Le fait pour le juge de privilégier le recours à une mesure d'expertise démontre le délaissement qu'il opère vis-à-vis des preuves imparfaites comme l'attestation⁵³ ou l'aveu extra judiciaire⁵⁴. À l'inverse de l'expertise, ces dernières sont davantage susceptibles d'être falsifiées, ce qui atténue leur force probante. La Cour de cassation a pu faire preuve d'un tel favoritisme en décidant que « *les témoignages de voisins ou de parents insuffisamment proches ne pouvaient prévaloir sur les avis techniques émanant de professionnels* »⁵⁵. Ceci se justifie principalement par le fait que l'expert judiciaire n'entretient aucun lien avec les parties.

judiciaire et culture française », rapport français, colloque de l'Association Internationale de procédure, Preuve et culture, 2003.

⁴⁷ C. FLEURIOT, « Des préconisations pour améliorer l'expertise judiciaire, Rapport de la commission de réflexion sur l'expertise », Dalloz. Actu., 6 mai 2011.

⁴⁸ E. JEULAND et C. CHARBONNEAU, « Le caractère contradictoire du rapport d'expertise : une contradiction en haut lieu ? », JCP G, n° 11-12, 12 mars 2012, doct. 340.

⁴⁹ G. DALBIGNAT-DEHARO, *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, op. cit., p. 251 et s.

⁵⁰ D. BOURSIER et M. DE BONIS, *Les paradoxes de l'expertise, Savoir ou juger ?*, Institut Synthélabo pour le progrès de la connaissance, coll. Les empêcheurs de penser en rond, 1999, p. 24 : « [...] le juge tire en réalité le maximum de sa demande d'expertise. Libre ou non de l'utiliser, il peut en extraire, au delà de la simple description des faits, les arguments et les raisonnements tenus par l'expert. Il va mêler le rapport de l'expert à son propre discours et en assumer l'orientation argumentative générale dans le prononcé de son jugement ». J. MOURY, « Les limites de la quête en matière de preuve : expertise et *jurisdictio* », RDT civ., oct./déc. 2009, p. 665 ; L. DUMOULIN, « L'expertise judiciaire dans la construction du jugement : de la ressource à la contrainte », op. cit. : l'auteur s'interroge sur le monopole du droit dans la définition du juste, notamment du fait du lien d'interdépendance qui se crée entre l'expert et le juge.

⁵¹ CEDH (Troisième Section), *Yvon c. France*, 24 avr. 2003, req. n° 44962/98, § 37.

⁵² Cette disposition mettait pourtant fin à la considération jurisprudentielle indiquant que « *l'œuvre des experts est réputée l'œuvre de la justice et celle-ci est inattaquable comme le jugement lui-même qui l'a approuvée* » (CA, Pau, 30 déc. 1863, S 1864. II. 32).

⁵³ CPC, art. 202 al. 1er : elle consiste en un écrit qui « contient la relation des faits auxquels son auteur a assisté ou qu'il a personnellement constatés ».

⁵⁴ C. civ., art. 1383 : « *L'aveu est la déclaration par laquelle une personne reconnaît pour vrai un fait de nature à produire contre elle des conséquences juridiques* ».

⁵⁵ Cass. civ., 3ème, 8 nov. 2000, n° 97-20.431, inédit.

6. Précisions sur la notion d'« expert judiciaire ». L'expert s'est imposé comme le partenaire idéal du juge dépassé⁵⁶ et se retrouve profondément ancré dans la culture juridique procédurale. Il est la figure la plus à même de répondre de manière complète aux difficultés factuelles rencontrées par le juge dans des domaines extrêmement variés⁵⁷. Le Conseil National des Compagnies d'Experts de Justice l'envisage comme un « *professionnel qualifié et expérimenté dans les matières scientifiques ou techniques de sa spécialité, reconnu par le monde professionnel auquel il appartient et par l'institution judiciaire, et susceptible de mettre ses compétences au service de la justice* »⁵⁸. Le droit s'est employé à définir ce professionnel d'un « *genre spécifique* »⁵⁹. Une réponse ministérielle publiée au journal officiel du 25 avril 1965 le qualifie d'« *homme de l'art qui, sans s'immiscer dans l'appréciation du litige ou de l'infraction, fournit à la juridiction des renseignements techniques de nature à l'éclairer* »⁶⁰. Cette définition insiste donc sur la séparation entre les missions du juge et de l'expert : *da mihi factum, tibi dabo jus* (donne moi les faits, je te donne le droit). Actuellement, c'est la loi n° 71-498 du 29 juin 1971⁶¹ qui régit l'expert judiciaire. Ses articles 1er et 2 l'envisagent comme une « personne » inscrite sur les listes spécialement prévues à cet effet par la Cour de cassation ou les cours d'appel⁶², ou nommé souverainement par le juge en dehors de ces listes. Le domaine dans lequel intervient l'expert est classé conformément à une nomenclature dressée par un arrêté du Garde des Sceaux du 10 juin 2005⁶³. Un décret

⁵⁶ V. LAMANDA, « L'expertise de demain », Experts, févr. 2012, p. 5 : « *l'expert est plus que l'œil et l'oreille du juge, il lui apporte le savoir technique qui lui fait défaut* » ; E. DE MONTGOLFIER, « Un titre qui distingue moins qu'il n'oblige », Experts, avr. 2018, n° 137, p. 4 : « [...] sans l'expert le juge serait nu dans sa pourpre, exposé à statuer dans l'ignorance ».

⁵⁷ R. BOUVET, « L'indépendance de l'expert », 1er oct. 2015, site internet de ResearchGate https://www.researchgate.net/publication/297407158_L'ind%C3%A9pendance_de_l'expert : « *L'expert est aujourd'hui partout, en science comme en économie, en climatologie comme en politique, avec des fortunes diverses* ».

⁵⁸ Site internet de l'institut européen de l'expertise et des experts, *Vade mecum* de l'expert de justice du Conseil National des Compagnies d'Experts de Justice : http://www.experts-institute.eu/IMG/pdf/2009_10_27_18_24_13_vade_mecum_3eme_edition.pdf

⁵⁹ L. DUMOULIN, « L'expertise judiciaire dans la construction du jugement : de la ressource à la contrainte », Droit et Société, 44/45-2000, p. 199.

⁶⁰ Rép. min. n° 7502 : JO AN Q, 25 avr. 1965, p. 528.

⁶¹ L. n° 71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires, modifiée par la loi n° 2004-130 du 11 février 2004 réformant le statut de certaines professions judiciaires ou juridiques, des experts judiciaires, des conseils en propriété industrielle et des experts en ventes aux enchères publiques.

⁶² Ceci signifie que l'expert possède un titre pour exercer auprès des juridictions.

⁶³ Arr., 10 juin 2005 relatif à la nomenclature prévue à l'article 1er du décret n° 2004-1463 du 23 décembre 2004, JO 28 juin, p. 10674, modifié par arr., 22 févr. 2006 et arr., 12 mai 2006. Ce texte range les experts inscrits sur les listes en huit catégories désignées par une lettre spécifique : A. Agriculture-Agroalimentaire, Animaux-Forêts ; B. Arts, Culture, Communication et Médias, Sport ; C. Bâtiment-Travaux Publics, Gestion immobilière ; D. Économie et Finance ; E. Industries ; F. Santé ; G. Médecine légale, Criminalistique et Sciences Criminelles ; H. Interprétariat-Traduction.

n° 2004-1463 du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires⁶⁴ prévoit quant à lui les règles relatives à leurs inscription et réinscription sur les listes, leurs obligations ainsi que la procédure disciplinaire mise en œuvre à leur encontre en cas de commission de fautes. Pour autant, ces indications ne suffisent pas pour envisager son statut de manière complète. Il faut s'en remettre à d'autres éléments. Le Conseil d'État et la Cour de cassation ont eu l'occasion de préciser que l'expert judiciaire est un « *collaborateur occasionnel* » du service public de la justice⁶⁵. De ce fait, son activité ne représente pas une profession mais l'exécution d'un « *mandat de justice* »⁶⁶. Il en résulte que l'expertise judiciaire ne peut constituer l'activité habituelle et principale du professionnel. Elle s'apparente donc à une activité libérale exclusive d'un lien de subordination entre celui qui y procède et l'autorité judiciaire⁶⁷.

7. Expertise et notions voisines. L'expert fait partie de la catégorie plus large des « techniciens » prévue par le code de procédure civile, terme qui englobe également le constatant et le consultant. Ceci signifie que toute mesure d'instruction confiée à un technicien ne constitue pas nécessairement une expertise. L'intensité de la mission donnée au professionnel permet de distinguer l'expertise des mesures de constatation et de consultation. En effet, à la différence de l'expert, le constatant doit se contenter d'établir par écrit l'état d'une chose ou d'un lieu sans porter d'avis sur les conséquences de fait ou de droit résultant de ses investigations⁶⁸. Il peut s'agir par exemple d'un constat d'huissier organisé judiciairement. La consultation se caractérise quant à elle par sa simplicité. Elle correspond au traitement d'une question technique qui ne requiert pas d'investigations complexes⁶⁹. Le prononcé d'une expertise ne s'impose que dans le cas où le juge considère qu'une mesure de constatation ou de consultation ne peut suffire à lui apporter des réponses sur la technicité d'un litige⁷⁰. Bien que différentes dans leur étendue, ces mesures répondent aux principes communs relatifs aux mesures d'instruction en général⁷¹ et aux mesures d'instruction confiées à un technicien⁷², notamment quant à leur mise en œuvre et à la sanction de leur mauvais accomplissement.

⁶⁴ Ce décret abroge et remplace le décret n° 74-1184 du 31 décembre 1974 du même nom.

⁶⁵ CE, *Ministre de l'Intérieur c. sieur Aragon*, 26 févr. 1971, req. n° 77459 ; Cass. civ., 2ème, 10 sept. 2009, n° 09-10.605.

⁶⁶ Cass. civ., 3ème, 17 oct. 2012, n° 10-23.971, Bull. civ. III, n° 145.

⁶⁷ Cass. civ., 2ème, 25 oct. 2006, n° 05-15.408, Bull. civ. II, n° 285.

⁶⁸ CPC, art. 249.

⁶⁹ CPC, art. 256.

⁷⁰ CPC, art. 263.

⁷¹ CPC, art. 143 à 178.

⁷² CPC, art. 233 à 248.

L'expertise se différencie également de l'arbitrage juridique. L'arbitre est un tiers qui intervient en vue de participer à la résolution du litige, au même titre que l'expert. Néanmoins, si l'arbitre tranche un litige et rend une décision qui s'impose aux parties⁷³, le rapport de l'expert ne constitue qu'un avis qui, d'une part, ne peut contenir d'appréciation d'ordre juridique⁷⁴ et, d'autre part, ne s'impose pas au juge⁷⁵. En d'autres termes, si la mission de l'arbitre revêt une dimension juridictionnelle⁷⁶, celle de l'expert est juste informative. C'est une distinction qui se relativise dans les faits, à l'heure où la participation de l'expert dans le processus juridictionnel est critiquée par la majorité de la doctrine.

L'expertise judiciaire doit enfin être différenciée du recours à l'*amicus curiae*. Originaire d'Outre Manche, cet « ami de la cour »⁷⁷ se révèle au cours d'« *une procédure par laquelle une entité publique ou privée est autorisée par une juridiction à présenter, de manière écrite ou orale, des observations à l'occasion d'un procès auquel elle reste tiers* »⁷⁸. En d'autres termes, il s'agit d'un spécialiste renommé pour ses connaissances juridiques profondes qui éclaire une juridiction sur une question de droit spécifique mettant en jeu des intérêts sensibles⁷⁹. Son utilité a notamment permis sa diffusion à l'échelle européenne, dans

⁷³ Cass. civ., 2ème, 19 févr. 2015, n° 14-13.716 : « Mais attendu qu'après avoir constaté, par motifs adoptés, qu'il n'incombait pas à l'expert de prendre position sur l'application du contrat mais seulement d'émettre un avis médical sur l'état de santé de Mme X... au regard des conditions médicales de mise en œuvre des garanties et que Mme X... ne pouvait prétendre à obtenir une nouvelle expertise en application de l'article 1134 du code civil et de l'engagement qu'elle avait signé, la cour d'appel, qui n'a pas retenu l'existence d'une convention d'arbitrage, a exactement décidé qu'en l'état des termes clairs du protocole litigieux selon lesquels les conclusions de l'examen s'imposaient tant à l'assurée qu'à l'assureur, Mme X... était irrecevable à présenter une demande d'expertise judiciaire ».

⁷⁴ CPC, art. 238, al. 3 : « Il ne doit jamais porter d'appréciation d'ordre juridique ».

⁷⁵ CPC, art. 246 : « Le juge n'est pas lié par les constatations ou les conclusions du technicien ».

⁷⁶ A. PILLET et J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. VI, 2, 1924, Sirey, n° 1985 et s., suppl. 1928, p. 970 : les auteurs sont partisans de la thèse moniste juridictionnelle de l'arbitrage. Sont opposés à cette thèse, les contractualistes, qui estiment que l'arbitrage possède une nature davantage contractuelle puisqu'il résulte de la volonté des parties qui ont voulu confier à un arbitre la mission de trancher leur conflit (G. BALLADORE-PALLIERI, *L'arbitrage privé dans les rapports internationaux*, 1935, Sirey, p. 286). Cette confrontation doctrinale a conduit à l'émergence d'une thèse dualiste prônant la nature hybride de l'arbitrage, c'est-à-dire composé d'une nature juridictionnelle et conventionnelle. Cette nature hybride de l'arbitrage résulte principalement de la complexité de la mesure. (H. MOTULSKY, *Écrits, Études et notes sur l'arbitrage*, 2010, Dalloz).

⁷⁷ T. MOUSSA (dir), *Droit de l'expertise*, Dalloz Action, chap. 212, n° 212.21.

⁷⁸ R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « L'ouverture de la Cour de cassation aux *amici curiae* », RTD civ., 2005, p. 88.

⁷⁹ P. DRAI, « Le monde des affaires et ses juges », RJ com., 1990, p. 329 : « Pourquoi ne pas permettre [...] l'intervention de consultants privilégiés, personnalités d'une compétence incontestable et d'une grande autorité morale qui, après avoir assisté à la totalité des débats, donneraient à la juridiction leur sentiment sur les suites à donner à une décision de toute nature [...] De cette manière, les juges seraient mieux assurés des conséquences de leur décision et partant, pourraient se préoccuper des suites de celles-ci » ; En matière administrative, son recours est permis selon l'article R. 625-3 al. 1er du code de justice administrative : « La formation chargée de l'instruction peut inviter toute personne, dont la compétence ou les connaissances seraient de nature à l'éclairer utilement sur la solution à donner à un litige, à produire des observations d'ordre général sur les points qu'elle détermine ». En procédure civile, son usage peut se fonder sur l'article 27 alinéa 2 du code de procédure civile énonçant que le juge « a la faculté d'entendre sans formalités les

le domaine de la concurrence⁸⁰. En France, À l'occasion de la première désignation en France d'un *amicus curiae*⁸¹, les juges du fond ont précisé qu'il n'est ni un témoin, ni un expert soumis aux règles du code de procédure civile s'appliquant en matière de récusation⁸². Sa mission ne consiste pas à rendre un avis technique, à la différence de l'expert. Son avis doit seulement refléter « *sa connaissance sur un sujet d'ordre général pouvant impacter plusieurs litiges et traitant souvent d'un thème prêtant à débat au sein de la société* »⁸³.

8. Nouvelles formes d'expertises civiles. L'expertise judiciaire cohabite avec d'autres formes d'expertises qui exercent une influence sur le droit de la preuve. Il s'agit des expertises non judiciaires, également qualifiées d'extra judiciaires. Leur particularité réside dans le fait qu'elles ne sont pas ordonnées par un juge mais directement diligentées « *à la seule initiative des parties, avant ou pendant le cours du procès, contradictoirement ou non* »⁸⁴. Traditionnellement, il convient de différencier l'expertise unilatérale ou officieuse, organisée à la demande d'une seule personne, de l'expertise amiable, décidée d'un commun accord entre deux ou plusieurs personnes. Il n'est pas interdit pour les parties désirant recourir à de telles mesures de faire appel à un professionnel qui serait inscrit sur les listes d'experts. C'est généralement pour ce choix qu'optent les compagnies d'assurances en matière de sinistres immobiliers ou de procédure en indemnisation d'accidents corporels, ce qui conduit à s'interroger sur les qualités d'indépendance et d'impartialité des professionnels désignés.

personnes qui peuvent l'éclairer » ; L'importance des questions sociétales sur l'exercice du droit a permis de codifier l'intervention de l'*amicus curiae* auprès de la Cour de cassation, par la loi n° 2016-1547 de modernisation de la justice du 18 novembre 2016, à l'article L. 431-3-1 du code de l'organisation judiciaire. Cette disposition prévoit que « *lors de l'examen du pourvoi, la Cour de cassation peut inviter toute personne dont la compétence ou les connaissances sont de nature à l'éclairer utilement sur la solution à donner à un litige à produire des observations d'ordre général sur les points qu'elle détermine* ».

⁸⁰ L'article 15 § 3 du Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité prévoit que : « *Les autorités de concurrence des États membres, agissant d'office, peuvent soumettre des observations écrites aux juridictions de leur État membre respectif au sujet de l'application de l'article 81 ou 82 du traité. Avec l'autorisation de la juridiction en question, elles peuvent aussi présenter des observations orales. Lorsque l'application cohérente de l'article 81 ou 82 du traité l'exige, la Commission, agissant d'office, peut soumettre des observations écrites aux juridictions des États membres. Avec l'autorisation de la juridiction en question, elle peut aussi présenter des observations orales* ».

⁸¹ CA, Paris, 21 juin et 6 juill. 1988 : Gaz. Pal. 1988, 2, p. 700, note Y. LAURIN : la cour d'appel a désigné un *amicus curiae* en la personne du bâtonnier du barreau des avocats de Paris dans une affaire relative à la mise en œuvre des règles gouvernant la profession d'avocat

⁸² D. MAZEAUD, « L'expertise de droit à travers l'*amicus curiae* », in M.-A. FRISON-ROCHE, D. MAZEAUD, *L'expertise*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires » 1995, p. 109 : Le Professeur Denis MAZEAUD invite à faire entrer l'*amicus curiae* dans la catégorie des consultants, au sens de l'article 256 du code de procédure civile.

⁸³ C. COSLIN et D. LAPILLONE, « Quel futur pour l'*amicus curiae* en France ? », Gaz. Pal., 8 janv. 2013, n° 8.

⁸⁴ T. MOUSSA (dir), *Droit de l'expertise*, op. cit., chap. 212, n° 212.11.

Les expertises non judiciaires possèdent des objectifs variés. Elles peuvent être de nature informative, c'est-à-dire permettre à une partie d'estimer ses chances de succès d'une action en justice. Dans des hypothèses plus fréquentes, l'expertise extra judiciaire constitue un élément de preuve versé à l'occasion d'un procès pour alléguer les faits d'une partie ou contester les conclusions d'une expertise judiciaire. Cette fonction se justifie par l'article 1358 du code civil qui dispose que « [...] la preuve peut être apportée par tout moyen »⁸⁵. Le fait de pouvoir soumettre au procès une expertise non ordonnée par le juge révèle la nécessité d'encadrer plus rigoureusement son régime. Enfin, les expertises non judiciaires sont également susceptibles d'inciter les parties à préférer une résolution négociée de leur différend. Ces mesures poursuivent donc un objectif d'économie d'une procédure judiciaire longue et coûteuse tant pour les parties que pour le service de la justice.

9. Expertise et modes amiables de résolution des différends. L'expertise amiable a par ailleurs vocation à s'insérer dans la mise en œuvre des modes amiables de résolution des différends⁸⁶. Ceux-ci s'inspirent principalement du droit américain qui développe depuis les années 1970 la pratique des *Alternative Dispute Resolution*⁸⁷. Ils tendent à instaurer une discussion entre les parties, que ce soit sur leur initiative ou grâce à l'intervention d'un tiers, afin de résoudre leur litige sans qu'il soit nécessaire que le juge le tranche⁸⁸. Ces procédés en

⁸⁵ Cet article constitue un support du principe prévu par l'article 6 du code de procédure civile selon lequel « à l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à les fonder ».

⁸⁶ **N. FRICERO (inter.)**, « Les modes amiables de résolution des différends », in Association Lorraine de Promotion de la Procédure Participative (AL3P) et la Compagnie des Experts de Justice près la Cour d'Appel de Nancy (CEJCAN), « Conférence sur les modes alternatifs de règlements des différends (M.A.R.D) », Nancy, 21 mai 2015 : « La terminologie est fluctuante. Elle fait référence aux modes « alternatifs » (qui proposent un choix entre la solution juridictionnelle et l'autre) ou aux modes "amicales" (du latin *amicabilis*, qui concilient des intérêts opposés). Les canadiens se réfèrent aux termes de "mode adapté" de résolution des conflits. S'agissant de la caractérisation du processus, il est parfois fait référence à la "résolution" du conflit (du latin *resolutio*, action de dénouer), ou au "règlement" du conflit (action de régler, de donner une solution à). Même l'objet auquel on tente d'apporter une solution est diversement qualifié : de "conflit", de "différend", de "litige". Le juriste "puriste" considère que le litige est une opposition d'intérêts qui peut être résolue par application d'une règle de droit (c'est un litige que l'on soumet au juge), le différend est une opposition d'intérêts à connotation plurale (économique, relationnelle, psychologique...) dont la résolution ne dépend pas exclusivement d'une règle de droit, et le conflit (du latin *conflictus*, combat) est le terme dont la connotation juridique paraît la plus ténue, puisqu'il traduit une opposition entre opinions, conceptions, personnes... »

⁸⁷ Déjà en France, un décret des 16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire prévoyait cette nouvelle forme de justice que constituaient les modes amiables, notamment par la voie de l'arbitrage, qui constitue un mode à part. L'article 1er du texte énonçait que « l'arbitrage étant le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens, les législatures ne pourront faire aucun disposition qui tendrait à diminuer soit la faveur, soit l'efficacité des compromis ».

⁸⁸ **S. GUINCHARD (dir.)**, *Droit processuel : droits fondamentaux du procès*, 9ème éd., Dalloz, 2017, p. 1370 et s., spéc. n° 585 : « La notion de règlement amiable inclut également l'ensemble des actes et des procédures qui tendent à favoriser la conclusion du litige par voie d'accord ; il s'agit d'actes préparatoires qui ne préjugent en rien de la conclusion définitive d'un accord. Ils partagent en commun d'ouvrir un

progression constante⁸⁹ forment ainsi une justice alternative. Ils participent indéniablement au désengorgement des juridictions et au règlement d'un différend à moindre coût, ce qui favorise l'efficacité de la justice⁹⁰. Dans le cadre de l'application des modes amiables, il est possible pour les parties de désigner d'un commun accord un technicien qui va se prononcer sur les éléments techniques de leur litige. Ce recours sécurise le processus de discussion des parties et conduit plus facilement à une négociation entre elles⁹¹. Pour l'instant, cette possibilité est seulement envisagée pour la convention de procédure participative⁹², mais elle peut s'étendre sans difficulté à d'autres processus tels que la médiation ou la conciliation. La faculté de désigner d'un technicien dans une phase non contentieuse a relancé le débat autour de la considération de l'expertise en tant que mode de résolution des différends à part entière⁹³, alors même que l'article 240 du code de procédure civile fait défense au juge civil de donner au technicien mission de concilier les parties.

10. Encadrement légal de l'expertise civile. En France, l'expertise judiciaire a été légalement organisée pour la première fois par une ordonnance d'Henri III aux États de Blois de mai 1579. L'article 162 du texte indiquait que « *d'oresnavant en toutes matières où il sera question d'informer et faire preuve par témoins de la valeur de quelque chose, seront tenues les parties d'une part et d'autre convenir de gens experts et à ce connaissans : et à faute d'en*

processus de négociation, appelé conciliation ou médiation » ; **P. ESTOUP**, « La conciliation judiciaire, avantages, obstacles et perspectives », *Gaz. Pal.*, 1989, 1, p. 299 : « *il vaut mieux s'entendre que plaider* ».

⁸⁹ **CEPEJ**, « Rapport sur les "Systèmes judiciaires européens - édition 2014 (2012): efficacité et qualité de la justice" », Site internet du Conseil de l'Europe, p. 152 : « *Le recours aux mesures alternatives au règlement des litiges (ADR – Alternative Dispute Resolution) continue à se développer dans les Etats - membres. Ces dispositifs alternatifs ont une influence forte sur le nombre d'affaires que les juges auront à trancher, mais aussi sur la façon dont le litige peut être résolu entre les parties. [...] Les ADR peuvent donc [...] améliorer l'efficacité de la justice en diminuant la charge des tribunaux, mais aussi améliorer la qualité de la réponse aux citoyens en leur offrant une possibilité de résoudre un litige en limitant les conséquences dommageables et le coût ou (et) en réduisant la situation contentieuse présentée au juge* ».

⁹⁰ **Conseil de l'Europe, CEPEJ**, « Systèmes judiciaires européens - Édition 2014 (données 2012) : efficacité et qualité de la justice », rapp., 2014, consultable sur le site internet du Conseil de l'Europe : <https://rm.coe.int/systemes-judiciaires-europeens-edition-2014-donnees-2012-efficacite-et/168078958a> ; **AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'Union européenne (AFR), CONSEIL DE L'EUROPE (CdE)**, Manuel de droit européen en matière d'accès à la justice, 2016, site internet du Conseil de l'Europe, p. 54 : https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_access_justice_FRA.pdf

⁹¹ **T. GOUJON-BETHAN**, *L'expertise non judiciaire à l'aune des droits fondamentaux*, l'Harmattan, Coll. Droit privé et sciences criminelles, 2014, p. 12-13, spéc. n° 3 ; **D. KLING**, « L'expertise, une voie nouvelle », *Gaz. Pal.*, 2007, 3, p. 1748.

⁹² C. civ., art. 2062 : « *La convention de procédure participative est une convention par laquelle les parties à un différend s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend ou à la mise en état de leur litige* ». Le recours au technicien est prévu à l'article 1546-3, 4° du code de procédure civile.

⁹³ **J. GIBOIN**, « L'expertise, source de règlement autonome des conflits », in M.-A. FRISON-ROCHE, D. MAZEAUD, *L'expertise*, op. cit., p. 105 ; **J.-J. MARTEL**, « MARD, si l'on osait ? », *AJDI*, 2017, p. 633.

convenir, en seront nommez d'office par les juges pour estimer et évaluer lesdites choses et en rendre raison [...] ». Cette disposition opérait déjà une distinction entre expertise amiable et expertise judiciaire, tout en consacrant le caractère subsidiaire de cette dernière. La mesure judiciaire a ensuite été codifiée par l'ordonnance civile d'avril 1667 donnée à Saint-Germain-en-Laye par Louis XIV. Ce texte possédait le mérite de regrouper les principes gouvernant le déroulement de l'expertise, notamment en matière de désignation de l'expert, de fixation de sa mission, de délais d'exécution ou encore les modalités de sa récusation. Une manifestation des droits fondamentaux était alors déjà perceptible.

En dehors de la loi du 29 juin 1971 et du décret du 23 décembre 2004 régissant plus spécialement l'activité d'expert judiciaire, ce sont les dispositions du code de procédure civile relatives à l'administration judiciaire de la preuve qui déterminent les règles applicable au prononcé et au déroulement de l'expertise judiciaire civile. Celle-ci répond ainsi à des règles propres contenues aux articles 263 à 284-1 du code. Le principe est que l'expertise demeure facultative et subsidiaire. Son caractère optionnel implique que le juge a le droit, conformément à son pouvoir d'appréciation souverain, de refuser son prononcé⁹⁴. Il est le seul à pouvoir déterminer s'il existe un intérêt à instaurer une telle mesure. La subsidiarité de l'expertise signifie quant à elle que la mesure n'a lieu d'être ordonnée que dans le cas où des constatations ou une consultation ne pourraient suffire à éclairer le juge, conformément à l'article 263 du code de procédure civile. Encore faut-il que le juge qui organise une expertise motive les raisons du choix de cette mesure⁹⁵. Dans la pratique, les juges ne semblent pas s'attacher à ces conditions et ordonnent une expertise sans s'assurer préalablement de l'opportunité d'une consultation ou d'une constatation, notamment au regard des coût et délais de ces mesures.

À l'exception du cas particulier du recours au technicien dans la procédure participative qui fait l'objet de règles spécifiques dans le code de procédure civile, l'expertise non judiciaire n'est pas précisément encadrée par la loi. Elle répond à un minimum de règles éparées et générales contenues dans le code de procédure civile ou bien dans le code civil. En tout état de cause la soumission d'un rapport d'expertise non judiciaire au procès doit nécessairement répondre à l'article 9 du code de procédure civile imposant à chaque partie de prouver les faits nécessaires au succès de sa prétention « *conformément à la loi* ». Cette

⁹⁴ Cass. civ., 2ème, 1er déc. 1979, n° 78-13.102, Bull. civ. II, n° 296 ; Le caractère facultatif de l'expertise a été consacré par une loi du 14 avril 1806, laquelle a organisé l'expertise en matière civile.

⁹⁵ CPC, art. 265 : « *La décision qui ordonne l'expertise : Expose les circonstances qui rendent nécessaire l'expertise [...] »*.

disposition fait office de règle dans la mesure où elle incite à vérifier que les opérations d'expertise non judiciaire se déroulent dans le respect de la loi.

11. Insertion de l'expertise dans le droit processuel. Quelque soit sa nature, l'expertise constitue pour le justiciable un mode de preuve susceptible d'être produit dans une instance. Elle entre au demeurant dans la définition même du procès puisque celui-ci se définit comme « *une suite d'événements, organisée au moyen d'une procédure, et tendant à la résolution juridictionnelle d'un litige* », ces événements étant une « *succession des actes, des mesures et des incidents de procédure* »⁹⁶. Il en découle que le déroulement de la mesure d'instruction et/ou la soumission en justice des conclusions d'un expert non judiciaire doivent se conformer aux règles spécifiques rattachées à l'instance : celles-ci forment le droit processuel⁹⁷. D'abord envisagé en droit interne par Henri MOTULSKY comme une discipline juridique consistant en la comparaison des procédures civile, pénale et administrative⁹⁸, le droit processuel s'est transformé⁹⁹. Il se présente désormais comme la « *théorie générale du procès* »¹⁰⁰ ou le « *droit commun du procès* »¹⁰¹ qui impliquent d'envisager les principes généraux applicables aux procédures¹⁰². Cette évolution s'est accompagnée du phénomène de soumission de ces principes de procédure à des normes supérieures d'origines internationale,

⁹⁶ **A. CIAUDO**, « La maîtrise du temps en droit processuel », Jurisdoctoria n° 3, « Le Temps », 2009, p. 21, site internet de Jurisdoctoria ; **J.-F. PERICAUD**, « La déontologie et la responsabilité de l'expert judiciaire », RDI 2001, p. 321 : « *L'expertise est en effet une phase du procès ; elle obéit en conséquence, au respect nécessaire des droits de la défense, posé par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme* ».

⁹⁷ L'étude du droit processuel vient d'Italie et a été conceptualisée par Giuseppe CHIOVENDA sous le terme « *diritto processuale* », à savoir la science du procès (propos repris par **H. VIZIOZ**, in *Études de procédure*, Bordeaux, éd. Brière, 1956, pp. 169-178).

⁹⁸ **H. MOTULSKY**, *Droit processuel*, Paris, Montchrestien, 1973 : Henri MOTULSKY avait en effet proposé au Garde des Sceaux de faire du droit processuel une discipline juridique que les élèves se préparant à la profession d'avocat pourraient étudier. Cette matière consistait pour eux en l'établissement d'une synthèse des grands types de procédures suivies en France devant les trois ordres de juridiction (civile, pénale et administrative).

⁹⁹ **S. AMRANI-MEKKI**, *Le temps et le procès civil*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, vol. 11, 2002, pp. 9 et s., n° 6 : « *D'un droit servile et second, d'une simple mécanique de mise en œuvre des droits substantiels, il lui est reconnu une consistance propre* » ; **G. BOLARD**, « Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Henri Motulsky », JCP G, 1993, I, p. 3693.

¹⁰⁰ **S. AMRANI-MEKKI, L. CADIET, J. NORMAND**, *Théorie générale du procès*, P.U.F, Thémis, 2010, p. 1 : « *Le droit du procès ne peut plus se contenter, aujourd'hui, d'une approche strictement juridique limitée à la seule comparaison des différentes procédures [...] Le développement des sources constitutionnelles et internationales du droit, du droit procédural en particulier, appelle sinon un dépassement, du moins un élargissement de l'analyse comparative par l'approche, plus synthétique, des principes généraux de procédure* ».

¹⁰¹ **S. GUINCHARD (dir.)**, *Droit processuel : droits fondamentaux du procès*, op. cit., avant-propos, p. IX : « *Le droit processuel a changé [...] il s'est transformé en un droit commun du procès, en un droit commun à toutes les procédures [...]* ».

¹⁰² v. également **E. JEULAND**, *Droit processuel général*, Précis Domat, Droit Privé, LGDJ, 4ème éd., 2018, 876 p.

européenne ou constitutionnelle¹⁰³. La métamorphose du droit processuel s'inscrit ainsi dans le mouvement inévitable d'adaptation des règles procédurales aux droits fondamentaux¹⁰⁴, et l'expertise se retrouve saisie par ce phénomène.

II. Les droits fondamentaux, une notion en expansion

12. Apparition et nécessité de définition des droits fondamentaux. L'expression « droits fondamentaux » trouve sa première manifestation dans l'histoire juridique allemande. Elle a été consacrée par la Constitution de l'Empire allemand de mars 1849, pour former par la suite l'intitulé du titre premier de la loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949¹⁰⁵. Selon l'article 1er de ce texte, les droits fondamentaux s'analysent en « *des droits inviolables et inaliénables* » reconnus à tout être humain et constituent le « *fondement de tout communauté humaine, de la paix et de la justice dans le monde* »¹⁰⁶. Pour autant, ces éléments ne suffisent pas à caractériser de manière suffisante les droits fondamentaux en l'état de l'ampleur qu'ils ont prise en droit. Il n'est pas aisé de leur donner une définition unanime tant la formule est récente en droit positif¹⁰⁷. Il demeure indispensable d'effectuer un tel travail dans la mesure où les droits fondamentaux constitueraient une nouvelle catégorie juridique¹⁰⁸ et où l'emploi du terme « fondamental » s'est largement répandu sur le continent européen après la seconde guerre mondiale¹⁰⁹. Une

¹⁰³ S. GUINCHARD (dir.), *Droit processuel : droits fondamentaux du procès*, op. cit., p. 2 et s., spéc. n° 2.

¹⁰⁴ S. GUINCHARD (dir.), *Droit processuel : droits fondamentaux du procès*, op. cit., p. 8 et s., spéc. n° 6 : « Sous l'influence prépondérante des instruments internationaux de protection des libertés et droits fondamentaux, la procédure [...] se trouve placée aujourd'hui sous l'emprise de ces droits [...] » ; S. AMRANI-MEKKI, L. CADIET, J. NORMAND, *Théorie générale du procès*, op. cit., p. 93.

¹⁰⁵ H. OBERDORFF, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, LGDJ, 6ème éd., 2017, p. 50, spéc. n° 26.

¹⁰⁶ Constitution allemande :

https://www.bundestag.de/blob/189762/f0568757877611b2e434039d29a1a822/loi_fondamentale-data.pdf

¹⁰⁷ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français », D., 1995, p. 323 ; Le Conseil constitutionnel a utilisé cette notion pour la première fois dans une décision du 22 janvier 1990 (n° 89-269 DC, cons. 33).

¹⁰⁸ L. RICHER, « Les droits fondamentaux : une nouvelle catégorie juridique ? », AJDA, 1998, numéro spécial p. 1 ; PICARD (E.), « L'émergence des droits fondamentaux en France », AJDA, 1998, numéro spécial, p. 6.

¹⁰⁹ Par exemple, la Constitution française de 1958, prévoit dans son article 34 que la loi fixe les garanties « fondamentales » accordées aux citoyens. La Charte de l'Union européenne du 7 décembre 2000 fait directement référence dans son intitulé aux droits fondamentaux. Le titre 1er de la Constitution espagnole est expressément consacré aux « droits et devoirs fondamentaux » de l'être humain (<https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionFRANCES.pdf>). La Constitution suédoise du 28 février 1974 utilise quant à elle l'expression de « libertés et droits fondamentaux » dans son deuxième chapitre (<http://mjp.univ-perp.fr/constit/se1974.htm>). En outre, la Cour EDH, dans sa décision *Zana contre Turquie* du 25 novembre 1997, associe pour la première un droit reconnu par la Conv. EDH à l'adjectif « fondamental » (CEDH (Grande Chambre), *Zana c. Turquie*, 25 nov. 1997, req. n° 18954/91, § 55 : « La Cour [...] doit, en tenant compte des circonstances de chaque affaire et de la marge d'appréciation dont dispose l'Etat, rechercher si un juste équilibre a été respecté entre le droit fondamental d'un individu à la

certitude règne cependant quant à l'origine des droits fondamentaux : ils découlent de la notion plus connue de « droits de l'homme ».

13. Fondements des droits de l'homme et avènement des droits fondamentaux.

Les droits de l'homme se sont développés autour des principes primordiaux de dignité¹¹⁰, de liberté de l'être humain et d'égalité entre tous¹¹¹. L'école philosophique du droit naturel dans l'Antiquité grecque a largement contribué à leur développement. Portée par l'œuvre *Antigone* de Sophocle et les idées d'Aristote, dont la pensée survivra grâce à Saint Thomas d'Aquin, l'école de droit naturel avance la théorie selon laquelle « *chaque homme, puisqu'il est homme, est doté d'une dignité et d'une universalité inhérente à sa nature humaine* »¹¹². Les droits de l'homme se justifient par l'appartenance de chaque individu à l'humanité¹¹³, de sorte qu'ils se situent dans un ordre rationnel auquel obéit la Nature. L'Église catholique a longtemps participé à la promotion des droits de l'homme. La théorie chrétienne¹¹⁴ repose sur le fait que les individus, parce qu'ils ont été créés par Dieu, possèdent « *des droits qu'ils tiennent de leur nature même et de la relation personnelle que chacun d'eux entretient* » avec le créateur¹¹⁵. Aux 17^{ème} et 18^{ème} siècles, les penseurs des Lumières, dont Jean-Jacques Rousseau¹¹⁶ et Hobbes¹¹⁷, apportent une vision plus moderne des droits de l'homme fondée sur le contrat social. En France, la période révolutionnaire, caractérisée par une revendication prononcée des droits des citoyens a conduit à la rédaction de la Déclaration des droits de l'homme de 1789. Ensuite, la pensée positiviste, s'étalant du 19^{ème} au début du 20^{ème} siècles, rejette l'idée d'un droit naturel pour expliquer la force des droits de l'homme et préfère justifier leur vigueur par l'usage du droit, c'est-à-dire par l'élaboration de normes

liberté d'expression et le droit légitime d'une société démocratique de se protéger contre les agissements d'organisations terroristes »).

¹¹⁰ **J.-F. RENUCCI**, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2012, p. 15, spéc. n° 1 ; Le terme de « dignité » est également repris dans l'article 1er de la loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949 comme justifiant le respect des droits fondamentaux ; **L. FAVOREU et alii**, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 7^{ème} éd., 2016, p. 6, spéc. n° 6.

¹¹¹ **F. SUDRE**, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 13^{ème} éd. refondue, 2016, p. 34-35, spéc. n° 14.

¹¹² **A.-S. SIEW-GUILLEMIN**, *La famille à l'épreuve des droits fondamentaux*, th., Université Côte d'Azur, 2017, p. 12-13, n° 8.

¹¹³ **H. OBERDORFF**, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, op. cit., p. 58-60, spéc. n° 35-38.

¹¹⁴ **G. GUYON**, « Sur quelques fondations de la pensée chrétienne des Droits de l'homme », in J. FERRAND et H. PETIT (dir.), *L'odyssée des Droits de l'homme, t. 1, Fondations et naissances des Droits de l'homme*, actes du colloque international de Grenoble, oct. 2001, l'Harmattan, 2003, pp. 61-74.

¹¹⁵ **J.-F. RENUCCI**, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, op. cit., p. 7.

¹¹⁶ **J.-J. ROUSSEAU**, *Du contrat social ou Principes du droit politique*, 1762.

¹¹⁷ **T. HOBBS**, *Léviathan*, 1651.

protectrices par les gouvernants avec ou sans la participation des citoyens¹¹⁸. Enfin, la seconde moitié du 20^{ème} et le 21^{ème} siècles se caractérisent par une codification intense des droits de l'homme et des moyens pour assurer leur préservation au sein de textes spécifiques, contraignants, et à vocation internationale. Leur élaboration, faisant suite aux traumatismes engendrés par les conflits mondiaux¹¹⁹, poursuit un but de fixation définitive des droits fondamentaux. La Déclaration universelle des droits de l'homme proclamée le 10 décembre 1948, la Conv. EDH signée par les États membres du Conseil de l'Europe le 4 novembre 1950 et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne représentent les textes les plus cruciaux en la matière.

14. La spécificité des droits fondamentaux. Les droits fondamentaux représenteraient une catégorie juridique typique dépassant les notions traditionnelles de « droits de l'homme » et de « libertés publiques »¹²⁰ : *« Avec la notion de droits fondamentaux, l'unité de la matière est restaurée, les clivages sont dépassés. La catégorie des droits fondamentaux est apte à intégrer toutes les générations de droits et libertés, elle dépasse les séparations entre disciplines, elle a une vocation universelle »*¹²¹. En réalité, il faudrait voir en les droits fondamentaux un prolongement des droits de l'homme¹²² à deux égards. En premier lieu, ils sont le résultat d'une démarche de « positivisation » de la philosophie des droits de l'homme¹²³ dont le but est de parvenir à l'établissement d'un régime

¹¹⁸ **M. TROPER**, « Chapitre III, Le positivisme et les droits de l'homme » in M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, Léviathan, PUF, 2011, pp. 31-45.

¹¹⁹ **J.-F. RENUCCI**, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, op. cit., p. 5, spéc. n° 3 : *« Le fondement de ces droits remonte loin dans le temps, mais nul doute que le traumatisme des guerres civiles européennes, qui ont donné lieu à deux conflits mondiaux avec leur cortège d'horreurs et de souffrances, a accéléré et renforcé le processus »* ; **H. OBERDORFF**, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, op. cit., p. 28, spéc. n° 7 : *Du fait des deux guerres mondiales, dont les circonstances n'ont pas permis une réalisation effective des droits fondamentaux, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 a eu l'occasion d'insister à nouveau sur leur importance. Elle considère ainsi, dans son préambule que « la méconnaissance et le mépris des droits de l'homme ont conduit à des actes de barbarie qui révoltent la conscience de l'humanité et que l'avènement d'un monde où les êtres humains seront libres de parler et de croire, libérés de la terreur et de la misère, a été proclamé comme la plus haute aspiration de l'homme » et qu'il est « essentiel que les droits de l'homme soient protégés par un régime de droit pour que l'homme ne soit pas contraint, en suprême recours, à la révolte contre la tyrannie et l'oppression ».*

¹²⁰ **G. LEBRETON**, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Sirey, 8^{ème} éd., 2009 : les libertés publiques ont vocation à être définies et à s'appliquer à l'intérieur des États. L'étendue, la réduction ou la limitation d'une liberté publique dépend donc du droit interne. Pour leur part, les droits de fondamentaux, au même titre que les droits de l'homme, se caractérisent par leur universalisme et leur développement en dehors des frontières

¹²¹ **L. RICHER**, « Les droits fondamentaux : une nouvelle catégorie juridique ? », préc.

¹²² **P. FRAISSEIX**, « Les droits fondamentaux, prolongement ou dénaturation des droits de l'homme ? », RDP, 2001, p. 531 ; **FAVOREU et alii**, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. 75, spéc. n° 87 ; **C. DENIZEAU**, *Droit des libertés fondamentales*, Vuibert, 2018-2019, spéc. n° 2 : l'auteur indique qu'en France, l'expression « droits de l'homme » est nettement antérieure à celle de « droits fondamentaux ».

¹²³ **J. MOULY**, « Les droits sociaux à l'épreuve des droits de l'homme », Dr. Soc., 2002, p. 799 ;

juridique pour en assurer l'effectivité¹²⁴. En second lieu, les droits fondamentaux forment la continuité des droits de l'homme puisqu'ils peuvent consister en des nouveaux droits découlant des évolutions sociales ou encore technologiques¹²⁵.

15. Pluralité de définitions des droits fondamentaux. L'analyse de la doctrine met en lumière les diverses manières employées pour appréhender la fundamentalité d'un droit. Dans un article publié à la revue française de droit constitutionnel, Louis FAVOREU retient une conception dite « organique » des droits fondamentaux, établie selon trois critères¹²⁶. Il s'agit selon lui de droits protégés : premièrement contre le pouvoir exécutif et législatif, deuxièmement en vertu de la loi, de la Constitution et de textes internationaux, et troisièmement par des juges ordinaires, constitutionnels nationaux et internationaux. Dans un dictionnaire consacré à la culture juridique, Monsieur Étienne PICARD fait état de la conception « ordinaire » des droits fondamentaux selon laquelle un droit est qualifié de « fondamental » parce qu'il est considéré comme important, essentiel, déterminant¹²⁷ pour l'être humain. Il qualifie toutefois cette manière de les définir comme incomplète et viciée dans la mesure où « *elle n'indique pas quel est le principe de sa constitution, de sorte que, dans cette doctrine, les droits fondamentaux ne forment pas une véritable catégorie juridique ni même un concept : c'est à peine une notion floue ou vague* ». L'auteur fait également part de la conception positiviste stricte des droits fondamentaux qui n'envisage leur effectivité que s'ils sont inscrits dans la Constitution. Cette définition des droits fondamentaux doit être contestée car elle est trop restrictive : elle ne prend pas nécessairement en compte pas l'influence inévitable du droit international sur la détermination des droits fondamentaux.

¹²⁴ **G. PECES-BARBA MARTINEZ (dir.)**, *Théorie générale des droits fondamentaux*, LGDJ, coll. « Droit et société », 2004, p. 146 : « Sans positivisation, les droits ne sont pas complets, ils ne sont que des idéaux moraux, des valeurs, qui n'existent pas pleinement tant qu'elles ne s'enracinent pas dans la réalité »

¹²⁵ **C. DENIZEAU**, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., spéc. n° 2 : Les droits fondamentaux incluraient les droits de la troisième et quatrième génération et protégeraient, au-delà des individus, des groupes sociaux tels que les travailleurs ou les enfants, et des entités qui n'ont pas encore la qualité de personne humaine comme les embryons ; Par exemple le droit à l'environnement représente un nouveau droit fondamental puisqu'il est inscrit comme tel dans la Charte de l'environnement de 2004 (**M. PRIEUR**, « La charte, l'environnement et la constitution », AJDA, 2003, p. 353 ; **N. LE BONNIEC**, « La reconnaissance d'un droit fondamental à un environnement sain dans l'ordre juridique de l'Union européenne : simple possibilité ou réelle nécessité ? », Rev. UE, 2016, p. 211) ; **L. FAVOREU et alii**, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. 60, spéc. n° 70 : « *Héritière de toute une évolution historique et intellectuelle, aboutissement d'un processus où elle dépasse et complète les étapes et formes précédentes sans nécessairement les annuler, la notion de droits fondamentaux s'est précisément formée et diffusée de manière progressive* ».

¹²⁶ **L. FAVOREU**, « Droit de la Constitution et constitution du droit », Rev. fr. dr. Const., 1990, p. 71 ; Cette conception est partagée par Monsieur Serge GUINCHARD (**S. GUINCHARD**, « Le procès équitable, droit fondamental ? », AJDA, 1998, numéro spécial, p. 191).

¹²⁷ **E. PICARD in D. ALLAND et S. RIALS (dir.)**, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 1ère éd., 2003, v. *Droits fondamentaux*.

Enfin, pour d'autres auteurs, c'est l'être humain lui-même qui justifie en priorité l'existence des droits fondamentaux dans l'ordre juridique, avant même toute intégration de ce droit dans un texte suprême. Madame Marie-Luce PAVIA précise en ce sens qu'« *au sens profond et initial, un droit fondamental mérite son nom lorsqu'il est constituant [...] de l'identité de l'homme dans une société démocratique déterminée* »¹²⁸.

16. Définition retenue des droits fondamentaux. Les droits fondamentaux se caractérisent par deux critères complémentaires : un formel rattaché à l'importance du droit lui-même, et un substantiel lié au bénéficiaire de ce droit.

L'élément formel consiste à considérer un droit comme fondamental parce qu'il est directement prévu par une norme supérieure, qu'elle soit constitutionnelle ou conventionnelle¹²⁹, de sorte qu'il doit être protégé par les autorités judiciaires ordinaires et suprêmes. L'exemple le plus topique reste celui de la Conv. EDH dont la Cour EDH assure l'effectivité à l'échelle européenne. L'on peut également citer la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à laquelle le Traité sur l'Union européenne donne une force juridique contraignante¹³⁰, et qui fait l'objet d'une protection, au sein de l'espace communautaire, de la part de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE)¹³¹. Enfin, en droit interne, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ainsi que la Constitution prévoient un ensemble de garanties fondamentales pour lesquelles le Conseil Constitutionnel établit ou rappelle la fundamentalité¹³². Ce dernier peut également utiliser un droit fondamental pour en révéler un autre : c'est notamment le cas du droit d'accès à internet qui puise sa force des principes de liberté de communication et d'expression¹³³. Le critère formel implique que « *ces droits bénéficient d'une protection très complète, non seulement à l'égard des autorités de l'exécutif, mais aussi du législatif et du judiciaire* »¹³⁴.

Le critère substantiel se caractérise par une dimension davantage philosophique. Il établit l'être humain en tant que fondement principal des droits fondamentaux¹³⁵. L'Homme

¹²⁸ **M.-L. PAVIA**, « Éléments de réflexions sur la notion de droit fondamental », LPA, 6 mai 1994, n° 54, p.6.

¹²⁹ **FAVOREU et alii**, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. 109, spéc. n° 101.

¹³⁰ TUE, art. 6 : « *L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités* ».

¹³¹ **H. LABAYLE**, « Droits fondamentaux et droit européen », AJDA, 1998, numéro spécial, p. 75.

¹³² **Cons. constit.**, « Le conseil constitutionnel et la protection des droits fondamentaux », Présentation faite lors du vingtième anniversaire de la révision constitutionnelle de 1974, site internet du Conseil constitutionnel : https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/pdf/Conseil/droitfon.pdf

¹³³ **L. MARINO**, « Le droit d'accès à internet, nouveau droit fondamental », D., 2009, p. 2045.

¹³⁴ **H. OBERDORFF**, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, op. cit., p. 51-52, spéc. n° 27.

¹³⁵ **FAVOREU et alii**, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. 96-97, spéc. n° 112-113 : pour une

est le destinataire privilégié de ces droits universels ainsi que leur objet. Il est celui qui justifie leur intensité. Tous les droits consacrés lui sont attribués afin qu'il s'épanouisse dans n'importe quel État de droit. Le critère substantiel évolue. En effet, l'être humain ne doit plus être protégé seulement au regard de son physique et de ses sentiments, il doit aussi l'être en tant que justiciable. Les droits fondamentaux doivent alors protéger l'action en justice.

En définitive, les droits fondamentaux représentent l'ensemble des droits primordiaux accordés à tout être humain en vertu de la loi, de normes constitutionnelles et conventionnelles, et dont le respect doit être assuré¹³⁶ et l'esprit préservé par les juridictions ordinaires et suprêmes, celles-ci étant habilitées à prendre des mesures en cas de leur atteinte.

III. Les interinfluences entre l'expertise civile et les droits fondamentaux

17. L'expertise civile confrontée à « l'épreuve » des droits fondamentaux. Le droit actuel est témoin d'un véritable « rayonnement des droits de l'homme et des droits fondamentaux »¹³⁷. Toutes les matières du droit se retrouvent traversées par ces garanties fondamentales¹³⁸. L'expertise, en ce qu'elle est au service du droit, n'est pas épargnée par cette imprégnation. Les liens entre l'expertise et les droits fondamentaux doivent dès lors être examinés. Le terme « épreuve » peut être envisagé sous deux angles diamétralement opposés : s'il suppose une collaboration entre l'expertise et les droits fondamentaux, il suggère aussi leur confrontation.

Premièrement, l'épreuve consiste en un essai par lequel on éprouve la qualité de quelque chose¹³⁹. Cette conception invite à vérifier la manière par laquelle les droits

application des droits fondamentaux aux personnes morales et aux personnes morales de droit public : les droits fondamentaux s'exerceraient à leur égard de manière aspectuelle, c'est-à-dire pour certains droits et pas pour d'autres qui ne peuvent s'appliquer qu'à une personne physique.

¹³⁶ Le respect des droits est plus ou moins relatif en fonction du droit concerné. Tous les droits fondamentaux ne sont en effet pas identiques (**OBERDORFF**, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, op. cit., p. 56, spéc. n° 33). Dans son traité de droit européen des droits de l'homme, Monsieur Jean-François RENUCCI distingue, au sein des droits généraux de la personne de la Conv. EDH, les droits premiers qui constituent le « noyau dur » du texte, comme le droit à la vie ou l'interdiction de l'esclavage (**H. OBERDORFF**, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, op. cit., p. 57, spéc. n° 33 : l'auteur évoque des « droits intangibles »), et les droits conditionnels pouvant faire l'objet d'une ingérence de la part d'un État tels le droit au respect de la vie privée et familiale ou la liberté d'expression.

¹³⁷ **G. HELLERINGER et K. GARCIA**, « Le rayonnement des droits de l'Homme et des droits fondamentaux en droit privé », RIDC, vol. 66, n° 2, 2014, Études de droit contemporain, Contributions françaises au 19ème Congrès international de droit comparé (Vienne, 20-26 juill. 2014) pp. 283-336.

¹³⁸ **F. CHÉNÉDÉ**, « Le droit à l'épreuve des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard CHAMPENOIS*, Defrénois, 2012, pp.139-188 ; **C. DENIZEAU**, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., spéc. n° 1.

¹³⁹ Site internet du dictionnaire Larousse : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/%C3%A9preuve/30610>

fondamentaux sont appliqués dans le cadre d'une mesure d'expertise. En tant que mode de preuve par excellence, elle doit présenter une efficacité certaine, laquelle dépendra nécessairement du respect des droits fondamentaux qui y est opéré. Il conviendra alors de rechercher si le déroulement de l'expertise civile est de nature à garantir ces droits.

Secondement, l'épreuve se caractérise par une adversité, une difficulté, une souffrance éprouvée¹⁴⁰. Il faut y déceler un rapport de force entre l'application des droits fondamentaux et la mise en œuvre d'une expertise civile. Cette confrontation conduira inmanquablement à s'interroger sur la place de la mesure dans le procès. L'absolue nécessité du respect des droits fondamentaux peut-elle remettre en question la place de l'expertise au sein du droit de la preuve dans l'hypothèse d'une atteinte à ces premiers ? Ou, au contraire, si elle parvient à surmonter les obstacles résultant de leur respect, devrait-elle être valorisée ? Ces interrogations sont légitimes dans la mesure où les droits fondamentaux permettent de mettre en évidence les défaillances d'un système afin de le faire évoluer. Les réponses à ces questions dépendront du type d'expertise envisagé : il est certain que l'épreuve des droits fondamentaux variera selon que l'expertise a été ou non ordonnée par un juge.

En tout état de cause, l'épreuve doit aboutir à un résultat : elle permettra de juger de la véritable valeur de l'expertise. C'est en cela que l'étude de l'expertise civile au travers des droits fondamentaux constitue une méthode d'analyse originale. Pour que cette méthode soit réellement effective, il est primordial de fixer ses modalités.

18. Le champ d'application de la méthode : l'identification des droits fondamentaux concernés. Il convient de déterminer quels sont les droits fondamentaux qui entrent directement en lien avec l'étude. La grande variété de ces droits ainsi que leurs différentes natures¹⁴¹ impliquent qu'il n'ont pas tous vocation à s'appliquer au sujet. Préalablement, il y a lieu de préciser que ce sont les droits fondamentaux issus de la Conv. EDH qui serviront principalement de référence. « *Le système prévu par la Convention européenne des droits de l'homme est assurément le plus abouti et très certainement le plus efficace, car il consacre un contrôle juridictionnel effectif et direct des droits garantis : l'action de la Cour européenne des droits de l'homme est forte. Parce qu'il est facile à mettre en œuvre tout en étant contraignant pour les États, le système conventionnel apparaît comme*

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ **L. FAVOREU et alii**, *Droit des libertés fondamentales*, op. cit., p. 61, spéc. n° 69 : les droits fondamentaux peuvent être « *envisagés à la fois comme des garanties objectives et comme des droits subjectifs opposables à tous les pouvoirs* ».

le mécanisme principe de protection des droits de l'homme en Europe »¹⁴². Certains renvois aux décisions constitutionnelles françaises et aux textes communautaires seront effectués, dans la mesure où la CJUE n'hésite pas, pour ces derniers, à se fonder sur les dispositions de la Conv. EDH dans quelques-unes de ses affaires¹⁴³.

Par ailleurs, il est indispensable d'identifier les droits fondamentaux qui saisissent particulièrement l'expertise civile. Qu'elle soit judiciaire ou non, l'expertise s'insère avant tout dans le droit processuel. L'individu sollicitant une expertise ou se prévalant devant le juge d'un rapport unilatéral ou amiable doit bénéficier des droits primordiaux accordés à tout justiciable en matière civile. De ce fait, autant le déroulement de la mesure que la soumission du rapport en justice doivent répondre à des garanties procédurales essentielles. Les « droits fondamentaux procéduraux »¹⁴⁴ s'appliquent donc. Ceux-ci s'expriment à travers la notion de « procès équitable » consacrée par l'article 6 § 1 de la Conv. EDH¹⁴⁵ et énonçant que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil [...] ». Ce principe à valeur constitutionnelle¹⁴⁶ est devenu l'essence de l'instance¹⁴⁷, au point de constituer le cœur du droit processuel actuel¹⁴⁸. La Cour EDH, dont une des missions principales est d'apprécier de manière concrète si une procédure a été équitable, a eu l'occasion d'admettre que le procès équitable contribuait à la bonne organisation et au bon fonctionnement de la justice¹⁴⁹ et qu'il

¹⁴² **J.-F. RENUCCI**, *Droit européen des droits de l'homme, Droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH*, LGDJ, 7ème éd., 2017, p. 37, spéc. n° 35.

¹⁴³ **F. SUDRE**, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 145-148, spéc. n° 94.

¹⁴⁴ **F. SUDRE**, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., p. 550, spéc. n° 356 : « ils constituent la seule catégorie de droits dont le contenu ne renvoie pas à une liberté matérielle mais aux garanties dont un individu dispose dans un état de droit afin de faire valoir ses droits et libertés »

¹⁴⁵ D'autres textes internationaux le prévoient : DDHC de 1789, art. 10 et Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966, art. 14 § 1.

¹⁴⁶ Cons. constit., 17 janv. 2008, n° 2007-561 DC, RD publ. 2009, p. 248, obs. ROUSSEAU et GAHDOUN : le droit au procès équitable tire sa puissance des dispositions de l'article 16 de la DDHC de 1789.

¹⁴⁷ **S. GUINCHARD**, Dalloz, Rép. procédure civile, v. *Procès équitable*, n° 1 ; **G. BOYER**, « La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des parlements », in *Mélanges Maury*, t. 2, *Droit comparé, théorie générale du droit et de droit privé*, 1960, Sirey, p. 257 ; **D. DE BECHILLON, J. FOURVEL et M. GUYOMAR**, « L'entreprise et les droits fondamentaux : le procès équitable », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 37, 1er oct. 2012, p. 157 : « " Procès équitable " ; c'est une affaire sérieuse. Il y a presque une contradiction dans le fait même de s'interroger sur la possibilité qu'un procès ne le soit pas ».

¹⁴⁸ **S. GUINCHARD (dir.)**, *Droit processuel : droits fondamentaux du procès*, op. cit., avant-propos, p. IX ; **S. AMRANI-MEKKI, L. CADIET et J. NORMAND**, *Théorie générale du procès*, P.U.F, Thémis, 2010, p. 8 : le droit processuel est indissociable « [...] des principes fondamentaux de procédure sommairement résumés à travers l'exigence du droit au procès équitable tel qu'il peut résulter par exemple de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme [...] » ; **C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER et S. GUINCHARD**, *Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil*, Précis Dalloz, 34ème éd., 2018, p. 564, spéc. n° 787 : « C'est un modèle universel de procès ».

¹⁴⁹ CEDH (Plénière), *Golder c. Royaume-Uni*, 21 févr. 1975, req. n° 4451/70, série A, n° 18, § 35.

était indissociable du principe d'égalité des armes¹⁵⁰, celui-ci se définissant comme la nécessité pour « *chaque partie [de se voir] offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire* »¹⁵¹. La puissance du procès équitable est telle qu'il possède aujourd'hui une double nature. Son caractère procédural s'accompagne d'une dimension substantielle¹⁵², de sorte qu'il représente également un « *droit essentiel de la personne humaine* »¹⁵³. Dans le cas de l'expertise judiciaire, la question s'est posée de savoir si elle devait garantir le droit au procès équitable alors qu'il ressort de la rédaction de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH que ce droit ne s'applique qu'à l'instance suivie devant un « tribunal »¹⁵⁴. Dans le cas d'une réponse positive, il faut alors s'assurer que la mesure d'expertise respecte l'ensemble des composantes de cette disposition.

D'autre part, le déroulement d'une mesure d'expertise peut entrer directement en conflit avec des droits plus personnels et intimes d'un individu. Ces droits se caractérisent par leur subjectivité. Il forment la notion de « droits fondamentaux subjectifs ». GROTIUS et Hugues DONEAU¹⁵⁵, et plus généralement la doctrine jusnaturaliste¹⁵⁶, ont participé au développement de la notion de « droits subjectifs »¹⁵⁷, aussi qualifiés de « droits substantiels »¹⁵⁸. Pris dans leur dimension fondamentale, ces droits ont pour objectif la sauvegarde de la personne humaine en considération de son physique, de ses sentiments et de

¹⁵⁰ H. SURREL, « L'égalité des armes », in F. SUDRE et C. PICHERAL (dirs.), Institut de droit européen des droits de l'homme, Mission de recherche Droit et justice, *La diffusion du modèle européen du procès équitable*, La documentation française, 2003, pp. 299-328.

¹⁵¹ CEDH (Grande Chambre), *Kress c. France*, 7 juin 2001, req. n° 39594/98, § 72.

¹⁵² S. GUINCHARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 26ème éd., 2018-2019, v. *Procès équitable*. : « *Issu du droit naturel, le droit à un procès équitable est devenu un droit substantiel, la garantie de la garantie des droits* » ; C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER et S. GUINCHARD, *Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil*, op. cit., pp. 479-480, spéc. n° 789.

¹⁵³ P. TAVERNIER, « Le procès équitable, jurisprudence du Comité des droits de l'homme de l'ONU », RTDH 1996, p. 4 et s. : « [le droit au procès équitable] *n'est-il pas un droit purement procédural, mais il acquiert, dans une certaine mesure, la valeur d'un droit substantiel* » ; S. GUINCHARD, « Le procès équitable, garantie formelle ou droit substantiel ? », Mélanges Farjat, 1999, AJDA juill.-août 1998, n° spé. sur les droits fondamentaux.

¹⁵⁴ H. MUSCAT, « L'un des éléments d'une procédure équitable au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme est le caractère contradictoire de celle-ci », AJDA, 1999, p. 173.

¹⁵⁵ P. HAGGENMACHER, *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, Publications de l'Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales Genève, PUF, 1ère éd., 1983, pp. 178-179 : l'auteur évoque les conceptions des droits subjectifs offertes par GROTIUS et Hugues DONEAU, dont la principale vise à les faire entrer dans la catégorie du droit matériel, qui se différencie de la procédure.

¹⁵⁶ L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, Coll. Grands dictionnaires, 2004, v. *École du droit naturel*.

¹⁵⁷ D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 1ère éd., 2003, v. *Droit subjectif*.

¹⁵⁸ C. GRIMALDI, « Preuve et droits fondamentaux », Association Henri Capitant, Journées Internationales 2013 Pays-Bas et Belgique, « La preuve », 3 juin 2013, Site internet de l'association Henri Capitant.

sa personnalité¹⁵⁹. Ils doivent ainsi être entendus comme les droits personnels de l'homme découlant directement de sa nature d'être humain¹⁶⁰. Au titre des droits fondamentaux subjectifs, l'on retrouve par exemple le droit à la vie, le droit à l'intégrité physique, ou encore le droit au respect de la vie privée et familiale. La question du respect du corps s'élèvera dans le cadre d'une expertise médicale ou biologique par exemple. Dans d'autres hypothèses, la nécessité de préservation d'un droit fondamental subjectif va justifier le recours nécessaire à une mesure d'expertise. En témoigne la consécration jurisprudentielle d'un droit à l'expertise biologique en matière de la filiation, cette mesure étant fondée sur le besoin essentiel de toute personne de voir établir ses origines¹⁶¹.

Les droits fondamentaux subjectifs ne s'opposent pas nécessairement aux droits procéduraux. Au contraire, les deux s'imbriquent. Un droit subjectif ne saurait être effectif s'il n'est pas assorti d'une action qui permettra d'assurer sa défense. D'autre part, la portée d'un droit de nature processuelle peut être limitée par la force d'un droit subjectif. Dans le cadre d'une expertise judiciaire par exemple, le respect du secret professionnel, résultant du droit au respect de la vie privée, peut être de nature à restreindre le déroulement contradictoire de la mesure¹⁶². C'est dans cette mesure que les rapports entre l'expertise et les droits fondamentaux peuvent être qualifiés de complexes.

19. Les enjeux de la méthode : la volonté de perfectionnement et le renouvellement de l'expertise civile. Dans la complexité qui caractérise les liens entre l'expertise et les droits fondamentaux, deux buts sont pleinement identifiés : l'amélioration et le renouvellement de la mesure afin qu'elle garantisse les droits fondamentaux.

Les diverses réformes en matière d'expertise judiciaire témoignent de l'objectif de

¹⁵⁹ **J.-B. RACINE**, « Remarques sur la distinction entre les droits et les libertés », LPA, 23 sept. 2014, n° 190, p. 7.

¹⁶⁰ Une telle analyse a pu être étendue aux personnes morales dans des hypothèses très exceptionnelles : v. notamment **X. DUPRÉ DE BOULOIS**, « La personne morale, la vie privée, et le référé », comm. sous Cass. civ., 1ère, 17 mars 2016, n° 15-14.072, Bull. d'information 2016 n° 846, I, n° 1060, site internet de la Revue des Droits et Libertés Fondamentaux : <http://www.revuedlf.com/personnes-famille/la-personne-morale-la-vie-privee-et-le-refere-commentaire-sous-cass-civ-1-17-mars-2016-n15-14-072-a-paraitre-au-bulletin> : dans son article, l'auteur évoque les différentes formes de protection de la vie privée des personnes morales.

¹⁶¹ Cass. civ., 1ère, 28 mars 2000, Bull. civ. I, n° 103 : Defrénois, 2000-06-30, n° 12, p. 769, note J. MASSIP ; Dalloz, 2000-10-12, n° 35, p. 731, note T. GARÉ ; JCP 2000-10-25, n° 43/44, concl. C. PETIT et note M.C. MONSALLIER-SAINT-MIEU : « *L'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas l'ordonner* » ; Cass. civ., 1ère, 13 juill. 2016, n° 15-22.848.

¹⁶² Cass. civ., 1ère, 15 juin 2004, n° 01-02.338, Bull. civ. I, n° 171 : « *si le juge civil a le pouvoir d'ordonner à un tiers de communiquer à l'expert les documents nécessaires à l'accomplissement de sa mission, il ne peut, en l'absence de disposition législative spécifique, contraindre un médecin à lui transmettre des informations couvertes par le secret lorsque la personne concernée ou ses ayants droits s'y sont opposés* ».

perfectionnement de la mesure. Par exemple, le décret n° 2012-1451 du 24 décembre 2012, faisant suite aux recommandations de la commission de réflexion sur l'expertise¹⁶³, a conduit à l'instauration dans chaque juridiction d'un magistrat chargé du contrôle des mesures d'instruction et apporté des modifications importantes sur la désignation des experts judiciaires ainsi que sur leur rémunération. Plus récemment, la prise en compte manifeste du secret des affaires dans le procès a conduit le législateur français, sous l'impulsion du droit de l'Union européenne, à lui attribuer un régime spécial de protection face à l'instauration d'une mesure d'expertise¹⁶⁴.

La volonté d'assurer le respect des droits fondamentaux dans l'Union européenne a également permis de dégager les règles essentielles du déroulement d'une mesure d'instruction judiciaire dans l'espace communautaire. L'application du règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale est primordiale en la matière¹⁶⁵. L'euphémisation des échanges et des conflits invite par ailleurs à s'interroger sur les nouvelles perspectives de l'expertise et spécifiquement sur la pertinence d'une expertise judiciaire européenne unique¹⁶⁶.

Grâce aux droits fondamentaux, le droit de la preuve, dans lequel entre indéniablement l'expertise, se précise et s'étend. La reconnaissance par la jurisprudence du droit à la preuve sur le fondement de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH¹⁶⁷ illustre la fonction normative et créatrice des droits fondamentaux en droit interne. Le développement de ce droit, en plus de démontrer l'élasticité du droit au procès équitable, agit nécessairement sur les conditions d'instauration et de déroulement des mesures d'instruction. Il modifie la place de l'expertise judiciaire dans le droit de la preuve mais annonce également une prise en compte plus sérieuse et attentive des expertises non judiciaires dans l'instance.

¹⁶³ **S. AUTIN et C. BUSSIÈRE**, « Rapport de la commission de réflexion sur l'expertise », 31 mars 2011, rapp. au Garde des Sceaux, Site internet du ministère de la justice, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/rapp_com_reflexion_expertise.pdf

¹⁶⁴ Loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires ; **S. PIÉDELIEVRE**, « La loi du 30 juillet 2018 sur le secret des affaires », *Gaz Pal.*, 9 oct. 2018, n° 34, p. 13.

¹⁶⁵ **B. HESS**, « Nouvelles techniques de la coopération judiciaire transfrontière en Europe », *RIDC*, 2003, n° 2, p. 215.

¹⁶⁶ **X. LEDUCQ**, « Marché unique, justices multiples : quelle expertise européenne pour les litiges transfrontaliers ? », *Experts*, févr. 2012, p. 85.

¹⁶⁷ *Cass. civ., 1ère*, 5 avr. 2012, n° 11-14.177, *Bull. civ. I*, n° 85 ; *D.*, 2012, p. 1596, note G. LARDEUX, et p. 2826, obs. J.-D. BRETZNER ; *RTD civ.*, 2012, p. 506, obs. J. HAUSER.

20. Problématique. Sous l'effet des droits fondamentaux, l'expertise civile a subi plusieurs transformations. L'étude de la mesure par le prisme de ces droits met également en évidence ses faiblesses et ses potentiels.

L'expertise judiciaire se retrouve de plus en plus contestée car elle ne répond pas de manière suffisante aux exigences du procès équitable. En tant que petit procès décisif dans le grand¹⁶⁸, il est devenu indispensable, voire naturel, que son déroulement assure les garanties de l'article 6 § 1 qui s'imposent à l'instance. Le terme d'équité s'est peu à peu associé à celui d'expertise pour aboutir à la nécessité d'une « expertise judiciaire équitable »¹⁶⁹. À l'image du procès, l'expertise judiciaire est devenue un facteur de crédibilité et d'efficacité de l'institution de la Justice. Elle devient donc une revendication du justiciable. Pourtant, elle reste coûteuse, longue, et les qualités de l'expert se retrouvent remises en question, notamment au niveau de son indépendance et de ses compétences. Ce constat malheureux s'opère toutefois dans un contexte où le prononcé d'une expertise judiciaire tend à devenir un « droit à » du justiciable. C'est là tout le paradoxe de l'expertise judiciaire. Les droits fondamentaux exercent une influence nuancée sur la reconnaissance et l'intensité du droit à l'expertise judiciaire. Si les droits procéduraux, comme le droit au juge, participent à sa promotion, les droits subjectifs, tel que le droit au respect de la vie privée, limitent son expansion.

L'insuffisance de l'expertise judiciaire pour répondre aux besoins probatoires du justiciable et au souci d'efficacité de la justice explique la prolifération des expertises non judiciaires dans le procès. La reconnaissance du droit à la preuve, sur le fondement de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH, justifie leur prise en compte dans l'instance en tant qu'éléments de preuve. Le droit a dû se saisir de ce phénomène retentissant de déjudiciarisation de la preuve pour le maîtriser. Il est nécessaire que ces mesures, non ordonnées par un juge, se conforment aux droits fondamentaux. Dans le cadre de l'expertise amiable, ceux-ci se trouvent efficacement garantis soit par une équivalence entre les règles contractuelles et les droits fondamentaux, soit par une transposition des règles de l'expertise judiciaire lorsque la mesure d'expertise entre dans la mise en œuvre d'un mode amiable de résolution des différends. Les risques liés à l'élaboration d'une expertise unilatérale doivent conduire à encadrer sa soumission au juge afin qu'elle respecte un minimum de principes. La volonté de sécurisation de l'expertise non judiciaire révèle tout son potentiel et justifie sa promotion.

¹⁶⁸ **F.-X. TESTU**, « Présentation générale », in FRISON-ROCHE (M.-A.) et MAZEAUD (D.), *L'expertise*, op. cit., p. 5.

¹⁶⁹ **J.-P. MARGUENAUD**, « Le droit à l'expertise équitable », D. 2000, p. 111.

Il ne s'agit pas uniquement d'opposer l'expertise judiciaire aux expertises non judiciaires. L'une est susceptible de contribuer au développement ou à l'amélioration de l'autre. Elles s'établissent alors en modèles réciproques. Ainsi le régime de l'expertise judiciaire peut inspirer le législateur et la jurisprudence dans leur travail d'encadrement de l'expertise non judiciaire.

Les évolutions de l'expertise et les exigences qui s'y appliquent conduisent enfin à reconsidérer les rôles de ses protagonistes, à savoir le juge, l'expert et les parties. En effet, le besoin de plus en plus évident d'un expert dans les litiges complexes doit conduire à redéfinir sa place dans la résolution du litige. En témoigne les revendications relatives à la possibilité d'établir l'expertise judiciaire en tant que mode amiable de résolution des différends¹⁷⁰, l'intervention de l'expert étant un facteur de rapprochement des parties. En outre, la nécessité de rendre effectif le droit au juge reconnu à tout justiciable, associée à l'émergence du droit à la preuve, a modifié les rôles des parties et du juge dans l'administration de la preuve. L'instance ne se déroule ainsi plus uniquement sous l'égide des parties, elle fait intervenir de manière plus significative le juge qui représente le service public de l'État. Ce dernier doit alors coopérer avec les parties pour leur permettre d'assurer convenablement leur charge probatoire.

21. Annonce du plan. L'expertise judiciaire s'impose comme l'archétype des mesures d'instruction de la procédure civile. Sa mise en œuvre est indissociable du respect du procès équitable. Ceci suppose de procéder à un état des lieux des garanties procédurales fondamentales applicables à la mesure d'expertise, d'en dévoiler de nouvelles, et de se prononcer sur leur mise en œuvre. Malgré la volonté affirmée de voir appliquer à l'expertise judiciaire les principes découlant de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH, la pratique fait état des nombreuses difficultés rencontrées dans la réalisation de cet objectif. Il est nécessaire d'identifier ces limites et de proposer des solutions pour les faire disparaître, sinon les maîtriser. Ces éléments conduisent à insister sur le renforcement souhaitable de l'équité de l'expertise judiciaire (**Première partie**). La mise en évidence des limites du caractère équitable de l'expertise judiciaire invite à redéfinir de manière générale l'expertise civile. Cette redéfinition doit s'adapter aux nouveaux besoins du justiciable en matière de preuve. L'avènement du droit à l'expertise judiciaire et le développement des expertises non

¹⁷⁰ J. GIBOIN, « L'expertise, source de règlement autonome des conflits », in M.-A. FRISON-ROCHE, D. MAZEAUD, *L'expertise, op. cit.*, p. 105.

judiciaires s'inscrivent dans cette perspective. Ils facilitent la charge probatoire du justiciable tout en permettant le respect des droits fondamentaux. Ces mutations nécessaires de l'expertise civile (**Seconde partie**) doivent être envisagées.

Première Partie. Le renforcement souhaitable de l'équité de l'expertise judiciaire.

Seconde Partie. Les mutations nécessaires de l'expertise civile.

PREMIÈRE PARTIE : LE RENFORCEMENT SOUHAITABLE DE L'ÉQUITÉ DE L'EXPERTISE JUDICIAIRE

22. Soumission de l'expertise judiciaire au procès équitable. Aucune disposition de droit interne ainsi qu'aucun principe consacré par la jurisprudence n'assujettit expressément l'expertise judiciaire aux règles du procès équitable. Il n'est pas suffisant de se convaincre du fait que l'instance étant soumise au respect de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH, l'expertise, en ce qu'elle est un acte accompli dans le cadre du procès¹⁷¹, devrait par conséquent s'y conformer. En réalité, l'adhésion de l'expertise au procès équitable résulte de l'interprétation des dispositions procédurales légales et des décisions jurisprudentielles interne et européenne. Il doit être attribué au terme « équité » la signification que lui donne la Cour EDH, c'est à dire la notion d'égalité menant au respect du procès équitable¹⁷².

23. Dispositions légales internes. Le code de procédure civile prévoit le recours aux mesures d'instruction dans son chapitre relatif aux principes directeurs du procès¹⁷³, lesquels évoquent les droits fondamentaux procéduraux issus de la Conv. EDH. L'article 3 du code attribue au juge la mission de veiller au bon déroulement de l'instance. Ce rôle de « gardien » du procès lui donne notamment la possibilité « *d'ordonner les mesures nécessaires* »¹⁷⁴, en ce compris « *toutes les mesures d'instruction légalement admissibles* »¹⁷⁵. Il en résulte que le juge doit garantir le respect des principes directeurs du procès lorsqu'il décide de recourir à une mesure d'instruction. Il est effectivement indispensable que ces dernières se conforment à l'éthique judiciaire formée par les principes directeurs du procès¹⁷⁶. Cet impératif est renforcé par la possibilité de désigner un magistrat spécialement chargé du contrôle des mesures

¹⁷¹ C. HUGON, « L'expertise à l'épreuve de la contradiction », note sous Cass., ch. mixte, 28 sept. 2012, n° 11-11.381, Gaz. Pal. 10 janv. 2013, n° 10, p. 366 : « Il est indéniable que l'expertise judiciaire, parce qu'elle joue très souvent un rôle clé dans la décision judiciaire, doit respecter les grands principes du procès équitable et notamment celui de l'égalité des armes et de la contradiction ».

¹⁷² N. FRICERO et S. GUINCHARD, *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz Action, 2017-2018, chap. 212, n° 212.10 : « Les instances de la Convention européenne des droits de l'homme ont conféré à l'équité son sens étymologique : *aequitas* « égalité ». Elles considèrent qu'un procès ne serait pas équitable s'il se déroulait « dans des conditions de nature à placer injustement une partie dans une situation désavantageuse » par rapport à l'autre partie ».

¹⁷³ L'influence que les droits fondamentaux exercent sur le droit interne a conduit le législateur français à faire évoluer les règles du code de procédure civile. C'est ainsi que depuis un décret du 9 septembre 1971, ses articles 1er à 24 dressent la liste des principes directeurs du procès.

¹⁷⁴ Toujours selon l'article 3 du code de procédure civile.

¹⁷⁵ CPC, art. 10.

¹⁷⁶ M. OLIVIER, « Essai d'éthique judiciaire en matière d'expertise », Gaz. Pal., 16 nov. 2004, n° 321, p. 10 : « [...] l'importance toute particulière se doit d'être soulignée en ce que ces principes [directeurs du procès] constituent les bases mêmes de notre éthique judiciaire, donc en particulier de la philosophie procédurale afférente aux mesures d'instruction confiées par le juge à des techniciens ».

d'instructions confiées à un technicien¹⁷⁷. Tout comme le juge, les autres protagonistes de l'expertise judiciaire sont tenus de participer au respect des droits fondamentaux procéduraux. Il en va ainsi des parties qui ont un intérêt à la mise en place de la mesure, devant ainsi y apporter leur concours¹⁷⁸, et aussi de l'expert auquel le juge a accordé sa confiance pour procéder aux investigations.

24. Jurisprudences européenne et interne. La Cour EDH applique le principe selon lequel la procédure « *dans son ensemble* », et notamment au regard des modes de preuves, doit présenter une caractère équitable¹⁷⁹. C'est une nécessité qui s'applique nécessairement à l'expertise judiciaire. Aussi, en imposant à l'expert de respecter certaines composantes de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH, la jurisprudence a, au fil du temps, fait pénétrer la mesure d'instruction dans le champ du procès équitable. En témoigne le célèbre arrêt *Mantovanelli contre France* rendu par la Cour EDH le 18 mars 1997, interprété comme élargissant le respect du principe du contradictoire à la phase de l'expertise technique¹⁸⁰, notamment en reconnaissant aux parties la possibilité de contester le rapport de l'expert avant son dépôt devant le juge lorsque les résultats de l'expert sont de nature à influencer de manière prépondérante la décision du juge¹⁸¹. En outre, la Cour de cassation a, au visa des articles 16 et 160 du code de procédure civile qui exigent l'un et l'autre le respect du principe du contradictoire (le second lorsqu'une mesure d'instruction a été instaurée), condamné le fait pour un expert judiciaire de ne pas avoir soumis aux parties, avant le dépôt de son rapport, la teneur des auditions et documents recueillis pendant le déroulement de la mesure, de sorte qu'elles n'ont pas été à même d'en discuter¹⁸². Plus encore, en rendant sa décision sur le fondement de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a dégagé le principe selon lequel « *l'article 341 du nouveau Code de procédure civile qui prévoit des cas de récusation, n'épuise pas nécessairement l'exigence d'impartialité*

¹⁷⁷ CPC, art. 155-1 : « *Le président de la juridiction peut dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice désigner un juge spécialement chargé de contrôler l'exécution des mesures d'instruction confiées à un technicien en application de l'article 232* ».

¹⁷⁸ CPC, art. 11 al. 1er : « *Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus* ».

¹⁷⁹ CEDH (Grande Chambre), *Elsholz c. Allemagne*, 13 juil. 2000, req. n° 25735/94, § 66 ; CEDH (Plénière), *Schenk c. Suisse*, 12 juill. 1988, série A, n° 140, p. 29, §§ 45-46 ; CEDH (Chambre), *H. c. France*, 24 oct. 1989, req. n° 10073/82, série A, n° 162-A, p. 23, §§ 60-61.

¹⁸⁰ CEDH (Chambre), *Mantovanelli c. France*, 18 mars 1997, req. n° 21497/93, § 33.

¹⁸¹ O. LECLERC, *Le juge et l'expert, Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, th. Paris X, 2003, p. 349, spéc. n° 442 : L'arrêt *Mantovanelli c. France* reconnaît implicitement que l'intervention de l'expert dans l'instance contribue à la décision du juge, de sorte que l'expertise doit être menée dans le respect du procès équitable.

¹⁸² Cass. civ., 2ème, 5 déc. 2002, n° 01-10.320, Bull. civ. II, n° 278 p. 220.

requis de tout expert judiciaire »¹⁸³. Il résulte de l'ensemble de ces décisions que les règles du procès équitable doivent s'appliquer à la mesure d'expertise judiciaire.

25. Autonomisation de l'expertise judiciaire et avènement de l'expertise judiciaire équitable. Le souci du législateur de voir appliquer les principes directeurs du procès aux mesures d'instruction et la volonté manifeste de la jurisprudence de faire pénétrer l'expertise judiciaire dans le champ du procès équitable l'érigent en une mesure à part entière¹⁸⁴. Partant, la doctrine fait état d'un véritable droit à une « expertise équitable »¹⁸⁵. L'étude menée dans cette partie doit être l'occasion de s'assurer que le régime actuel de l'expertise judiciaire est conforme aux composantes du procès équitable¹⁸⁶. La mesure doit dès lors être réalisée par un expert indépendant et impartial, dans le respect des principes du délai raisonnable et du contradictoire. Le déroulement de l'expertise doit également garantir les principes plus généraux et primordiaux d'accès au juge et d'égalité des armes qui découlent du procès équitable. À l'image de l'œuvre jurisprudentielle qui a utilisé l'article 6 § 1 de la Conv. EDH pour identifier de nouvelles composantes du procès équitable, cette partie sera également l'occasion d'établir des droits spécifiques rattachés à l'expertise tels que son coût raisonnable ou bien le droit à un expert compétent. Le respect de l'ensemble de ces garanties participe finalement à l'image d'une justice crédible et convaincante et répond à la célèbre formule employée par la Cour EDH selon laquelle « *Justice must not only be done ; it must also be seen to be done* »¹⁸⁷. L'expertise équitable permet en conséquence la réalisation du principe de bonne administration de la justice qui requiert un fonctionnement tant normal qu'efficace des institutions judiciaires en vue de parvenir à la satisfaction du justiciable¹⁸⁸. Ce principe,

¹⁸³ Cass. civ., 2ème, 5 déc. 2002, n° 01-00.224, Bull. civ. II, n° 275 p. 218.

¹⁸⁴ **E. JEULAND et C. CHARBONNEAU**, « Le caractère contradictoire du rapport d'expertise : une contradiction en haut lieu ? », préc. : « *L'expertise apparaît de plus en plus comme une période autonome dans la résolution d'un litige. Elle devient à certains égards une forme de mise en état délégué qui permet une décantation des faits* ».

¹⁸⁵ **N. FRICERO**, « L'impartialité de l'expert, un élément clef de l'expertise équitable », in Mél. D. Tricot, Dalloz-Litec-LexisNexis, 2011, p. 355 ; **J.-P. MARGUENAUD**, « Le droit à l'expertise équitable », préc. ; **J.-C. MAGENDIE**, « Célérité et qualité de la justice : la gestion du temps dans le procès », Rapport au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, Site internet Justice / Presse, p. 20 : « *Une place particulière devait être réservée à l'expertise judiciaire civile, source d'encombrement des juridictions. De manière légitime, les justiciables revendiquent dorénavant le droit, non plus seulement à un procès équitable, mais bien aussi à une "expertise équitable"* » ; **N. GEMSA et J. ROSSANT**, « Le conflit d'intérêts dans l'expertise médico-légale », Gaz. Pal., n° 158, 7 juin 2014, p. 41.

¹⁸⁶ **R. LE CLERC**, « Expert et mesure d'expertise face aux exigences du procès équitable », Experts, févr. 2010, p. 9 ; **V. LAMANDA**, « L'expert et le procès équitable : une relation qui s'harmonise », Experts, 2013, n° 111, p. 4.

¹⁸⁷ CEDH (Chambre), *Delcourt c. Belgique*, 17 janv. 1970, req. n° 2689/65, § 31 : La justice ne doit pas seulement être rendue, elle doit donner également le sentiment d'avoir été bien rendue.

¹⁸⁸ **J. ROBERT**, « La bonne administration de la justice », AJDA, 1995, p. 117 ; **J.-M. FAVRET**, « La "bonne

représentant un objectif à valeur constitutionnelle¹⁸⁹, est rattaché à l'article 6 § 1 de la Conv. EDH par la Cour EDH¹⁹⁰.

26. Plan. Il convient de regrouper les exigences d'indépendance, d'impartialité de l'expert, le droit à un expert compétent et le respect du principe du contradictoire sous la nécessité d'une expertise de qualité (TITRE 1). Les questions du délai de l'expertise et de son coût révèlent quant à elles le caractère raisonnable de la mesure (TITRE 2). Le développement de ces deux titres impliquera de procéder à un état des lieux de la conformité de l'expertise judiciaire aux composantes du principe du procès équitable. Ce travail sera l'occasion de déceler les multiples difficultés en la matière et de proposer des moyens pour renforcer l'équité de la mesure.

administration de la justice" administrative », RFDA, 2004, p. 943. ; **H. APCHAIN**, « Retour sur la notion de bonne administration de la justice », AJDA, 2012, p. 587.

¹⁸⁹ Cons. constit., 3 déc. 2009, Loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution, n° 2009-595 DC : AJDA, 2010, p. 80, ét. A. ROBLOT-TROIZIER et 88, ét. M. VERPEAUX, cons. n° 4 : « *La bonne administration de la justice constitue un objectif de valeur constitutionnelle qui résulte des articles 12, 15 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 [...]* ».

¹⁹⁰ CEDH (Troisième Section), *Sablon c. Belgique*, 10 avr. 2001, req. n° 36445/97, § 96 : « *La Cour rappelle [...] que l'article 6 de la Convention [...] consacre aussi le principe, plus général, d'une bonne administration de la justice* ».

TITRE 1 : L'EXIGENCE D'UNE EXPERTISE DE QUALITÉ

27. Recherche de qualité de l'expertise judiciaire. Dans sa conception positive, la qualité désigne la « *caractéristique de nature bonne d'une chose ou d'une personne* »¹⁹¹ ou encore « *chacun des aspects positifs de quelque chose qui font qu'elle correspond au mieux à ce qu'on en attend* »¹⁹². Ainsi la qualité se rapproche de la notion d'efficacité. L'efficacité, « *installée dans le langage processuel, revendiquée et même vénérée* »¹⁹³, participe au bon fonctionnement de la justice¹⁹⁴. Le strict respect du procès équitable conduit nécessairement à qualifier une instance d'efficace. Il en est de même pour les mesures d'instruction susceptibles d'être ordonnées dans le cadre d'un procès. Le premier titre de cette partie est l'occasion de développer et de montrer quels éléments conduisent à qualifier une expertise judiciaire de qualité. Cela suggère d'identifier, comme l'indique la définition du terme « qualité », ce qui est réellement attendu de la mesure lorsqu'elle est ordonnée. Deux facteurs se révèlent ainsi. En premier lieu, il est nécessaire de s'attarder sur la personne même de l'expert, personnage central de l'expertise. Celui-ci doit en effet présenter certaines valeurs s'inscrivant dans le respect du procès équitable. Ainsi est-il tenu d'être indépendant, impartial et compétent. Il est nécessaire que l'expert judiciaire mobilise son savoir-faire afin d'asseoir sa crédibilité auprès du juge qui l'a désigné¹⁹⁵, ce qui, en outre, justifie sa réinscription sur les listes près les tribunaux. En second lieu, il convient d'étudier l'expertise dans son déroulement. En dehors des questions relatives à sa durée et son coût qui feront l'objet d'un examen spécifique, il se trouve que l'expertise est irriguée par le principe fondamental de la contradiction. Son respect conduit nécessairement à considérer une mesure d'instruction comme efficace.

28. Plan. L'expertise judiciaire se caractérise donc par le professionnel qui la mène et par son déroulement¹⁹⁶. En ce sens, il y a lieu d'étudier consécutivement les qualités attendues

¹⁹¹ Dictionnaire internet du CNRTL : <https://www.cnrtl.fr/definition/qualité>

¹⁹² Dictionnaire internet Larousse : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/qualité/65477>

¹⁹³ S. AMRANI-MEKKI, « Efficacité et nouvelles technologies », Procédures, avr. 2010, n° 4, dossier n° 5.

¹⁹⁴ N. GEMSA et J. ROSSANT, « Le conflit d'intérêts dans l'expertise médico-légale », préc. : « *L'exigence d'impartialité et la qualité de l'expertise sont deux conditions nécessaires à la bonne administration de la Justice* ».

¹⁹⁵ F. CHAUVAUD et L. DUMOULIN, *Experts et expertise judiciaire, France, XIXème et XXème siècles*, Presses Universitaires de Rennes, 2004, p. 172 : « *Détenir des connaissances spéciales ou posséder un savoir-faire particulier ne suffit pas. Encore faut-il persuader la "société judiciaire" ou telle instance ou telle communauté du bien-fondé, voir du caractère indispensable des experts [...]* ».

¹⁹⁶ R. ENCINAS DE MUNAGORRI et O. LECLERC, « Théorie du droit et expertise : conclusion prospective sur les apports de l'analyse juridique », in R. ENCINAS DE MUNAGORRI (dir.), *Expertise et gouvernance du changement climatique*, LGDJ, coll. « Droit et société », t. 51, Paris, 2009, p. 199.

de l'expert (Chapitre 1) ainsi que l'application du principe du contradictoire au sein de la mesure (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : LES QUALITÉS ATTENDUES DE L'EXPERT, ACTEUR DE L'EXPERTISE

29. L'expertise judiciaire représente la mesure d'instruction la plus efficace pour parvenir à la vérité. En ce sens, « expert » et « vérité » sont indissociables, ce qui implique que le professionnel présente certaines qualités que le juge et les parties attendent de lui. La décision du juge dépend directement de la mise en œuvre par l'expert de ses performances. Les qualifications attendues de l'expert ne reposent pas uniquement sur des compétences techniques relevant de son domaine de spécialisation. Son rapport a en effet vocation à être produit en justice, de sorte qu'il doit également maîtriser les règles de l'instance à laquelle il apporte sa science. Il doit donc mesurer l'importance des principes directeurs du procès, les plus significatifs étant les principes d'indépendance et d'impartialité (Section 1). Ces exigences de compétences tant techniques que procédurales forment un ensemble qui appelle à s'interroger sur l'émergence d'un droit à un expert compétent (Section 2).

SECTION 1. LES EXIGENCES D'INDÉPENDANCE ET D'IMPARTIALITÉ DE L'EXPERT

30. Indépendance, impartialité et conflit d'intérêts. Puisqu'il intervient dans le processus judiciaire et qu'il est nommé par le juge, l'expert se retrouve nécessairement soumis au respect des obligations d'indépendance et d'impartialité qui s'imposent à ce premier¹⁹⁷. La Cour EDH considère d'ailleurs que ces garanties prévues à l'article 6 § 1 de la Conv. EDH doivent s'étendre à l'expert judiciaire¹⁹⁸. Cette spécificité met en évidence le décalage entre la procédure d'expertise judiciaire française et celle des pays du *common law*. Dans ces systèmes, les parties peuvent chacune faire appel à un « expert witness », un technicien ou un professionnel qu'elles rémunèrent directement, pour les aider à plaider leurs causes respectives¹⁹⁹. *« L'expertise serait ainsi entachée, aux États-unis, d'une part*

¹⁹⁷ Le respect des garanties d'impartialité se justifie par le fait que l'expert est un auxiliaire de justice, ce qui l'oppose aux professionnels indépendants qui exercent leurs fonctions dans l'intérêt de leurs clients. Pour illustration, la Cour constitutionnelle belge, par un arrêt du 24 février 2009 a considéré que « *les experts judiciaires se trouvent dans une situation fort différente des autres travailleurs indépendants "qui participent au fonctionnement de la justice", tels que les avocats ou les huissiers. En effet, alors que les autres professions visées par les requérants sont fondées sur une relation contractuelle librement choisie et s'exercent dans l'intérêt des clients, l'expert judiciaire est un auxiliaire de justice désigné par le juge pour exercer sa mission en toute indépendance et impartialité, en vue de trouver une solution au litige* » (Cour constitutionnelle belge, 24 févr. 2009, n° 31/2009, B.7.1).

¹⁹⁸ CEDH (Chambre), *Bönisch c. Autriche*, 6 mai 1985, req. n° 8658/79, §§ 33-35.

¹⁹⁹ **H. MUIR WATT**, Dalloz, Rép. de droit internat., v. *Expertise*, art. 2.

irréductible de subjectivité, l'expert venant au soutien de la cause d'une partie, dont serait préservé l'expert travaillant en France au profit de la juridiction »²⁰⁰.

Il n'est pas aisé d'établir une frontière nette entre les exigences d'impartialité et d'indépendance, dans la mesure où elles entrent toutes les deux dans la notion plus large et émergente de conflit d'intérêts²⁰¹. Le concept de conflit d'intérêts, qui irrigue plusieurs branches du droit, correspond, selon une définition précise apportée par Joël MORET-BAILLY, à des situations dans lesquelles une personne en charge d'un intérêt autre que le sien n'agit pas ou peut être soupçonnée de ne pas agir de manière loyale ou impartiale vis-à-vis de cet intérêt, mais dans le but d'en avantager un autre, le sien ou celui d'un tiers²⁰². Cette approche est intéressante puisqu'elle se fonde sur une atteinte aux principes équitables d'indépendance, de loyauté et d'impartialité. Le conflit d'intérêts est également défini par l'article 7-1²⁰³ de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature. Selon cette disposition, applicable aux magistrats, *« constitue un conflit d'intérêts toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction »*. Il convient d'appliquer cette définition à l'expert puisqu'il agit sur décision du juge.

31. Impartialité et indépendance, distinction et rapprochement. La dépendance se manifeste par son caractère externe, c'est-à-dire par des liens de dépendance extérieurs à l'expert qui sont de nature à fausser les résultats de son rapport. La partialité, quant à elle, se matérialise par son caractère interne, personnel. Elle désigne ainsi le parti pris ou le préjugé que possède l'expert vis-à-vis d'une partie à la mesure ou de la situation qui lui est présentée et qui est susceptible d'influencer le déroulement de ses opérations ainsi que la rédaction de ses conclusions. Malgré cette différence, les exigences d'indépendance et d'impartialité sont étroitement liées. Tout d'abord, leur absence est de nature à fausser les résultats de l'expert et donc d'entacher la crédibilité de la mesure d'expertise. Ensuite, elles entraînent des sanctions

²⁰⁰ O. LECLERC, « L'expert dans le procès aux États-Unis : si loin, si proche », Le mensuel de l'université, n° 23, févr. 2008.

²⁰¹ C. OGIER, *Le conflit d'intérêts*, th., Saint-Etienne, 2008 ; T. DOUVILLE, *Les conflits d'intérêts en droit privé*, LGDJ - Lextenso, coll. de l'Institut universitaire Varenne, t. 104, préface C. ALLEAUME, 2014 ; J. VALIERGUE, *Les conflits d'intérêts en droit privé : contribution à la théorie juridique du pouvoir*, th., Bordeaux, 2016.

²⁰² J. MORET-BAILLY, « Définir les conflits d'intérêts », D., 2011, p. 1100 ; V. BOCCARA, (entr. avec J. MORET-BAILLY), « Définir les conflits d'intérêts », LPA, n° 84, 28 avr. 2014, p. 4.

²⁰³ Créé par l'art. 26 de la loi organique n° 2016-1090 du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature.

identiques : la récusation de l'expert, prévue à l'article 234 du code de procédure civile²⁰⁴, la mise en œuvre de sa responsabilité, et des sanctions disciplinaires. Enfin, les deux garanties s'imbriquent puisque la présence de dépendance chez l'expert induit des risques de partialité de sa part²⁰⁵.

32. Plan. Afin de saisir la place particulière des obligations d'impartialité et d'indépendance de l'expert dans le déroulement d'une mesure d'expertise judiciaire, il convient d'étudier le contenu de ces garanties (A), avec leurs spécificités propres, avant d'en développer la mise en œuvre (B), ce qui conduit à envisager les sanctions des situations de dépendance et de partialité ainsi que la relativité des exigences.

§ 1. LE CONTENU DES EXIGENCES D'INDÉPENDANCE ET D'IMPARTIALITÉ DE L'EXPERT

33. L'étude des obligations d'indépendance et d'impartialité de l'expert judiciaire fait apparaître une disparité : alors que l'exigence d'indépendance est incertaine au niveau de ses fondements (A), celle d'impartialité possède le mérite d'être précisément énoncée, en plus d'être étendue dans son champ d'application (B)

A. L'INDÉPENDANCE DE L'EXPERT, UNE EXIGENCE INCERTAINE

34. Définition de l'indépendance et application à l'expert. La notion d'indépendance se rapproche de celle de liberté²⁰⁶, signifiant qu'un individu indépendant est capable d'exercer tous les pouvoirs qui lui sont conférés de manière libre²⁰⁷ et éclairée, sans être soumis à l'influence d'autrui. L'indépendance se rattache donc à la notion de transparence. D'abord applicable au juge²⁰⁸, en ce qu'il lui est interdit, aux termes de l'article

²⁰⁴ CPC, art. 234, al. 1er : « *Les techniciens peuvent être récusés pour les mêmes causes que les juges* ». Cette disposition renvoie inévitablement à l'article L. 111-6 du code de l'organisation judiciaire qui liste les différentes causes de récusation du juge, qui s'appliquent ainsi à l'expert

²⁰⁵ **L. MORLET-HAÏDARA**, *L'indépendance de l'expert judiciaire en question*, D. 2008, p. 2635 ; En témoigne également un arrêt de la Cour de cassation du 29 janvier 2015 aux termes duquel elle a jugé que « *rien ne permettait de retenir [que l'expert] interviendrait à titre quasi exclusif pour le compte de tel ou tel assureur et d'autre part que l'unique correspondance d'un avocat produite à cet effet, se bornant à indiquer que ce même expert était régulièrement missionné par des compagnies d'assurances et le Fonds de garantie, était insuffisante à mettre sérieusement en cause son indépendance et plus particulièrement à faire douter de son impartialité dans l'accomplissement de [sa] mission* » (Cass. civ., 2ème, 29 janv. 2015, n° 14-10.400).

²⁰⁶ **F. GAFFIOT**, *Dictionnaire Latin Français*, Librairie Hachette, 1934, éd. n° 48.

²⁰⁷ **G. CORNU**, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 11^{ème} éd., 2016, p. 538, v. *Indépendance*.

²⁰⁸ **P. BILGER**, « L'indépendance de la justice », *Experts*, n° 136, févr. 2018, p. 4.

6 § 1 de la Conv. EDH²⁰⁹, d'avoir un quelconque lien avec une partie susceptible d'exercer une influence sur la décision qu'il rend, cette exigence doit nécessairement être étendue à l'expert judiciaire²¹⁰. L'indépendance de l'expert est à l'image de celle des juges qui, selon l'assemblée plénière de la Cour de cassation, ne doivent recevoir « *ni pressions ni instructions dans l'exercice de leurs fonctions juridictionnelles* »²¹¹. Cela implique que le technicien ne doit posséder aucun lien avec les parties pour lesquelles il intervient ou le juge qui l'a commis²¹². Un état de dépendance exerce nécessairement une influence sur sa réputation et la qualité de son rapport²¹³. Cette exigence se justifie également par le fait que l'activité exercée par l'expert est de nature libérale, c'est-à-dire excluant tout lien de subordination²¹⁴. Cette obligation étant bien détaillée et possédant une ampleur particulière, il convient de remarquer qu'il n'est pas évident de l'identifier en matière d'expertise judiciaire. Il est nécessaire de procéder à la recherche du devoir d'indépendance de l'expert judiciaire (1) avant d'envisager les différentes formes de dépendance dont il peut faire l'objet (2).

1. La recherche nécessaire du devoir d'indépendance de l'expert judiciaire

35. La nécessité de trouver les sources de l'indépendance de l'expert judiciaire se justifie au regard de l'absence de dispositions spécifiques prévoyant une telle obligation dans les textes relatifs à l'expertise judiciaire (a). Il convient ainsi de puiser dans d'autres données plus originales : la déclaration d'indépendance et l'application de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH (b).

²⁰⁹ La référence à l'indépendance des juridictions découle également de l'article 10 de la Déclaration Universelle Des Droits de l'Homme : « *Toute personne a droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial, qui décidera, soit de ses droits et obligations, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle* ».

²¹⁰ **J.-P. MARGUENAUD**, « Le droit à l'expertise équitable », préc.

²¹¹ Cass., Ass. plén., 15 juin 2012, n° 10-85.678, bull. crim., 2012, Ass. plén., n° 1 ; Il y a lieu de préciser que l'indépendance du juge s'apprécie également à l'égard des pouvoirs exécutif et législatif : à ce propos, v. **S. GUINCHARD (dir.)**, *Droit processuel : droits fondamentaux du procès*, op. cit., pp. 862-889.

²¹² La solution est la même en matière pénale : Cass. crim., 25 sept. 2012, n° 12-82.770, Bull. crim., 2012, n° 197 : le fait pour l'expert désigné par le magistrat instructeur d'avoir des relations professionnelles avec la partie civile étant à l'origine de la plainte initiale constitue un état de dépendance non compatible avec la nécessité d'un procès équitable.

²¹³ **O. LECLERC**, « L'indépendance de l'expert », in K. FAVRO (coord.), *L'expertise : enjeux et pratiques*, Paris, éd. Lavoisier/Tec & Doc, coll. « Sciences du risque et du danger », 2009, p. 167 : « [...] le défaut d'indépendance de l'expert, sans rendre son rapport irrecevable, ne peut manquer d'altérer très fortement la force de conviction qu'il exercera ».

²¹⁴ Cass. civ., 2ème, 25 oct. 2006, n° 05-15.408, Bull. civ. II, n° 285, p. 264.

a. L'absence regrettable de dispositions spécifiques relatives à l'indépendance de l'expert judiciaire

37. Cette absence se traduit par des lacunes dans les textes relatifs à l'expertise judiciaire (α) et dans les limites provenant des règles déontologiques (β).

α . Les lacunes des textes relatifs à l'expertise judiciaire

38. Les dispositions du code de procédure civile. Le code de procédure civile ne prévoit pas l'obligation d'indépendance de l'expert judiciaire. Cette absence est malheureuse dans la mesure où l'exigence d'impartialité est quant à elle expressément requise par l'article 237 du code de procédure civile. Cela surprend d'autant plus que « *l'indépendance est une garantie de l'impartialité* »²¹⁵. L'article 248 du code de procédure civile est certes révélateur de l'obligation d'indépendance, mais pas dans son intégralité. Cette disposition interdit en effet au technicien de « *recevoir directement d'une partie, sous quelque forme que ce soit, une rémunération même à titre de remboursement de débours, si ce n'est sur une décision du juge* ». Elle ne sanctionne alors que la dépendance d'un point de vue économique. Cependant, la pratique de l'expertise judiciaire a permis de mettre en évidence d'autres formes de dépendance.

Devient-il alors possible de déduire la garantie d'indépendance de l'article 234 du code de procédure civile qui prévoit que les techniciens peuvent être récusés pour les mêmes causes que le juge ? Certainement, mais cette disposition est insuffisante, puisqu'elle fait plutôt part de la sanction de l'état de dépendance plutôt que d'en faire une interdiction formelle.

39. Les dispositions de la loi de 1971 et du décret de 2004 relatifs aux experts judiciaires. La loi du 29 juin 1971 ainsi que le décret du 23 décembre 2004 font état des obligations incombant à l'expert judiciaire, mais ils sont lacunaires dans la mesure où ils indiquent seulement que l'expert, en prêtant serment jure d'accomplir sa mission, de faire son

²¹⁵ C'est ce qui résulte d'une délibération du Conseil Consultatif des Juges Européens consacrée aux conseils supérieurs de la magistrature des différents États appartenant au Conseil de l'Europe (Rome, 26 et 27 mars 2007) : « *L'indépendance est une garantie de l'impartialité. Pour être impartial il faut que le juge ne soit pas soumis à personne d'autre pouvoir public ou privé, si ce n'est que la loi. Quand on dit que l'indépendance est une garantie de l'impartialité des juges on doit tenir en compte qu'elle est, par conséquence, une garantie d'égalité des citoyens. Elle est aussi la garantie d'une justice non subordonnée à des raisons d'État ou à des intérêts politiques et économiques* », site internet du Conseil de l'Europe : https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccje/meetings/Conferences/Conseils/CCJE-RAP_2007_10_fr.pdf

rapport et de donner son avis en son honneur et conscience²¹⁶. La dimension morale qui couvre les termes d'honneur et de conscience peut, en soi, constituer une piste, cependant ces notions sont beaucoup trop larges. Il est en effet attendu une définition de la situation de l'indépendance de l'expert judiciaire.

Les articles 2, 6° et 3, 3° du décret du 23 décembre 2004 exigent qu'une personne physique ou morale peut exercer une activité d'expert judiciaire seulement si elle n'exerce « aucune activité incompatible avec l'indépendance nécessaire à l'exercice de missions judiciaires d'expertise ». Ces dispositions ne sont pas non plus suffisantes pour assurer l'indépendance de l'expert car la prohibition de la dépendance se rattache seulement aux conditions d'inscription sur les listes d'expert, et n'envisage pas la création d'un lien de dépendance pendant le déroulement des opérations d'expertise.

β. Les limites provenant des règles déontologiques

40. L'indépendance de l'expert découlant de sa déontologie. La déontologie « tend à être comprise comme le corps de règles que le professionnel se doit de respecter, que ces règles soient d'origine morale ou issues de la réglementation technique »²¹⁷. Elle possède une connotation éthique et a pour principale fonction de promouvoir une pratique professionnelle adéquate²¹⁸. Les règles déontologiques se retrouvent le plus souvent exprimées par une loi sous la forme d'obligations, par des chartes, ou encore par des codes de bonne conduite, des règlements intérieurs ou plus spécifiquement des codes de déontologie. L'obligation d'indépendance attendue de tout expert, véritable devoir de sa part, devrait en conséquence se situer dans les textes applicables à l'expertise judiciaire. Pour rappel, ce n'est pas le cas, le décret du 23 décembre 2004 prévoyant uniquement dans son titre II consacré aux « obligations des experts » que celui-ci, en prêtant serment, jure d'accomplir sa mission en toute honneur et conscience²¹⁹. Une véritable déontologie se doit de préciser les règles qui découlent de ces devoirs d'honneur et de conscience, quand bien même ils possèdent une dimension éthique d'interprétation large. La déontologie a vocation à s'appliquer à l'expertise, même lorsqu'elle n'est pas judiciairement ordonnée. Il existe par exemple une

²¹⁶ Loi n° 71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires, art. 6 ; Décr. n° 2004-1463, 23 déc. 2004 relatif aux experts judiciaires, art. 22.

²¹⁷ D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 1ère éd., 2003, v. *Déontologie*.

²¹⁸ J. MORET-BAILLY, « Que signifie la déontologie aujourd'hui ? », RDSS, 2018, p. 7.

²¹⁹ Décr. n° 2004-1463, 23 déc. 2004 relatif aux experts judiciaires, art. 22.

charte de l'expertise sanitaire, son approbation ayant été portée par un décret n° 2013-413 du 21 mai 2013. L'article L. 1452-2 du code de la santé publique, auquel renvoie le décret, indique que cette charte « *précise les modalités de choix des experts, le processus d'expertise et ses rapports avec le pouvoir de décision, la notion de lien d'intérêts, les cas de conflit d'intérêts, les modalités de gestion d'éventuels conflits et les cas exceptionnels dans lesquels il peut être tenu compte des travaux réalisés par des experts présentant un conflit d'intérêts* ». Elle impose donc un cadre déontologique à l'expertise sanitaire, dont l'obligation d'indépendance.

41. Codes de déontologies et indépendance des experts judiciaires. Il faudrait dès lors se pencher sur l'étude des codes de déontologie, réels recueils des devoirs des professionnels. Il n'existe pas, à l'instar de la profession d'avocat par exemple, un code national de déontologie de l'expert judiciaire à portée générale qui prévoit son indépendance. L'esquisse d'un code de déontologie de l'expert européen a vu le jour²²⁰, mais ce texte n'a pas, en l'état, de force contraignante. Il convient toutefois relever et saluer l'initiative de la création d'un tel code ayant pour ambition à s'appliquer dans l'espace européen. L'article 4 du texte prévoit que « *l'expert, quel que soit son mode de désignation, doit faire preuve de compétence, de probité, de loyauté, d'indépendance et d'impartialité* ». L'article 11 insiste d'ailleurs sur l'obligation d'indépendance, en exigeant de l'expert qu'il fournisse une déclaration susceptible de dévoiler toute situation de conflit d'intérêts dès sa nomination. L'article 40 indique par ailleurs qu'en l'absence d'établissement d'une telle déclaration, « *l'avis de l'expert ne sera pas recevable* ».

42. Professions réglementées et strict respect de l'indépendance par des codes de déontologie. Les obligations déontologiques s'appliquent plus efficacement dans les cas où la profession à laquelle l'expert appartient est réglementée. Selon l'article 3-1, a) de la directive 2005/36/CE du Parlement Européen et du Conseil du 7 septembre 2005, une profession réglementée correspond à « *une activité ou un ensemble d'activités professionnelles dont l'accès, l'exercice ou une des modalités d'exercice est subordonné directement ou indirectement, en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives, à la possession de qualifications professionnelles déterminées* ». La réglementation poursuit un

²²⁰ Site internet du Conseil National des Compagnies d'Experts de Justice, Guide des bonnes pratiques de l'expertise judiciaire civile dans l'Union européenne.
www.fncej.org/documents/uploads/505_2016_01_06_eeei_guide_des_bonnes_pratiques_fr_brochure.pdf

objectif d'excellence d'une profession par l'établissement de lignes de conduite. En matière d'expertise, il va s'agir de déterminer les règles pouvant assurer la qualité de l'expertise et la fiabilité des conclusions de l'expert. Ces règles se retrouvent le plus souvent exprimées dans des codes de déontologie adaptés à la profession en question. Leur examen attentif révèle que ceux-ci insistent grandement sur la nécessité d'indépendance du professionnel. C'est par exemple le cas du code de déontologie des géomètres experts²²¹ ou encore celui des experts-comptables. Concernant cette dernière profession, un décret du 30 mars 2012 relatif à l'exercice de l'activité d'expertise comptable²²² instaure un code de déontologie qui mentionne l'exigence d'indépendance à plusieurs reprises. Ce code de déontologie a le mérite de définir et de condamner strictement les situations de dépendance. En effet son article 146 précise que les experts comptables professionnels, stagiaires et salariés « *doivent être libres de tout lien extérieur d'ordre personnel, professionnel ou financier qui pourrait être interprété comme constituant une entrave à leur intégrité ou à leur objectivité* ». Cette définition possède une dimension éthique à en lire l'article 145 qui dispose que ces personnes « *exercent leur activité avec compétence, conscience professionnelle et indépendance d'esprit* » et « *s'abstiennent, en toutes circonstances, d'agissements contraires à la probité, l'honneur et la dignité* ». C'est pourquoi, le texte leur recommande expressément d'éviter « *toute situation qui pourrait faire présumer d'un manque d'indépendance* »²²³.

Les codes de déontologie trouvent cependant une limite dans le fait que les règles qu'ils contiennent n'ont vocation à s'appliquer qu'à l'expert dont la profession est réglementée. Cela signifie donc que lorsqu'un expert judiciaire est désigné et qu'il n'appartient pas à une profession faisant l'objet d'une réglementation, l'obligation d'indépendance ne pourrait être facilement assurée.

Les dispositions légales spécifiques relatives à l'expertise judiciaire ainsi que la mise en œuvre de la déontologie ne sont pas en mesure d'assurer l'existence d'un réel devoir d'indépendance applicable à tous les experts judiciaires désignés. Il convient de ce fait de mobiliser d'autres éléments, plus originaux (b).

²²¹ Loi n° 46-942 du 7 mai 1946 instituant l'Ordre des géomètres experts et décr. n° 96-478 du 31 mai 1996 portant règlement de la profession de géomètre expert et code des devoirs professionnels.

²²² Ce décret est venu remplacer le précédent décret n° 2007-1387 du 27 septembre 2007 portant code de déontologie des professionnels de l'expertise comptable, lequel a été abrogé.

²²³ Art. 146 du décret.

b. La mobilisation de données originales révélatrices de l'indépendance de l'expert judiciaire

43. L'établissement d'une déclaration d'indépendance (α) ainsi que l'utilisation de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH relatif au procès équitable (β) semblent apporter des solutions au problème d'incertitude de l'existence de l'obligation d'indépendance des experts judiciaires.

α . L'établissement d'une déclaration d'indépendance

44. La déclaration d'indépendance, manifestation de l'éthique de l'expert judiciaire. La nécessité du respect d'une éthique par l'expert et la fragilité des règles relatives à son indépendance ont conduit la doctrine et les professionnels à s'interroger sur l'utilité de l'établissement par celui-ci d'une déclaration d'indépendance²²⁴. Et ceci à l'image des dispositions de l'article R. 221-13 du code de justice administrative²²⁵ qui subordonne la demande d'inscription sur les tableaux d'experts à la rédaction d'une déclaration sur l'honneur spécifique. Dans ce document, le candidat doit mentionner les éventuels liens directs ou indirects avec tout organisme de droit public ou privé intervenant dans son domaine d'activité et s'engager à ne pas effectuer pendant la durée de son inscription d'activité incompatible avec l'indépendance nécessaire à l'exercice des missions qui lui seront confiées. Le mouvement de généralisation de l'établissement de cette déclaration dans des domaines variés, qu'ils entrent ou non dans un cadre juridictionnel²²⁶, fait en effet part de l'importance que représente l'obligation d'indépendance des experts. Celle-ci est d'ailleurs exigée par le code de procédure civile lors du recours à un technicien dans le cadre de la mise en œuvre d'une convention de procédure participative, processus de résolution amiable des différends.

²²⁴ **O. LECLERC**, *L'indépendance de l'expert*, préc. ; **J.-M. BEAUFRERE**, *Faut-il demander à l'expert une « déclaration d'indépendance » ?*, Site internet de la Cour de cassation : https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/conf_de_consensus/bibliographie/consensus_beaufrere_declaration_independance.pdf ; **UCECAAP**, « La déontologie dans l'expertise : Expert, magistrat, avocat : regards croisés », 17 nov. 2017, Marseille.

²²⁵ Modifié par l'article 7 du décret n° 2013-730 du 13 août 2013.

²²⁶ Pour ex. : concernant le personnel de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé, qui est soumis à cette obligation de déclaration d'indépendance conformément à l'article L. 5323-4, 2° du code de la santé publique ; de même pour les experts intervenant dans le cadre de la procédure d'expertise en matière d'accidents médicaux conformément à l'article R. 1142-30-1, 6° b) du code de la santé publique ; L'article 3 du règlement d'expertise de la Chambre de commerce internationale expose qu' « *avant toute proposition, l'expert pressenti signe une déclaration d'indépendance et fait connaître par écrit au Centre les faits ou circonstances qui pourraient être de nature à mettre en cause son indépendance dans l'esprit de la personne faisant la demande de proposition. Le Centre communique ces informations par écrit à ladite personne en lui fixant un délai pour faire connaître ses observations éventuelles* ».

L'article 1548 du code de procédure civile dispose en effet qu' « *il appartient au technicien, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance afin que les parties en tirent les conséquences qu'elles estiment utiles* ».

45. Nécessité d'intégration de l'exigence d'établissement d'une déclaration d'indépendance dans les textes régissant l'expertise judiciaire. Il serait opportun d'insérer dans le code de procédure civile ou dans les lois régissant la profession d'expert une obligation déclarative qui le contraindrait à rédiger, avant chaque mission pour laquelle il est désigné, ou chaque année, une attestation sur l'honneur d'indépendance complète²²⁷. Un tel mécanisme renforcerait également le processus de mise en œuvre de la responsabilité de l'expert qui ne respecterait pas cette obligation d'indépendance. La récurrence de l'établissement complet d'une telle déclaration permettrait aux juridictions civiles de contrôler l'évolution du nombre d'organismes pour lesquels l'expert serait susceptible de travailler, d'en apprécier la pertinence, ce qui, au final, aboutirait au respect plus effectif du principe d'égalité des armes.

β. L'utilisation de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH

46. Bénéfice de l'utilisation de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH. Cette disposition prévoit expressément que « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue [...] par un tribunal indépendant [...]* ». Dans l'arrêt *Bönisch contre Autriche* du 6 mai 1985, la Cour EDH a considéré que la garantie d'indépendance prévu par cette disposition s'étendait nécessairement à l'expert judiciaire²²⁸. L'arrêt *Brandesster contre Autriche* induit la même exigence en la rattachant au principe d'égalité des armes, quand bien même les juges européens ont estimé qu'il n'y avait pas violation du procès équitable en l'espèce²²⁹. L'article

²²⁷ Une telle démarche avait été entreprise par une proposition de loi n° 2055, déposée le 5 novembre 2009, de Monsieur Guy LEFRAND, Madame Geneviève LEVY, Monsieur Jean-François CHOSSY, Madame Marie-Anne MONTCHAMP et plusieurs de leurs collègues visant à améliorer l'indemnisation des victimes de dommages corporels à la suite d'un accident de la circulation. Son article 7 prévoyait en effet l'interdiction pour un médecin d'être conseil de la victime d'un accident de la circulation vis-à-vis d'une compagnie d'assurance dont il est aussi habituellement médecin conseil. Obligation, pour les médecins de déclarer auprès des conseils départementaux de l'ordre des médecins, les noms des compagnies d'assurance pour lesquels ils travaillent ; **S. AUTIN et C. BUSSIÈRE**, « Rapport de la commission de réflexion sur l'expertise », préc., pp. 23-24 : le rapport préconise il est de faire souscrire à tout expert désigné en justice une déclaration d'acceptation de sa mission et d'indépendance.

²²⁸ CEDH (Chambre), *Bönisch c. Autriche*, 6 mai 1985, req. n° 8658/79, §§ 33-35.

²²⁹ CEDH (Chambre), *Brandstetter c. Autriche*, 28 août 1991, req. n° 11170/84, 12876/87 et 13468/87, série A, n° 211, p. 27, §§ 41-42.

6 § 1 de la Conv. EDH constitue ainsi le socle le plus rigide de l'exigence d'indépendance de l'expert et peut être invoqué par le justiciable en cas d'atteinte à cette obligation.

47. Jurisprudence significative. Le procès équitable constitue un facteur indispensable à l'émergence d'une obligation d'indépendance de l'expert judiciaire. C'est par ailleurs au visa de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH qu'en matière pénale, la chambre criminelle de la Cour de cassation a décidé que l'indépendance de l'expert permet de garantir la réalisation du procès équitable²³⁰, alors même que cette obligation n'est pas non plus mentionnée dans le code de procédure pénale. Le principe du procès équitable, applicable *a priori* à l'expert désigné judiciairement, s'étend toutefois à des cas très particuliers d'expertise. À titre d'exemple, un arrêt du 6 juillet 2000 aux termes duquel la première chambre civile a décidé que le droit à un procès équitable implique que l'expert mentionné par l'article L. 332-4 alinéa 2 du code de la propriété intellectuelle pour assister l'huissier instrumentaire ou le commissaire de police procédant à la saisie-contrefaçon d'un logiciel soit indépendant des parties²³¹. En l'espèce un laboratoire et l'Agence pour la Protection des Programmes avaient initié une procédure de saisie-contrefaçon d'un logiciel à l'encontre de l'Institut de France et des sociétés Sorape et Synthélabo. Dans ce cadre, les demandeurs avaient fait usage de l'article L. 332-4 précité qui permet à toute personne ayant qualité pour agir en contrefaçon de logiciels et de bases de données de désigner l'expert de son choix pour assister tous huissiers procédant à la description ou la saisie réelle de la pièce contrefaisante. Cette disposition est particulière dans la mesure où l'expert qui assiste l'huissier n'est pas commis par le juge. Les demandeurs avaient alors désigné comme expert le président de l'Agence pour la Protection des Programmes. Les défendeurs avaient sollicité l'annulation des saisies dans la mesure où l'expert désigné était le représentant de l'agence demanderesse. La cour d'appel ne faisait pas fait droit à cette demande en considérant que l'article L. 332-4 précité donnait le choix de l'expert au requérant sans restriction. En appliquant strictement

²³⁰ Cass. crim., 25 sept. 2012, n° 12-82.770, Bull. crim., 2012, n° 197 : La désignation d'un expert dépendant de l'une des parties ne permet pas de garantir les conditions d'un procès équitable. Doit être approuvée la chambre de l'instruction qui, pour annuler la désignation d'un expert, les actes accomplis par lui et ceux accomplis en sa présence, sur commission rogatoire, retient, notamment, que cet expert est salarié de la société partie civile ayant déposé la plainte initiale et que chaque page de son rapport d'expertise, qui mentionne que ce document est la propriété intellectuelle de ladite société, est rédigé à son en-tête ; **M. LENA**, *Procès équitable et nécessaire indépendance de l'expert judiciaire*, Dalloz actu., 15 oct. 2012 ; **C. RENAUD-DUPARC**, *L'indépendance de l'expert désigné par le juge d'instruction*, AJ Pénal, 2012, p. 659.

²³¹ Cass. civ., 1ère, 6 juill. 2000, n° 97-21.404, 97-22.141, 97-22.392 et 97-22.430, Bull. civ. I, n° 210, p. 136 : LPA, 25 janv. 2001, n° 18, p. 12, note FOUGERAT ; D. 2001, p. 370 ; Gaz. Pal., 24 janv. 2002, n° 24, p. 35, note FORGERON et FRENEL.

l'exigence d'indépendance résultant de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH, la Cour de cassation censure la décision des juges du fond et prononce l'annulation des saisies réalisées. Elle a considéré que quand bien même le code de propriété intellectuelle offre la possibilité au requérant à la saisie contrefaçon de désigner l'expert de son choix, c'est à la condition que ce dernier soit indépendant des parties, et donc du requérant²³².

48. Dès lors que les moyens d'affirmer l'existence d'une obligation d'indépendance de l'expert ont été relevés, il y a lieu d'aborder comment peut se manifester une situation de dépendance. Il devient alors nécessaire d'étudier les différentes formes de dépendance de l'expert judiciaire (2).

2. Les formes de dépendance de l'expert judiciaire

49. Création d'une classification. L'expert judiciaire doit être indépendant à l'égard des parties à la mesure, mais également vis-à-vis du juge qui le désigne. En effet, un lien de dépendance entre le juge et l'expert est de nature à porter atteinte au procès équitable et nuit, par conséquent, aux intérêts des parties en cause. Ce constat suggère d'établir les différents types de liens que l'expert et ces derniers sont susceptibles de tisser et qui pourraient constituer des situations de dépendance. À la lecture des diverses causes de récusation de l'expert prévues à l'article L. 111-6 du code de l'organisation judiciaire, trois formes de dépendance se distinguent : la première est contractuelle, la seconde est affective et la troisième est judiciaire.

50. La dépendance contractuelle. Celle-ci se manifeste par la présence d'un lien contractuel évident entre l'expert et l'une ou les deux parties, et/ou le juge. Ce lien est de nature à fausser, avant même tout commencement des opérations d'expertise, le jugement de l'expert et sa capacité à mener ses investigations de manière équitable. Cette forme de dépendance se traduit par diverses hypothèses prévues par l'article L. 111-6 du code de l'organisation judiciaire : si l'expert ou son conjoint est créancier ou débiteur de l'une des parties ou du juge, si lui ou son conjoint est chargé d'administrer les biens de l'une des parties

²³² Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 28 avril 2004 a appliqué cette jurisprudence constante (n° 02-20.330, Bull. IV, n° 75, p. 78 : D. 2004, p. 1671), cette fois-ci dans le domaine de la contrefaçon de brevets d'invention, pour lesquels la procédure de saisie est fixée à l'article L. 615-5 du code de propriété intellectuelle.

par un contrat de mandat, ou encore s'il existe un lien de subordination entre l'expert ou son conjoint et l'une des parties ou son conjoint. Si ces situations, toutes empreintes d'une dimension économique, amènent au prononcé de la récusation de l'expert, encore faut-il que la dépendance contractuelle alléguée soit suffisamment caractérisée et considérée comme « grave » par les juges. La cour d'appel de Versailles a en effet considéré, dans un arrêt du 2 mars 2011²³³, que le fait pour l'expert désigné par le juge d'avoir été par le passé employé dans la clinique à laquelle était opposée la demanderesse dans la procédure, ne peut suffire à prononcer sa récusation. Dans une autre affaire, les juges du fond ont admis la récusation d'un expert n'ayant pas indiqué au moment de sa désignation qu'il était le président d'une filiale d'un groupe de sociétés partie au litige, cette situation ayant été révélée ultérieurement par une enquête policière²³⁴. Les juges ont estimé que ce lien de subordination économique est de nature à créer, même en apparence, un doute légitime sur l'indépendance de l'expert. Mais la question de la dépendance contractuelle est tenue puisqu'il faut tenir compte, à l'heure actuelle, du financement effectué par des grandes entreprises au bénéfice des experts scientifiques afin que ceux-ci leur apportent leurs conseils ou puissent mieux exercer leurs travaux de recherches. Dans ce cas, en vue d'empêcher toute procédure de récusation, il est nécessaire d'agir en amont et d'exiger de l'expert, fraîchement désigné, qu'il informe le juge et les parties de la nature de ces financements²³⁵.

51. La dépendance affective. Cette forme de dépendance vise les cas dans lesquels l'expert, avant le commencement de sa mission ou au cours de celle-ci, noue ou possède des liens relationnels avec les parties et ou le juge qui le désigne. Ces liens affectifs peuvent se matérialiser par des rapports d'amitié, d'inimitié ou familiaux. Le code de l'organisation judiciaire envisage cette forme de dépendance dans les hypothèses suivantes :

- si l'expert ou son conjoint est parent ou allié de l'une des parties ou de son conjoint ou du juge ou de son conjoint jusqu'au quatrième degré inclusivement ;
- s'il y a amitié ou inimitié notoire entre l'expert et l'une des parties et ou le juge ;
- lorsque l'expert est héritier présomptif ou donataire de l'une des parties.

Ainsi, la récusation de l'expert avait été naturellement admise par la cour d'appel de Rouen, dans une situation où existaient des relations familiales entre l'expert désigné et le membre

²³³ CA, Versailles, 14ème ch., 2 mars 2011, n° 10/03313.

²³⁴ CA, Paris, 23 oct. 2007, n° 05/20336.

²³⁵ **O. LECLERC**, *L'indépendance de l'expert*, préc. : « La clarté faite sur l'existence de ces liens de financement et l'organisation d'une expertise contradictoire semblent constituer une exigence minimale en vue de réduire autant que possible les biais éventuels nés de cette situation ».

d'un syndicat des copropriétaires parties à la mesure d'instruction²³⁶. La dépendance affective chez l'expert doit toutefois être vraisemblablement caractérisée par les juges afin de procéder à la récusation de ce dernier. Ce qui explique que la chambre commerciale de la Cour de cassation ait reproché aux juges du fond de s'être prononcés en faveur de la récusation d'un expert sans avoir recherché s'il avait personnellement entretenu avec la société partie à la mesure d'expertise ou ses dirigeants des relations de nature à faire naître un doute légitime sur sa transparence²³⁷. C'est ainsi que la haute juridiction a considéré comme justifiée la solution des juges d'appel qui avaient démontré une amitié notoire entre l'expert nommé et une société partie au litige dans la mesure où ce premier avait collaboré avec elle de manière durable en qualité de directeur technique et qu'il avait rédigé un article dans le journal de cette entreprise²³⁸. Dans le cadre de l'expertise judiciaire médicale, cette forme de dépendance est expressément prohibée. En effet, l'article R. 4127-105 du code de la santé publique prévoit que « *nul ne peut être à la fois médecin expert et médecin traitant d'un même malade* » et qu'un « *médecin ne doit pas accepter une mission d'expertise dans laquelle sont en jeu ses propres intérêts, ceux d'un de ses parents, d'un de ses proches, d'un de ses amis* ».

52. La dépendance judiciaire. Cette forme de dépendance s'explique par le fait que l'expert ait conservé ou entretient encore des liens de nature judiciaire avec l'une ou les deux parties ou avec le juge qui l'a désigné. La dépendance judiciaire se manifeste de deux manières : soit elle correspond à la situation dans laquelle l'expert ou son conjoint a été ou est en procès avec une des parties à la mesure ou le juge qui le désigne, soit elle représente le fait pour un juge de nommer de manière récurrente le même expert afin de procéder à une mesure d'instruction. Il s'agit donc d'un lien juridictionnel conflictuel ou d'un lien juridictionnel de subordination. Le premier cas ne représente pas de difficulté particulière et a donné lieu à une jurisprudence foisonnante. La deuxième chambre civile considère en effet que l'existence d'un procès entre l'expert judiciaire et l'une des parties constitue une cause péremptoire de récusation, sans qu'il y ait lieu de distinguer suivant que le procès a été engagé avant ou après le commencement des opérations d'expertise ou selon qu'il puise sa raison d'être dans des faits étrangers au déroulement de ces opérations²³⁹. À l'exception bien entendu du procès causé artificiellement par l'une des parties, qui ne peut pas constituer une cause valable de

²³⁶ CA, Rouen, 19 juin 1979, Gaz. Pal. 1979, p. 636, note PETIT.

²³⁷ Cass. com., 5 oct. 2004, n° 02-21.545, inédit.

²³⁸ Cass. civ., 2ème, 5 mai 1993, n° 91-19.476, Bull. civ. II, n° 165.

²³⁹ Cass. civ., 2ème, 13 oct. 2005, n° 04-10.834, Bull. civ. II, n° 249, p. 223 : D. 2005, p. 2630.

récusation de l'expert²⁴⁰. La dépendance judiciaire peut s'étendre au litige existant ou ayant existé entre l'expert et le juge désigné aussi, même s'il est difficilement imaginable qu'un juge nomme son « adversaire » en tant qu'expert. Il est aussi envisageable de penser que l'existence d'un procès entre un expert et un juge autre que celui qui l'a désigné, mais exerçant dans la même juridiction que celui-ci, puisse constituer une situation délicate pouvant mener à la récusation du technicien. Si l'hypothèse du lien juridictionnel conflictuel est prévue à l'article L. 111-6 du code de l'organisation judiciaire, celle du lien juridictionnel de subordination ressort de la pratique de l'expertise. En effet, la fidélité entre l'expert et un juge est susceptible d'engendrer un rapport de subordination²⁴¹ répété pouvant faire naître un doute quant à l'indépendance et la crédibilité de ce premier. Cette situation peut s'avérer tant délibérée qu'involontaire. Elle est délibérée lorsque le juge, faisant confiance à l'expert et reconnaissant certaines de ses compétences va systématiquement désigner le même expert dans un domaine d'intervention spécifique. Dans ce cadre, il est recommandé que le juge assure une « transparence » totale à l'égard des parties, en leur expliquant convenablement et de manière contradictoire les raisons de sa « fidélisation » vis-à-vis d'un expert²⁴². La situation est en revanche involontaire quand l'expert se retrouve être l'un des seuls à posséder des connaissances requises sur un domaine particulier, en d'autres termes lorsqu'il demeure le seul inscrit dans sa catégorie. Dans ce cas, la solution s'offre au juge de désigner un expert qui n'est pas inscrit sur les listes, à charge pour lui d'exposer les circonstances rendant nécessaire cette nomination, conformément à l'article 265 alinéa 2 du code de procédure civile.

53. Malgré l'incertitude des fondements relatifs à l'obligation d'indépendance de l'expert, il convient de relever que l'atteinte à cette exigence, sous ses diverses formes de dépendance, est fermement proscrite. La présence de dépendance chez l'expert peut laisser supposer qu'il est partial (B).

²⁴⁰ Cass. civ., 3ème, 9 oct. 1984, n° 83-11.341, Bull. civ. III, n° 163 ; Gaz. Pal., 1985, 1, Pan. 26, obs. S. GUINCHARD ; JCP 1985, II, p. 20454 ; RTD civ. 1985, p. 212, obs. F. PERROT.

²⁴¹ **J. NORMAND**, « Remarques sur l'expertise judiciaire au lendemain du NCPC », in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Paris, Dalloz, 1981, p. 255.

²⁴² **CONFERENCE NATIONALE DES PREMIERS PRESIDENTS DE COUR D'APPEL et LA COUR DE CASSATION**, *Conférence de consensus. « Les bonnes pratiques juridictionnelles de l'expertise civile »*, version longue, 15 et 16 nov. 2007, Site internet de la Cour de cassation, question 6°-3.

B. L'IMPARTIALITÉ, UNE EXIGENCE ÉTENDUE

54. Définition de l'impartialité et fondements. Si l'indépendance de l'expert fait face à une certaine incertitude en termes de fondements légaux, son impartialité constitue une vertu²⁴³ ancrée dans la loi. L'impartialité, de manière générale tend à assurer une sécurité juridique²⁴⁴ et à respecter l'équilibre de l'instance. Préoccupation d'origine ancienne²⁴⁵, et composante fondamentale du droit au juge²⁴⁶, cette garantie impose une neutralité de la part du magistrat. Elle exige de lui un comportement irréprochable à l'égard des justiciables en lui interdisant de faire preuve de préjugés sur l'affaire qui lui est confiée ou de se positionner en faveur de l'un des plaideurs²⁴⁷. En matière civile, l'exigence d'impartialité trouve sa source dans diverses dispositions légales. Le droit interne en fait état aux articles L. 111-5 et L. 111-6 du code de l'organisation judiciaire, le premier affirmant la nécessité générale d'impartialité des juridictions judiciaires, et le second listant les cas laissant apparaître chez le juge une forme de partialité, et motivant sa récusation. Cette garantie se déduit également de la lecture de l'article 356 du code de procédure civile qui assujettit la demande de renvoi pour cause de suspicion légitime aux mêmes conditions que la demande de récusation du juge. En droit international, l'article 14 § 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, l'article 47 alinéa 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ainsi que l'article 6 § 1 de la Conv. EDH se font en écho en rattachant l'exigence d'impartialité du tribunal à celle d'une justice bonne et équitable.

²⁴³ Pour reprendre le célèbre adage formulé par Robert Badinter ; v. également Colloque du 30 sept. 1991 à la Chambre du commerce et d'industrie de Paris, Discours de Robert Badinter, p.17, site internet de l'Association Française d'Arbitrage: www.afa-arbitrage.com/afa/uploads/2016/07/Manifestation-1991-L-impartialite_de_l-arbitre_par_Robert_Badinter.pdf

²⁴⁴ **S. GUINCHARD (dir.)**, *Droit et pratique de la procédure civile: droits interne et de l'Union européenne*, Dalloz Action, 2014-2015, p. 686, spéc. n° 211.90.

²⁴⁵ Sur l'origine biblique de l'exigence d'impartialité : v. **S. AMRANI-MEKKI, L. CADIET, J. NORMAND**, *Théorie générale du procès*, op. cit., p. 602 ; **S. GUINCHARD (dir.)**, *Droit processuel : droits fondamentaux du procès*, op. cit., p. 915, spéc. n° 363 : citant le Deutéronome, I, 17 : « Vous n'aurez pas de partialité dans le jugement ».

²⁴⁶ **M.-A. FRISON-ROCHE**, *L'impartialité du juge*, D. 1999. p. 53.

²⁴⁷ La Cour EDH a d'ailleurs pu caractériser l'importance du principe d'impartialité et en rappeler l'autonomie en décidant qu' « une interprétation restrictive de l'article 6 parag. 1, notamment quant au respect du principe fondamental de l'impartialité des tribunaux, ne serait pas conforme à l'objet ni au but de cette disposition si l'on songe à la place primordiale que le droit à un procès équitable occupe dans une société démocratique », CEDH, 1er mars 1990, JDI, 1991, p. 773, obs. P. TAVERNIER ; Cette conception sacralisée de l'impartialité a conduit le Conseil Constitutionnel, dans une décision du n° 2003-466 du 20 février 2003, à lui conférer une valeur constitutionnelle : le Conseil constitutionnel a admis que l'impartialité résulte de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et que « toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». L'impartialité ne vise pas seulement à assurer un équilibre entre les parties au sein de l'instance, mais qu'elle doit aussi assurer la garantie d'un État de droit.

55. Double conception de l'impartialité. Depuis l'arrêt *Piersack contre Belgique* du 1er octobre 1982²⁴⁸, la Cour EDH, donne une double conception de la garantie d'impartialité du juge : elle distingue une dimension objective et subjective du principe. Alors que la partialité subjective correspond au « for intérieur » du juge, ses convictions personnelles qui mettent en échec sa neutralité, la partialité objective renvoie à une notion d'apparence, devant permettre de rechercher si le juge offre des garanties suffisantes permettant tout doute légitime sur sa neutralité²⁴⁹. S'opposent ainsi une impartialité fonctionnelle, fondée sur l'exercice même des fonctions du juge qui permettraient d'apprécier sa neutralité en dehors de toute analyse de son for intérieur, et une impartialité personnelle qui viserait, quant à elle, à s'attarder sur les inclinaisons propres du juge pour une partie au procès, c'est-à-dire sur son parti pris²⁵⁰. Les diverses causes de récusation prévues à l'article L.111-6 du code de l'organisation judiciaire font état de cette dualité de l'impartialité. Il est certain que l'amitié ou l'inimitié notoires entre le juge et l'une des parties ainsi que le fait que son conjoint soit chargé d'administrer les biens de l'une des parties constituent des cas de partialité subjective, alors que le fait d'avoir précédemment connu de l'affaire comme juge ou comme arbitre ou et le fait d'avoir conseillé l'une des parties s'apparentent à des situations de partialité objective. Néanmoins, cette distinction a tendance à s'effacer pour favoriser l'impartialité subjective et ceci pour plusieurs raisons. Tout d'abord, l'on considère que peu importe le cas de partialité, celui-ci affecte nécessairement « l'opération de réflexion » du magistrat et conduit indéniablement aux conséquences des situations de partialité sur son for intérieur²⁵¹. Ensuite, parce que la Cour EDH exige que le justiciable invoquant la partialité du juge rapporte la preuve que celui-ci a favorisé, dans son for intérieur l'autre partie. Enfin, parce que la

²⁴⁸ CEDH (Chambre), *Piersack c. Belgique*, 1er oct. 1982, req. n° 8692/79.

²⁴⁹ CEDH (Chambre), *Piersack c. Belgique*, 1er oct. 1982, req. n° 8692/79, § 53 : « Si l'impartialité se définit d'ordinaire par l'absence de préjugé ou de parti pris, elle peut, notamment sous l'angle de l'article 6 § 1 (art. 6-1) de la Convention, s'apprécier de diverses manières. On peut distinguer sous ce rapport entre une démarche subjective, essayant de déterminer ce que tel juge pensait dans son for intérieur en telle circonstance, et une démarche objective amenant à rechercher s'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime ».

²⁵⁰ **R. KOERING-JOULIN**, « Le juge impartial », *Justices* 1998, n° 10, p. 1 et s. ; **S. GUINCHARD (dir.)**, *Droit processuel : droits fondamentaux du procès*, op. cit., pp. 917-918, spéc. n° 363 ; **J.-F. RENUCCI**, « L'exigence d'impartialité au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme », *RSC*, 2005, p. 935 ; L'assemblée plénière de la Cour de cassation avait appliqué, dans un célèbre arrêt n° 94-17.709 célèbre du 6 novembre 1998 (Bull. 1998, Ass. plén., n° 5, p. 7), le caractère objectif de l'impartialité en décidant, après avoir rappelé, sur le fondement de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal impartial », que « lorsqu'un juge a statué en référé sur une demande tendant à l'attribution d'une provision en raison du caractère non sérieusement contestable d'une obligation, il ne peut ensuite statuer sur le fond du litige afférent à cette obligation »

²⁵¹ **S. GUINCHARD (dir.)**, *Droit et pratique de la procédure civile: droits interne et de l'Union européenne*, op. cit., p. 687, spéc. n° 211.92.

conception objective de l'impartialité se rapproche énormément de la notion d'indépendance.

56. L'expert est, à l'instar du juge, soumis à une obligation d'impartialité, laquelle, à la différence de l'indépendance, lui est spécifiquement attribuée par un fondement légal dans le code de procédure civile (1). Son importance, en ce qu'elle implique de la subjectivité, explique également l'extension de son application par la jurisprudence (2).

1. Les fondements de l'impartialité de l'expert

57. Assimilation de l'expert au juge. En matière civile, l'impartialité de l'expert judiciaire est formellement exigée par le code de procédure civile²⁵². Cette garantie découle de l'article 237 qui exige du technicien qu'il accomplisse la mission qui lui est confiée par le juge « *avec conscience, objectivité et impartialité* ». En dehors de ce texte fondateur de l'obligation d'impartialité, l'assujettissement de l'expert à cette exigence s'explique naturellement par son statut d'auxiliaire du juge et de son concours à la procédure de résolution du litige. En ce sens, il est indispensable qu'il respecte les obligations qui s'imposent au magistrat qui le nomme. L'article 234 du code de procédure civile est significatif à cet égard, son alinéa 1er énonçant que « *Les techniciens peuvent être récusés pour les mêmes causes que les juges* ». Le justiciable doit être protégé de l'arbitraire, du parti pris et des préjugés de l'expert, tout comme le juge doit lui garantir son entière neutralité. Cette exigence est le gage d'une expertise dite équitable²⁵³.

²⁵² En matière pénale, l'exigence d'impartialité de l'expert judiciaire est moins évidente à affirmer. En effet, aucune disposition du code de procédure pénale, contrairement à la matière civile, ne fait incomber cette garantie à l'expert. L'argument tenant dans le fait qu'il soit commis par le juge devrait aussi suffire pour s'assurer du respect de son impartialité, mais le déficit légal en la matière rend cette garantie incertaine. Plus encore, aucune obligation déontologique, comme c'est le cas pour l'indépendance, ne permet d'affirmer avec certitude que l'expert pénal doit être impartial. Face à une telle lacune législative, la jurisprudence s'est prononcée, et, tout d'abord, dans un arrêt du 27 octobre 2004, la chambre criminelle de la Cour de cassation a fait entrer l'impartialité de l'expert judiciaire, inscrit ou non sur les listes officielles, dans les obligations relevant de sa mission (Cass. crim., 27 oct. 2004, n° 04-85.182, Bull. crim., n° 260, p. 975 ; 8 juin 2006, Juris-Data n° 2006-033997 ; Procédures 2006, comm. n°251). Plus tard, la chambre criminelle a rattaché l'exigence d'impartialité de l'expert à l'article 6 § 1 de la Conv. EDH en estimant que « *la désignation d'un expert dépendant de l'une des parties ne permet pas de garantir les conditions du procès équitable* » (Cass. crim., 25 sept. 2012, n° 12-82.770, Bull. crim., 2012, n° 197 ; Dalloz actu., 15 oct. 2012, note LÉNA). À la suite de ces décisions, a été émise la nécessité de codifier l'obligation d'impartialité de l'expert pénal dans le code de procédure pénale, notamment en prévoyant les caractères objectif et subjectif de la garantie, mais également la possibilité pour l'expert de remplir une déclaration préalable d'intérêt (S. STAEGER, « L'impartialité des experts commis en matière pénale », Gaz. Pal., 11 déc. 2007, n° 345, p. 2).

²⁵³ N. FRICERO, « L'impartialité de l'expert, un élément clef d'une expertise équitable », in Mélanges Daniel TRICOT, D., 2011, p. 355.

58. Impartialité et égalité des armes. L'impartialité désigne de manière générale, l'impératif de l'expert de traiter les parties de manière égalitaire. Cette exigence se rattache naturellement au principe de l'égalité des armes qui prône « *la possibilité raisonnable d'exposer sa cause dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable par rapport à la partie adverse* ». L'évidence même inclut l'exigence d'impartialité au sein de l'égalité des armes dans la mesure où le parti pris ou les préjugés de l'expert placeraient une partie dans une situation nettement déséquilibrée par rapport à l'autre. Dans le prolongement de cette conception, la Cour EDH a estimé que le fait pour un expert d'être désigné par une juridiction répressive, alors que c'était lui-même qui avait dénoncé le requérant, et le fait pour les juges d'avoir fait prévaloir l'avis de cet expert au détriment d'autres, constituaient une situation de partialité et un véritable déséquilibre portant atteinte au principe d'égalité des armes²⁵⁴.

59. Impartialité et loyauté. L'exigence de loyauté intervient nécessairement dans la garantie d'impartialité attendue de l'expert. L'impartialité, parce qu'elle correspond à une vertu intérieure, possède en effet, une dimension morale qui lui confère toute sa justesse. La Cour de cassation fait part d'une telle approche, puisqu'elle a déjà eu l'occasion d'associer les deux garanties dans une de ses décisions. Elle a en effet décidé que « *le seul fait d'une présence commune des deux architectes à une émission de radio ne suffisait pas à mettre en cause la loyauté* » de l'un d'entre eux désigné comme expert judiciaire²⁵⁵. Les juges confèrent donc à l'impartialité un sens éthique et la rattachent au devoir de loyauté de l'expert. Il est également nécessaire d'évoquer, avec prudence dans la mesure où il n'a aucun réel pouvoir coercitif, l'article 6 du code de déontologie de la profession d'expert judiciaire²⁵⁶ qui prévoit que « *l'expert doit remplir sa mission avec impartialité* », en complétant qu'il « *doit procéder*

²⁵⁴ CEDH (Chambre), *Bönisch c. Autriche*, 6 mai 1985, req. n° 8658/79, § 32 à 35 : « *En premier lieu, le directeur de l'Institut avait été nommé "expert" par le tribunal en vertu de la loi autrichienne; d'après celle-ci, il avait ainsi formellement une fonction d'assistant neutre et impartial du juge. Par là même, ses déclarations devaient avoir plus de poids que celles d'un "expert-témoin" entendu, comme dans la première affaire, à la demande de l'"accusé" [...], alors pourtant que sa neutralité et son impartialité pouvaient, dans les circonstances de la cause, paraître sujettes à caution [...]* Le déséquilibre se révéla particulièrement frappant dans la première procédure, en raison de la différence entre les places respectives de l'expert désigné par le tribunal et de l'"expert-témoin" de la défense. Simple témoin, M. Prändl ne fut admis à comparaître devant le tribunal qu'au moment de sa déposition; pendant celle-ci, il s'entendit interroger tant par le juge que par l'expert; après quoi il se vit relégué dans les bancs du public (§ 12 ci-dessus). En revanche, le directeur de l'Institut exerça les facultés que lui offrait la législation autrichienne; bien plus, il interrogea directement M. Prändl et l'"accusé"».

²⁵⁵ Cass civ., 3ème, 23 juin 2010, n° 09-14.102 et n° 09-65.954, inédit.

²⁵⁶ Code de déontologie de la profession d'expert judiciaire, élaboré par la Fédération nationale des compagnies d'experts de justice (FNCEJ).

avec dignité et correction en faisant abstraction de toute opinion ou appréciation subjective ». Cette règle a le mérite de donner plus d'indications sur la notion même d'impartialité puisqu'elle la rattache aux principes de dignité et de correction, lesquels donnent à l'obligation d'impartialité une portée morale. Le respect de la loyauté devant nécessairement conduire à la confiance du justiciable, la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE), tout en considérant que « *les garanties d'accès à un tribunal indépendant et impartial [...] représentent la pierre angulaire du droit au procès équitable* », estime que chaque juridiction a l'obligation de vérifier qu'elle respecte ces garanties, ce qui est « *est nécessaire à la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer au justiciable* »²⁵⁷. En outre, le lien entre loyauté et impartialité s'exprime au travers de l'article 234 alinéa 3 du code de procédure civile qui énonce que « *si le technicien s'estime récusable, il doit immédiatement le déclarer au juge [...]* ». Cette disposition met profondément en jeu la loyauté de l'expert, puisqu'en considérant être récusable et en s'abstenant d'intervenir à la procédure, il va permettre d'assurer le respect du procès équitable. Cette initiative est d'autant plus importante qu'elle évite à l'expert d'engager sa responsabilité personnelle pour faute s'il ne révèle pas les causes permettant de mettre en doute son impartialité²⁵⁸. Puis, le fait pour l'expert d'omettre intentionnellement de déclarer qu'il présente une cause de récusation porte nécessairement atteinte aux droits fondamentaux d'une des parties au procès, en la plaçant dans une situation particulièrement désavantageuse. C'est ce qui ressort d'un arrêt du 28 juin 2012 aux termes duquel la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel qui a retenu une absence de loyauté intellectuelle légitimement attendue d'un expert judiciaire et un manquement évident au principe de probité²⁵⁹. Celui-ci n'avait en effet pas révélé avoir antérieurement été désigné expert pour des particuliers, parties à la procédure, circonstance susceptible de mettre « *directement et objectivement en cause son impartialité* ».

60. La dimension éthique et déontologique de l'impartialité explique l'importance qu'elle possède en droit positif. Ceci justifie également l'extension par la jurisprudence de son champ d'application (2).

²⁵⁷ CJCE, *Chronopost et La Poste c. UFEX et alii*, 1er juil. 2008, aff. C6341/06P, Europe 2008, n°273, obs. Lidot.

²⁵⁸ G. ROUSSEAU (G.), « La récusation de l'expert judiciaire : légitimité-perversion », *Experts*, 2004, n° 63, p. 15.

²⁵⁹ Cass. civ., 2ème, 28 juin 2012, n° 12-60.064, inédit.

2. L'extension de l'exigence d'impartialité de l'expert

61. Le critère premier de la partialité est le doute, la suspicion. En effet, la garantie d'impartialité de l'expert, tout comme celle du juge, doit être écartée si un doute sur ses convictions personnelles ou sur sa situation objective, permettant ainsi de penser qu'il peut favoriser l'une des parties, est avéré²⁶⁰. La loi liste les situations particulières permettant d'émettre un doute sur l'impartialité de l'expert, à charge pour celui qui s'en prévaut de le démontrer (a). A ce propos, la Cour de cassation a rappelé récemment la nécessité de prouver que cette situation a créé « une situation de conflit d'intérêts » et « un risque inhérent »²⁶¹. Cette liste de situations de cas de récusation, présentée comme limitative, a été étendue par la jurisprudence, sur le fondement du procès équitable, dans un souci certain de protection du justiciable et d'effectivité de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH (b).

a. Les cas de partialité de l'expert prévus par la loi

62. La variété de situations constitutives de partialité. L'article 234 alinéa 1er du code de procédure civile énonçant que « *les techniciens peuvent être récusés pour les mêmes causes que les juges* »²⁶² renvoie nécessairement à l'article L. 111-6 du code l'organisation judiciaire. Ce renvoi induit évidemment que les conceptions objectives et subjectives de l'impartialité s'appliquent également à l'expert. Celles-ci se regroupent autour de huit cas de partialité spécifiques : si l'expert ou son conjoint possède un intérêt personnel à la contestation, si lui ou son conjoint est créancier, débiteur ou héritier présomptif ou donateur

²⁶⁰ La Cour EDH estime que pour déceler une partialité provenant du juge, et de l'expert par extension, les juridictions internes doivent opérer une analyse de la situation consistant « *à se demander si indépendamment de la conduite personnelle du juge [et donc de l'expert], certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier* » (CEDH (Plénière), *Hauschildt c. Danemark*, 24 mai 1989, req. n° 10486/83, § 48). Cette analyse invite à se demander si l'expert présentait au préalable l'indépendance nécessaire à l'accomplissement de sa mission

²⁶¹ Cass. civ. 2ème, 22 sept. 2016, n° 15-21.881, inédit : « [...] *ayant, par motifs propres et adoptés, retenu que l'expert judiciaire réalisait sa mission à titre personnel et non comme salarié d'Egis, qu'il n'existait aucun élément permettant à ce jour d'établir que l'expert avait effectué ses opérations de façon partielle et que ni une situation de conflit d'intérêts ni un risque inhérent n'étaient caractérisés, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que la cour d'appel, qui n'était pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, a écarté la demande de récusation formée par la société Gtie Infi* » ; Sur la notion de conflit d'intérêts : **V. BOCCARA**, « Définir la notion de conflit d'intérêts », LPA, 28 avr. 2014, n° 84, p. 4 : la définition proposée par l'auteur est la suivante : « *Situations dans lesquelles une personne en charge d'un intérêt autre que le sien n'agit pas ou peut être soupçonnée de ne pas agir de manière loyale ou impartiale vis-à-vis de cet intérêt, mais dans le but d'en avantager un autre, le sien ou celui d'un tiers* ».

²⁶² Attention toutefois : Cass. civ., 2ème, 5 mai 1993, n° 91-19.476 : Bull. civ. II, n° 165, p. 88 ; D. 1993. IR 146 : seules les causes de récusation entre les juges et les techniciens sont communes. Ainsi la procédure de récusation des juges prévue aux articles 341 et suivants du code de procédure civile leur est spécifique et n'est pas applicable aux techniciens.

de l'une des parties, si lui ou son conjoint possède un lien de parenté avec une partie, si un procès existe entre une partie et lui ou son conjoint, et s'il y a amitié ou inimitié notoire entre lui et l'une des parties. Ces situations se rattachent à la conception subjective de la partialité en ce qu'elles sont susceptibles de créer chez l'expert du favoritisme pour l'un des plaideurs. Les situations restantes énoncées par cet article constituent les cas de partialité objectifs : si l'expert a connu de l'affaire en tant que tel, s'il a conseillé l'une des parties, s'il est chargé d'administrer les biens de l'une des parties ou encore s'il existe un lien de subordination entre l'expert ou son conjoint et l'une des parties. Dans la dernière cause énoncée, se dégage une situation de dépendance de l'expert qui conduit naturellement à douter de son impartialité. Lorsqu'elle est objective, la partialité suggère que la situation de l'expert avant sa nomination laisse subsister un doute quant à sa possibilité de favoriser une partie. C'est la théorie de l'apparence qui s'applique. Pour déceler ce type de partialité, la Cour EDH va procéder à une analyse de la situation consistant « *à se demander si indépendamment de la conduite personnelle du juge [et donc de l'expert], certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier* »²⁶³. A cet égard, la jurisprudence a pu décider que l'existence de liens commerciaux et financiers entre un plaideur et l'expert, qui n'a été révélée qu'après sa désignation et pour laquelle l'expert est resté silencieux, crée, « même en apparence » un doute légitime sur l'indépendance, et partant sur l'impartialité de celui-ci²⁶⁴. De la même manière, les juges du fond ont relevé des doutes objectifs quant à l'impartialité de l'expert dès lors que celui-ci était inscrit sur une liste d'experts auxquels faisait appel une compagnie d'assurances partie à l'instance²⁶⁵. Lorsqu'elle est subjective, la partialité exige que l'expert ait, dans le cadre de sa mission, favorisé une partie au détriment de l'autre en fonction de convictions personnelles, qu'il ait pris définitivement partie pour l'un des plaideurs. Cela revient ici à se placer du côté de la personnalité de l'expert, à analyser son for intérieur. Il est nécessaire de préciser que l'impartialité est dans tous les cas présumée et qu'il revient à la partie qui la conteste d'en rapporter la preuve²⁶⁶. Toutefois, il faut nécessairement prendre en compte la difficulté de démontrer ce qu'une telle personne pense réellement.

²⁶³ CEDH (Plénière), *Hauschildt c. Danemark*, 24 mai 1989, req. n° 10486/83, § 48.

²⁶⁴ CA, Paris, 23 oct. 2007 : Gaz. Pal. 5-6 mars 2008, p. 18, NDLR.

²⁶⁵ CA, Rouen, 2 févr. 2006, Jurisdata n° 2006-329382.

²⁶⁶ Cass., civ., 3ème, 11 oct. 2006, n° 05-14.309, inédit : « [...] aucun des termes relevés par le moyen n'est susceptible de mettre en cause l'impartialité du juge, laquelle se présume jusqu'à preuve contraire ».

63. Affirmation ancienne du caractère limitatif des hypothèses de récusation. La liste des cas de récusation établie par le code de l'organisation judiciaire, est *a priori* limitative. L'étude de la jurisprudence a pourtant révélé que certaines situations particulières, pourtant semblables à des cas de partialité, ne rentraient dans aucune de ces causes de récusation. Mais à ce titre, la Cour de cassation s'était montrée ferme. Selon elle, l'article 341 du code de procédure civile, renvoyant à l'article L.111-6 du code de l'organisation judiciaire, prévoyait de manière limitative les causes de récusation des juges²⁶⁷. Cette solution, qui doit aussi s'appliquer aux experts judiciaires, créait une véritable insécurité juridique dès lors que l'absence de prise en compte de situations spécifiques pourrait conduire à admettre la partialité de certains experts. Une telle conception n'était toutefois pas compatible avec les données résultant du procès équitable prévu à l'article 6 § 1 de la Conv. EDH. C'est pourquoi la jurisprudence a fait preuve de souplesse et a modifié cette solution.

64. Formulation de l'extension des cas de récusation. Cette modification a été initiée par la question de l'impartialité des juges. La Cour de cassation a en effet considéré que devait encourir la cassation un arrêt qui, pour écarter la demande de récusation présentée sur le fondement de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH, retient que le droit français assure le respect de l'impartialité des juridictions alors que l'article 341 du code de procédure civile qui ne prévoit que huit cas limitatifs de récusation, n'épuise pas nécessairement l'exigence d'impartialité requise de toute juridiction²⁶⁸. Cette solution a été étendue aux experts de justice par un arrêt de principe rendu par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation le 5 décembre 2002²⁶⁹ : en l'espèce une société de vaccin avait sollicité la récusation d'un expert faisant partie d'un collège d'experts désigné par un juge, afin d'établir un lien de causalité entre le vaccin contre l'hépatite B et la maladie développée par le patient, en invoquant le fait que cet expert avait déjà travaillé pour un laboratoire concurrent, lequel était déjà assigné dans des procédures relatives à l'injection d'un vaccin de même type. Les juges du fond s'adonnaient à une interprétation stricte de l'article 341 du code de procédure civile pour rejeter la requête de la demanderesse dès lors que le lien d'un des experts avec une

²⁶⁷ Cass. com., 19 mars 1991, n° 89-21.452, Bull. IV, n° 111, p. 77 ; Cass. civ., 2ème, 14 déc. 1992, n° 91-17.274, Bull. civ. II, n° 314, p. 155 ; JCP 1993, IV, 551.

²⁶⁸ Cass. civ., 1ère, 28 avr. 1998, n° 96-11.637, Bull. civ. I, n° 155, p. 102 ; RTD civ. 1998, p. 744, note PERROT.

²⁶⁹ Cass. civ., 2ème, 5 déc. 2002, n° 01-00.224, Bull. civ. II, n° 275, p. 218.

société concurrente ne correspondait pas à un des cas de récusation prévus par le code de l'organisation judiciaire. Pourtant le conflit d'intérêts était bien présent pour la Cour de cassation. C'est la raison pour laquelle, usant de la formule de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH qui prône l'exigence d'un tribunal indépendant et impartial, elle a cassé l'arrêt de la cour d'appel, en considérant que « *l'article 341 du nouveau Code de procédure civile qui prévoit des cas de récusation, n'épuise pas nécessairement l'exigence d'impartialité requise de tout expert judiciaire* ». En d'autres termes, le procès équitable édicté par le droit européen, réaffirme son influence sur le droit positif interne, et permet ainsi d'élargir la liste des causes de récusation pour admettre des situations nouvelles susceptibles de faire naître chez l'expert une situation de conflit d'intérêts²⁷⁰. En l'espèce, la Cour de cassation, a admis une nouvelle cause de récusation proche de celle correspondant l'existence d'un lien de subordination entre l'expert et l'une des parties : l'existence d'un lien de subordination entre l'expert et le concurrent d'une partie. En tout état de cause, il revient au juge désormais, sans se limiter aux cas de récusation définis par la loi, de contrôler le lien existant entre l'expert et toute personne pour l'issue du procès présente un intérêt. Ces décisions sont révélatrices de l'influence du droit européen sur le droit interne, ce qui laisse à penser que la liste des cas de récusation de l'expert perd de son utilité puisqu'une partie à la mesure d'expertise pourra désormais se fonder de manière générale sur les dispositions de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH pour invoquer la partialité de l'expert. Cette liste ne constitue désormais qu'un guide non exhaustif d'exemples de cas de récusation de l'expert. L'extension des situations de conflit d'intérêts chez l'expert démontre également la prise en compte par la Cour de cassation d'une donnée juridique évidente : le juge et l'expert, bien que soumis au même texte concernant leur récusation, ne possèdent pas les mêmes conditions d'exercice de leur profession.

65. Nécessité d'invoquer l'article 6 § 1 de la Conv. EDH ? Cette jurisprudence n'autoriserait toutefois pas les parties à invoquer uniquement l'article L. 111-6 du code de l'organisation judiciaire pour se prévaloir d'une cause de récusation qui n'entre pas dans les cas qu'il liste. En effet, la Cour de cassation exige que la partie se prévalant d'un cas de partialité d'un expert qui n'entre pas dans les causes établies par la loi invoque obligatoirement l'article 6 § 1 de la Conv. EDH. La deuxième chambre civile a alors approuvé le fait pour une cour d'appel d'avoir « *décidé que la cause de récusation en la personne du technicien ne constitue pas une cause de récusation visée par l'article 341-1 du nouveau*

²⁷⁰ A. PENNEAU, « L'expertise, l'impartialité et le conflit d'intérêts », D. 2003, p. 2260.

Code de procédure civile » dès lors qu'elle n'avait pas été « *saisie sur le fondement de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* »²⁷¹.

66. Les exigences d'indépendance et d'impartialité présentent chacune leurs spécificités, que ce soit au niveau de leurs fondements ou de leurs significations. Les deux exigences se rejoignent cependant dans le fait que l'atteinte à l'indépendance de l'expert conduit nécessairement à un manque de partialité de sa part, que la notion d'impartialité objective se rapproche de la notion d'indépendance, et que le non-respect de ces exigences entraîne un déséquilibre entre les parties au procès. Le dernier point commun de ces garanties réside dans leur mise en œuvre (§ 2).

§ 2. LA MISE EN ŒUVRE DES EXIGENCES D'INDÉPENDANCE ET D'IMPARTIALITÉ DE L'EXPERT

67. Les experts doivent être en mesure d'assurer l'effectivité des exigences d'impartialité et d'indépendance, au risque de subir les diverses sanctions qui s'y rattachent (A). Malgré la diversité de ces sanctions, la pratique de l'expertise judiciaire révèle qu'il reste encore des risques d'atteinte à ces garanties. Il devient nécessaire de les maîtriser (B).

A. LA DIVERSITÉ DES SANCTIONS DU NON-RESPECT DES OBLIGATIONS D'INDÉPENDANCE ET D'IMPARTIALITÉ PAR L'EXPERT

68. Le défaut d'indépendance et/ou d'impartialité d'un expert judiciaire entraîne des sanctions identiques dans leurs effets. Ces dernières demeurent néanmoins différentes quant à leur nature. Elles peuvent être judiciaires (1) ou disciplinaires (2). Ces diverses sanctions démontrent l'importance des obligations d'impartialité et d'indépendance de l'expert et leur place primordiale au sein du procès équitable. Sans le développer par la suite, il convient de remarquer que le droit pénal a établi une sanction face au comportement déloyal de tout personne qui tendrait à rendre un expert dépendant ou partial. L'article 434-8 du code pénal, dans ses dispositions relatives à l'entrave à l'exercice de la justice, dispose en effet que « *toute menace ou tout acte d'intimidation commis envers [...] un expert [...] en vue d'influencer son comportement dans l'exercice de ses fonctions est puni de trois ans*

²⁷¹ Cass. civ., 2ème, 8 nov. 2001, n° 98-21.557, inédit.

d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende »²⁷².

1. Les sanctions judiciaires

69. Diversité des sanctions. Les sanctions prononcées par le juge en présence avérée de dépendance ou de partialité de l'expert sont multiples. En dehors de la nullité du rapport, qui est systématiquement prononcée dès lors qu'un grief est causé à la partie se prévalant de la partialité ou de la dépendance²⁷³, les parties peuvent solliciter la récusation de l'expert (a), celle-ci pouvant se cumuler avec la mise en œuvre de sa responsabilité civile délictuelle (b).

a. La récusation de l'expert, sanction classique de l'atteinte aux obligations d'indépendance et d'impartialité

70. Définition de la récusation. La récusation est la sanction principale du défaut d'impartialité et d'indépendance de l'expert²⁷⁴. Cette procédure donne la possibilité à une partie de demander au juge qui a désigné l'expert ou au magistrat chargé du contrôle des mesures d'instructions de mettre fin à la mission de l'expert²⁷⁵, à charge pour elle de prouver que la situation de dépendance ou de partialité est avérée et a porté atteinte à ses droits de la défense²⁷⁶. En d'autres termes, l'expert nommé est écarté de la procédure et ne pourra pas commencer ou bien poursuivre la mission qui lui a été confiée. Il sera par conséquent procédé à son remplacement, conformément à l'article 325 du code de procédure civile. Ce processus s'apparente à l'action en nullité de droit commun des contrats pour erreur sur les qualités de la

²⁷² En dehors de l'expert, cette disposition vise également le magistrat, le juré ou toute autre personne siégeant dans une formation juridictionnelle, l'arbitre, l'interprète, ou l'avocat d'une partie.

²⁷³ CA, Aix-en-Provence, 16 avr. 2009, n° 08/02179 : « [...] ces trois reproches sont fondés et caractérisent un manque d'impartialité de la part de l'expert, de nature à causer un grief à la société Epba, qu'il convient en conséquence d'annuler le rapport d'expertise et de désigner un autre expert » ; Cass. civ., 2ème, 13 janv. 2012, n° 10-26.366, inédit : « [...] l'obligation d'impartialité mise à la charge de l'expert par l'article 237 du code de procédure civile constitue une formalité substantielle dont l'inobservation est susceptible d'entraîner la nullité de l'expertise » ; À l'égard de la nullité du rapport, la Cour de cassation estime également que le fait pour les parties, dès qu'elles avaient eu connaissance de la cause de récusation invoquée, à adresser un avertissement à l'expert sans mettre en œuvre, préalablement au dépôt du rapport d'expertise, la procédure de récusation prévue à l'article 234 du code de procédure civile, ne peut justifier des griefs de subjectivité et de partialité allégués à l'encontre de l'expert, de sorte que la nullité ne saurait être accordée (Cass. civ., 2ème, 23 nov. 2000, n° 97-11.950, inédit).

²⁷⁴ **F. RENAUD**, « La récusation de l'expert judiciaire dans le procès civil », Experts, juin 2002, n° 55, p. 2.

²⁷⁵ CPC, art. 324 al. 2.

²⁷⁶ Cass. civ., 2ème, 15 oct. 2015, n° 14-22.932, inédit : « [...] ayant retenu que l'énonciation par les experts d'un avis divergent de celui d'une partie sur les causes d'un sinistre n'est pas en soi un signe de partialité à l'égard de celle-ci et qu'à supposer même que leur avis soit erroné, ce qu'il appartiendrait au juge du fond de déterminer, il n'était pas démontré par la société SIHPM qu'il procédait d'une intention malveillante à son égard ou d'un désir de la défavoriser, c'est dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation souverain que la cour d'appel a décidé que cette société ne prouvait pas la partialité des experts à son égard ».

personne²⁷⁷.

71. Gravité de la procédure de récusation et exigences procédurales. Si le processus de remplacement de l'expert ne pose pas de difficultés en pratique, celui de la récusation engendre des questions. En effet, la récusation correspond à une procédure grave. Ceci s'explique dans la mesure où il n'est pas anodin pour un juge d'écarter d'une instance un expert auquel il a accordé sa confiance pour mener une mesure d'instruction et où la récusation d'un technicien est une mesure d'administration judiciaire qui n'est susceptible d'aucun recours²⁷⁸, à l'inverse de l'ordonnance statuant sur le remplacement de l'expert qui peut faire l'objet d'un appel²⁷⁹. Cette gravité justifie que la partie qui entend voir écarter l'expert de l'instance doit présenter sa demande en récusation avant le début des opérations d'expertise, ou dès le moment où la cause de cette récusation s'est révélée. La jurisprudence applique sévèrement ces exigences en condamnant les demandes de récusation tardives. Elle estime que la demande de récusation ne peut intervenir tardivement, quand bien même l'expert n'a pas encore rendu son rapport au juge. À ce titre elle a considéré que l'écoulement d'un délai de 11 mois entre la connaissance par une partie de la cause d'un conflit d'intérêts de l'expert et de sa demande de récusation doit entraîner l'irrecevabilité de cette requête²⁸⁰. Il en est de même lorsque la demande de récusation s'effectue cinq ans après la désignation de l'expert²⁸¹. Enfin, concernant la requête en récusation formée après le dépôt de son rapport par l'expert, la Cour de cassation est et demeure catégorique : cette demande est « *non concevable* »²⁸², et doit être déclarée irrecevable²⁸³.

²⁷⁷ E. JEULAND, *Droit processuel général*, 3ème éd., Montchrestien, Lextenso éditions, 2015, p. 268, spéc. n° 213.

²⁷⁸ CA, Paris, 25 avr. 1978 : Gaz. Pal. 1979. 2. 294, note VIATTE.

²⁷⁹ Cass. civ., 2ème, 14 juin 1978, n° 77-12.084, Bull. civ. II, n° 158, p. 125 : Gaz. Pal. 1978. 2. 578, note VIATTE ; D. 1978. IR 364, obs. JULIEN.

²⁸⁰ Cass. civ., 2ème, 5 déc. 2002, n° 01-00.791, Bull. civ. II, n° 279, p. 220 : « *la Banque Worms fait grief à la cour d'appel d'avoir déclaré irrecevable la demande de récusation, alors, selon le moyen, que si l'article 234, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile dispose que la demande de récusation de l'expert doit être présentée dès la révélation de la cause de récusation, cette exigence n'est pas prescrite à peine de forclusion et relève du pouvoir dont jouit le juge pour apprécier le bien-fondé de la demande ; qu'ainsi en déclarant irrecevable la demande de récusation de M. E... présentée le 30 juin 2000, à raison de la connaissance qu'aurait eu la Banque Worms en juillet 1999 de la participation de M. E... à une expertise pénale cause de cette récusation [...] qu'après avoir relevé que les parties avaient saisi tardivement le juge chargé du contrôle, la cour d'appel a exactement retenu que la demande était irrecevable* ».

²⁸¹ Cass. civ., 2ème, 22 févr. 2012, n° 10-27.110, inédit.

²⁸² Cass. civ., 3ème, 20 juin 1979, n° 77-15.348, Bull. civ. III, n° 139.

²⁸³ Cass. civ., 2ème, 18 nov. 2010, n° 09-13.265, Bull. civ. II, n° 188.

72. Conséquence : responsabilisation des parties à l'expertise. Ces décisions tendent naturellement à responsabiliser les parties, à condamner les manœuvres dilatoires qu'elles seraient à même d'exercer, et à éviter que l'expert soit écarté de la procédure alors que ses opérations sont quasiment achevées. Les conséquences sur le bon fonctionnement de la justice et sur la confiance du justiciable en cette dernière entrent en jeu. L'on pourrait penser qu'empêcher les parties d'agir après le dépôt du rapport de l'expert constitue une atteinte au procès équitable dès lors que cela permettrait de purger une situation bien présente de partialité ou de dépendance, mais un tel raisonnement serait erroné. En effet, ces solutions sont parfaitement cohérentes dès lors que la partie qui n'exerce pas de recours à l'égard de l'expert pour solliciter sa récusation durant un certain temps doit être considérée comme avoir renoncé à invoquer ce droit. C'est la position qu'adopte la Cour de cassation puisqu'elle considère qu'une partie n'est pas recevable à invoquer, devant elle, l'application de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH pour récuser l'expert désigné alors qu'en s'abstenant de le faire avant le commencement des opérations d'expertise, elle a « *renoncé sans équivoque à s'en prévaloir* »²⁸⁴. En l'espèce, le rejet effectué par la deuxième chambre civile s'expliquait par le fait que le requérant aurait dû nécessairement agir dès la désignation de l'expert puisque ceux-ci avaient été auparavant liés par des relations contractuelles, situation que ne pouvait feindre d'ignorer le requérant.

b. L'engagement de la responsabilité civile de l'expert judiciaire

73. Admission de la responsabilité civile délictuelle de l'expert. L'article 237 du code de procédure dispose que : « *le technicien commis doit accomplir sa mission avec conscience, objectivité et impartialité* ». La lecture de cette disposition laisse sous-entendre qu'en cas de non-respect de ces obligations, l'expert engage sa responsabilité civile pour faute au sens de l'article 1240 nouveau de code civil²⁸⁵. Cette position, longtemps rejetée par la jurisprudence dans la mesure où l'expert bénéficiait de la même immunité que celle applicable aux magistrats²⁸⁶, a finalement été adoptée par la Cour de cassation. Celle-ci considère désormais que la responsabilité personnelle de l'expert en raison des fautes

²⁸⁴ Cass. civ., 2ème, 4 juin 2009, n° 08-11.163, Bull. civ. II, n° 140.

²⁸⁵ C. civ., art. 1240 : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* » (anc. art. 1382).

²⁸⁶ A. ROBERT, « La responsabilité civile de l'expert judiciaire », D. 2013, p. 855 : La responsabilité de l'expert ne pouvait être recherchée qu'en cas de fraude ou de dol. L'assimilation entre responsabilités des magistrats et des experts était contestée dans la mesure où ils n'exercent pas les mêmes fonctions au sein de l'instance.

commises dans l'exercice de sa mission relève du droit commun de la responsabilité civile délictuelle²⁸⁷, et non de la responsabilité contractuelle car le technicien est seulement désigné par le juge et n'est lié aux parties par aucun mandat ou partenariat²⁸⁸. Il s'agit ainsi de relever les trois conditions nécessaires à l'engagement de la responsabilité civile : une faute, un dommage et un lien de causalité entre les ces deux premiers. En pratique, la mise en œuvre de la responsabilité de l'expert se révèle peu courante dès lors que l'établissement du dommage et du lien de causalité est difficile.

74. Nature de la faute commise par l'expert judiciaire. Concernant la faute, il suffit de se référer directement à l'article 1241 du code civil disposant que « *chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence* »²⁸⁹, et émettant ainsi la nécessité de prouver cette faute. Se pose ainsi la question de la nature de la faute en matière de non respect des obligations d'indépendance et d'impartialité de la part de l'expert. Il convient de considérer que c'est le mauvais comportement procédural de l'expert qui doit être considéré comme fautif²⁹⁰, alors que celui-ci, en acceptant sa mission, s'était engagé à respecter les principes directeurs du procès. Il s'agit donc d'une faute de nature procédurale, matérialisée par une violation des règles de procédure²⁹¹. Cette faute est d'autant plus grave que l'article 234 alinéa 3 du code de procédure civile formule à l'égard des experts judiciaires un avertissement ferme : « *si le technicien s'estime récusable, il doit immédiatement le déclarer au juge qui l'a commis ou au juge chargé du contrôle* »²⁹². Plus largement, comme le distingue également Olivier LECLERC, en matière de respect des droits fondamentaux, il ne s'agit pas d'une responsabilité pour erreur commise par l'expert dans l'exercice de son art, mais d'une responsabilité pour exécution fautive de sa mission²⁹³. Dans le cadre de l'indépendance et de

²⁸⁷ Trib. civ., Seine, 9 févr. 1939 « [...] la loi ne confère à l'expert judiciaire [...] aucune immunité [...] et il est donc soumis au droit commun dans les termes de l'article 1382 du code civil » ; Cass. civ., 2ème, 8 oct. 1986, n° 85-14.201, Bull. civ. II, n° 146, p. 99 ; Gaz. Pal., 1987, 2, Somm. 337, obs. GUINCHARD ET MOUSSA.

²⁸⁸ Cass. civ., 3ème, 27 juin 2001, n° 99-18.883, inédit : AJDI 2002 p.787, obs. H. HEUGAS-DARRASPEN.

²⁸⁹ Anc. art. 1383.

²⁹⁰ F. PINCHON et F. MILLO (collab.), *L'expertise judiciaire en Europe*, éd. D'Organisation, 2002, p. 367, spéc. n° 738.

²⁹¹ P. LURQUIN, *Traité de l'expertise en toutes matières*, t. 1, Bruylant Bruxelles, 1985, p. 243, spéc. n° 263.

²⁹² J. MORET-BAILLY, « Les conflits d'intérêts des experts consultés dans le domaine sanitaire », RDSS, 2004, p. 855 : Pour l'auteur, afin de prévenir notamment le problème du contentieux de l'impartialité de l'expert, il conviendrait avant même toute saisine de l'expert, l'obliger à se déclarer, s'il y a lieu, impartial sur le fondement d'une obligation déontologique ou légale d'information par l'expert. Dès lors, cela présenterait l'avantage de fournir aux parties, dès la désignation de l'expert, les moyens d'apprécier clairement si son impartialité est ou non sujette à critique.

²⁹³ O. LECLERC, *Le juge et l'expert, Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, op. cit,

l'impartialité, la faute commise par l'expert doit nécessairement entraîner la violation de l'article 2, 6° du décret du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires exigeant qu'une personne physique ne peut être inscrite ou réinscrite sur une liste d'experts que si elle n'exerce aucune activité incompatible avec l'indépendance nécessaire à l'exercice de missions judiciaires d'expertise ou celle de l'article 237 du code de procédure civile. La jurisprudence n'exige pas de caractère intentionnel de la faute de l'expert et considère que celle-ci peut résulter d'une erreur ou d'une négligence²⁹⁴. Elle offre cependant les critères permettant au juge de qualifier l'attitude fautive de l'expert. En effet, dans cette décision, la cour d'appel impose au juge de procéder à une appréciation *in abstracto* du comportement de l'expert, c'est-à-dire conformément à un modèle de référence : celui d'un technicien avisé et consciencieux. Ce modèle peut s'apprécier au regard de la liste des qualités attendues de chaque expert et listées dans le décret du 23 décembre 2004.

75. Les sanctions judiciaires applicables à l'expert lorsqu'il ne respecte pas les obligations d'indépendance et d'impartialité qui lui incombent n'empêchent pas la mise en œuvre de sanctions disciplinaires (2).

2. Les sanctions disciplinaires

76. Variété des sanctions disciplinaires. La loi du 29 juin 1971, renforcée par deux lois du 11 février 2004 et du 22 décembre 2010, et le décret du 23 décembre 2004 relatifs aux experts judiciaires offrent un régime de sanctions applicables en cas de non-respect par l'expert des obligations qui lui incombent. Au sens de ces textes, l'absence de respect à ces obligations correspond à une faute professionnelle entraînant le prononcé de sanctions disciplinaires, c'est-à-dire des mesures punitives prises par l'autorité à laquelle il doit rendre des comptes. L'influence du droit européen a permis l'adaptation de ces textes aux exigences du procès équitable, d'autant que la jurisprudence a reconnu que les dispositions de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH devaient s'appliquer à la matière disciplinaire²⁹⁵. Ceci signifie que

pp. 339-345, spéc. n° 432 à 436 ; Cette distinction est rappelée par la cour d'appel de Nancy dans un arrêt du 27 janvier 2011, n° 03/01074 : « la mise en œuvre de la responsabilité de l'expert judiciaire [...] peut être engagée tant par suite de la méconnaissance dans l'accomplissement de sa mission d'une ou plusieurs règles régissant l'expertise judiciaire, telles l'obligation de respecter le principe de la contradiction ou l'obligation d'accomplir personnellement les opérations d'expertises, qu'à raison des erreurs techniques affectant ses conclusions, erreurs qu'un expert normalement avisé, consciencieux et attentif n'aurait à l'évidence pas commises ».

²⁹⁴ CA, Lyon, 4 mars 1981 : D. 1982, IR 27, obs. PENNEAU.

²⁹⁵ Cass. civ., 1ère, 7 avr. 1999, n° 96-13.332, Bull. civ. II, n° 122, p. 80.

lorsqu'une sanction disciplinaire est envisagée à l'encontre d'un expert judiciaire, ses droits de la défense doivent être respectés. L'article 6-2 alinéa 1er de la loi du 29 juin 1971 précise ainsi que « *Toute contravention aux lois et règlements relatifs à sa profession ou à sa mission d'expert, tout manquement à la probité ou à l'honneur, même se rapportant à des faits étrangers aux missions qui lui ont été confiées, expose l'expert qui en serait l'auteur à des poursuites disciplinaires* »²⁹⁶, avant de lister une série de sanctions le cas échéant, dont la plus significative est la radiation²⁹⁷.

77. Radiation de la liste des experts. Conformément à l'article 6-2, 2° et 3°, le défaut d'impartialité ou d'indépendance de l'expert peut entraîner sa radiation définitive ou temporaire²⁹⁸, à savoir jusqu'à trois ans, c'est-à-dire la suppression de son inscription sur les listes d'experts. Cette sanction semble efficace puisqu'elle peut permettre à l'expert de se sensibiliser aux questions d'indépendance et d'impartialité le temps de sa radiation temporaire.

78. La diversité et la sévérité des sanctions offertes par la loi démontrent la volonté pour le juge qui désigne l'expert de se prémunir contre un professionnel dont l'impartialité et l'indépendance font défaut. Toutefois, la pratique de l'expertise judiciaire démontre qu'il existe actuellement des dangers réels de dépendance et, partant, d'impartialité de l'expert judiciaire. Il convient ainsi de les maîtriser (B).

B. LA NÉCESSITÉ DE MAÎTRISER LES RISQUES D'INDÉPENDANCE ET D'IMPARTIALITÉ DE L'EXPERT JUDICIAIRE

79. Ces risques résident dans la possibilité pour un professionnel de réaliser des missions d'expertises privées pour des compagnies d'assurance tout en étant inscrit sur les listes d'experts judiciaires. Il convient de détailler ces dangers et leurs enjeux (1) avant de proposer des solutions pour les maîtriser (2).

²⁹⁶ v. à ce propos l'évolution de la notion de faute professionnelle, T. MOUSSA (dir.), *Droit de l'expertise*, Dalloz Action, 3ème éd., 2016-2017, pp. 56-58.

²⁹⁷ L'autre sanction disciplinaire applicable est l'avertissement. Celui-ci prend la forme d'une menace de sanction plus grave dans le cas où il ne respecterait pas ses obligations.

²⁹⁸ À ne pas confondre avec la suspension provisoire qui correspond à une mise à pied, sans pour autant entraîner un retrait des listes d'expert.

1. Le cumul des missions d'expertises privées et d'expertises judiciaires, la réalité du risque

80. Identification du risque. La Cour de cassation a déjà pu considérer qu'un même technicien pouvait à la fois être désigné en qualité d'expert dans une enquête pénale, et dans une instance civile en référé concernant les mêmes faits, sans que ceci ne porte atteinte à l'article 6 § 1 de la Conv. EDH²⁹⁹. Dans la même lignée, elle a eu l'occasion de préciser que le fait pour un technicien désigné d'avoir été entendu en qualité de sapiteur pour le même litige ne constituait pas une situation de conflit d'intérêts permettant de remettre en cause son impartialité³⁰⁰. Ces hypothèses d'ordre procédural ne présentent pas de risque réel d'atteinte au procès équitable.

Le danger véritable se matérialise cependant par la problématique du cumul par un professionnel d'expertises privées pour le compte d'assureurs et de missions d'expertise judiciaire. C'est l'exemple typique d'une demande d'expertise judiciaire à l'occasion d'un litige opposant d'une part la victime d'un accident corporel et d'autre part l'auteur du dommage et sa compagnie d'assurances. Le même risque de conflit d'intérêts est présent dans les différends judiciaires en matière de construction, certains experts spécialisés dans ce domaine travaillant en parallèle pour des assureurs. La question du cumul d'activités privées et judiciaires présente alors un réel intérêt dans la mesure où dans le cadre des actions en responsabilité délictuelle, les expertises médicales représentent en effet les trois quarts des expertises civiles ordonnées, et dans le cadre des actions en responsabilité contractuelle l'expert requis est dans 70% un spécialiste en bâtiment³⁰¹. Ces chiffres mettent en évidence une probabilité élevée de dépendance des experts. L'article 6, 2° du décret du 23 décembre 2004 exige fermement des candidats à l'inscription et la réinscription sur listes près les tribunaux qu'ils n'exercent pas d'activité incompatible avec l'indépendance nécessaire à l'exercice de missions d'expertises judiciaires. Une application ferme de cette disposition entraînerait dès lors le refus d'inscription ou de réinscription de certains candidats s'il apparaît

²⁹⁹ Cass. civ., 2ème, 8 févr. 2006, n° 04-12.864 et 04-14.455, Bull. civ. II, n° 45, p. 39 : AJDI, 2006, p. 753, obs. HEUGAS-DARRASPEN ; D. 2006., IR 810.

³⁰⁰ Cass. civ., 2ème, 8 mars 2007, n° 05-19.966 : « [...] pour accueillir la demande et désigner un nouvel expert, l'arrêt, après avoir relevé que M. X... était intervenu en qualité de "sapiteur" choisi par le précédent expert et que ses conclusions avaient fait l'objet de critiques, retient qu'il avait précédemment connu de l'affaire en tant que technicien, de sorte que la "contre-expertise" ne pouvait lui être confiée et qu'au vu de l'article 341, la récusation sollicitée devait être ordonnée ; Qu'en statuant ainsi, alors que l'expert ne peut être récusé que s'il a précédemment connu de l'affaire comme juge ou arbitre ou s'il a conseillé l'une des parties, la cour d'appel qui ne caractérise par ailleurs l'existence d'aucun fait de nature à faire naître un doute légitime sur l'impartialité de l'expert, a violé les textes susvisés ».

³⁰¹ **DACS-PEJC**, « Les expertises judiciaires civiles devant les tribunaux de grande instance et les cours d'appel », préc., p. 6.

qu'ils réalisent un nombre trop important de missions pour des assureurs. La préservation du procès équitable et de l'égalité des armes justifie une telle rigueur.

81. Décision de la Cour de cassation. Confrontés à cette problématique, les juges de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation ont rendu deux arrêts le 22 mai 2008 aux termes desquels ils ont considéré que le fait pour des professionnels d'avoir réalisé des missions pour des sociétés d'assurance « *ne constitue pas, en soi, l'exercice d'une activité incompatible avec l'indépendance nécessaire à l'exercice de missions judiciaires d'expertise* »³⁰². Cette solution parfaitement précise en a surpris certains y voyant un « *risque fort de vider de toute substance et de tout contenu effectif la notion d'impartialité, qui est pourtant une exigence légale* »³⁰³ ou encore une présomption d'indépendance des médecins experts judiciaires³⁰⁴. La crainte de ces auteurs a pu légitimement se renforcer à la suite d'une autre décision de la haute juridiction considérant que l'impartialité de l'expert judiciaire, justifié par sa compétence technique, intervenant au titre d'une mission judiciaire impliquant une compagnie d'assurances et dont le domaine d'activité à titre privé consiste à effectuer des expertises pour des compagnies d'assurances et notamment pour cette compagnie, partie à l'expertise, ne peut être remise en cause par un doute non établi, au regard de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH³⁰⁵.

82. Justifications au regard du droit au juge. En réalité, les décisions du 22 mai 2008 s'expliqueraient par des raisons purement pratiques. Une application trop rigoureuse des exigences d'indépendance et d'impartialité engendrerait certainement une réduction significative des experts inscrits sur les listes³⁰⁶. Le Professeur Pierre LE COZ s'est d'ailleurs étonné de la rigueur de l'obligation d'indépendance en droit interne : « *On a perdu un vivier d'experts en voulant avoir des experts absolument indépendants* »³⁰⁷. La Cour EDH a été sensible à cette problématique et a eu l'occasion de préciser que « *la circonstance qu'un expert travaille pour le même institut ou laboratoire qu'un confrère, dont l'avis constitue la*

³⁰² Cass. civ., 2ème, 22 mai 2008, n° 08-10.314, Bull. civ. II, n° 122 et n° 08-10.840, Bull. civ. II, n° 123.

³⁰³ J.-B. PREVOST, « L'indépendance des experts », Gaz. Pal., 11 juill. 2009, n° 192, p. 9.

³⁰⁴ G. STEINBACH, « L'indépendance des médecins-experts », RF dommage corporel, 2008, p. 277.

³⁰⁵ Cass. civ., 2ème, 22 oct. 2009, n° 07-21.487, Bull. civ. II, n° 247 : AJDI 2010, p. 327, obs. H. HEUGAS-DARRASPEN.

³⁰⁶ T. GOUJON-BETHAN, *L'expertise non judiciaire à l'aune des droits fondamentaux*, op. cit., p. 43, spéc. n° 36 ; L. MORLET-HAÏDARA, *L'indépendance de l'expert judiciaire en question*, préc.

³⁰⁷ P. LE COZ (inter.), UCECAAP, « La déontologie dans l'expertise : Expert, magistrat, avocat : regards croisés », préc.

base de l'acte d'accusation, n'autorise pas en soi à la croire incapable d'agir avec la neutralité voulue. En juger autrement limiterait dans bien des cas de manière inacceptable la possibilité, pour les tribunaux, de recourir à une expertise »³⁰⁸. C'est donc un autre principe fondamental de l'article 6 § de la Conv. EDH qui se retrouve mobilisé, le droit au juge. En effet, comment garantir le droit du justiciable d'obtenir une solution juridictionnelle, composante du droit au juge, si on limite de manière trop restrictive les inscriptions des experts sur les listes ? Il faut rappeler que dans certaines situations, le juge ne peut statuer que s'il est éclairé par l'avis d'un technicien. Il est évident qu'en matière de responsabilité civile délictuelle par exemple, la victime d'un accident de la circulation ne pourra obtenir la réparation intégrale de son préjudice qu'après avoir été expertisée par un médecin³⁰⁹. « Comme il est très rare, et peut-être utopique, de trouver des experts ne se livrant à aucune expertise privée, les juges doivent donc combiner cette donnée économique avec le respect de l'indépendance »³¹⁰.

83. Il est nécessaire de concilier les exigences d'indépendance et d'impartialité de l'expert d'une part et la nécessité d'assurer le droit au juge d'autre part sans pour autant qu'il n'existe un risque véritable d'atteinte au procès équitable. Cela implique de proposer des solutions face au risque qu'engendrerait le cumul entre expertises privées et judiciaires (2).

2. Les solutions envisageables face aux risques engendrés par les situations de cumul

84. Thèse de l'incompatibilité entre les qualités d'expert conseil et d'expert judiciaire. Une proposition formulée par le professeur LAMBERT-FAIVRE³¹¹ et un rapport remis au Ministère de la Justice en 2002³¹² par le Conseil national d'aide aux victimes défendaient l'idée d'une incompatibilité juridique entre la qualité d'expert judiciaire et la qualité d'expert conseil pour les compagnies d'assurances, afin d'éviter les conflits d'intérêts

³⁰⁸ CEDH (Chambre), *Brandstetter c. Autriche*, 28 août 1991, req. n° 11170/84, 12876/87 et 13468/87, série A, n° 211, p. 27, § 44.

³⁰⁹ H. CAUSSE, « L'indépendance des experts judiciaires, une actualité brûlante », D., 2010, p. 242 : « *Les médecins ne sont-ils pas l'idéal du savoir, de l'équilibre dans le jugement, et l'incarnation même de la science ?* ».

³¹⁰ R. DUMAS, « La conciliation prétorienne des droits fondamentaux processuels avec les spécificités de l'expertise judiciaire civile : un bilan mitigé », RDLF, chron. 17, site internet de la RDLF, <http://www.revuedlf.com/droit-processuel/la-conciliation-pretorienne-des-droits-fondamentaux-processuels-avec-les-specificites-de-l'expertise-judiciaire-civile-un-bilan-mitige-article>

³¹¹ Y. LAMBERT-FAIVRE, Gaz. Pal., 19-20 mars 2003, p. 748.

³¹² CNAV, Rapport sur l'expertise dans l'évaluation du dommage corporel, min. Justice, 2002, cité in N. GEMSA et J. ROSSANT, « Le conflit d'intérêts dans l'expertise médico-légale », préc.

dans le cadre des expertises médicales. En théorie, cette idée est louable dans la mesure où refuser l'inscription d'un médecin conseil d'assurance sur les listes d'experts judiciaires permettrait la réalisation du procès équitable. Toutefois, en pratique, la mise en œuvre d'une telle incompatibilité serait ardue au regard de la difficulté préalablement énoncée de manque d'experts judiciaires sur les listes.

85. Contrôle de proportionnalité. Il serait déraisonnable de préjuger qu'un expert est systématiquement dépendant parce qu'il travaille en parallèle pour un organisme d'assurances. Selon la Cour EDH, cela « *n'autorise pas en soi à [le] croire incapable d'agir avec la neutralité voulue* »³¹³. Si un risque est présent du fait d'un cumul d'activités, encore faut-il s'assurer qu'il conduira nécessairement à une situation de conflit d'intérêts. En la matière, la Cour de cassation a déjà pu faire état de l'utilité du contrôle d'appréciation exercé par l'assemblée générale des magistrats établissant les listes d'expert judiciaires dans l'inscription et la réinscription des candidats. Dans un arrêt du 14 mai 2009, la deuxième chambre civile a en effet considéré qu'une assemblée générale n'avait pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en refusant la réinscription d'un candidat qui « *déployait une activité professionnelle d'expert privé, à titre quasi exclusif pour le compte d'assureurs, par l'accomplissement d'environ deux cents missions chaque année depuis au moins les cinq dernières années et qu'il exerçait dans le cadre d'un lien de subordination la moitié de son activité* », une telle situation reflétant « *l'exercice d'activités incompatibles avec l'indépendance nécessaire à l'exercice de missions judiciaires d'expertise* »³¹⁴. Il est certain que par cette forme de contrôle de proportionnalité³¹⁵ réalisé par les juges du fond, le principe du procès équitable reste préservé. Dans un autre cas, la haute juridiction avait confirmé la décision des juges de l'assemblée générale refusant la réinscription d'un expert architecte et ingénieur car ses activités se composaient à 80% d'expertises privées et à 20% d'expertises

³¹³ CEDH (Chambre), *Brandstetter c. Autriche*, 28 août 1991, préc., § 44.

³¹⁴ Cass. civ., 2ème, 14 mai 2009, n° 09-11.466, Bull. civ. II, n° 122 : Lamy Droit civil, n° 63, 1er sept. 2009.

³¹⁵ Il convient à cet égard de préciser que la notion de proportionnalité est élargie ici. À l'origine, la proportionnalité « *se réfère à la protection des droits fondamentaux à travers la modération des atteintes que pourrait leur porter la puissance publique, dans la poursuite de tel ou tel but d'intérêt général* ». Aujourd'hui, le contrôle de proportionnalité se manifeste également au travers d'un contrôle juridictionnel qui ne s'inscrit pas dans un schéma d'opposition entre des droits fondamentaux et l'intérêt général, ni même entre intérêts privés et intérêts publics : « *Dépassant la limite d'une opposition binaire, le juge procède [...] à la pondération multipolaire de l'ensemble des intérêts qui s'affrontent en regroupant d'un côté ceux qui sont affectés négativement (inconvenients) et de l'autre ceux qui vont bénéficier de la mesure projetée (avantages)* » (D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 1ère éd., 2003, v. *Proportionnalité*).

judiciaires³¹⁶. Le risque de dépendance était en l'espèce trop élevé pour le maintenir sur les listes. L'on y décèle alors la fonction préventive du contrôle opéré par les juges.

Il convient cependant de relever l'insuffisance d'un tel contrôle qui n'intervient qu'à l'occasion des demandes d'inscription et de réinscription du candidat. Cela signifie qu'il n'a vocation à s'exercer que trois ans après l'inscription initiale dans le cas d'un nouvel expert inscrit sur les listes³¹⁷ ou tous les cinq ans lors des demandes de réinscription d'un expert déjà inscrit³¹⁸. Durant ces périodes, il est possible que les professionnels aient augmenté le nombre de missions qu'ils réalisent pour des compagnies d'assurances.

86. L'accentuation du contrôle. Pour renforcer le contrôle exercé par les juges de l'assemblée générale, il semblerait opportun de prévoir, dans chaque juridiction, un contrôle d'indépendance et d'impartialité des experts judiciaires. Celui-ci se manifesterait par l'envoi par l'expert inscrit à l'assemblée générale des magistrats, d'une déclaration spécifique, à l'image de la déclaration d'indépendance³¹⁹, indiquant l'évolution de ses activités professionnelles. Cette possibilité trouve déjà une assise dans l'article 6 du décret du 23 décembre 2004 énonçant que « *tout changement survenant dans la situation des personnes physiques ou morales ayant sollicité ou obtenu leur inscription sur une liste, en ce qui concerne les conditions prévues aux articles 2 et 3, doit être porté sans délai à la connaissance du procureur de la République* ». Une telle déclaration devrait également être transmise aux juridictions auxquelles le professionnel est rattaché, ou au service des expertises de celles-ci, afin que les magistrats susceptibles d'ordonner une expertise puissent,

³¹⁶ Cass. civ., 2ème, 27 juin 2013, n° 13-60.025, Bull. civ. III, n° 146 ; De même pour un expert qui avait reconnu avoir arrêté ses activités pour le compte d'assureurs seulement après que la commission ait rendu un avis défavorable en vue de sa réinscription : Cass. civ., 1ère, 28 juin 2007 n° 07-10.391, inédit : « *cette évolution récente ne suffisait pas à faire disparaître les liens créés par un courant de relations suivies pendant plus de vingt ans de nature à porter atteinte à l'indépendance nécessaire à l'exercice de missions judiciaires d'expertise* ».

³¹⁷ Déc. n° 2004-1463 relatif aux experts judiciaire, art. 6 : « *Les demandes d'inscription initiale sur une liste dressée par une cour d'appel **pour une durée de trois ans** sont envoyées avant le 1er mars de chaque année au procureur de la République près le tribunal de grande instance dans le ressort duquel le candidat exerce son activité professionnelle ou possède sa résidence ou, pour les demandes d'inscription dans la rubrique traduction, au procureur de la République près le tribunal de grande instance du siège de la cour d'appel* ».

³¹⁸ Déc. n° 2004-1463 relatif aux experts judiciaires, art. 10 : « *Les demandes de réinscription **pour une durée de cinq ans** sont envoyées avant le 1er mars de chaque année au procureur de la République près le tribunal de grande instance dans le ressort duquel le candidat exerce son activité professionnelle ou possède sa résidence ou, pour les demandes d'inscription dans la rubrique traduction, au procureur de la République près le tribunal de grande instance du siège de la cour d'appel* ».

³¹⁹ S. AUTIN et C. BUSSIERE, « Rapport de la commission de réflexion sur l'expertise », préc., p. 24 ; CONFERENCE NATIONALE DES PREMIERS PRESIDENTS DE COUR D'APPEL et LA COUR DE CASSATION, « Les bonnes pratiques juridictionnelles de l'expertise civile », Conférence de consensus, nov. 2007, Site internet de la Cour de cassation, questions n° 6, n° 6-1 et n° 6-2.

au stade de leur décision, relever, s'il y a lieu, un risque important de dépendance chez l'expert. Cela conduirait, en définitive, à renforcer le contrôle prévu en la matière.

Un tel contrôle apparaît davantage indispensable depuis que la loi et la jurisprudence ont élargi le champ du principe de compatibilité³²⁰ entre les missions d'expertises judiciaires et d'autres activités. Par exemple, les articles L. 811-10 et L. 812-8 du code de commerce disposent que les qualités d'administrateur ou de liquidateur judiciaires inscrits sur les listes ne font pas obstacle à l'exercice d'une activité d'expert judiciaire³²¹. Très récemment, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a pu décider que « *l'exercice de la profession d'avocat n'est pas, en soi, incompatible avec l'indépendance nécessaire à l'inscription sur une liste d'experts judiciaires, la condition d'indépendance devant être appréciée au regard de la situation de chaque candidat* »³²². C'était également la solution retenue pour le professionnel réalisant des missions pour des victimes bénéficiaires d'un assurance de protection juridique³²³.

87. Le rejet des situations de dépendance et de partialité constitue un atout indéniable de l'expert renforçant l'exigence d'une expertise de qualité. En tant qu'acteur majeur de la mesure, sa sensibilisation aux règles du procès équitable que représentent l'indépendance et l'impartialité participe directement à la reconnaissance d'un droit à un expert compétent (Section 2).

³²⁰ Terme emprunté à **R. DUMAS**, « La conciliation prétorienne des droits fondamentaux processuels avec les spécificités de l'expertise judiciaire civile : un bilan mitigé », préc.

³²¹ Toutefois, depuis la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle, ces textes précisent que le mandat d'expert judiciaire ne peut être accepté concomitamment ou subséquemment à une mesure de prévention, à une procédure collective ou à une mesure de mandat *ad hoc* ou d'administration provisoire prononcée sur le fondement de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 relative à la copropriété des immeubles bâtis dans laquelle le mandataire judiciaire ou l'administrateur judiciaire a été désigné. Ces ajouts, dans les articles L. 811-10 et L. 812-8 du code de commerce visent à renforcer l'indépendance et l'efficacité de l'action des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires.

³²² Cass. civ., 2^{ème}, 6 sept. 2018, n° 17-60.331 : D., 2018, p. 1761, Dalloz actu., 17 sept. 2018, obs. F. MÉLIN.

³²³ Cass. civ., 2^{ème}, 16 mai 2013, n° 12-60.578, Bull. civ. I, n° 234 : Gaz. Pal., 22 juin 2013, n° 173, note A. RENELIER.

SECTION 2. LE DROIT À UN EXPERT COMPÉTENT

88. Questionnements. Lorsqu'ils définissent l'expertise, Messieurs Renaud DENOIX DE SAINT-MARC et Daniel LABETOULLE indiquent qu'elle « *consiste pour le juge à demander [...] à des personnes compétentes de l'éclairer sur des points essentiels à la solution à apporter au litige qui lui soumis* »³²⁴. Le justiciable qui bénéficie de l'instauration d'une mesure d'expertise judiciaire est-il de ce fait créancier d'un « bon expert »³²⁵ ? En d'autres termes, le droit à un expert compétent peut-il représenter un droit reconnu à tout justiciable ? La compétence désigne, pour un professionnel, « *la qualification technique permettant de remplir ses fonctions au mieux des intérêts dont il a la charge* »³²⁶. Appliquée à l'expertise, cette définition exige de l'expert qu'il satisfasse les intérêts des parties pour lesquelles il intervient, celles qui lui ont donné leur confiance. L'expert devient, au cours de la mesure d'instruction, l'interlocuteur privilégié d'un justiciable dont les attentes ne doivent pas être déçues. Cette compétence doit aussi être mise en œuvre pour le compte de l'institution judiciaire. L'expert est en effet un « *orfèvre dans l'exercice de sa discipline au côté de l'institution judiciaire* »³²⁷. Il ne saurait non plus être ignoré le sens premier du terme « expert », du latin *expertus*, désignant une personne qui a de l'expérience ou qui est reconnue. Le professionnel doit ainsi mobiliser toutes ses compétences professionnelles, scientifiques et techniques pour parvenir à contenter les parties et assurer la « *réussite du procès* »³²⁸. Madame CHAMPRENAULT, procureure générale près la cour d'appel de Paris, aux termes de son discours lors de la prestation de serment des experts datant de 2017, érige de la compétence de l'expert comme première nécessité de satisfaction du justiciable. Elle recommande ainsi à tout expert d'être « *compétent, indépendant et impartial afin de maintenir, selon la formule de la Cour Européenne des droits de l'homme, "la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables"* »³²⁹. Par ailleurs, le développement des règles relatives à la mise en œuvre de la responsabilité de

³²⁴ R. DENOIX DE SAINT-MARC et D. LABETOULLE, « Les pouvoirs d'instruction du juge administratif », E.D.C.E., 1970.

³²⁵ Expression empruntée au professeur Serge GUINCHARD qui l'utilise pour qualifier le juge de « bon juge » (S. GUINCHARD (dir.), *Droit processuel : droits fondamentaux du procès*, op. cit., p. 841 et s., spéc. n° 331-6 et s.).

³²⁶ S. GUINCHARD, *Lexique des termes juridiques 2017-2018*, Dalloz 2017, v. *Compétence*.

³²⁷ M. CARTAULT et J.-L. CARTAULT, « L'expert de justice : La technique, l'art et la science », *Experts*, févr. 2018, n° 136, p. 9.

³²⁸ J.-F. JACOB, « Quelques aspects de la philosophie et de la pratique de l'expertise », *Experts*, n° 131, avr. 2017, p. 8 : « *Par sa compétence, par ses connaissances scientifiques, par son attitude, l'expert diligent remplira un rôle pacificateur qui prendra sa place, incontestablement, dans la réussite du procès.* »

³²⁹ Site internet de la cour d'appel de Paris : http://www.ca-paris.justice.fr/art_pix/Discours%20PG.pdf

l'expert révèle les limites de ses compétences. Il faut en effet admettre que l'expert puisse commettre des erreurs constitutives de fautes dans l'exercice de sa mission, ce qui renforce d'autant plus la problématique des qualifications de l'expert³³⁰.

89. Conséquences de la compétence de l'expert : une conception à l'américaine.

En tout état de cause, la mise en œuvre de ses compétences par l'expert doit conduire le juge à s'assurer que ce premier possède des connaissances scientifiques fiables lui permettant de comprendre le litige qui lui est présenté, afin de statuer. Une telle conception de la compétence de l'expert fait directement songer à l'application, en droit américain de l'expertise, du critère de « fiabilité » résultant de l'arrêt de la Cour Suprême *Daubert vs. Merrel Dow Pharmaceuticals* du 28 juin 1993³³¹. Selon cette norme, pour déclarer une expertise valide et donc recevable dans le procès, il appartient au juge d'évaluer la qualité des connaissances et de raisonnement de l'expert, selon un guide de critères, non limitatifs, indiqués dans l'arrêt *Daubert*. Le juge doit alors se demander et vérifier si la théorie ou la technique employée par l'expert a été testée ou est susceptible de l'être, si elle a été soumise à l'évaluation de ses pairs et à publication, si elle présente un taux d'erreur connu ou potentiel, et si elle est acceptée par la communauté scientifique³³². Ce contrôle exercé par le juge s'est élargi puisque la Cour Suprême exige que ce dernier se prononce également sur la qualité des conclusions de l'expert, et non plus sur son seul raisonnement³³³, quand bien même l'expertise est « non scientifique ». Les critères de l'arrêt *Daubert* s'étendent ainsi à l'expertise dite technique³³⁴. Il convient de s'inspirer d'une telle application pour établir le droit à un expert compétent, c'est-à-dire en procédant à l'établissement de critère d'un expert

³³⁰ F. CHAUVAUD et L. DUMOULIN, *Experts et expertise judiciaire, France, XIXe et XXe siècles*, préc., pp. 76-78, spéc. p. 77 : « La multiplication d'affaires judiciaires retentissantes dans lesquelles les experts avaient fait preuve d'incompétence, de maladresse voire d'incurie, a donc contribué à poser brutalement la question du recrutement et de la formation du personnel expertal, tout au long des XIXe et Xxe siècles ».

³³¹ U.S. Supreme Court (Cour Suprême des États-Unis), *Daubert vs. Merrel Dow Pharmaceuticals*, 509 U.S. 579 (1993) ; Cette jurisprudence met fin à la conception de l'arrêt de la Cour d'appel du district de Columbia : *Frye vs. United States* de 1923 (293 F. 1013) consacrant le principe de *general acceptance test* (test d'acceptation générale) selon lequel une expertise était recevable dans un procès si l'expert présentait un savoir conforme aux connaissances admises par la communauté scientifique. En l'espèce, dans cette décision, n'avait pas été déclarée recevable un témoignage d'expert qui avait utilisé un détecteur de mensonge pour prouver l'innocence d'un accusé de meurtre.

³³² O. LECLERC, *Le juge et l'expert, Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, op cit., pp. 373-378, spéc. n° 470-476 ; R. ENCINAS DE MUNAGORRI, « La recevabilité d'une expertise scientifique aux États-Unis », RIDC, 1999, pp. 621-632 ; O. LECLERC, « L'expert dans le procès aux États-Unis : si loin, si proche », préc.

³³³ U.S. Supreme Court, *General Electric Company, et al. vs. Robert K. Joinder*, 522 U.S. 136, 146-47 (1997).

³³⁴ O. LECLERC, *Le juge et l'expert, Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, op cit., pp. 380-381, spéc. n° 481-482.

compétent.

90. Plan. L'expert est irréfragablement considéré comme compétent, du fait de son inscription sur les listes. Mais cette conception de l'expert compétent est trop restrictive puisqu'elle se limite seulement aux connaissances techniques et scientifiques rattachées au domaine dans lequel il excelle³³⁵. Il est nécessaire, en effet, de s'adonner à une étude plus approfondie de ce qui est exigé lorsque l'on évoque le droit à un bon expert. L'expert ne doit pas que posséder des compétences scientifiques ou techniques, contrairement à ce qui est appliqué par la jurisprudence américaine *Daubert*. Il doit également faire preuve de connaissances sur les règles qui, d'une part, guident le régime de l'expertise judiciaire et qui, d'autre part, découlent de sa déontologie, lesquelles contiennent des exigences procédurales à prendre en compte par le professionnel³³⁶. Comme l'écrit Monsieur Jean-François JACOB, « *les mots clefs que l'expert doit connaître, respecter et mettre en pratique s'il veut contenir les affects et maîtriser l'émergence du conflit [sont] : l'honneur et la conscience ; l'impartialité et l'indépendance ; la loyauté et la neutralité ; l'intégrité et la déontologie ; la compétence et la disponibilité ; l'humilité et le doute raisonné ; la diligence et la vigilance ; la réflexion et la pédagogie : la compréhension et la tranquille fermeté ; l'égale considération portée aux parties et à leurs conseils ; la ponctualité et la posture ; l'écoute et le respect des règles du jeu ; la participation, l'expression, le principe de la contradiction, la temps de parole, la courtoisie, le respect mutuel, la communication des pièces, les observations ; il en est d'autres encore* »³³⁷. Il faut donc, en fonction de tous ces éléments, procéder à la recherche d'un devoir de compétence de l'expert (§ 1), avant d'en établir les critères (§ 2). Il ne s'agit toutefois pas d'attribuer à ce droit une fondamentale, ce qui paraîtrait beaucoup trop ambitieux. Il s'agit plutôt de déterminer comment le droit fondamental au procès équitable permet l'essor du droit à un expert compétent.

³³⁵ **R. ENCINAS DE MUNAGORRI**, « Le rôle de l'expert dans la formation de la décision de justice », AJDA 2014, p. 1377 : « *Le choix du système français, conforme à son attachement aux titres et diplômes, repose sur une reconnaissance a priori des compétences et de l'expert, non sur l'examen a posteriori de la validité de ses énoncés* ».

³³⁶ Aux États-Unis, la question de respect des exigences procédurales telles que l'indépendance et l'impartialité se retrouve réduite dans la mesure où les experts présentés devant le juge sont recrutés par les parties à l'instance elles-mêmes, conformément à la règle 26 (b), 4, A du *Federal Rules of Civil Procedure* (« *A party may depose any person who has been identified as an expert whose opinions may be presented at trial* »).

³³⁷ **J.-F. JACOB**, « Quelques aspects de la philosophie et de la pratique de l'expertise », préc.

§ 1. LA RECHERCHE D'UN DROIT À UN EXPERT COMPÉTENT

91. La recherche du droit à un expert compétent passe nécessairement par l'étude des dispositions légales relatives aux mesures d'instruction et à l'expertise (A), ainsi que des décisions jurisprudentielles significatives en la matière (B), pour en dégager les éléments de nature à faire apparaître un tel droit.

A. LES RÈGLES LÉGALES DE COMPÉTENCE DE L'EXPERT

92. Mesures d'instruction et compétences des professionnels les réalisant. Aux termes de l'article 144 du code de procédure civile, les mesures d'instruction « *peuvent être ordonnées en tout état de cause, dès lors que le juge ne dispose pas d'éléments suffisants pour statuer* ». Cette disposition est complétée par l'article 146 du code qui prévoit qu'une mesure d'instruction « *ne peut être ordonnée sur un fait que si la partie qui l'allègue ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver* ». Ces deux règles, qui admettent l'insuffisance de connaissances techniques du juge et des parties sur un domaine précis, doivent être interprétées comme la possibilité pour ces derniers de faire appel à un professionnel qui sera en mesure de compléter leurs lacunes, par le biais de ses compétences. Il convient également d'insister sur le caractère fondamental attribué par le code de procédure civile au recours aux mesures d'instruction. En effet, il y a lieu de rappeler que l'article 10 du code offre au juge le pouvoir d'ordonner d'office les mesures d'instruction légalement admissibles. Cette règle, telle qu'elle est disposée dans le code de procédure civile, entre dans le champ des principes directeurs du procès³³⁸. Son caractère fondamental n'est alors pas contestable, de sorte que le recours aux mesures d'instruction correspond à un droit primordial du justiciable. Dès lors, puisque l'emploi aux mesures d'instruction est fondamentalisé, et que ces dernières sont réalisées par un professionnel reconnu pour ses aptitudes, le droit à l'expert compétent se démarque.

93. Dispositions relatives aux experts judiciaires et nécessité de compétences. La question de la compétence du technicien se retrouve plus précisément à la lecture de l'article 233 du code de procédure civile qui indique que celui-ci a été investi de ses pouvoirs par le juge « *en raison de sa qualification* ». Cette disposition est précédée de l'article 232 du code

³³⁸ L'article 10 du code de procédure civile est intégré dans le chapitre 1er du Titre 1er du Livre 1er du code de procédure civile intitulé « Les principes directeurs du procès ».

de procédure civile qui évoque les « *lumières d'un technicien* ». Le terme de « lumières », plutôt abstrait, doit être approfondi. Pour ce faire, il suffit de se référer au décret de 2004 relatif aux experts judiciaires qui apporte des réponses. L'article 4-1, a) du décret du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires expose clairement que l'expert doit être compétent puisqu'il subordonne l'inscription des candidats sur les listes d'experts judiciaires à leurs qualifications et leur expérience professionnelle. Les 2° et 3° de l'article 6 du décret sont également révélateurs de cet impératif d'un professionnel compétent puisqu'ils disposent que la demande d'inscription sur les listes d'experts est assortie tout d'abord de l'indication par les candidats de leurs titres ou diplômes, de leurs travaux scientifiques, techniques et professionnels, des différentes fonctions qu'il ont remplies et de la nature de toutes les activités professionnelles qu'ils exercent, et ensuite de la justification de leur qualification dans leur spécialité.

94. Les données légales permettent d'amorcer l'établissement d'un droit à un expert compétent, mais seulement en ce qu'elles estiment que l'expert, pour être désigné par le juge, doit posséder des qualifications certaines et les justifier. L'affirmation d'un droit à un expert compétent est toutefois plus concrète grâce à l'analyse de la jurisprudence (B).

B. LES DONNÉES JURISPRUDENTIELLES D'UN EXPERT COMPÉTENT

95. Jurisprudence interne. L'analyse de la jurisprudence interne fait ressortir le point suivant : le justiciable peut se prévaloir du « droit à un bon expert » dès lors qu'il est en droit de contester les qualifications de ce dernier auprès d'une juridiction. En effet, il est permis à une partie au litige dans lequel une expertise a été ordonnée de remettre en cause les compétences de l'expert, et ce par l'engagement de sa responsabilité civile, son remplacement et/ou la demande de nullité de son rapport. C'est ce qui résulte d'un arrêt de rejet du 3 septembre 2015 aux termes duquel la deuxième chambre civile avait confirmé une décision des juges du fond refusant d'annuler un rapport d'expertise judiciaire en décidant que « *M. Y... n'apportait au débat aucun élément sérieux de nature à mettre en doute la qualification et les compétences de l'expert* »³³⁹. Une nouvelle illustration de la remise en cause des compétences de l'expert judiciaire est présentée par un arrêt de la cour d'appel d'Amiens du 30 juin 2010. Les juges du fond ont confirmé la décision des juges du premier degré en

³³⁹ Cass. civ., 2ème, 3 sept. 2015, n° 14-21.809, inédit.

admettant que « *le rapport du docteur DANG V., expert, est parfaitement clair, précis et circonstancié sur le point en litige relatif à un état de rechute de la maladie professionnelle (épicondylite bilatérale) dont est reconnue atteinte Madame B. D. depuis le 4 juillet 2005* » et « *qu'il n'est justifié en l'espèce d'aucune circonstance de nature à remettre en cause les avis émis par les médecins experts successivement désignés, notamment celui parfaitement clairs et précis du docteur DANG V.* », de sorte que ne sauraient être remises en cause son impartialité, sa compétence ou la pertinence de ses conclusions³⁴⁰. Un véritable régime de la responsabilité civile délictuelle de l'expert judiciaire pour défaut de compétences s'est organisé, grâce à la jurisprudence interne. Cette responsabilité s'articule autour de deux types de faute, à savoir « *le non-respect des obligations procédurales prévues par le code de procédure civile et le fait d'émettre un avis erroné en raison d'erreurs que n'aurait pas commises un technicien normalement prudent et diligent* »³⁴¹.

96. Jurisprudences européennes. La jurisprudence européenne, qui exerce une influence non négligeable sur le droit interne, s'avère précieuse pour assurer la reconnaissance d'un droit à un bon expert. C'est notamment le cas de l'arrêt *Peñarroja* du 17 mars 2011 aux termes duquel la CJUE, étant invitée à se prononcer sur la conformité au droit de l'Union européenne de la législation française relative aux listes d'experts au regard du principe de la libre circulation, a relevé que « *des exigences élevées en ce qui concerne la qualité de tous les professionnels participant à un processus juridictionnel s'imposent pour garantir la protection des justiciables et la bonne administration de la justice* »³⁴². Il résulte de cette décision d'une part que la compétence d'un expert judiciaire, en ce qu'il participe à la résolution d'un litige porté devant les tribunaux, est un droit du justiciable pleinement affirmé, et d'autre part que cette compétence participe à la protection de ce dernier. Concernant les décisions de la Cour EDH, aucun droit à un expert compétent n'y est formulé, mais il est induit. Aux termes de l'arrêt *Mantovanelli contre France* du 18 mars 1997³⁴³, la Cour, se prononçant sur le caractère contradictoire de l'expertise judiciaire, a considéré que dès lors qu'il est susceptible d'influencer de manière prépondérante la décision des juges, le rapport de

³⁴⁰ CA, Amiens, 31 août 2010, n° 09/01170.

³⁴¹ A. ROBERT, « *La responsabilité civile de l'expert judiciaire* », D. 2013, p. 855 ; Concernant l'expert nommé par une juridiction administrative, la première chambre civile a précisé que l'action en responsabilité dirigée à son encontre pour manque de compétences devait se tenir devant la juridiction judiciaire puisque les éventuelles fautes commises *par lui engageraient sa propre responsabilité et non celle de l'État* » (Cass. civ., 1ère, 19 mars 2002, n° 00-11.907 : AJDI 2002, p. 867, obs. H. HEUGAS-DARRASPEN).

³⁴² CJUE (Quatrième Chambre), *Josep Peñarroja Fa*, 17 mars 2011, aff. n° C-372/09 et C-373/09, point n° 72.

³⁴³ CEDH (Chambre), *Mantovanelli c. France*, 18 mars 1997, req. n° 21497/93.

l'expert peut être contesté avant et après son dépôt. Reconnaître que les conclusions d'un expert sont de nature à exercer une influence déterminante sur l'issue du litige revient à dire que les compétences mises en œuvre par celui-ci pour rédiger son rapport s'avèrent primordiales. Le juge ainsi que les parties à l'instance dépendent ainsi des qualifications de l'expert, de sorte qu'un droit à des compétences de l'expert, pour amener à la décision la plus juste de la part du juge, se révèle.

97. Les dispositions légales éparses et les décisions de la jurisprudence interne et européenne font toutes s'élever la nécessité de recourir à un expert compétent, ce qui participe à la protection du justiciable, qui pourra engager la responsabilité du professionnel dans le cas d'un manque de qualification avéré. Le droit à un expert compétent ne saurait être complètement défini si ses critères ne sont pas déterminés (§ 2).

§ 2. LES CRITÈRES D'UN EXPERT COMPÉTENT

98. Attribuer à l'expert un devoir de compétence doit nécessairement conduire à en définir les critères. Il s'agit ainsi de déterminer quels principes et quelles obligations gouvernent le droit à un bon expert. Si ces critères sont variés, ils sont guidés par un dénominateur commun : le devoir de conscience du technicien reconnu à l'article 237 du code de procédure civile. Cette « qualité » découle également du serment d'accomplir sa mission, de faire son rapport et de donner son avis en son honneur et conscience que prête l'expert lors de son inscription initiale sur les listes d'experts, conformément à l'article 6 de la loi du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires. Un expert compétent est tout aussi un expert consciencieux, c'est-à-dire attaché aux valeurs de sa mission, au sens des responsabilités, au professionnalisme, au sérieux, et au respect des règles de déontologie³⁴⁴. Autant dire que ce devoir de conscience recouvre plusieurs principes à honorer et des obligations de l'expert qu'il est possible de regrouper en plusieurs catégories : des connaissances techniques et scientifiques suffisantes (A), le respect des règles procédurales (B), et le respect des règles

³⁴⁴ **L. DUMOULIN**, « De l'impact des experts judiciaires sur la fabrique de la justice : d'une justice imposée à une justice négociée ? », in **L. DUMOULIN, S. LA BRANCHE, C. ROBERT et P. WARIN**, *Le recours aux experts : raisons et usages politique*, Presses Universitaires de Grenoble, 2005, p. 245, site internet de HAS, Sciences de l'Homme et de la Société : « [...] il ne fait pas de doute que les attributs moraux du candidat recommandés par les textes agissent effectivement comme des critères prégnants du choix [...] En ce sens, l'expert judiciaire n'est pas un expert comme les autres : son honorabilité fonde véritablement sa qualité. Ce n'est donc pas seulement le professionnel qui est investi d'une mission, mais plus largement l'homme, appréhendé dans son individualité, sa personnalité [...] Le fait de s'être assuré de ses qualités morales, humaines autorise ensuite la pleine et entière confiance du magistrat ».

techniques générales afférentes à sa mission (C).

A. DES CONNAISSANCES TECHNIQUES ET SCIENTIFIQUES SUFFISANTES

99. La compétence « technique » constitue la première qualité attendue d'un expert³⁴⁵. De ce fait, il revient au juge qui décide de recourir à une mesure d'expertise de désigner le professionnel qui la mettra en œuvre en fonction de ses qualifications. En la matière, le juge est souverain, c'est-à-dire qu'il possède une liberté de choix (1). Ce pouvoir doit toutefois permettre d'assurer que l'expert possède des compétences « suffisantes » pour exercer sa mission (2).

1. La liberté du juge dans le choix de l'expert judiciaire

100. Formulation de la liberté du juge dans le choix de l'expert. Les connaissances d'un expert dans un domaine déterminé caractérisent l'intérêt de sa désignation par le juge et de l'acceptation de sa mission³⁴⁶. À ce titre, l'article 232 du code de procédure civile précise que le juge peut commettre toute personne de son choix pour procéder à l'expertise³⁴⁷. Cette disposition correspond à la codification d'une jurisprudence plus ancienne qui estimait qu'en dehors des cas où la loi précise que les experts sont choisis dans une catégorie déterminée de professionnels, le juge peut désigner à ces fonctions toute personne qui par ses connaissances spéciales lui paraît capable de l'éclairer³⁴⁸. La force de cette liberté s'inscrit dans le pouvoir plus général du juge d'ordonner une mesure d'instruction³⁴⁹, sous l'égide de son rôle de garant du bon déroulement de l'instance, conformément à l'article 3 du code de procédure civile. La désignation d'un expert représente une prérogative primordiale du juge qui doit, en conséquence, ne pas nuire à ce bon déroulement. Il devient alors essentiel pour ce dernier de nommer un professionnel dont les qualifications seront à même de satisfaire ces intérêts³⁵⁰.

³⁴⁵ **J. HUREAU et P. DE FONTBRESSIN**, « La responsabilité de l'expert de justice », préc. : les auteurs lient les compétences techniques de l'expert à une responsabilité scientifique et technique.

³⁴⁶ **M. BRISAC**, « Doit-on à nouveau rappeler que l'expert judiciairement commis ne doit accepter sa mission que si ses compétences techniques le justifient ? », RDI, 2003, p. 178.

³⁴⁷ Cette disposition est renforcée par l'article 264 du code de procédure qui prévoit la possibilité pour le juge de désigner, s'il l'estime nécessaire, plusieurs experts.

³⁴⁸ Cass. civ., 2ème, 4 déc. 1953 : D. 1954, p. 91 ; Cass. civ., 2ème, 20 févr. 1964, Bull. civ. II, n° 168.

³⁴⁹ CPC, art. 10.

³⁵⁰ **P. MESTRE**, *Les experts auxiliaires de la justice civile*, th., Paris, Sirey, 1937, p. 35.

101. Double signification de la liberté de choix du juge. Le pouvoir souverain du juge dans la désignation de l'expert emporte deux conséquences. D'une part, il est possible pour le juge de nommer un expert qui ne se trouve pas sur les listes établies par les cours d'appels ou la Cour de cassation dès lors qu'il estime que le professionnel présente les qualifications requises pour exercer la mission. Cette faculté est prévue par l'article 1er de la loi de 1971 relative aux experts judiciaire qui énonce que « [...] *les juges peuvent désigner pour [...] réaliser une expertise, une personne figurant sur l'une des listes établies en application de l'article 2. Ils peuvent, le cas échéant, désigner toute autre personne de leur choix* ». Cette liberté a également vocation à s'appliquer dans les cas où la loi réserve le monopole d'opérations d'expertise à un ordre d'expert réglementé, comme les experts-géomètres par exemple. En effet, la deuxième chambre civile a admis la validité d'opérations d'expertise accomplies par un expert qui n'était pas inscrit à l'ordre des géomètres experts, alors que ce type d'investigations relevait du monopole des membres de cet ordre³⁵¹. Cette solution se justifie dans la mesure où la Cour de cassation considère que « *les dispositions de la loi du 7 mai 1946, qui ont pour objet de protéger l'exercice de la profession de géomètres-experts, ne sont pas applicables à l'expert judiciaire, désigné par le juge, qui exécute un mandat de justice et n'exerce pas, ce faisant, une profession* »³⁵². Afin d'assurer une transparence dans la désignation d'un expert non inscrit sur les listes, il revient au juge de motiver ce choix dans sa décision³⁵³. Cette obligation n'est pas expressément prévue pour ce cas, mais elle découle de l'article 455 du code de procédure civile qui soumet les jugements à leur motivation. Aussi, il revient impérativement à l'expert non inscrit sur les listes de prêter serment, ce qui sécurise la mise en œuvre du principe du procès équitable.

D'autre part, la liberté de sélection du juge l'autorise à désigner un expert dont la profession est étrangère au domaine objet de l'action en justice. Le juge doit juste assurer aux parties que l'expert présente les qualifications nécessaires pour l'éclairer sur la question technique. Récemment, la jurisprudence a jugé qu'un avocat était qualifié pour dresser un inventaire estimatif ou faire des propositions quant au règlement des intérêts pécuniaires des époux dans le cadre d'un divorce dans la mesure où l'article 115 du décret du 27 novembre

³⁵¹ Cass. civ., 2ème, 22 mai 1959, D. 1959, p. 383.

³⁵² Cass. civ., 2ème, 4 juill. 2007, n° 07-12.078, Bull. civ. II, n° 196.

³⁵³ S. AUTIN et C. BUSSIERE, « Rapport de la commission de réflexion sur l'expertise », préc., p. 27 : selon la commission, il est nécessaire d'imposer au juge civil de motiver une désignation hors liste et modifier l'article 265 du code de procédure civile en y ajoutant que « *la décision commettant un expert hors liste doit exposer les raisons d'une telle désignation* ».

1991 organisant la profession d'avocat n'interdit pas cette désignation³⁵⁴.

102. La reconnaissance d'une liberté de choix du juge dans la désignation de l'expert n'exclut pas l'impératif pour ce dernier de présenter des qualifications suffisantes pour exercer sa mission (2).

2. La nécessité de qualifications suffisantes de l'expert

103. La formulation de la nécessité. Depuis déjà deux circulaires ministérielles des 21 septembre et 30 décembre 1812³⁵⁵, la Chancellerie recommandait vivement aux magistrats, avant l'instauration de listes officielles, de désigner en tant qu'experts des hommes fortement expérimentés dans leurs domaines. Actuellement, les 4° et 5° de l'article 2 du décret précisent que l'inscription d'une personne physique sur les listes d'experts judiciaires est subordonnée à deux conditions, à savoir « *exercer ou avoir exercé pendant un temps suffisant une profession ou une activité en rapport avec sa spécialité* » et « *exercer ou avoir exercé cette profession ou cette activité dans des conditions conférant une qualification suffisante* ». Il est donc nécessaire pour le candidat à l'inscription en qualité d'expert que la profession ou l'activité pratiquée en lien avec sa spécialité lui ait conféré une qualification « suffisante ». L'article 4-1, a) fait écho à ces conditions puisqu'il précise que les demandes d'inscription sur les listes d'experts judiciaires sont examinées en tenant compte des qualifications et de l'expérience professionnelle des candidats. Il est certain que le critère de suffisance précité est souverainement caractérisé par le procureur de la République en charge de recevoir les candidatures d'inscription et d'y donner suite. Toutefois, certaines décisions jurisprudentielles permettent de saisir comment cette exigence est appliquée. En témoigne un arrêt de la Cour de cassation du 6 juillet 1988³⁵⁶ dans lequel les juges de la première chambre civile ont censuré une cour d'appel qui avait validé l'inscription sur les listes d'experts d'une femme en qualité d'interprète-traducteur alors que celle-ci, lors de sa demande d'inscription, avait fait valoir n'avoir jamais exercé cette activité à titre professionnel et qu'elle avait pratiqué pendant seulement trois jours une activité d'interprète. Les juges de cassation ont relevé là une erreur

³⁵⁴ Cass. civ., 1ère, 19 oct. 2016, n° 15-25.879, publié au Bulletin : D., 2017, p. 470, note M. DOUCHY- OUDOT ; RTD civ., 2017, pp. 105 et 108, obs. J. HAUSER.

³⁵⁵ Citées par F. CHAUVAUD et L. DUMOULIN in *Experts et expertise judiciaire, France, XIXe et XXe siècles*, préc. p. 89.

³⁵⁶ Cass. civ., 1ère, 6 juill. 1988, n° 87-19.421, Bull. civ. I, n° 228 ; D. 1988. IR 214 ; D. 1989. Somm. 275, obs. JULIEN ; JCP 1988. IV. 328.

manifeste d'interprétation de l'assemblée générale des magistrats du siège de la cour d'appel ayant inscrit cette femme sur les listes. Si cette solution est compréhensible au regard des faits, une autre, du 23 juin 2016 fait part de la sévérité de l'assemblée générale des magistrats du siège de la cour d'appel dans ses critères de sélection. En l'espèce, la demanderesse avait sollicité son inscription sur la liste des experts judiciaires de la cour d'appel de Reims dans les rubriques traduction en langue slave (russe) et traduction en langues arabe, chinoises, japonaises, hébraïques, en géorgien et en kurde. Cette demande était rejetée par l'assemblée générale des magistrats du siège de cette cour d'appel au motif qu'elle « *ne justifiait pas de diplôme suffisant ou adapté pour satisfaire aux qualifications requises d'un expert judiciaire dans la rubrique sollicitée* ». Pourtant, au soutien de son recours, la requérante produit aux débats ses diplômes justifiant de sa qualification, indique exercer l'activité de consultante des pays de l'Est et d'interprète depuis le 22 décembre 2014 et insiste sur les nécessités de traducteurs/interprètes en langues comme le géorgien ou le kurde. Toutefois, la Cour de cassation confirme la décision de l'assemblée générale des magistrats du siège en relevant que « *c'est par des motifs exempts d'erreur manifeste d'appréciation au regard des éléments du dossier* » qu'elle a rejeté la demande d'inscription sur les listes d'experts judiciaires. Dans un autre arrêt, la deuxième chambre civile a approuvé les juges du fond qui avaient refusé l'inscription d'un candidat en tant qu'expert en navires dans la mesure où ses diplômes étaient inadaptés à cette spécialité, alors qu'il ressortait des pièces versées par le candidat qu'il a été l'initiative de la norme concernant la pratique de l'expertise maritime³⁵⁷.

104. Recommandation. Enfin, il est nécessaire pour l'expert de procéder à une autocritique de ses compétences et de ne pas hésiter à refuser une mission s'il estime ne pas posséder les qualifications requises pour la mener. En matière médicale, une telle incitation est légalement prévue, l'article R. 4127-106 du code de la santé publique disposant que « *lorsqu'il est investi d'une mission, le médecin expert doit se récuser s'il estime que les questions qui lui sont posées sont étrangères à la technique proprement médicale, à ses connaissances, à ses possibilités ou qu'elles l'exposeraient à contrevenir aux dispositions du Code de déontologie* ». Il convient de préciser qu'en dehors des connaissances techniques et scientifiques dont il se prévaut, la compétence de l'expert judiciaire recouvre également la mise en application sérieuse et attentive de ces dernières. En effet, une mise en œuvre peu consciencieuse de ses connaissances est de nature à entraîner l'engagement de sa

³⁵⁷ Cass. civ., 2ème, 9 avr. 2015, n° 14-60.774, inédit.

responsabilité civile pour faute. À cet égard, la jurisprudence a mis en évidence une variété de fautes imputables à l'expert. Ainsi est-ce le cas de l'expert qui « *n'avait procédé à aucun des contrôles qui lui auraient permis de constater les déformations de la caisse décrites par l'expert judiciaire ultérieurement désigné et d'arrêter les travaux* »³⁵⁸, avait proposé une solution inadaptée ayant entraîné des désordres supplémentaires³⁵⁹, ou qui n'avait pas suffisamment poussé ses investigations en ne retenant qu'une seule éventualité d'un défaut d'étanchéité³⁶⁰. À l'inverse, la haute juridiction a écarté la responsabilité d'experts médicaux en jugeant expressément que ceux-ci avaient accompli « *leur mission avec conscience et compétence* »³⁶¹. Dans certaines occasions, il est arrivé aux juges du fond de prononcer la responsabilité solidaire d'un expert et de son sapiteur pour la commission de plusieurs maladroites dans le cadre de leurs investigations³⁶².

105. Modification des conditions de recrutement. Afin que le juge s'assure que l'expert qu'il désigne présente les compétences nécessaires et qu'il ne sollicite son inscription pas uniquement pour l'obtention d'un statut avantageux, il serait souhaitable que la procédure de recrutement des experts judiciaires soit complétée d'une audition du candidat. Ceci renforcerait certainement les modalités de recrutement des experts qui mettent en évidence un paradoxe : « *curieusement quand le système est fondé sur l'incapacité du juge à statuer sans une expertise, c'est à lui de décider lequel, parmi les professionnels qui proposent leur collaboration, dispose des qualités suffisantes pour la lui apporter [...] le juge ne serait pas assez compétent pour se passer d'un expert, mais suffisamment pour se prononcer sur la compétence du candidat à le devenir !* »³⁶³. Un entretien personnel avec un candidat expert permet en effet de vérifier qu'outre les compétences requises, sa moralité à exercer des missions pour le service de la justice est entière.

106. La connaissance des règles procédurales constitue également un atout renforçant davantage les compétences de l'expert (B).

³⁵⁸ Cass. civ., 1ère, 17 oct. 2000, n° 98-19.397, inédit.

³⁵⁹ Cass. civ., 1ère, 4 nov. 2011, n° 10-22.758, inédit.

³⁶⁰ Cass. civ., 2ème, 20 juill. 1993, n° 92-11.209, Bull. civ. II, n° 272, p. 149.

³⁶¹ Cass. civ., 2ème, 24 nov. 1966, n° 65-10.668, Bull. civ. II, n° 920.

³⁶² CA, Dijon, 26 avr. 2000, n° 95/03313 : RDI, 2001, p. 245, obs. M. BRISAC.

³⁶³ E. DE MONTGOLFIER, « Un titre qui distingue moins qu'il n'oblige », préc.

B. LE RESPECT DES RÈGLES PROCÉDURALES

107. Statut de l'expert et nécessité de connaissance des règles procédurales. Un expert compétent doit être conscient de la rigueur du droit processuel et des règles procédurales qui en découlent. Il ne saurait dès lors ignorer les principes émanant du procès équitable, lesquels sont rappelés plus ou moins rigoureusement par le code de procédure civile. Cette exigence apparaît justement aux termes de l'article 2, II de la loi du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires qui énonce qu'à l'issue de sa période probatoire « *l'expert peut être réinscrit pour une durée de cinq années, après avis motivé d'une commission associant des représentants des juridictions et des experts. A cette fin sont évaluées l'expérience de l'intéressé et la connaissance qu'il a acquise des principes directeurs du procès et des règles de procédure applicables aux mesures d'instruction confiées à un technicien* ». Cette évaluation, ou au moins la justification par le candidat de sa connaissance des principes directeurs du procès, ne devrait pas intervenir au stade de la fin de la période probatoire, mais dès le moment de sa demande d'inscription sur les listes d'expert. Il est également regrettable que le décret n° 2004-1463 du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires ne reprenne pas aux termes de ses articles 2 et 3, relatifs aux conditions générales d'inscription des personnes physiques et morales sur les listes d'experts, l'obligation pour les candidats de justifier de leurs connaissances quant au respect des principes directeurs du procès. Cette exigence ne se retrouve expressément qu'à la lecture de l'article 10, 2° du décret, qui concerne la demande de réinscription sur les listes établies auprès des cours d'appel³⁶⁴. Faudrait-il dès lors comprendre de l'expression « *la demande [de candidature] est assortie de toutes précisions utiles* » contenue dans l'article 6 du décret que le candidat pourrait fournir à ce moment-là tout justificatif attestant de sa sensibilisation aux principes directeurs du procès ?

108. Variété des règles procédurales à connaître. Le code de procédure civile prévoit les règles procédurales que doit honorer tout expert judiciairement désigné. Celles-ci sont éparpillées au sein du code. Tandis que certaines se retrouvent au sein des dispositions relatives aux mesures d'instruction ou au technicien, d'autres se situent dans les dispositions

³⁶⁴ Décr. n° 2004-1463, 23 déc. 2004 relatif aux experts judiciaires, art. 10, 2° : « *La demande [de réinscription] est assortie de tous documents permettant d'évaluer : [...] La connaissance qu'il [le candidat] a acquise des principes directeurs du procès et des règles de procédure applicables aux mesures d'instruction confiées à un technicien ainsi que les formations qu'il a suivies dans ces domaines* ».

propres à l'expertise. La réglementation du statut de l'expert judiciaire, par la loi de 1971 et le décret de 2004, invite l'expert à posséder des connaissances en droit processuel. Il résulte de l'ensemble de ces données que les principes procéduraux primordiaux que l'expert se doit de connaître et d'honorer sont les suivants : l'impartialité, l'indépendance, le contradictoire, et le délai raisonnable, ce dernier se rattachant à l'exigence de célérité. Le respect des délais et de l'obligation d'impartialité est prévu de manière expresse par le code de procédure civile aux articles 237³⁶⁵ et 239³⁶⁶, au sein des obligations générales du technicien. Ces deux règles essentielles, dont l'impartialité semble primer au niveau de l'importance³⁶⁷, répondent à l'article 6 § 1 de la Conv. EDH qui a également vocation à s'appliquer à l'expert judiciaire. La nécessaire indépendance de l'expert est contenue tant dans le code de procédure civile que dans le décret sur les experts judiciaires. Toutefois, ce n'est pas le code de procédure qui, à regret, est plus exigeant sur la nécessité de respecter l'obligation d'indépendance, mais le décret de 2004. Celui-ci expose, dans son article 2, 6°, que pour prétendre à l'inscription sur les listes, il ne faut « *exercer aucune activité incompatible avec l'indépendance nécessaire à l'exercice de missions judiciaires d'expertise* ». Tandis que dans le code de procédure civile, l'indépendance n'est mentionnée que d'un point de vue économique, à l'article 248 qui fait prohibition au technicien de « *de recevoir directement d'une partie, sous quelque forme que ce soit, une rémunération même à titre de remboursement de débours, si ce n'est sur décision du juge* ». Il est nécessaire de rappeler cette incohérence du code qui, s'il insiste de manière légitime sur la nécessité d'impartialité de l'expert, reste toutefois vague concernant son obligation d'indépendance. L'expression légale du principe du contradictoire demeure aussi critiquable. En effet, aucune disposition légale n'assujettit expressément l'expert au respect de ce principe. Les textes du code de procédure civile ne visent que deux situations particulières qu'il convient d'énumérer³⁶⁸. Tout d'abord, l'article 160 évoque les modalités de convocation des parties aux opérations menées par le technicien. Cette obligation de convocation est nécessaire afin que le droit au procès équitable des parties soit réalisé, notamment en leur permettant de faire part de leurs observations pendant le déroulement de la mesure. Ensuite,

³⁶⁵ CPC, art. 237 : « *Le technicien commis doit accomplir sa mission avec conscience, objectivité et impartialité* ».

³⁶⁶ CPC, art. 239 : « *Le technicien doit respecter les délais qui lui sont impartis* ».

³⁶⁷ A. JACQUIN, « L'impartialité objective de l'expert judiciaire et sa récusation », Gaz. Pal., éd. gé., 1er févr. 2003, n°32, p. 3 : « *La mondialisation des sources du procès et la recherche de l'effectivité des droits a entraîné la nécessité d'assurer au justiciable de bénéficier de droits fondamentaux dont au premier chef, la garantie d'un jugement rendu par un tribunal impartial. [...] De la même manière, le justiciable doit-il être assuré de l'impartialité de l'expert* ».

³⁶⁸ Ces situations seront davantage développées dans la section consacrée au principe du contradictoire.

l'article 276 exige de l'expert qu'il prenne « *en considération les observations ou réclamations des parties* » afin d'y répondre.

109. La démonstration de connaissances scientifiques, techniques et procédurales ne saurait suffire à démontrer que l'expert est compétent. Celui-ci, doit, en outre, au cours de la mission qui lui est confiée, assurer le respect de certaines règles techniques générales (C).

C. LE RESPECT DES RÈGLES TECHNIQUES GÉNÉRALES AFFÉRENTES À SA MISSION

110. Certaines règles auxquelles est assujetti l'expert correspondent à des règles techniques générales qui entrent dans le cadre de la mission qui lui confiée par le juge et qu'il doit impérativement respecter afin d'apporter toute crédibilité à son rapport. Il est ainsi fait état des devoirs généraux du technicien qui se matérialisent par le caractère personnel de sa mission (1), son objectivité (2), la prohibition du dépassement de sa mission (3), la prohibition des appréciations juridiques (4), et le respect du secret (5).

1. Le caractère personnel de la mission de l'expert

111. Présentation de la règle. Conformément à l'article 233 du code de procédure civile, le technicien doit remplir sa mission « *personnellement* ». Cette obligation, engendrant la nullité des opérations d'expertise en cas de non-respect sans pour autant rapporter la preuve d'un grief³⁶⁹, et quand bien même le rapport aurait été soumis à un débat contradictoire entre les parties³⁷⁰, suppose que l'expert accomplisse lui-même les investigations découlant de sa mission. Il lui est donc interdit de déléguer l'accomplissement de ses investigations à un tiers comme son fils³⁷¹ ou même son épouse³⁷². Dans le domaine médical, cette obligation prend

³⁶⁹ Cass. civ., 2ème, 27 avr. 2000, n° 98-13.361 : Bull. civ. II, n° 68 ; JCP 2001. I. 311, n° 8, obs. L. CADIET ; D. 2000, p. 158.

³⁷⁰ Cass. civ., 3ème, 8 avr. 1999, n° 96-21.897 : D. 1999, p. 136 : « [...] pour débouter les époux Y... de leur demande tendant à faire écarter des débats le rapport d'expertise, l'arrêt retient que ce rapport a été soumis au contradictoire des parties qui ont pu en discuter librement et présenter leurs critiques, qu'il n'existe aucune raison pouvant conduire à l'écarter des débats ; Qu'en statuant ainsi, alors que les époux Y... soutenaient dans leurs conclusions que l'expert s'était adjoint un autre technicien parce qu'il n'était pas compétent pour remplir sa mission, qu'il ne s'agissait pas de sa part d'une consultation ponctuelle d'un spécialiste sur une question déterminée, mais d'une " sous-traitance " de la totalité de l'expertise, la cour d'appel, qui a omis de rechercher, comme il le lui était demandé, si l'expert n'avait pas délégué l'accomplissement de sa mission, n'a pas donné de base légale à sa décision [...] ».

³⁷¹ CA, Toulouse, 20 mai 1975, D. 1975. Somm. 85.

³⁷² Cass. civ., 2ème, 27 avr. 2000, préc.

un sens particulier puisque l'article R. 4127-108 alinéa 2 du code de la santé publique impose à l'expert médical désigné d'attester qu'il a accompli personnellement sa mission. Ce principe souffre toutefois de deux exceptions.

112. Assistance d'un collaborateur. La première exception est envisagée à l'article 278-1 du code de procédure civile qui permet à l'expert de « *se faire assister dans l'accomplissement de sa mission par la personne de son choix qui intervient sous son contrôle et sa responsabilité* ». En d'autres termes, l'expert peut recourir à un collaborateur sans violer l'obligation de remplir personnellement sa mission du moment qu'il procède aux vérifications nécessaires sur l'accomplissement des tâches confiées à ce collaborateur³⁷³. La jurisprudence veille également à ce que les personnes qui assistent l'expert présentent des « *garanties nécessaires* » afin d'effectuer les actes sollicités par ce dernier. A ce titre, dans un arrêt du 3 mai 2000, la première chambre civile de la Cour de cassation a approuvé les juges du fond ayant « *relevé que les prélèvements sanguins sur l'enfant, âgé de 2 ans seulement, avaient été réalisés par des infirmières puéricultrices afin de lui éviter tout traumatisme* » et « *constaté que tout risque d'intervention des prélèvements était exclu, d'une part par les conditions matérielles de leur réalisation, d'autre part par les résultats des analyses réalisées sur les deux prélèvements effectués à distance et permettant d'affirmer que l'enfant était bien celui de Mme X... et ne pouvait être celui de M. Y...* »³⁷⁴.

113. Appel à un sapiteur. La seconde exception, prévue à l'article 278 du code de procédure civile, prévoit le recours à un spécialiste. En effet, aux termes de cette disposition, il est permis à l'expert de « *recueillir l'avis d'un autre technicien, mais seulement dans une spécialité distincte de la sienne* ». Dans ce cas, à l'image du juge qui désigne un expert dans le cadre d'un litige, l'expert fait souverainement appel à un technicien, plus connu sous le nom de « sapiteur », spécialisé dans un domaine différent du sien. Cette prérogative recouvre plusieurs situations. Ainsi, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel d'avoir considéré que c'est « par prudence » qu'un chirurgien judiciairement désigné avait sollicité l'avis d'un ophtalmologue³⁷⁵. De la même manière, les juges de la troisième chambre civile ont décidé qu'« *il n'y avait pas lieu à référé pour que l'expert s'adjoigne le concours d'un spécialiste en*

³⁷³ CA, Rouen, 15 oct. 1985, Gaz. Pal. 1986. Somm. 285.

³⁷⁴ Cass. civ. 1ère, 3 mai 2000, n° 98-13.347, inédit.

³⁷⁵ Cass. civ., 2ème, 5 mars 1975, n° 73-14.496, Bull. civ. II, n° 70.

escaliers de bois et d'un spécialiste en structures de bois »³⁷⁶. En tout état de cause, le recours au spécialiste doit faire l'objet d'une information des parties afin qu'elles puissent assister aux opérations menées par le sapiteur³⁷⁷ et discuter contradictoirement de l'avis en résultant³⁷⁸.

2. L'objectivité de l'expert

114. Détermination de l'objectivité. L'article 237 du code de procédure civile indique, sans conférer une définition propre au terme, que l'expert doit accomplir sa mission avec « objectivité ». Ce devoir d'objectivité ne saurait toutefois se confondre avec l'exigence d'impartialité de l'expert, également prévue par cette disposition³⁷⁹. D'autant plus que ce risque de confusion est renforcé par l'existence de la notion « d'impartialité objective ». Dans le cadre des devoirs de l'expert, l'objectivité se rapproche davantage de la notion de fidélité et exige du technicien, selon la définition qu'en donne Olivier LECLERC, qu'il apprécie la situation qui lui est exposée de manière complète, sans en négliger un élément³⁸⁰. Cette obligation implique nécessairement une application rigoureuse de ses performances techniques et de ses méthodes de travail. Les juges du fond avaient refusé une demande de réduction de rémunération de l'expert en considérant que celui-ci « *a procédé à une analyse objective des données de fait de la cause, à une étude complète et détaillée des questions posées dans ses missions, retenant des conclusions sérieusement motivées par des arguments techniques* »³⁸¹. De plus, la cour d'appel de Paris a jugé que le manque d'objectivité de l'expert allégué par une partie n'était pas démontré dès lors que ce dernier s'était attaché à respecter les droits de chacune des parties dans le déroulement de la mesure³⁸². Il résulte de

³⁷⁶ Cass. civ., 3ème, 23 oct. 1984, n° 82-15.895, Bull. civ. III, n° 171 ; Gaz. Pal. 1985. 1, somm., 58, note GUINCHARD.

³⁷⁷ Cass. civ., 3ème, 4 nov. 1999, n° 98-10.694 et n° 98-11.310, Bull. civ. III, n° 210 : « [...] ayant relevé, par motifs propres et adoptés, que les constatations et les investigations effectuées par le spécialiste chargé d'assister l'expert, l'avaient été à l'occasion de réunions auxquelles toutes les parties avaient été conviées, dans le respect du principe de contradiction, qu'il n'était pas justifié que les dires écrits ou verbaux n'auraient pas reçu de réponse, et que l'expert judiciaire avait supervisé l'ensemble des opérations à l'occasion de réunions contradictoires, la cour d'appel, abstraction faite d'un motif erroné mais surabondant relatif à l'absence de grief, a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision de ce chef ».

³⁷⁸ Cass. civ., 2ème, 6 janv. 2003, n° 01-03.427, Bull. civ. II, n° 5.

³⁷⁹ Surtout que constituerait une maladresse le fait de lister dans l'article 237 du code de procédure civile deux obligations de significations similaires.

³⁸⁰ O. LECLERC, *L'indépendance de l'expert*, préc. : « [...] l'indépendance et l'impartialité se distinguent de l'objectivité, expressément requise des experts judiciaires en matière civile par l'article 237 du Code de procédure civile. Celle-ci renvoie à la façon dont l'expert met en œuvre ses connaissances scientifiques ou techniques. L'objectivité lui impose d'apprécier la situation qui lui est présentée de manière complète, sans en omettre aucun aspect et en exposant les éventuels désaccords existant dans sa discipline ».

³⁸¹ CA, Aix-en-Provence, 23 mars 2017, n° 16/15425.

³⁸² CA, Paris, 17 juin 2016, n° 15/14127.

ces illustrations que l'objectivité requise du professionnel concerne tant la mise en œuvre de ses compétences techniques, qui suppose son appréciation totale de la situation présentée, que sa capacité à traiter les parties de manière égalitaire dans le déroulement de la mesure. Ce second aspect de l'objectivité permet également de mettre en exergue la procédure spécifique des dires qui engendre le devoir pour l'expert de répondre à chaque observation formulée par une partie, au risque de voir son rapport annulé, pour défaut de respect du contradictoire. Il est certain que l'expert qui ne prend pas en compte des observations ou réclamations présentées par une partie, conformément à l'article 276 du code de procédure civile, porte également une atteinte à son obligation d'objectivité.

115. Appréciation de l'objectivité au moment du rapport. L'objectivité de l'expert s'apprécie au moment de la consultation de son rapport par les parties et le juge. Ses conclusions doivent être objectives et contenir tous les éléments permettant de s'assurer que le professionnel a correctement et entièrement apprécié la situation qui lui était présentée et respecté équitablement les droits des parties dans le déroulement de la mesure. Une telle exigence ne s'applique cependant qu'au pré-rapport et au rapport définitif. Un arrêt de la cour d'appel d'Angers du 7 avril 2016 exprime à cet égard que *« si l'expert se doit de relater avec minutie dans son pré-rapport puis son rapport tous les propos qui ont pu être tenus par les parties lors des opérations d'expertise lorsqu'ils sont susceptibles d'influer sur la solution du litige »*, concernant l'établissement d'une note récapitulative de ses premiers travaux *« qui ne constitue pas un rapport d'expertise ni même un pré-rapport, mais un compte rendu de l'activité de l'expert et des opérations d'échantillonnage opérées »*, celle-ci *« n'a pas vocation à rapporter l'ensemble des propos tenus par les parties lors des opérations d'expertise et, le cas échéant, si les propos des parties venaient à ne pas être prises en compte dans le pré-rapport à venir, ces dernières auront la faculté de déposer un dire auquel l'expert aura à répondre »*³⁸³.

Ainsi, la jurisprudence veille à ce que le rapport de l'expert soit objectif, étant précisé que ce caractère est soumis à l'appréciation souveraine du juge du fond³⁸⁴. Ce pouvoir souverain du juge implique qu'il motive sa décision de manière circonstanciée lorsqu'il se prononce sur la présence ou l'absence d'objectivité de l'expert. À ce sujet, la cour d'appel de Paris a décidé que ne pouvait être mise en doute l'objectivité du professionnel dans la mesure

³⁸³ CA, Angers, 7 avr. 2016, ch. A - com., n° 15/01194.

³⁸⁴ Cass. civ., 3ème, 20 juin 1979, n° 77-15.348, Bull. civ. III, n° 139.

où, dans le cadre d'une expertise relative au fonctionnement d'une machine agricole, il a procédé à une analyse aussi complète et efficace que possible de la situation. Elle a dès lors motivé sa décision en relevant que « *la lecture du rapport d'expertise permet de noter que l'expert a eu le souci permanent de rechercher des éléments objectifs permettant d'établir un diagnostic complet sur les difficultés rencontrées pour l'utilisation du bras de l'engin (pesage des pièces, examen de la machine en fonctionnement, examen des modifications apportées depuis son acquisition)* »³⁸⁵.

116. Objectivité et réalisation du procès équitable. L'obligation d'objectivité de l'expert entre nécessairement dans le champ d'application de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH qui exige que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement. Il serait en effet particulièrement désavantageux pour une partie à une expertise de voir que des propos essentiels à l'issue du litige qu'elle aurait tenus pendant une réunion d'expertise ne soit pas repris par l'expert dans ses conclusions. S'il ne faut pas confondre l'objectivité avec les garanties d'impartialité ou d'indépendance, il convient de relever qu'un expert non objectif peut être suspecté, à juste titre, de partialité ou de dépendance. L'absence d'objectivité peut en effet conduire le professionnel à favoriser une partie à la mesure d'expertise.

3. La prohibition du dépassement de la mission confiée par le juge

117. Présentation de l'obligation. Les alinéas 1er et 2 de l'article 238 du code de procédure civile exigent du technicien qu'il n'outrepasse pas la mission qui lui est confiée : il ne doit donner son avis que sur les points pour l'examen desquels il a été commis et ne peut répondre à aucune autre question³⁸⁶. Cette obligation est identique à celle du juge qui, selon l'article 5 du code de procédure civile, « *doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé* ». L'expert ne doit ainsi pas dépasser le cadre de la mission qui lui a été impartie par le juge. Le professionnel qui excède sa mission participe également à un allongement de la phase de l'expertise, et donc de l'instance, ce que la jurisprudence sanctionne. La deuxième chambre civile a considéré comme justifiée la réduction de rémunération de l'expert qui avait largement dépassé la mission qui lui avait été initialement donnée, en retenant qu'il ne pouvait obtenir que la rémunération afférente aux seules

³⁸⁵ CA, Paris, 3 juill. 2017, n° 16/18301.

³⁸⁶ L'article 238 alinéa 2 *in fine* précise que le technicien peut répondre à d'autres questions seulement si les parties en ont formulé leur accord par écrit.

opérations dont il était chargé³⁸⁷.

118. Assouplissement du principe. Cependant, et sans doute dans la poursuite du principe d'économie procédurale, « *impératif consistant à ne pas ralentir exagérément la procédure et à maîtriser son coût* »³⁸⁸, la Cour de cassation a affirmé la possibilité pour le juge de s'approprier l'avis d'un expert dans lequel ce dernier aurait débordé du cadre de sa mission³⁸⁹. Cette souplesse de la haute juridiction est cependant à relativiser. En effet, il semblerait que les juges du fond puissent s'appuyer sur un rapport d'expertise dans lequel le technicien a dépassé les limites de sa mission seulement si les parties n'avaient pas contesté ledit rapport au moment de sa délivrance. Dans un arrêt du 5 mars 2003, la troisième chambre civile, afin de justifier sa décision, relève que l'expert ayant proposé une délimitation de la totalité des parcelles du tènement des demandeurs (alors que la mission d'expertise initiale prévoyait un nombre limité de parcelles à délimiter), l'avait fait en présence de ceux-ci, en prenant en compte leurs dires et qu'ils « *n'avaient émis aucune contestation sur l'avis de l'expert, se bornant à l'ignorer au motif que le point abordé ne faisait pas partie de sa mission* ». Il en résulte que « *les consorts X... ne pouvaient, de façon totalement artificielle, demander que l'expert fût à nouveau commis pour qu'il se prononçât sur un point qu'il avait traité dans son rapport et cela pour la seule raison qu'il n'était pas officiellement mandaté pour le faire* »³⁹⁰.

4. La prohibition des appréciations juridiques

119. Affirmation et étendue de l'interdiction. Puisque l'expert est désigné seulement pour mettre en œuvre ses compétences techniques et scientifiques sur un « fait »³⁹¹, il n'entre pas dans ses prérogatives de délivrer un avis juridique dans son rapport. En d'autres termes, il

³⁸⁷ Cass. civ., 2ème, 17 nov. 1982, n° 81-15.832, Bull. civ. II, n° 146.

³⁸⁸ R. DUMAS, « La conciliation prétorienne des droits fondamentaux processuels avec les spécificités de l'expertise judiciaire civile : un bilan mitigé », préc. : l'auteur reprend le terme employé par Madame Soraya AMRANI-MEKKI (« L'absence de pré-rapport de l'expert sanctionné par un vice de forme exigeant la preuve d'un grief », obs. sous Cass. civ., 2ème, 29 nov. 2012, n° 11-10.805 : Gaz. Pal., n° 68, 9 mars 2013).

³⁸⁹ Cass. civ., 3ème, 29 mai 1985, n° 84-11.347, Bull. civ. III, n° 87, p. 67 : JCP, 1985, IV, p. 278 ; Cass. Civ., 3ème, 17 oct. 2012, n° 10-23.971, Bull. 2012, III, n° 145.

³⁹⁰ Cass. civ., 3ème, 5 mars 2003, n° 00-21.931 : Bull. civ. III, n° 55 ; D. 2003. IR 863 ; Procédures 2003, n° 110, note PERROT ; JCP 2003. II. 10106, note JUNILLON ; Gaz. Pal. 8-10 févr. 2004, p. 26, obs. DU RUSQUEC.

³⁹¹ L'article 143 du code de procédure civile limite l'instauration d'une mesure d'instruction seulement à l'appréciation des faits : « *Les faits dont dépend la solution du litige peuvent, à la demande des parties ou d'office, être l'objet de toute mesure d'instruction légalement admissible* ».

ne peut dire le droit³⁹². Cette prohibition est affirmée par l'article 238 alinéa 3 du code de procédure civile qui énonce que le technicien « *ne doit jamais porter d'appréciations d'ordre juridique* ». L'adverbe « jamais » insiste sur la rigueur de cette interdiction et lui confère une grande importance. L'appréciation juridique relève en effet de la compétence exclusive du juge qui, titulaire de la *jurisdictio*, tranchera le litige en fonction des résultats de l'expertise, et ce dernier ne saurait déléguer son office à l'expert³⁹³. La mission confiée à l'expert doit dès lors, dans son contenu, rejeter toutes investigations qui pourrait octroyer à celui-ci le pouvoir de dire le droit, sinon elle ne saurait valoir comme une mission d'expertise régulière. D'ailleurs, l'article 238 alinéa 3 du code de procédure civile est à combiner avec l'article 232 qui rappelle formellement que le juge ne peut commettre un expert que sur une « *question de fait* » qui requiert les lumières d'un technicien. La Cour de cassation n'hésite d'ailleurs pas à user de la combinaison de ces deux dispositions pour séparer les fonctions de l'expert et du juge. À cet égard, la chambre sociale a rappelé, dans un arrêt du 11 décembre 1991, que « *le rôle de l'expert est d'éclairer le juge sur une question de fait, à l'exclusion de toute appréciation d'ordre juridique* »³⁹⁴. Une appréciation d'ordre juridique engendrerait en conséquence un dépassement de sa mission par l'expert, porterait atteinte à l'office du juge et impliquerait une rupture du principe d'égalité des armes entre les parties à la cause. Il a ainsi été jugé que le juge déléguait son pouvoir juridictionnel à l'expert en lui donnant pour mission de définir, surveiller et évaluer les travaux et en régler le coût au fur et à mesure de leur exécution³⁹⁵. De la même manière, a été condamné le fait pour le juge de demander à un expert d'interpréter une disposition contractuelle³⁹⁶, de déterminer des intentions ou des mobiles d'une partie³⁹⁷, de dire si une convention s'analyse en un contrat de prêt ou en un

³⁹² Cass. civ., 1ère, 9 déc. 1997, n° 95-10.798, inédit.

³⁹³ Cass. civ., 1ère, 8 janv. 1980, n° 78-14.956 et 78-14.957, Bull. civ. I, n° 16 : « [...] *Le juge ne peut recourir à une mesure d'expertise que pour s'éclairer sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien [...] en chargeant ainsi l'expert de dire si la demande de la caisse était fondée eu égard aux conventions intervenues et au texte réglementaire invoqué, le tribunal a violé le texte susvisé [CPC, art. 232]* ».

³⁹⁴ Cass. Soc., 11 déc. 1991, n° 88-41.609 : Bull. V, n° 572.

³⁹⁵ Cass. civ., 3ème, 19 déc. 1983, n° 80-16.892 : Bull. civ. III, n° 268 ; Gaz. Pal. 1984. 1. Pan. 155, obs. GUINCHARD : « [...] *ayant retenu la responsabilité de l'architecte dans les désordres, l'arrêt, pour les travaux de remise en état, a désigné à nouveau l'expert précédemment Y..., aux fins de "définir, surveiller et évaluer lesdits travaux et pour en régler le coût, au fur et à mesure de leur exécution sur mémoires par lui visés des entreprises par lui choisies" ; qu'en déléguant ainsi ses pouvoirs à l'expert, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

³⁹⁶ CA, Versailles, 2 juin 1988 : D. 1989. Somm. 275, obs. JULIEN.

³⁹⁷ Cass. com., 2 mai 1960, Bull. IV, n° 153 : RTD civ. 1961. 186, obs. RAYNAUD : « [...] *la cour d'appel s'est bornée [...] à commettre un expert, avec mission : "de rechercher si le Crédit Foncier d'Algérie et de Tunisie (CFAT), lors de la remise à l'escompte par la société anonyme des établissements C Bonnier de l'effet de 1000000 francs souscrit le 8 juillet 1954 par eux sur Audebert et accepté par celui-ci à l'ordre du CFAT, connaissant les conventions intervenues entre les signataires, il avait néanmoins acquis l'effet ayant ainsi conscience qu'il préjudiciait à Audebert" ; attendu qu'en confiant ainsi à l'expert x... mission d'ordre*

contrat de vente³⁹⁸, de rechercher³⁹⁹ ou même de fixer⁴⁰⁰ les responsabilités encourues. Ces décisions expliquent le fait que les missions d'expertise confiées par le juge sont rédigées en des termes d'une extrême prudence, dans une application rigoureuse de l'article 265 du code de procédure civile⁴⁰¹. Il est ainsi habituel d'y retrouver le chef de mission suivant : l'expert aura pour mission de « *fournir tous éléments techniques et de fait afin de permettre de déterminer les responsabilités encourues* ». Le juge peut en revanche demander à l'expert de rechercher des lois, des règlements ou des usages en vigueur dans certains domaines⁴⁰². Toutefois, même si l'interdiction de dire le droit s'impose à l'expert, elle est difficile à appliquer tant le fait et le droit dépendent l'un de l'autre. Madame le Professeur FRISON-ROCHE exprime en effet que « *l'affirmation selon laquelle le procès établit linéairement le fait, puis, une fois cela opéré, le droit est aujourd'hui éventée, car chacun sait que le droit et le fait se cherchent en même temps. Plus encore, le fait est lui-même une construction juridique qui ne prend son contour qu'éclairé par la règle de droit que le juge prend comme perspective* »⁴⁰³.

120. Relativisation du principe. Au même titre que l'interdiction de dépassement de la mission, la jurisprudence autorise le juge du fond à faire siennes les conclusions d'un expert, quand bien même ce dernier y aurait exprimé un avis d'ordre juridique⁴⁰⁴. Cependant, si le juge constate que le rapport d'expertise qui lui est soumis contient des appréciations juridiques, le document peut-il être entaché de nullité ? La Cour de cassation a considéré à plusieurs reprises qu'aucune disposition ne sanctionne par la nullité l'inobservation des obligations imposées par l'article 238 du nouveau code de procédure civile au technicien commis⁴⁰⁵, ce qui autorise les juges du fond à écarter les appréciations juridiques de l'expert,

général sans lui soumettre aucune question technique, la cour d'appel a violé [l'ancien article 302 du code de procédure civile]. »

³⁹⁸ Cass. com., 11 mars 1968, Bull. IV, n° 101.

³⁹⁹ CA, Paris, 14ème ch., sect. A, 13 mars 2002, n° 2001/19068 : BICC 2003, n° 301.

⁴⁰⁰ Cass. civ., 2ème, 19 déc. 1973, n° 72-13.103, Bull. civ. II, n° 341, p. 278.

⁴⁰¹ CPC, art. 265 : « *la décision qui ordonne l'expertise [...] énonce les chefs de la mission de l'expert* ».

⁴⁰² Cass. civ., 2ème, 15 oct. 1969, Bull. civ. II, n° 278 : D., 1970, p. 13.

⁴⁰³ **M.-A. FRISON-ROCHE**, « La procédure de l'expertise », in *L'expertise*, Paris, Dalloz, Coll. « Thèmes et commentaires », 1995, p. 87.

⁴⁰⁴ Cass. civ., 1ère, 30 mars 1966 : Bull. civ. I, n° 215 : « [...] les juges du second degré avaient le droit, s'ils l'estimaient fonde, de partager l'avis de l'expert, même si celui-ci exprimait une opinion d'ordre juridique qui excédait les limites de sa mission » ; Cass. civ., 3ème, 5 mars 2003, n° 00-21.931, Bull. civ. III, n° 55 : D. 2003, IR, 863 ; Procédures, 2003, comm. 110, note PERROT ; JCP, 2003, II, 10106, note JUNILLON ; Gaz. Pal., 8-10 févr., 2004, p. 26, obs. DU RUSQUEC.

⁴⁰⁵ Cass. civ., 2ème, 16 déc. 1985, n° 81-16.593, Bull. civ. II, n° 197, p. 132.

sans pour autant annuler son rapport⁴⁰⁶. À la lecture d'un autre arrêt du 28 septembre 2005, la chambre sociale de la Cour de cassation a reconnu que les appréciations d'ordre juridique insérées dans un rapport d'expertise, qui ont été écartées par le juge ayant homologué ledit rapport, ne sont pas constitutives d'une annulation du rapport, et que cela ne portait atteinte à l'article 238 alinéa 3 du code de procédure civile ni au principe du procès équitable prévu à l'article 6 § 1 de la Conv. EDH⁴⁰⁷.

5. Le respect du secret

121. Double facette du secret de l'expert. L'article 244 alinéa 2 du code de procédure civile fait part du « secret » dont est débiteur le technicien dans le cadre de sa mission puisqu'il lui proscrit de « *révéler les autres informations dont il pourrait avoir connaissance à l'occasion de l'exécution de sa mission* ». Ces « autres informations » sont celles qui n'apportent aucun éclaircissement sur les questions à examiner⁴⁰⁸ mais dont l'expert a pu quand même prendre connaissance dans le cadre de ses investigations. Il s'agit, en d'autres termes, d'informations apprises au cours des opérations d'expertise mais qui n'entrent pas dans les chefs de missions confiés par le juge. L'article 247 du code de procédure civile, qui représente certainement la continuité de l'article 244 alinéa 2, est cependant plus significatif quant à ce devoir de secret puisqu'il énonce que « *l'avis du technicien dont la divulgation porterait atteinte à l'intimité de la vie privée ou à tout autre intérêt légitime ne peut être utilisé en dehors de l'instance si ce n'est sur autorisation du juge ou avec le consentement de la partie intéressée* »⁴⁰⁹. Selon la jurisprudence, pour qu'il y ait divulgation, il faut que l'information secrète ait été rendue publique, en dehors des réunions d'expertise⁴¹⁰. Les dispositions du code de procédure civile font ainsi part des deux aspects de l'obligation de secret qui incombe à l'expert. D'une part, l'expert ne doit pas révéler les

⁴⁰⁶ Cass. civ., 2ème, 7 juill. 1998, n° 97-10.869, Bull. civ. II, n° 239, p. 165 : D. 1999, p. 391, obs. J. PENNEAU.

⁴⁰⁷ Cass. soc., 28 sept. 2005, n° 04-60.517, inédit : AJDI 2006. 210, obs. H. HEUGAS-DARRASPEN.

⁴⁰⁸ L'alinéa 1er de l'article 244 précise le seul type d'informations qui doivent apparaître dans l'avis du technicien.

⁴⁰⁹ Il est à noter, à la lecture de l'article 247 du code de procédure civile, que l'interdiction de divulgation de l'avis ne s'applique pas seulement à l'expert. Cette interdiction concerne toutes les personnes qui sont parties à la mesure d'expertise.

⁴¹⁰ Cass. civ., 2ème, 15 mars 1979, n° 78-10.299, Bull. civ. II, n° 87 : Justifie légalement sa décision la cour d'appel qui, pour rejeter une demande en remplacement d'expert pour manquement à son devoir tenant à la divulgation de la composition d'un produit, relève qu'il entrerait dans la mission de l'expert d'examiner le produit pour en connaître la composition, que la divulgation n'avait pas été publique et retient, en outre, que la partie plaignante n'établissait pas qu'elle avait obtenu la protection légale du prétendu secret de fabrication.

informations obtenues au cours de ses investigations et qui n'ont aucun lien avec la mission qui lui a été confiée. Cette obligation s'applique tant que l'expert n'a pas rendu ses conclusions. D'autre part, l'avis de l'expert qui contient des informations à caractère confidentiel liées à sa mission touchant à l'intimité de la vie ou tout autre intérêt légitime, ce qui recouvre un bon nombre de situations, ne saurait être utilisé en dehors de l'instance dans laquelle l'expert a été désigné. Le rapport de l'expert se révèle donc être une entité secrète qu'il faut préserver d'une propagation aux tiers.

122. Les personnes morales et le respect du secret par l'expert. À l'égard des personnes morales, la double obligation de secret imputable à l'expert se retrouve renforcée par l'entrée en vigueur de la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires⁴¹¹. Le texte définit en effet le secret des affaires⁴¹² et sanctionne ses obtention, utilisation et divulgation illicites⁴¹³. Ces données ont une incidence sur l'obligation de secret de l'expert. En premier lieu, l'article 244 alinéa 2 du code de procédure civile prohibe au technicien « *de révéler les autres informations dont il pourrait avoir connaissance à l'occasion de l'exécution de sa mission* ». Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 30 juillet 2018, ce premier aspect de l'obligation de secret s'étend nécessairement aux informations couvertes par le secret des affaires. En second lieu, l'article 247 du code de procédure civile condamne l'utilisation, en dehors de l'instance et sans autorisation du juge ou du consentement de la partie intéressée, du rapport de l'expert qui porterait atteinte à l'intimité de la vie privée ou à tout autre intérêt légitime de celle-ci. Il aurait été possible de penser que ce second versant de l'obligation de secret n'avait pas à s'appliquer aux sociétés à la lumière d'un arrêt de la première chambre civile du 17 mars 2016 affirmant que les personnes morales ne sauraient se prévaloir d'une atteinte à leur vie privée conformément à l'article 9 du code civil⁴¹⁴. Cependant, à la lecture des faits de l'arrêt, l'atteinte à la vie privée invoquée par la

⁴¹¹ JORF, n° 0174 du 31 juillet 2018. Cette loi vise également à transposer en droit interne la directive n° 2016/943 du Parlement Européen et du Conseil du 8 juin 2016 ; P. JANUEL, « Secret des affaires : le groupe En Marche dépose sa proposition de loi », Dalloz actu., 20 févr. 2018 ; « Secret des affaires : Assemblée et Sénat s'entendent sur un texte de compromis », Dalloz actu., 25 mai 2018.

⁴¹² L'article L. 151-1 du code de commerce, résultant de cette loi, prévoit qu'est protégée au titre du secret des affaires toute information qui répond aux trois critères suivants : elle ne doit pas être généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité ; elle doit revêtir une valeur commerciale du fait de son caractère secret ; elle doit faire l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables pour en protéger le secret.

⁴¹³ C. com., art. L. 151-4, L. 151-5 et L. 151-6.

⁴¹⁴ Cass. civ., 1ère, 17 mars 2016, n° 15-14.072, Bull. d'information 2016 n° 846, I, n° 1060 : « *si les personnes morales disposent, notamment, d'un droit à la protection de leur nom, de leur domicile, de leurs correspondances et de leur réputation, seules les personnes physiques peuvent se prévaloir d'une atteinte à la vie privée au sens de l'article 9 du code civil, de sorte que la société ne pouvait invoquer l'existence d'un*

personne morale ne pouvait s'appliquer logiquement qu'à une personne humaine physique. La société demanderesse sollicitait en effet les retraits d'un système de vidéo-surveillance et d'un projecteur dirigés en partie sur la porte d'entrée du personnel permettant une captation des allées et venues des employés. En l'espèce, il ne s'agissait donc pas d'une atteinte au fonctionnement interne de la société, à ses activités professionnelle et commerciale mêmes qui se retrouvent quant à eux protégés au titre du respect de la vie privée⁴¹⁵.

Dans le doute, l'on peut relever que l'article 247 du code de procédure civile vise également la situation dans laquelle la divulgation de l'avis du technicien porterait atteinte à « *tout autre intérêt légitime* » d'une partie à l'expertise. Il est évident que le secret des affaires d'une entreprise, en ce qu'il fait désormais l'objet d'une protection spécifique par le code de commerce depuis la loi du 30 juillet 2018, représente un intérêt légitime devant être préservé.

123. Secret professionnel. L'intérêt est également de savoir si l'expert judiciaire est ou non assujéti au respect du secret professionnel. Entre-t-il dans la catégorie des personnes concernées par l'article 226-13 du code pénal prévoyant que « *la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* » ? La doctrine s'est interrogée sur la nature

trouble manifestement illicite résultant d'une telle atteinte ».

⁴¹⁵ CEDH (Grande Chambre), *Amann c. Suisse*, 16 févr. 2000, req. n° 27798/95, § 65 : « [...] le terme "vie privée" ne doit pas être interprété de façon restrictive. En particulier, le respect de la vie privée englobe le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables ; de surcroît, aucune raison de principe ne permet d'exclure les activités professionnelles ou commerciales de la notion de "vie privée" » ; CJCE (Troisième Chambre), *Varec SA c. État Belge*, 14 févr. 2008, aff. C-450/06, § 48 : « Parmi les droits fondamentaux susceptibles d'être ainsi protégés figure le droit au respect de la vie privée, consacré par l'article 8 de la CEDH et qui découle des traditions constitutionnelles communes aux États membres et est réaffirmé à l'article 7 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne [...] Il ressort, à cet égard, de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qu'il ne saurait être considéré que la notion de vie privée doive être interprétée comme excluant les activités professionnelles ou commerciales des personnes physiques comme des personnes morales » ; TPI ord., *Pilkington Group Ltd*, 11 mars 2013, aff. T-462/12, § 44 : « [...] il y a lieu de constater que, dans l'hypothèse où il s'avérerait, dans le litige principal, que les informations en cause ont une nature confidentielle et que leur divulgation [...] se heurte à la protection du secret professionnel, en vertu de l'article 339 TFUE, la requérante pourrait invoquer cette disposition, qui lui confère un droit fondamental, pour s'opposer à cette publication [...] il peut en effet être nécessaire d'interdire la divulgation de certaines informations qualifiées de confidentielles, afin de préserver le droit fondamental d'une entreprise au respect de la vie privée, consacré à l'article 8 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [...] et à l'article 7 de la charte, étant précisé que la notion de « vie privée » ne doit pas être interprétée comme excluant l'activité commerciale d'une personne morale. Par ailleurs, la Cour a ajouté, d'une part, qu'elle avait déjà reconnu la protection des secrets d'affaires comme un principe général et, d'autre part, que l'entreprise en cause pourrait subir un « préjudice extrêmement grave » si certaines informations faisaient l'objet d'une communication irrégulière ».

du secret incombant à l'expert, en doutant de sa véritable qualité de « secret professionnel »⁴¹⁶. En effet, selon certains auteurs, le secret auquel est assujettit l'expert représente davantage une obligation de réserve du fait de sa levée plus aisée par autorisations du juge et/ou des personnes intéressées⁴¹⁷, un devoir de confidentialité⁴¹⁸ ou se situe dans un « entre-deux »⁴¹⁹. L'intensité du secret de l'expert varierait alors selon la profession qu'exerce l'expert, à savoir si elle est réglementée ou non. Certains professionnels agissant en qualité d'expert sont soumis au secret professionnel parce que cette obligation est expressément requise dans les dispositions réglementant leur profession⁴²⁰. Dès lors, leur responsabilité pénale pourra être engagée en cas de non-respect de cette obligation sur le fondement de l'article 226-13 du code pénal. Si la profession n'est pas réglementée, le secret de l'expert s'analyserait plutôt en une obligation générale de discrétion, pour reprendre les termes utilisés par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation⁴²¹, pouvant entraîner seulement des conséquences au niveau civil, à savoir la responsabilité délictuelle ou professionnelle de l'expert. Cette question est importante car elle a une incidence sur les responsabilités qui pourraient être éventuellement recherchées par les parties. Les dispositions du code de procédure civile relatives à la nature du secret que doit respecter le technicien ne répondent pas à la question. En réalité, il faudrait toujours considérer que l'expert est tenu au respect du secret professionnel dans le cadre de ses investigations. En effet, le recours au technicien entre nécessairement dans le champ de l'article 226-13 du code pénal puisque ce dernier exécute une « *mission temporaire* » confiée par le juge. Par ailleurs, la jurisprudence considère que

⁴¹⁶ **M.-A. FRISON-ROCHE**, « Quelques propos sur l'expert et le secret professionnel », Bull. de la Compagnie des experts agréés par la Cour de cassation, n° 21, déc. 2004, p. 21.

⁴¹⁷ **M. OLIVIER**, « Essai d'éthique judiciaire en matière d'expertise », préc.

⁴¹⁸ **I. CORPART**, « Le devoir de confidentialité de l'expert judiciaire » in **K. FAVRO (dir)**, L'expertise : enjeux et pratiques, Lavoisier, Ed. Tec & Doc, coll. « Sciences du risque et du danger », 2009, p. 195.

⁴¹⁹ **M.-A. FRISON-ROCHE**, « Quelques propos sur l'expert et le secret professionnel », préc. : « *Le secret de l'expert apparaît alors dans son entre-deux : pas tout à fait le secret professionnel auquel il est soumis par ailleurs s'il appartient à une profession réglementée et intégrant une telle obligation, et pas seulement le secret qui lie toute personne, comme le vise l'article 247 NCPC précité* ».

⁴²⁰ L'article R. 4127-4 du code de la santé publique prévoit ainsi le secret professionnel du médecin ; l'article 21 de l'ordonnance n° 45-2138 du 19 septembre 1945 portant institution de l'ordre des experts-comptables et réglementant le titre et la profession d'expert-comptable impose le respect du secret professionnel par l'expert comptable ; Les assistants de service social sont soumis au secret professionnel conformément à l'article L.411-3 du code de l'action sociale et des familles ; l'article R. 4235-5 du code de la santé publique impose le respect du secret professionnel aux pharmaciens ; l'article 6 de la loi n° 46-942 du 7 mai 1946 instituant l'Ordre des géomètres experts soumet ces derniers au respect du secret professionnel etc. ; Il convient de relever que les experts tenus au secret professionnel, en raison d'un texte le prévoyant expressément, peuvent également voir leur responsabilité civile et/ou professionnelle engagées dès lors qu'ils sont eux aussi soumis à une obligation générale de confidentialité.

⁴²¹ Cass. civ., 2ème, 15 mars 1979, n° 78-10.299, Bull. civ. II, n° 87: « [...] la cour d'appel, qui n'a pas rejeté en raison de l'absence du technicien, la demande en remplacement d'expert pour manquement de celui-ci **au devoir de discrétion**, a légalement justifié sa décision »

l'expert qui divulgue des faits dont il a eu connaissance dans le cadre de sa mission à d'autres personnes qu'aux parties et au juge encourt les peines mentionnées à l'article 226-13 du code pénal⁴²².

⁴²² Pour ill. : Cass. crim., 14 janv. 1933 : DH, 1933, p. 133 : sur la base de l'ancien art. 378 du code pénal relatif au secret professionnel.

CONCLUSION DU CHAPITRE

124. Incertitudes et recommandations. Si la teneur de l'exigence d'impartialité de l'expert est formellement perceptible dans les règles relatives à l'expertise, la garantie d'indépendance est sujette à discussion. Son absence dans le code de procédure civile et sa formulation limitée dans la loi relative aux experts judiciaires ne peuvent qu'étonner eu égard à son importance dans la mise en œuvre du procès équitable. Les obligations d'indépendance et d'impartialité se rejoignent sur plusieurs points, notamment au niveau leurs sanctions, de sorte qu'elle mériteraient d'être regroupées sous la notion émergente de « conflit d'intérêts ». Pour s'en convaincre et, à titre de comparaison, il est nécessaire de citer la charte de l'expertise sanitaire⁴²³ qui, dans sa troisième partie, dispose qu'« *un conflit d'intérêts naît d'une situation dans laquelle les liens d'intérêts d'un expert sont susceptibles, par leur nature ou leur intensité, de mettre en cause son impartialité ou son indépendance dans l'exercice de sa mission d'expertise au regard du dossier à traiter* ». De plus, les dispositions du code de procédure civile, les textes relatifs aux experts judiciaires et les décisions jurisprudentielles contribuent à l'émergence d'un véritable droit à un expert compétent, qui entre dans le cadre du procès équitable. Les critères de ce droit, qui varient au rythme des obligations et interdictions, participent indéniablement à l'affirmation de son existence. Aussi, en l'état de la dispersion des diverses règles relatives à la compétence de l'expert, il serait nécessaire que le législateur en établisse un régime à part entière⁴²⁴. Celui-ci affirmerait que « *les parties ont droit à un expert compétent* », techniquement et scientifiquement qualifié, et sensibilisé aux règles procédurales et techniques afférentes à sa mission. Enfin, il serait primordial d'entériner les solutions jurisprudentielles en la matière, et de prévoir que l'atteinte au droit à un expert compétent entraînerait les responsabilités civile et/ou professionnelle de ce dernier

⁴²³ Cette charte est annexée au décret n° 2013-413 du 21 mai 2013 portant approbation de la charte de l'expertise sanitaire prévue à l'article L. 1452-2 du code de la santé publique.

⁴²⁴ **S. AUTIN et C. BUSSIÈRE**, « Rapport de la commission de réflexion sur l'expertise », préc., pp. 23-24 : « *La dispersion des devoirs et obligations des experts dans diverses dispositions du code de procédure civile, de la loi du 29 juin 1971 et du décret du 23 décembre 2004 relatifs aux experts judiciaires rend peu lisible leur déontologie et n'assure pas la transparence nécessaire à l'égard du justiciable, notamment au regard de l'exigence d'impartialité objective. Lors de son audition par le groupe de réflexion, Madame le Professeur Fricero a souligné que les obligations déontologiques du serment de l'expert étaient insuffisamment précisées, et qu'en réalité elles ne se définissaient qu'au travers des décisions disciplinaires. Aussi, sans figer excessivement ces obligations par une liste se voulant exhaustive, lui paraît-il nécessaire de les intégrer dans la formation des experts et de les rendre plus transparentes dans les textes [...] Dès lors, il est plus opportun et juridiquement efficace de regrouper dans les textes applicables aux experts judiciaires les principales obligations déontologiques attachées à l'exercice de leur mission. Pour les membres du groupe de réflexion, ces obligations sont l'indépendance, l'impartialité, la transparence, la loyauté, la discrétion, la formation, la compétence, l'honneur, la probité, l'accomplissement personnel de la mission, le respect du secret et des délais impartis par le juge* ».

dans les conditions prévues par le code civil et les textes régissant son statut⁴²⁵. Mais cette règle ne saurait être effective que si elle possédait une contrepartie. En effet, un expert ne peut exercer sa mission en toute compétence que s'il est mis à même de mener ses investigations sereinement. À ce titre, la Cour EDH a jugé que les experts assermentés doivent être en mesure d'accomplir leurs tâches sans subir des perturbations indues si l'on veut qu'ils s'acquittent convenablement de leurs fonctions⁴²⁶.

125. Si les règles d'indépendance, d'impartialité, et de compétences de l'expert participent à la qualité de l'expertise, c'est parce qu'elles se rattachent à la personne même du professionnel. Il convient de compléter cette remarque avec le constat selon lequel la qualité de la mesure d'expertise se révèle également par son bon déroulement. Le processus de l'expertise correspond par conséquent à un second axe permettant se trouver en présence d'une expertise de qualité. La totalité des opérations d'expertise sont imprégnées par un principe qui fait corps à la mesure et qui doit être respecté par la totalité des protagonistes de l'expertise, celui du contradictoire. Bien qu'étant l'essence même de la mesure, ce principe offre un véritable paradoxe au moment de sa mise en œuvre (Chapitre 2).

⁴²⁵ Pour illustration, Cass. civ., 2ème, 13 sept. 2012, n° 11-16.216, Bull. civ. II, n° 141 : Les Cahiers Sociaux, 1er oct. 2012, n° 245, p. 305, obs. PANSIER : Les fautes commises par un expert judiciaire dont le rapport de bornage, déposé devant le tribunal, est inexploitable compte tenu de ses erreurs et approximations, sont en relation de causalité directe avec le préjudice résultant, pour le demandeur à l'action en bornage, des frais afférents à la saisine de la cour d'appel et à la nouvelle mesure d'instruction ordonnée par cette juridiction, nonobstant le jugement du tribunal qui, après avoir examiné et écarté les critiques développées par ce demandeur dénonçant les insuffisances et les erreurs du rapport, a entériné les conclusions de l'expert au vu desquelles il a ordonné le bornage.

⁴²⁶ CEDH, *Fuchs c. Allemagne*, 24 févr. 2015, req. n° 29222/11 et 64345/11 : « [...] M. Fuchs ne pouvait pas, au nom de la défense des intérêts de son client, suggérer de manière générale que l'expert falsifiait des preuves [...] la Cour estime que les déclarations litigieuses ne contenaient aucune critique objective relative au travail de l'expert dans l'affaire du client de M. Fuchs, mais visaient au contraire à déprécier son travail de manière générale et à décréter que ses conclusions étaient inutilisables [...] La Cour souligne que les experts assermentés doivent être en mesure d'accomplir leurs tâches sans subir des perturbations indues si l'on veut qu'ils s'acquittent convenablement de leurs fonctions. Il peut donc être nécessaire de les protéger contre des attaques verbales agressives et abusives dans l'exercice de leurs fonctions ».

CHAPITRE 2 : LA QUALITÉ DU DÉROULEMENT DE L'EXPERTISE : LE PARADOXE DU PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE

126. Définition. La prééminence du principe du contradictoire n'a plus à être démontrée en droit positif⁴²⁷. Son importance est telle qu'il correspond à un droit naturel de l'instance qui ne devrait dès lors découler d'aucune disposition spécifique et être respecté naturellement⁴²⁸. Considéré comme l'Arlésienne du droit public⁴²⁹, et faisant l'objet de grands débats en matière pénale⁴³⁰, le principe revêt une importance plus particulière en droit civil dans la mesure où il constitue la pierre angulaire de la procédure civile⁴³¹. Composante

⁴²⁷ **L. MINIATO**, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, Bibliothèque de droit privé, t. 483, LGDJ, 2008, p. 31-32, n°36 : l'auteur affirme que le contradictoire « apparaît comme une manifestation emblématique de l'idéal démocratique » ; **W. BARANES, M.-A. FRISON-ROCHE (dir.)**, *La justice. L'obligation impossible*, Paris, Editions Autrement, coll. « Morales », 1994, p. 202 : le principe du contradictoire constitue la « garantie première de la personne en cause qui pourra se faire entendre de son juge » ; **G. WIEDERKEHR**, « Qu'est-ce qu'un juge ? » in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Mélanges en l'honneur de Roger Perrot, Paris, Dalloz, 1996, p. 583 : le contradictoire constitue « l'âme du procès ».

⁴²⁸ **S. AMRANI-MEKKI, L. CADIET, J. NORMAND**, *Théorie générale du procès*, op. cit., p. 639, n° 180 : « Le principe du contradictoire est un principe intrinsèquement fondamental, qui devrait ne nécessiter l'appui d'aucun texte. Tel est le propre du contradictoire. En ce sens, la fondamentalité se rapproche du droit naturel ; il est de la nature des choses que le procès soit contradictoire ».

⁴²⁹ **M. VERPEAUX**, « La procédure contradictoire et le juge constitutionnel », RFDA 2001, p. 331.

⁴³⁰ Il convient toutefois de préciser le traitement de l'expertise pénale en matière de contradictoire. Sous l'influence de l'affaire *Outreau* et dans un souci de conformité à la jurisprudence de la Cour EDH qui vise à assurer de manière effective le principe de l'égalité des armes, la loi du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale a introduit le principe du contradictoire, déjà reconnu par la loi Guigou du 15 juin 2000 (loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, art. 1er ; **C. AMBROISE-CASTÉROT**, « Des contradictions dans le contradictoire en matière d'expertise pénale », in *Mél. Burgelin*, Dalloz, 2008, p. 19), au sein de l'expertise pénale (loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, JORF n° 55 du 6 mars 2007, p. 4206, texte n° 5, art. 18). Mais, à la différence de l'expertise ordonnée en matière civile, le principe du contradictoire est appliqué de manière plus restreinte lorsque la mesure est organisée dans le cadre d'une procédure pénale (**J.-F. RENUCCI**, « L'expertise pénale et la Convention Européenne des Droits de l'Homme », JCP G, n° 19, 10 mai 2000, I, p. 227). Ainsi, l'expertise n'a pas à se dérouler en présence des parties - sauf autorisation du juge d'instruction - et l'expert n'est pas tenu de les informer de l'avancement de ses investigations (**J.-P. VALAT**, « Approche de quelques spécificités de l'expertise en matière pénale », *Experts*, n° 110, oct. 2013, p. 9 ; **D. LENCOU**, « L'évolution du caractère contradictoire dans l'expertise pénale après la loi du 5 mars 2007 », *Experts*, n° 77, déc. 2007, p. 10 ; **J.-P. DARNEAU**, « Expertise pénale et contradictoire », *Dalloz actu.* 7 juill. 2009). Il doit cependant rendre compte du déroulement de ses opérations au juge qui l'a désigné (CPP, art. 161, al. 3 : « Les experts doivent remplir leur mission en liaison avec le juge d'instruction ou le magistrat délégué ; ils doivent le tenir au courant du développement de leurs opérations et le mettre à même de prendre à tout moment toutes mesures utiles »). Le contradictoire s'applique davantage lorsque la mesure d'expertise est achevée et que le professionnel a rendu son rapport : à cet égard, la loi prévoit qu'après la notification du rapport aux parties par le juge, celles-ci disposent d'un délai d'au moins 15 jours pour présenter leurs observations sur les résultats de l'expert. Elles peuvent également solliciter une contre-expertise ou s'y opposer tout simplement (CPP, art. 167). Ce système, même s'il permet a priori d'y envisager le respect de l'article préliminaire du code de procédure pénale qui veut que la procédure pénale soit contradictoire, paraît peu suffisant et viserait, selon certains auteurs, à se compléter notamment par la possibilité pour les parties d'intervenir dans l'élaboration de la mission de l'expert, d'être informées au cours des opérations d'expertise ou de formuler leurs observations auprès de l'expert pendant le déroulement de la mesure d'instruction, à l'image de la procédure civile (*Confluences juridiques*, « Du caractère contradictoire de l'expertise en matière pénale », *Gaz. Pal.*, 13-17 août 2004, p. 2366).

⁴³¹ **T. MOUSSA**, « L'expertise judiciaire et les autres expertises au regard du principe de la contradiction »,

majeure du droit au procès équitable et ayant acquis une valeur constitutionnelle⁴³², le contradictoire est un principe de l'instance en vertu duquel toute personne, physique ou morale⁴³³, doit être informée de l'existence d'un procès engagé à son encontre et doit être en mesure de discuter librement des prétentions, arguments, et preuves de son adversaire⁴³⁴. Bien que plusieurs définitions le caractérisent⁴³⁵, toutes donnent au principe un dessein commun : l'établissement d'une discussion, d'une confrontation⁴³⁶ entre les parties. Telle est l'essence même du procès.

127. Contradictoire et procès équitable. Le principe du contradictoire entre nécessairement dans le champ de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH quand bien même il n'est pas expressément prévu par cette disposition⁴³⁷. C'est d'ailleurs sous le prisme du procès équitable que les juges de la Cour EDH ont déterminé la teneur du principe du contradictoire⁴³⁸, en opérant une interprétation extensive de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH. Ainsi, ils ont décidé que « *le principe de l'égalité des armes représente un élément plus large du procès équitable qui englobe aussi le droit fondamental du caractère contradictoire de l'instance* »⁴³⁹.

Rencontres Université-Cour de cassation, 23 janv. 2004, BICC hors série, site internet de la Cour de cassation.

⁴³² Cons. constit., 13 août 1993 n° 93-325 DC ; 13 novembre 1985, n°85-142 L.

⁴³³ CA, Versailles, 28 juin 1989, RG n° 1435/89 : « *l'exigence d'un procès auquel peut prétendre aussi bien une personne physique qu'une personne morale, implique l'observation du principe de la contradiction* ».

⁴³⁴ **S. GUINCHARD**, Lexique des termes juridiques 2017-2018, Dalloz 2017, v. *Contradictoire*.

⁴³⁵ **L. ASCENSI**, *Du principe de la contradiction*, th., Paris I, 2005, p. 11, spéc. n° 7: l'auteur insiste sur la pluralité de définitions données au principe, lesquelles sont homogènes. Il donne par la même occasion sa vision du concept : « *Ce qui structure la notion de contradiction, ce qui constitue l'âme de ce concept, c'est avant tout la possibilité reconnue à celui qui voit ses intérêts menacés par l'élaboration d'une décision juridictionnelle, d'être informé utilement des éléments présentés au juge et de les discuter ; savoir et discuter avant d'être jugé, voilà l'essence du contradictoire* ».

⁴³⁶ **G. BOURGEOIS, P. JULIEN et M. ZAVARO**, *La pratique de l'expertise judiciaire*, Litec, 1999, p. 71.

⁴³⁷ **L. ASCENSI**, *Du principe de la contradiction*, op. cit., p.87, spéc. n° 148.

⁴³⁸ CEDH (Chambre), *Mc Michaël c. Royaume-Uni*, 24 févr. 1995, req. n° 16424/90, série A, n° 307-B, D. 1995, p. 449, note HUYETTE, § 80 : « [...] *le droit à un procès équitable contradictoire implique par principe, pour une partie, la faculté de prendre connaissance des observations ou des pièces produites par l'autre, ainsi que de les discuter* » ; CEDH (Chambre), *Nideröst-Huber c. Suisse*, 18 févr. 1997, req. n° 18990/91, § 24 : RTD civ. 1997, p. 1006, obs. MARGUENAUD ; CEDH (Cinquième Section), *Baccichetti c. France*, 18 févr. 2010, Req. n° 22584/06, § 30.

⁴³⁹ CEDH (Chambre), *Brandstetter c. Autriche*, préc., § 66 ; CEDH (Pléniaire), *Ruiz-Mateos c. Espagne*, 26 juin 1993, req. n° 12952/87, § 63. L'arrêt *Brandstetter contre Autriche*, certes relatif à la matière pénale, n'en a pas moins d'incidence sur la matière civile puisqu'il se réfère directement à l'article 6 § 1 de la Conv. EDH. D'ailleurs, la Cour EDH rattache indifféremment ces deux domaines à l'exigence d'une procédure contradictoire dans les arrêts *Lobo Machado contre Portugal* et *Vermeulen contre Belgique* du 20 février 1996 (CEDH (Grande Chambre), *Lobo Machado c. Portugal*, req. n° 15764/89 et CEDH (Grande Chambre) *Vermeulen c. Belgique*, req. n°19075/91, 20 févr. 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-I, respectivement p. 206, § 31, et p. 234, § 33 : « [...] *en la matière, les exigences découlant du droit à une procédure contradictoire sont les mêmes au civil comme au pénal* »).

128. Application du contradictoire à la mesure d'expertise judiciaire. Érigé comme droit essentiel à une bonne justice⁴⁴⁰, base essentielle des droits de la défense, ou encore, garant d'une justice équitable et impartiale⁴⁴¹, le contradictoire revêt une importance toute particulière dans la phase d'expertise civile, puisqu'elle est un acte de l'instance. En tant que moyen de parvenir à l'établissement de la vérité judiciaire⁴⁴², et, parce qu'elle met en jeu la présence des parties au litige, l'expertise doit obligatoirement faire l'objet d'une discussion, ce qui est également gage de sa qualité⁴⁴³. Ceci exige nécessairement une participation des parties à la mesure d'instruction⁴⁴⁴. L'assujettissement de l'expertise au principe du contradictoire est du à l'influence des normes supranationales et des décisions européennes en la matière. Le contradictoire possède une emprise importante sur l'expertise judiciaire (Section 1), et celle-ci ne saurait diminuer⁴⁴⁵. Toutefois, cette emprise a révélé ses faiblesses (Section 2). L'expertise judiciaire serait-elle « lassée » de son caractère contradictoire ? Une remise en cause du contradictoire au sein de la mesure est dès lors complètement justifiée.

SECTION 1. L'EMPRISE IMPORTANTE DU PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE SUR L'EXPERTISE JUDICIAIRE

129. Le strict respect du contradictoire donne au rapport de l'expert sa crédibilité. Le principe doit être observé par l'expert, les parties et le juge. La puissance du contradictoire dans l'expertise implique d'étudier la manière par laquelle il a été imposé dans déroulement de la mesure (§ 1), ceci avant de remarquer qu'il irrigue la totalité de ses phases (§ 2).

§ 1. L'EXIGENCE DU RESPECT DE LA CONTRADICTION AU SEIN DE L'EXPERTISE

130. Les règles relatives au respect du contradictoire dans l'expertise résultent de la conjugaison de plusieurs dispositions légales dispersées dans le code de procédure civile (A) et de décisions jurisprudentielles tendant à faire du principe une norme supérieure, voire coercitive (B).

⁴⁴⁰ H. VIZIOZ, *Études de procédures*, éd. Brière, 1956, p. 449.

⁴⁴¹ G. DEHARO, « Respect du contradictoire et expertise : revirement de jurisprudence ou opposition entre les chambres ? », JCP, n°7, 13 févr. 2012, p. 160.

⁴⁴² L. MINIATO, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, op. cit., p. 21.

⁴⁴³ J.-C. MAGENDIE, « La contradiction, exigence majeure d'une justice de qualité... », Gaz. Pal., 12 déc. 2006 n° 346, p. 2.

⁴⁴⁴ M.-A. FRISON-ROCHE, « La procédure de l'expertise », préc.

⁴⁴⁵ R. ENCINAS DE MUNAGORRI et O. LECLERC, « Provoquer le droit de l'expertise pour le faire advenir », Experts, févr. 2012, p. 78.

A. LES EXIGENCES DU CODE DE PROCÉDURE CIVILE

131. Le principe du contradictoire au sein de la mesure d'expertise tire sa force des principes directeurs du procès (1) et des dispositions relatives aux mesures d'instruction et à l'expertise (2).

1. La manifestation du contradictoire au sein des principes directeurs du procès

132. Triptyque. Au préalable, il convient de préciser que l'application du contradictoire à l'expertise résulte des principes directeurs du procès tels qu'ils sont énoncés par les dispositions liminaires du code de procédure civile. Il s'agit du célèbre triptyque formé par les articles 14, 15 et 16 du code de procédure civile. Chacune de ces dispositions met en évidence une facette du principe et insiste, par la même occasion, sur son intensité. Tout d'abord, l'article 14 fait valoir le caractère protecteur du contradictoire envers les parties puisqu'il exige qu'elles ne peuvent être jugées sans avoir été appelées ou entendues⁴⁴⁶. Les articles 15 et 16 font quant à eux ressortir la dimension coercitive du principe. L'article 15 exige en effet un comportement actif des parties pendant le déroulement du procès. Celles-ci doivent collaborer et se permettre l'une et l'autre d'organiser leur défense mutuelle⁴⁴⁷. L'article 16 confère au juge une double obligation : celle d'observer et de respecter lui-même le principe du contradictoire⁴⁴⁸.

133. Explications. Comment expliquer que les exigences de ces dispositions concernent également l'expert, alors qu'à leur lecture, elles ne s'appliquent *a priori* qu'aux parties et au juge ? Parce qu'il est un collaborateur occasionnel de la justice, et qu'un des principes fondamentaux irriguant la procédure civile est le procès équitable, l'expert va, le temps de sa mission, être tenu au respect du contradictoire. Cette obligation résulte notamment des relations juridiques qu'entretient l'expert avec ceux qui l'ont sollicité. Tout d'abord, puisqu'il tient sa mission du juge qui le désigne, l'expert devient *ipso facto* garant du respect du principe⁴⁴⁹. Le rapport qu'il va rédiger constituera le lien entre lui et le juge, ce qui

⁴⁴⁶ CPC, art. 14 : « Nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée ».

⁴⁴⁷ CPC, art. 15 : « Les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions, les éléments de preuve qu'elles produisent et les moyens de droit qu'elles invoquent, afin que chacune soit à même d'organiser sa défense ».

⁴⁴⁸ CPC, art. 16 : « Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction ».

⁴⁴⁹ G. GARDEL, *Les principes directeurs du procès et l'expertise de justice. Procédure civile et administrative : cherchez les différences*, Experts, avr. 2012, p. 22

exige que certaines obligations qui s'appliquent à ce dernier, s'appliquent au premier. La remarque est identique concernant les parties. Celles-ci sont liées par l'expert puisqu'il va permettre, par ses investigations et le dépôt de son rapport, d'apporter des éclairages sur le litige qui les oppose. De plus, en dehors des cas où l'expertise est ou doit être ordonnée d'office par le juge, c'est aux parties qu'il appartient de solliciter la désignation d'un technicien. Dès lors qu'elles ont souhaité sa nomination, elles l'ont délibérément inclus au sein de l'instance qu'elles ont initiée. Puisqu'elles sont soumises au respect du principe du contradictoire, l'expert l'est aussi tout logiquement, par effet de glissement.

134. L'application du contradictoire à l'expertise se dévoile plus précisément au travers des règles relatives aux mesures d'instruction et à l'expertise (2).

2. La manifestation du contradictoire au sein des règles relatives aux mesures d'instruction et à l'expertise

135. Absence de disposition expresse spécifique. Il y a lieu de constater, à regret, qu'aucun article du code de procédure civile n'indique expressément que l'expertise doive se dérouler de manière contradictoire. L'élaboration d'une telle disposition renforcerait l'effectivité du principe. Face à cette absence, l'exigence de respect du contradictoire au sein de l'expertise doit se puiser de l'interprétation des règles propres à l'expertise. La rédaction de l'article 160 du code de procédure civile laisse alors à penser que le principe du contradictoire doit s'appliquer à la phase expertale. Bien que cet article se contente simplement d'organiser la convocation des parties aux opérations d'expertise, sa rédaction y fait apparaître l'emprise du principe du contradictoire. En effet si, aux termes de cette disposition, les parties et les tiers doivent apporter leur concours aux mesures d'instruction, c'est qu'elles doivent nécessairement passer par un stade de discussion, de coopération, données correspondant à la définition même du principe du contradictoire. De plus, l'obligation de convocation à laquelle est assujéti l'expert a pour effet de créer une discussion et une confrontation entre les parties. Tel est aussi le cas de l'article 276 du code de procédure civile qui impose à l'expert de prendre en considération les observations ou réclamations des parties, dans la procédure spéciale des dires.

136. Le peu de références légales au principe du contradictoire en matière d'expertise

judiciaire se retrouve compensé par les exigences jurisprudentielles qui, quant à elles, ont contribué à asseoir sa force dans le droit positif (B).

B. LES EXIGENCES JURISPRUDENTIELLES

137. Au-delà des dispositions légales, la jurisprudence a profondément participé à l'établissement de l'emprise de la contradiction sur le déroulement de l'expertise. Plus qu'affirmer la nécessité du contradictoire au sein de la procédure d'expertise, la jurisprudence, et particulièrement les décisions de la Cour EDH, justifie l'importance du principe. Il convient d'étudier l'influence exercée par l'arrêt *Mantovanelli contre France* en la matière (1), avant d'envisager les autres consécutions jurisprudentielles relatives à l'exigence du contradictoire dans l'expertise (2).

1. L'influence prépondérante de l'arrêt Mantovanelli contre France

138. Faits de l'arrêt. L'arrêt *Mantovanelli contre France* du 18 mars 1997⁴⁵⁰, largement commenté, est considéré comme la décision de justice faisant pénétrer le contradictoire dans la mesure d'expertise. Ses faits méritent d'être évoqués pour bien en comprendre la portée. La fille des époux Mantovanelli, souffrant d'un panaris, avait dû subir, dans un délai de 14 mois, près d'une dizaine d'opérations chirurgicales sous anesthésies générales. Elle décédait à l'issue de la dixième opération, après être tombée dans un coma hépatothique de dix jours. Convaincus que le décès de leur fille était la conséquence d'une administration excessive d'halothane, substance anesthésiante, de la part du personnel médical du centre hospitalier régional de Nancy, les époux Mantovanelli saisissaient le tribunal administratif de Nancy aux fins de voir désigner un médecin expert, afin de déterminer s'il y a eu une faute du centre hospitalier. Refusée au départ, la nomination de l'expert était acceptée par une ordonnance du tribunal administratif. Pourtant, la mesure d'instruction n'était pas exécutée conformément aux dispositions de l'ancien article R. 123 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel qui imposait à l'expert d'informer les parties, par lettre recommandée, des jours et horaires auxquels il procèderait à ses opérations. Arguant d'une violation du principe de la contradiction, les époux Mantovanelli sollicitaient non seulement l'annulation de l'expertise litigieuse mais également l'instauration d'une nouvelle mesure d'instruction. Ils étaient déboutés de leurs demandes, le

⁴⁵⁰ CEDH (Chambre), *Mantovanelli c. France*, 18 mars 1997, req. n° 21497/93, préc.

tribunal administratif reprenant le raisonnement de l'arrêt *Antunes c. Commune de Decazeville* du Conseil d'Etat du 1^{er} juillet 1991 qui refuse de sanctionner l'atteinte au principe du contradictoire pendant l'expertise dans lors que les parties sont encore en mesure de discuter les conclusions du rapport devant le tribunal qui a ordonné la mesure⁴⁵¹. La Cour EDH était ultérieurement saisie, et, aux termes d'un arrêt du 18 mars 1997, elle jugeait que la procédure d'expertise litigieuse n'avait pas revêtu le caractère contradictoire imposé par l'article 6 § 1 de la Conv. EDH. Cependant, pour en arriver à cette portée, elle a fait part d'un raisonnement particulier.

139. Raisonnement appliqué par la Cour EDH dans l'arrêt *Mantovanelli*. Tout d'abord, après avoir rappelé que l'un des éléments d'une procédure équitable au sens de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH est son caractère contradictoire, la Cour relève que, de manière générale, chaque partie doit en principe avoir la faculté non seulement de faire connaître les éléments qui sont nécessaires au succès de ses prétentions, mais aussi de prendre connaissance et de discuter toute pièce ou observation présentée au juge en vue d'influencer sa décision⁴⁵². Elle rappelle donc le contenu de l'exigence du principe du contradictoire. Toutefois, elle considère que cette garantie de l'article 6 § 1 ne s'applique qu'à une « instance » devant un tribunal, de sorte qu'il n'existerait pas un principe général qui imposerait, pendant le déroulement des opérations d'expertise, le respect de la contradiction. Cet argument apparaît peu convaincant dans la mesure où l'expertise fait partie de l'instance puisqu'elle est ordonnée par le juge, et que les parties, en la sollicitant font intégrer l'expert à la procédure qu'une d'entre elles a initié. Néanmoins, malgré la réserve qu'elle a formulée, les termes de l'arrêt mènent à penser que la Cour insère l'ensemble de la procédure d'expertise dans le champ du contradictoire. En effet, elle estime que dès lors qu'il est susceptible d'influencer de manière prépondérante la décision des juges, le rapport de l'expert peut être contesté non seulement avant son dépôt, mais aussi après. Ainsi, lorsque le rapport exerce une telle influence sur la décision du juge, les parties doivent pouvoir faire entendre leur voix

⁴⁵¹ CE, *Antunes c. Commune de Decazeville*, 1^{er} juil. 1991, n° 77231 : « Considérant que l'expert chargé par la décision susmentionnée du Conseil d'Etat en date du 20 novembre 1987, d'examiner Mme X..., a procédé à cet examen médical sans que la commune de Decazeville en ait été préalablement avisée, privant ainsi cette dernière de la faculté de présenter des observations dans le cours des opérations d'expertise ; que, dans ces conditions, ces opérations sont irrégulières ; que, toutefois, cette irrégularité ne fait pas obstacle à ce que le rapport d'expertise soit retenu à titre d'élément d'information et à ce que, la commune ayant pu présenter ses observations au cours de la procédure écrite qui a suivi le dépôt du rapport et le Conseil d'Etat disposant maintenant des éléments d'informations nécessaires à la solution du litige, il soit statué au fond sans qu'il soit besoin d'ordonner la nouvelle expertise demandée par la commune ».

⁴⁵² CEDH (Chambre), *Mantovanelli c. France*, préc., § 33.

avant son dépôt, ce qui donc justifiait leur convocation aux opérations d'expertise pour qu'elles puissent apporter leurs remarques. « *Comme il est relativement inhabituel que des juges désignent un expert pour lui poser des questions ressortissant à un domaine technique dont ils maîtrisent la connaissance, il faut bien admettre que, en dépit de ses affirmations liminaires et sauf situations très particulières, la Cour EDH a étendu toutes les exigences du contradictoire impliquée par l'article 6 à la phase de l'expertise technique* »⁴⁵³. Les circonstances de l'affaire *Mantovanelli* démontraient que le rapport d'expertise aurait influencé de manière significative la décision du juge administratif, surtout dans un domaine technique échappant à sa connaissance comme celui du médical, et que le seul fait pour les époux de discuter des conclusions du rapport après son dépôt avait été insuffisant⁴⁵⁴. D'ailleurs, la Cour relève qu'« *aucune difficulté technique ne faisait obstacle à ce qu'ils fussent associés au processus d'élaboration* » du rapport d'expertise. Elle indique en outre que pour rédiger son rapport, l'expert avait utilisé, des pièces dont les requérants avaient eu connaissance seulement le rapport terminé⁴⁵⁵.

140. Portée de l'arrêt *Mantovanelli*. La Cour EDH conclut à la violation du principe du contradictoire exigé par l'article 6 § 1 de la Conv. EDH. L'influence de cette décision a été majeure dans les rapports qu'entretiennent les droits procéduraux fondamentaux et l'expertise : cette dernière entre incontestablement dans le champ du procès équitable. La portée de cette décision est double : d'une part, elle rappelle que le principe de la contradiction est une composante du droit à un procès équitable, et d'autre part, elle exige de l'expert le respect de la contradiction pendant le déroulement des opérations d'expertise. Cette décision, saluée par la doctrine dès lors qu'elle étend les exigences du procès équitable à la

⁴⁵³ **J.-P. MARGUENAUD** : « Extension des exigences du droit à un procès équitable à la phase de l'expertise technique », RTD civ., 1997, p. 1007.

⁴⁵⁴ C'est ce qui ressort également d'un arrêt CEDH (Première Section), *Martins Silva c. Portugal*, 28 mai 2014, req. n° 12959/10, Procédures n° 7, juill. 2014, comm. 205, note N. FRICERO, §§ 36-37 : « [...] La Cour rappelle aussi avoir déjà jugé qu'une expertise médicale, en ce qu'elle ressortit à un domaine technique échappant à la connaissance des juges, est susceptible d'influencer de manière prépondérante leur appréciation des faits et constitue un élément de preuve essentiel qui doit pouvoir être efficacement commenté par les parties au litige. [...] En l'espèce, la Cour observe que le rapport médical en question avait été ordonné par le tribunal à la demande des parties, lesquelles avaient par ailleurs adressé des questions spécifiques aux experts (voir ci-dessus § 16). Si le rapport du comité médical a confirmé le bilan médical précédent, il donne des informations précises s'agissant de la question litigieuse en répondant à chacune des questions qui avaient été formulées par les parties. Contrairement au Gouvernement, la Cour estime qu'il a ainsi apporté des éléments nouveaux à la procédure. Or, le requérant n'a pris connaissance des réponses apportées à ses questions qu'au moment où il a reçu le jugement du tribunal du travail de Maia [...] ».

⁴⁵⁵ CEDH (Chambre), *Mantovanelli c. France*, préc., § 36.

phase expertale⁴⁵⁶, a été reprise par les arrêts *Cottin contre Belgique* du 2 juin 2005⁴⁵⁷, *Oral contre Turquie* du 25 novembre 2008⁴⁵⁸, et plus récemment, l'arrêt *X contre Belgique* du 15 septembre 2015⁴⁵⁹, de quoi asseoir encore plus son autorité. Si cette solution concerne une expertise judiciaire administrative, aucun doute ne subsiste sur son application à la matière civile⁴⁶⁰.

141. Précédent. L'arrêt *Mantovanelli* marque un tournant décisif dans l'entrée du contradictoire dans la phase expertale. Cependant, une dizaine d'années auparavant, dans une décision *Feldbrugge contre Pays-Bas* dont il est rarement fait état, la Cour EDH avait déjà relevé une atteinte à l'article 6 § 1 de la Conv. EDH en matière d'expertise. L'explication quant à cette discrétion résiderait sans aucun doute en la portée de la décision : en effet, tandis que l'arrêt *Mantovanelli* insère le contradictoire à l'ensemble de la phase expertale, l'arrêt *Feldbrugge* ne caractérise son importance qu'à l'égard du rapport d'expertise. Dans cette décision, les juges européens, après avoir rappelé l'importance de la contradiction dans le cadre du procès équitable, ont décidé que le fait pour la requérante de ne pas avoir été mise en mesure de consulter ni de critiquer deux rapports d'expertise qui ont été la base de la décision au fond était insuffisant à garantir une mise en œuvre effective du contradictoire⁴⁶¹. Cet arrêt marque la volonté déjà prononcée de la Cour EDH de garantir le principe du contradictoire aux mesures d'instructions.

142. Le principe déterminé par la jurisprudence *Mantovanelli* est appliqué par d'autres hautes juridictions, participant au renforcement de la nécessité de la contradiction au sein de la mesure d'expertise (2)

⁴⁵⁶ J.-P. MARGUENAUD, « Le droit à l'expertise équitable », préc.

⁴⁵⁷ CEDH (Première Section), *Cottin c. Belgique*, 2 juin 2005, req. n° 48386/99, §§ 29 et 30.

⁴⁵⁸ CEDH, (Deuxième Section), *Oral c. Turquie*, 25 nov. 2008, req. n° 18384/04, § 30.

⁴⁵⁹ CEDH (Deuxième Section), *X c. Belgique*, 15 sept. 2015, req. n° 13116/15, §§ 31 et 32.

⁴⁶⁰ G. CAVALIER, « Principe du contradictoire en matière d'expertise amiable », D., 2005, p. 46.

⁴⁶¹ CEDH (Plénière), *Feldbrugge c. Pays-Bas*, 29 mai 1986, req. n° 8562/79, série A, n° 99, Berger, 12ème éd., 2011, n° 83, p. 260, § 44 : « Toutefois, la procédure suivie devant le président de la commission de recours en application de la législation néerlandaise n'a manifestement pas revêtu un caractère contradictoire, du moins à son stade ultime et déterminant. D'un côté, le président n'a pas entendu la requérante ni ne l'a invitée à déposer des observations écrites. De l'autre, il ne lui a pas fourni, à elle ou à son représentant, l'occasion de consulter et critiquer le dossier de l'affaire, notamment les deux rapports - bases de la décision - dressés par les experts permanents. Sans doute ces derniers ont-ils examiné l'intéressée et lui ont-ils laissé la faculté de formuler des remarques, mais la lacune constatée ne se trouve pas comblée pour autant. Bref, l'instance menée devant le président de la commission de recours n'a pas offert à un degré suffisant l'une des principales garanties d'une procédure judiciaire ».

2. L'après Mantovanelli, les jurisprudences renforçant la nécessité du contradictoire dans l'expertise

143. Décision de la Cour de Justice de l'Union européenne. La CJUE veille au respect de la contradiction au sein de l'expertise. Au préalable, elle a rappelé l'importance du principe dans le droit communautaire européen, toujours sous le prisme de l'égalité des armes au sein du procès⁴⁶². Concernant l'expertise judiciaire, la solution est similaire à celle donnée par la Cour EDH, l'arrêt *Joachim Steffensen* énonçant que l'admission en tant que moyen de preuve de résultats d'analyses qui n'ont pas été effectuées contradictoirement entraîne la violation du droit à un procès équitable « *si le moyen de preuve en cause ressortit à un domaine technique échappant à la connaissance des juges et est susceptible d'influencer de manière prépondérante leur appréciation des faits* » et ne donne pas au requérant la possibilité de commenter efficacement ce moyen de preuve⁴⁶³.

144. Juridictions civiles françaises. En application des dispositions du code de procédure civile, la Cour de cassation exige depuis de nombreuses années, non sans fermeté⁴⁶⁴, que l'expertise judiciaire présente un caractère contradictoire. La haute juridiction n'a pour autant jamais, elle aussi, rendu une décision dont la portée seule exigerait que l'expertise se déroule de manière contradictoire⁴⁶⁵. Au lieu de cela, elle va, sur le visa de l'article 16 du code de procédure civile, sanctionner le déroulement non-contradictoire de l'expertise lors d'opérations bien spécifiques. C'est ainsi qu'elle a pu rappeler la teneur du principe du contradictoire en censurant une cour d'appel qui avait rejeté la nullité d'un rapport d'expertise alors que « *l'expert n'avait pas soumis la teneur de ces auditions et documents aux parties afin de leur permettre d'être à même d'en débattre contradictoirement avant le dépôt de son rapport* »⁴⁶⁶, ou encore lorsque l'expert n'avait pas convoqué les parties aux opérations d'expertise⁴⁶⁷. Les décisions de la Cour EDH et de la Cour de Justice de l'Union

⁴⁶² CJCE, *SNUPAT c. Haute Autorité de la Communauté Européenne du charbon et de l'acier*, 22 mars 1961, aff. n° 42 et 49/59, Rec. 1961, p. 103 ; CJCE, *Baustahlgewebe c. Commission*, 17 déc. 1998, aff. n° C-185/95, Rec. 1998. I, p. 8417.

⁴⁶³ CJCE, *Joachim Steffensen*, 10 avr. 2003, aff. C-276/01, Rec., p. I-3735, §§ 77 et 78.

⁴⁶⁴ P. JULIEN, obs. sous Cass. civ., 2ème, 16 janv. 2003, n° 01-03.427, Bull. civ. II, n° 5, p. 5 : D. 2003, p. 1403.

⁴⁶⁵ P. DELEBECQUE, J.-D. BRETZNER et T. VASSEUR, « Droit de la preuve », D. 2007, p. 1901.

⁴⁶⁶ Cass. civ., 2ème, 5 déc. 2002, n° 01-10.320, Bull. civ. II, n° 278, p. 220 ; v. également en ce sens Cass. civ., 2ème, 16 janv. 2003, n° 01-03.427, Bull. civ. II, n° 5, p. 5 : « *en statuant ainsi, alors que l'expert n'avait pas soumis aux parties, ni annexé à son rapport, l'avis qu'il avait sollicité, afin de permettre à ces dernières d'en débattre contradictoirement, la cour d'appel a violé [CPC, art. 16 et 282 al. 3]* ».

⁴⁶⁷ Cass. civ., 2ème, 20 déc. 2001, n° 00-10.633, Bull. civ. II, n° 202, p. 141.

européenne ont influencé de manière significative les décisions rendues par les juridictions françaises en matière d'expertise et de non-respect du principe du contradictoire. Désormais, dans un tel cas de figure, la Cour de cassation tend à rendre sa décision au visa du procès équitable, comme elle l'a fait dans un arrêt du 16 mai 2002, aux termes duquel la deuxième chambre civile a jugé que ne portait pas atteinte au principe du contradictoire, et plus généralement aux règles du procès équitable, l'expert qui avait confié à un tiers disposant d'instruments appropriés, l'exécution d'investigations techniques, dont les résultats avaient été en outre communiqués aux parties, sans pour autant manquer à son obligation de remplir personnellement sa mission⁴⁶⁸.

145. Les textes et la jurisprudence s'accordent sur l'importance du principe du contradictoire dans le cadre de l'expertise. La puissance qui a pu en émerger explique nécessairement que l'exigence de respect du contradictoire s'étende à toute la mesure, de son début à sa achèvement (§ 2).

§ 2. L'ÉTENDUE DU CONTRADICTOIRE À L'ENSEMBLE DE L'EXPERTISE

146. Contradictoire et crédibilité de la mesure d'expertise. Le respect du contradictoire va apporter à l'expertise la qualité que les parties et le juge espèrent d'elle. Pour qu'un rapport d'expertise soit qualifié de crédible et permette au juge de rendre une décision juste, toutes les phases de la mesure d'instruction doivent avoir été accomplies dans le respect strict du principe de la contradiction. Cela nécessite ainsi une coopération entre toutes les parties à l'expertise. La contradiction irriguera la mesure dans son ensemble⁴⁶⁹ : de la convocation des parties, au dépôt du rapport. L'arrêt *Mantovanelli* avait déjà apporté sa pierre à l'édifice en étendant cette garantie à la procédure d'expertise. Les dispositions légales internes, fortement imprégnées de cette décision, en constituent la continuité. Il convient de remarquer que les juridictions internes possèdent une conception du contradictoire plus protectrice des parties que la Cour EDH.

⁴⁶⁸ Cass. civ., 2ème, 16 mai 2002, n° 00-20.050, Bull. civ. II, n° 101, p. 80 : « [...] les experts pouvaient confier à la Socotec qui disposait des instruments appropriés, l'exécution d'investigations à caractère technique, sans manquer pour autant à leur obligation de remplir personnellement leur mission et sans méconnaître les exigences du procès équitable ; [...] c'est sans violer le principe de la contradiction, que la cour d'appel, constatant que les résultats des mesures acoustiques effectuées par la société Socotec avaient été communiqués aux parties avant le dépôt du rapport, a, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation de la valeur et de la portée des éléments de preuve, statué comme elle l'a fait ».

⁴⁶⁹ G. GARDEL, « Les principes directeurs du procès et l'expertise de justice. Procédure civile et administrative : cherchez les différences », préc.

147. Rôle du juge. Au préalable, ce sera au juge qu'il appartiendra d'insister sur l'importance du principe du contradictoire lorsqu'il ordonne une expertise. Formellement, c'est à lui d'assurer que les opérations expertales qu'il ordonne se dérouleront de manière contradictoire. Face à l'exigence de l'article 16 alinéa 1er du code de procédure civile qui met à sa charge un rôle actif dans le respect du principe, le juge doit formuler très clairement dans la décision où il nomme l'expert que celui-ci devra convoquer les parties et mener ses opérations contradictoirement. D'ailleurs, l'article 265 du code de procédure civile, en son alinéa 4, exige que la décision qui ordonne l'expertise énonce les chefs de la mission de l'expert. Cette obligation représente un enjeu crucial pour le bon déroulement des opérations d'expertise, puisqu'elle va avoir un effet coercitif pour l'expert désigné, surtout dans la mesure où le juge qui ordonne la mesure d'instruction doit en contrôler l'exécution⁴⁷⁰.

148. Plan. Les différentes conceptions du rôle du contradictoire dans l'expertise permettent de lui conférer deux rôles : il doit permettre la présence effective des parties à la mesure d'expertise (A) et leur donner la possibilité de présenter leurs observations pendant le déroulement et l'achèvement de la mesure (B).

A. LA PRÉSENCE IMPÉRATIVE DES PARTIES À L'EXPERTISE.

149. Convocation des parties. Une fois la mesure d'expertise ordonnée et l'expert ayant accepté sa mission, les opérations doivent débiter. A cet égard, l'article 160 du code de procédure civile enjoint à l'expert de convoquer les parties et les tiers aux investigations qu'il va mener. C'est une disposition rattachée au procès équitable et plus particulièrement au principe de la contradiction. En effet, aucune mesure d'expertise ne se déroulerait équitablement, ou pour le moins de manière contradictoire, si au moins une des parties n'était pas convoquée aux opérations d'expertise. La jurisprudence admet, à ce titre, que les parties doivent être convoquées par l'expert à l'ensemble des réunions d'expertise, et pas seulement à la première⁴⁷¹. Elle étend même cette exigence jusqu'à la tenue d'une dernière réunion contradictoire précédant le dépôt du rapport de l'expert⁴⁷². Avec une telle rigueur, elle décide depuis très longtemps que le juge ne peut fonder sa décision sur le résultat d'opérations

⁴⁷⁰ CPC, art. 155 al. 1er : « *La mesure d'instruction est exécutée sous le contrôle du juge qui l'a ordonnée lorsqu'il n'y procède pas lui-même* ».

⁴⁷¹ Cass. civ., 1ère, 9 juin 1982, n° 81-11.455, Bull. civ. I, n° 219 : RTD civ. 1983. 194, obs. R. PERROT.

⁴⁷² Cass. civ., 1ère, 15 mai 1984 : Gaz. Pal., 1984, 2, somm. 296.

poursuivies en l'absence des parties⁴⁷³. Si cette solution vaut pour les parties, elle s'applique également à leurs conseils⁴⁷⁴. Étant précisé que le domaine d'application de l'article 160 du code de procédure civile s'étend à de nombreuses branches plus spécifiques du droit. Tel est le cas en matière d'expertise technique spécifique ordonnée en droit de la sécurité sociale, en application des articles L. 141-2-1 et R. 142-24-3 du code de la sécurité sociale⁴⁷⁵.

150. La notion de partie. Il convient de préciser la notion de partie telle qu'elle est entendue par l'article 160 du code de procédure civile. Là encore, la Cour de cassation s'est prononcée en considérant que la partie concernée par l'article 160 était celle qui était assignée dans la procédure ayant abouti à la désignation de l'expert. Dès lors une personne présente aux opérations d'expertises, mais non assignée dans la procédure, ne pouvait pas se voir déclarer l'expertise opposable⁴⁷⁶, quand bien même elle aurait été entendue ou interrogée par l'expert⁴⁷⁷, ou même contactée par ce dernier⁴⁷⁸. Il existe des hypothèses dans lesquelles une partie qui n'a pas été assignée à une mesure d'expertise peut se voir déclarer commune et opposable une mesure d'instruction, dès lors que la partie qui en fait la demande justifie d'un motif légitime. C'est une situation récurrente en matière de construction dans laquelle les assureurs des parties déjà impliquées dans une expertise se voient attirés à la procédure. Le principe du contradictoire commande qu'ils soient appelés afin qu'ils puissent faire valoir leurs observations sur les conclusions de l'expert et que celles-ci leur soient ultérieurement opposables, conformément à l'article 169 alinéa 2 du code de procédure civile.

151. Absence de sanction. Pour autant, les dispositions du code de procédure civile ne prévoient aucune sanction en cas de manquement par l'expert à son obligation de convocation. C'est la jurisprudence, toujours soucieuse de faire appliquer strictement le principe du contradictoire à l'expertise, qui a envisagé les conséquences du non-respect de cette obligation. La Cour de cassation statue logiquement en faveur de la nullité de l'expertise

⁴⁷³ Cass. civ., 29 avr. 1907 : DP, 1907, 1, 383.

⁴⁷⁴ Cass. civ., 2ème, 24 nov. 1999, n° 97-10.572, Bull. civ. II, n° 174, p. 119.

⁴⁷⁵ Cass. civ., 2ème, 19 janv. 2006, n° 04-30.413, Bull. civ. II, n° 23, p. 20 : Droit social 2006, p. 472, obs. COURSIER : au visa des articles 16 et 160 du code de procédure civile, ensemble les articles L. 141-2-1 et R. 142-24-3 du code de la sécurité sociale, la Cour de cassation décide que « *les dispositions de l'article 160 du nouveau Code de procédure civile relatives aux modalités de la convocation des parties aux mesures d'instruction s'appliquent à l'expertise technique spécifique ordonnée en application des articles L. 141-2-1 et R. 142-24-3 du Code de la Sécurité sociale* ».

⁴⁷⁶ Cass. civ., 1ère, 21 juill. 1976, n° 75-12.877, Bull. civ. I, n° 278, p. 224 ; Cass. civ., 2ème, 23 oct. 2003, n° 01-15.004, inédit.

⁴⁷⁷ Cass. civ., 3ème, 9 juin 1993, n° 91-16.479, Bull. civ. III, n° 84, p. 55.

⁴⁷⁸ Cass. civ., 3ème, 28 juin 1989, n° 87-19.496, Bull. civ. I, n° 261, p. 173.

pour atteinte au principe du contradictoire, en rattachant l'exigence posée par l'article 160 du code de procédure civile à l'article 16 du même code⁴⁷⁹. Pour illustration, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a décidé en 2007⁴⁸⁰ que les juges du fond, ayant rejeté l'exception tirée de la nullité de l'expertise, avaient violé les articles 16 et 160 du code de procédure civile, alors qu'ils avaient constaté que « *la partie absente et non représentée lors de la dernière réunion n'avait pas été convoquée régulièrement* ». La Cour de cassation a en effet jugé que l'absence de convocation d'une partie à une opération d'expertise constitue une irrégularité qui engendre nécessairement la nullité du rapport d'expertise. Cependant, une partie ne saurait en toute logique solliciter la nullité de l'expertise dès lors qu'elle avait consenti à la convocation faite par l'expert, mais que, par la suite, elle ne s'était pas rendue aux opérations d'expertise⁴⁸¹. Il en est de même si, *a contrario*, elle avait préalablement exprimé son refus de se rendre aux réunions d'expertise⁴⁸².

152. S'assurer de la présence des parties à la mesure d'expertise va permettre de faire respecter la seconde facette du contradictoire. En effet, parce qu'elles ont été régulièrement convoquées, elles se voient conférer un pouvoir de discussion (B). Même si ce pouvoir se transforme dans certains cas en devoir, afin d'assurer le bon déroulement de la mesure d'instruction.

B. LA NÉCESSITÉ DE DISCUSSION DANS L'EXPERTISE

153. Le caractère impératif de la discussion des parties dans la mesure d'expertise⁴⁸³ invite à se pencher sur les acteurs de cette discussion, à savoir les parties, le juge et les personnes dont s'adjoint l'expert (1), et à envisager la spécificité du pré-rapport qui constitue une phase de discussion primordiale pour assurer le respect de la contradiction (2).

1. Le rôle important des intervenants à l'expertise dans la mise en œuvre de la discussion

154. Rôle actif des parties. Dès lors que la convocation des parties a été effectuée de manière régulière, le principe du contradictoire implique un rôle actif de leur part. Celles-ci

⁴⁷⁹ Cass. civ., 2ème, 20 déc. 2001, n° 00-10.633, Bull. civ. II, n° 202, p. 141.

⁴⁸⁰ Cass. civ., 3ème, 7 févr. 2007, n° 05-20.410, Bull. civ. III, n° 20 : D., 2007, AJ 806.

⁴⁸¹ Cass. com., 13 nov. 2001, n° 99-11.816, inédit.

⁴⁸² Cass. civ., 2ème, 13 janv. 2000, n° 98-11.997, inédit.

⁴⁸³ N. FRICERO, « Principe du contradictoire applicable à l'expertise », Procédures, 2014, comm. 20.

sont en effet tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction, conformément à l'article 160 du code de procédure civile. Si cette disposition l'exige expressément, elle n'apporte pour autant pas plus de précisions. C'est l'article 275 du code de procédure civile qui complète cette exigence puisqu'il commande aux parties de remettre sans délai à l'expert tous les documents que celui-ci estime nécessaires à l'accomplissement de sa mission. Comment les parties sont-elles tenues de coopérer au travail de l'expert pendant le déroulement de ses opérations, le tout sous le prisme de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH ? Si les parties sont sujettes à cette obligation, c'est dans le but qu'un débat s'instaure entre elles, elles doivent donc communiquer à l'expert les pièces utiles au bon déroulement de sa mission, tout en coopérant l'une avec l'autre. Il en va du bon accomplissement de la mesure, d'une meilleure application du principe du contradictoire. Cette participation des parties se dévoile alors de deux manières : elle constitue à la fois un droit et une obligation, des auteurs y décelant même une certaine ambiguïté⁴⁸⁴. Un droit puisqu'une partie doit nécessairement être informée des pièces soumises par l'autre en cours d'expertise, notamment pour être en mesure d'en débattre⁴⁸⁵. Une obligation puisqu'elle est tenue, sous l'égide d'un principe de loyauté, d'apporter son concours à la mesure. Plus qu'une ambiguïté, cette vision dualiste de la participation des parties semble plutôt satisfaire aux exigences du principe du contradictoire, voire même aller plus loin : en effet, le principe impose nécessairement la discussion des parties dans la procédure d'expertise, mais au-delà, il se réalise parfaitement dans leur participation active. La responsabilisation des parties en cours d'expertise, sous l'œil attentif de l'expert, amène ainsi à l'accomplissement effectif du principe du contradictoire.

155. Intervention du juge. L'intervention du juge, à l'étape de la coopération des parties, s'avère parfois essentielle. En effet, il existe des cas dans lesquels une partie peut décider d'entraver le bon déroulement d'une expertise, en refusant de communiquer à l'expert une pièce essentielle, déterminante. En dehors de la perte d'argent et de temps qu'engendre cette manœuvre, il va de soi qu'un tel comportement va porter foncièrement atteinte au principe du contradictoire. Face à cet obstacle, l'alinéa 2 de l'article 275 du code de procédure donne le pouvoir au juge, sous-entendu le juge chargé du contrôle de l'expertise, de contrecarrer la carence des parties à la production des pièces, en les enjoignant, après information de la part de l'expert, ou échec d'une mise en demeure de ce dernier, de les

⁴⁸⁴ M.-A. FRISON-ROCHE, « La procédure de l'expertise », préc.

⁴⁸⁵ Cass. soc., 10 déc. 1980, n° 79-14.274, Bull. V, n° 880.

communiquer, et ce sous astreinte. Cette formulation, spécifique au déroulement des opérations d'expertise, rappelle celle des articles 133 et 134 du code de procédure civile⁴⁸⁶. Le juge est donc investi d'un rôle de régulateur en redonnant aux débats la loyauté qui doit leur faire corps, puisque les pièces doivent être versées de manière spontanée⁴⁸⁷.

156. Sachants. Lexicalement, le terme « expert » représente parfois un faux-ami. En effet, l'expert désigné peut dans certains cas être amené à constater des limites sur la mission qui lui est confiée. Il ne peut tout savoir et aura besoin, à certaines occasions, des lumières d'un autre spécialiste, uniquement dans une spécialité distincte de la sienne⁴⁸⁸. Le rôle de l'« autre technicien » de l'article 278 du code de procédure civile, ou sapiteur, est parfois primordial pour la résolution du litige et la continuation sereine de la mesure d'expertise⁴⁸⁹. C'est souvent son aide précieuse qui va permettre à l'expert de finaliser son rapport. Cette prérogative accordée à l'expert, sans autorisation préalable du juge⁴⁹⁰, et sans obligation de choisir un spécialiste lui-même inscrit sur les listes d'experts⁴⁹¹, va exiger un meilleur respect du contradictoire puisqu'un professionnel « étranger » à la mesure d'instruction en cours va y intervenir pour apporter ses connaissances. Il va ainsi pénétrer le litige en cours sans toutefois être partie à celui-ci, ni même être considéré comme un co-expert⁴⁹². Tel est le cas du tiers qui procède à des analyses, à la place de l'expert qui ne pourra pas les pratiquer lui-même⁴⁹³. Face à cet assouplissement au principe d'accomplissement personnel de sa mission par l'expert prévu à l'article 233 du code de procédure civile, la jurisprudence a décidé que pour assurer le principe du contradictoire, l'avis du spécialiste devait, en plus de son annexion au rapport d'expertise⁴⁹⁴, être porté à la connaissance des parties afin qu'elles puissent en débattre⁴⁹⁵. La

⁴⁸⁶ CPC, art. 133 : « *Si la communication des pièces n'est pas faite, il peut être demandé, sans forme, au juge d'enjoindre cette communication* » ; CPC, art. 134 : « *Le juge fixe, au besoin à peine d'astreinte, le délai, et, s'il y a lieu, les modalités de la communication* ».

⁴⁸⁷ CPC, art. 132 al. 2 : « *La communication des pièces doit être spontanée* ».

⁴⁸⁸ CPC, art. 278 : « *L'expert peut prendre l'initiative de recueillir l'avis d'un autre technicien, mais seulement dans une spécialité distincte de la sienne* ».

⁴⁸⁹ **J.-M. HEISSER-VERNET**, « Les coopérants à l'expertise judiciaire », *Experts*, oct. 2009, p. 13.

⁴⁹⁰ Cass. civ., 3ème, 23 oct. 1984, n° 82-15.895, Bull. civ. III, n° 172 : *Gaz. Pal.*, 1985, 1, Pan. 58, obs. S. GUINCHARD.

⁴⁹¹ Cass. civ., 3ème, 17 juill. 1985 : D., 1986, IR, 225, obs. P. JULIEN.

⁴⁹² CA, Aix-En-Provence, 17 sept. 2008 : BICC 15 mars 2009, n° 428 : la cour d'appel a décidé que le fait pour un expert de recueillir l'avis d'un autre technicien ne correspondait pas à une seconde mesure d'expertise.

⁴⁹³ Cass. civ., 2ème, 16 déc. 1964, Bull. civ. II, n° 820.

⁴⁹⁴ Cass. civ., 2ème, 16 janv. 2003, n° 01-03.427, Bull. civ. II, n° 5, p. 5 : *AJDI*, 2003, 520, obs. H. HEUGAS-DARRASPEN.

⁴⁹⁵ Cass. civ., 2ème, 16 déc. 1985, n° 84-16.917, Bull. civ. II, n° 199, p. 133 : *JCP* 1993. IV. 2671 ; *Gaz. Pal.* 1986. 2. Pan. 418, obs. S. GUINCHARD et T. MOUSSA ; Cass. civ., 2ème, 21 janv. 2010, n° 07-13.552, Bull. civ. II, n° 16 : D., 2010, 1223, et 2102, chron. J.-M. SOMMER, L. LEROY-GISSINGER, H. ADIDA-CANAC et S. GRIGNON DUMOULIN.

deuxième chambre civile de la Cour de cassation avait ainsi censuré le raisonnement d'une cour d'appel qui, ne respectant pas le principe de la contradiction, avait rejeté la demande en nullité d'un rapport d'expertise en énonçant que l'expert n'était tenu d'aucune obligation de soumettre aux parties les éléments qu'il avait obtenus de la part d'organismes spécialisés alors que ceux-ci avaient été déterminants dans la rédaction de ses conclusions⁴⁹⁶. Le non-respect de cette formalité, pour le moins essentielle, entraîne nécessairement une atteinte au contradictoire et engendre l'annulation du rapport d'expertise⁴⁹⁷.

157. L'intervention des différents protagonistes à l'expert, à l'exception du technicien commis, permet, à différents niveaux, d'assurer un échange contradictoire entre les parties à la mesure. Cet échange donne lieu, *in fine*, à l'établissement d'un rapport définitif de l'expert, lequel est, dans la pratique, précédé de la rédaction d'un pré-rapport (2).

2. L'usage primordial du pré-rapport, enclencheur de discussion.

158. L'indispensable pré-rapport. Grande absente du code de procédure civile, la pratique du pré-rapport s'est généralisée au sein des expertises judiciaires et a été encadrée par la jurisprudence⁴⁹⁸. Bien que retardant le déroulement de l'expertise, la technique du pré-rapport a su démontrer son utilité, notamment pour permettre la prise en compte des dires et observations des parties. En pratique, le juge qui désigne un expert aura désormais tendance à intégrer dans sa mission l'obligation de communiquer aux parties un pré-rapport. Il s'agira pour l'expert de présenter, préalablement au dépôt de son rapport définitif et dans un délai donné, les résultats provisoires, essentiellement techniques, de ses investigations et son avis afin que les parties puissent y faire valoir leurs remarques. Le pré-rapport a surtout révélé ses avantages pratiques : son établissement devient indispensable lorsqu'une partie ne peut être présente à une des réunions d'expertise, lorsque le secret médical impose l'absence d'une partie ou encore lorsqu'une nouvelle pièce essentielle doit être versée à l'expert. Cette pratique étend ainsi l'application de l'article 273 du code de procédure civile qui impose à l'expert d'informer le juge de l'avancement de ses opérations et des diligences qu'il a

⁴⁹⁶ Cass. civ., 2ème, 30 nov. 1988, n° 87-15.508, Bull. civ. II, n° 236, p. 128.

⁴⁹⁷ Cass. civ., 2ème, 15 avr. 2010, n° 09-10.239, Bull. civ. II, n° 83.

⁴⁹⁸ CA, Paris, 27 mai 1987 : D., 1987, IR 156 : La cour d'appel de Paris a décidé qu'aucune disposition du code de procédure civile n'interdisait à l'expert de déposer un pré-rapport préalablement au dépôt de son rapport définitif, quand bien même cette possibilité n'ait pas été prévue dans la mission confiée à l'expert ; Cass. civ., 2ème, 29 janv. 2004, n° 00-12.367, inédit : la Cour de cassation a précisé qu'« aucune disposition légale n'impose le dépôt d'un pré-rapport ».

accomplies. En effet, la communication d'un pré-rapport lui impose également de rendre des comptes aux parties⁴⁹⁹. Celles-ci ont la possibilité de se manifester avant que le juge du fond ne statue définitivement sur leur litige, en permettant par exemple à l'expert de corriger d'éventuelles erreurs⁵⁰⁰. Parfois, l'existence du pré-rapport peut les inciter à résoudre leur différend de façon amiable, notamment par la conclusion d'une transaction, moyen d'éviter la saisine ultérieure le juge du fond. Le développement de la pratique du pré-rapport s'inscrit également dans la continuité de l'article 276 alinéa 1er du code de procédure civile qui impose à l'expert de « *prendre en considération les observations ou réclamations des parties, et, lorsqu'elles sont écrites, les joindre à son avis si les parties le demandent* ». Il est nécessaire de se demander dans quelle mesure intervient le principe du contradictoire dans cette phase. À ce sujet, la Cour de cassation a eu de multiples occasions de préciser que les parties devaient non seulement se voir communiquer le pré-rapport de l'expert, mais également qu'il incombait à ce dernier de les informer de leur possibilité de présenter des dires ou observations sur ce pré-rapport, après son établissement et avant le dépôt du rapport définitif⁵⁰¹. Dès lors, l'expert qui aura établi son rapport définitif en prenant compte et en y joignant les observations des parties aura respecté le principe du contradictoire⁵⁰². À l'inverse, le rapport de l'expert qui ne respecte pas les dispositions de l'article 276 du code de procédure, alors que cette disposition lui confère un rôle très important dans le cadre des dires, notamment en matière de fixation de délais et de réponse aux observations des parties, doit être déclaré nul. À ce titre, les juges du fond ont prononcé la nullité d'un rapport d'expertise pour violation du contradictoire, dès lors que l'expert n'a pas respecté la date qu'il avait lui-même fixé pour le dépôt des derniers dires et s'est contenté de joindre à son rapport, sans y apporter de réponse, le dernier dire d'une partie lui demandant de reprendre ses investigations en l'état de nouveaux éléments communiqués quelques jours avant la clôture

⁴⁹⁹ **R. ENCINAS DE MUNAGORRI et O. LECLERC**, « Provoquer le droit de l'expertise pour le faire advenir », préc.

⁵⁰⁰ **J.-C. MAGENDIE**, « Célérité et qualité de la justice : la gestion du temps dans le procès », Rapport au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, préc., p. 107 : « *En l'absence de pré-rapport, le débat technique n'a pas lieu et la pensée de l'expert se développe sans aucun contrôle, ni sans que les parties puissent percevoir dans quelle direction s'oriente le travail expertal. L'établissement systématique d'un pré-rapport ne peut que favoriser le débat technique contradictoire au moment opportun et devant l'interlocuteur idoine. Ce débat doit être purgé avant que le tribunal ne soit amené à statuer* ».

⁵⁰¹ Cass. civ., 2ème, 3 nov. 2005, n° 03-18.705, inédit ; Cass. civ., 3ème, 27 mai 1998, n° 96-17.919 et 96-19.819, Bull. civ. III, n° 112, p. 74 ; Cass. com., 4 nov. 2008, n° 07-18.147, Bull. civ. IV, n° 189 ; Dalloz actu., 17 nov. 2008, obs. X. DELPECH ; AJDI, 2009, 212, obs. H. HEUGAS-DARRASPEN ; RDI, 2009, 119, obs. P. MALINVAUD.

⁵⁰² Cass. civ., 3ème, 27 mai 1998, n° 96-17.919 et n° 96-19.819, Bull. civ. III, n° 112.

des opérations⁵⁰³.

En définitive, l'extension de l'exigence du contradictoire à la phase du pré-rapport marque nettement la volonté prétorienne de renforcer le rôle actif des parties durant la mesure d'instruction en alertant l'expert sur d'éventuelles difficultés ou incompréhensions qui se seraient manifestées au cours de l'expertise. La jurisprudence souhaite également responsabiliser l'expert, qui pourra prendre connaissance et régulariser les erreurs commises dans ses conclusions provisoires. Étant précisé que l'avis donné par l'expert dans le pré-rapport n'est pas figé et pourra évoluer au gré des explications et contestations apportées par les parties. C'est là tout l'enjeu du contradictoire.

159. Absence d'établissement d'un pré-rapport, modalités procédurales. La nécessité de l'établissement par l'expert d'un pré-rapport, quand bien même elle n'est pas explicitement inscrite dans la loi, possède des effets sur la régularité de l'expertise judiciaire. La Cour de cassation considère en effet que « *l'absence d'établissement d'un pré-rapport, en méconnaissance des termes de la mission d'expertise, constitue l'inobservation d'une formalité substantielle, sanctionnée par une nullité pour vice de forme qui ne peut être prononcée qu'à charge pour celui qui l'invoque de prouver le grief que lui cause l'irrégularité* »⁵⁰⁴. Toutefois, à peine le principe posé, la deuxième chambre civile lui apporte une limite. Elle précise que l'absence de pré-rapport ne peut avoir d'incidence sur la régularité du rapport définitif du moment que celui-ci avait pu faire l'objet d'une discussion devant le juge. En d'autres termes, dans l'hypothèse où, même si l'établissement d'un pré-rapport avait été imposé par le juge qui désigne l'expert, la nullité de l'expertise ne pourra être prononcée si les parties ont pu s'exprimer sur les opérations de ce dernier d'une autre manière⁵⁰⁵. Cette discussion exclut ainsi toute présence d'un grief. La même souplesse a pu être relevée dans un arrêt plus récent, la Cour de cassation ayant décidé que dès lors que l'expert avait communiqué son chiffrage provisoire et réclamé un dire récapitulatif qu'il avait reçu des deux parties qui avaient pu répondre à la méthode de calcul proposée et faire valoir leurs observations, la cour d'appel a pu en déduire qu'il n'existait aucune violation du principe de la contradiction, peu important l'absence de dépôt d'un pré-rapport⁵⁰⁶. Cette pratique jurisprudentielle peut paraître curieuse dans la mesure où au même moment, la haute

⁵⁰³ CA, Paris, pôle 2, ch. 5, 5 sept. 2017, n° 16/12701.

⁵⁰⁴ Cass. civ., 2ème, 29 nov. 2012, n° 11-10.805, Bull. civ. II, n° 192 : Dalloz actu., 21 déc. 2012, obs. M. KEBIR ; JCP, 2013, p. 15, obs. D. CHOLET ; AJDI, 2013, p. 534, obs. H. HEUGAS-DARRASPEN.

⁵⁰⁵ N. FRICERO, « Procédure civile : novembre 2016 – janvier 2018 », D., 2018, p. 692.

⁵⁰⁶ Cass. civ., 3ème, 30 nov. 2017, n° 16-17.686, Publié au bulletin : D., 2017, p. 2476.

juridiction établit un principe ferme qu'elle limite aussitôt. En réalité, il s'agit ici de faire prévaloir le principe d'économie procédurale, permettant d'éviter l'instauration par le juge d'une nouvelle expertise⁵⁰⁷.

160. Préconisations pour le pré-rapport. Toujours dans un souci de respect du procès équitable, une forme unique du pré-rapport est recommandée, il faudrait dès lors qu'elle se rapproche le plus de celle du rapport définitif⁵⁰⁸. Celui-ci devrait contenir les éléments suivants dans un ordre précis : un préambule présentant l'expert ainsi que le détail de la mission qui lui a été confiée, le détail précis de ses opérations (dates, parties présentes, pièces versées), les points techniques essentiels à sa mission et leur interprétation, et enfin les réponses seulement aux questions du juge et l'avis de l'expert, le tout précédant une annexe listant et reprenant toutes les pièces qui ont été essentielles à la mesure d'instruction. Une telle mise en forme du pré-rapport d'expertise, qui se généralise de plus en plus, permet de satisfaire amplement aux exigences du contradictoire. Plus il y a de précisions, plus les parties seront à même de pouvoir débattre sur une difficulté et ainsi inclure les pièces absentes à la procédure par exemple. Mieux, il est nécessaire que la pratique du pré-rapport ne soit plus entourée de l'incertitude juridique qui règne autour d'elle et que les règles jurisprudentielles soit consacrées. Il serait indispensable dès lors de consacrer cette pratique dans les dispositions du code de procédure civile, sans pour autant la rendre obligatoire. La simple possibilité d'établissement d'un pré-rapport qui, lorsqu'il est établi sur demande du juge ou au choix de l'expert, serait transmis aux parties, renforcerait le caractère contradictoire de la procédure d'expertise.

161. Dépôt du rapport. Le rapport de l'expert marque la fin des opérations d'expertise. Il va permettre au juge d'obtenir les éclaircissements nécessaires et de statuer de la manière la plus juste possible en se basant sur des éléments crédibles et des avis argumentés. Son dépôt au secrétariat de la juridiction qui a ordonné l'expertise⁵⁰⁹ n'est cependant pas exempt du respect du contradictoire. Il est de pratique courante que des contestations s'élèvent contre le rapport déposé au juge. La difficulté a été de savoir à quel moment, dans un souci de respect du contradictoire, les parties pouvaient être en mesure de

⁵⁰⁷ S. AMRANI-MEKKI, « L'absence de pré-rapport de l'expert sanctionné par un vice de forme exigeant la preuve d'un grief », obs. sous Cass. civ., 2ème, 29 nov. 2012, n° 11-10.805, Bull. civ. II, n° 192 : Dalloz actu., 21 déc. 2012, obs. M. KEBIR, JCP, 2013, p. 15, obs. D. CHOLET : Gaz. Pal., n° 68, 9 mars 2013.

⁵⁰⁸ D. DUMENY et E. VERSINI, « Contradictoire : l'indispensable pré-rapport », Experts, avr. 2015, p. 8.

⁵⁰⁹ CPC, art. 282 al. 2 : « [...] l'expert doit déposer un rapport au secrétariat de la juridiction ».

contester ce rapport. Une contestation postérieurement à la remise au juge est-elle suffisante pour assurer la mise en œuvre du principe ? La solution est bien établie. La discussion du rapport est essentielle au respect des règles du procès équitable⁵¹⁰. Depuis l'arrêt *Mantovanelli*, la conception française de l'expertise judiciaire implique qu'il ne suffit pas que les parties puissent discuter du rapport d'expertise dans le cadre des débats contradictoires devant le juge, elles doivent aussi avoir la possibilité de contester l'appréciation des faits par l'expert avant le dépôt du rapport. En effet, la jurisprudence interne, prenant appui sur l'article 6 § 1 de la Conv. EDH, prononce désormais la nullité d'un rapport d'expertise non communiqué aux parties avant son dépôt. C'est ainsi qu'a été censurée une cour d'appel qui avait rendu sa décision en se basant sur une expertise médicale dont les résultats n'avaient pas été communiqués au majeur protégé avant le dépôt du rapport, de sorte qu'il avait été privé de la possibilité d'en discuter contradictoirement⁵¹¹.

162. Élasticité du principe et critiques. L'application omniprésente du contradictoire à l'expertise permet non seulement d'affirmer sa force mais aussi de révéler l'élasticité du principe en droit positif français. En effet, là où le contradictoire commande de manière générale une discussion seulement entre les parties sur tous les éléments de preuve qu'elles soumettent à l'instance, en matière d'expertise judiciaire, il fait pénétrer l'expert dans son enceinte. Il est à la fois un interlocuteur privilégié et meneur des opérations. Il convient donc de se demander s'il ne devient pas le garant principal du principe du contradictoire au sein l'expertise, devant les parties et le juge. Son comportement, nécessairement actif, et dans l'idéal productif, va conditionner la validité du rapport final. Un seul manquement au principe du contradictoire lors de ses opérations risquerait d'engendrer la nullité d'une mesure déjà bien trop longue et coûteuse, en dehors de la mise en œuvre éventuelle de sa responsabilité, qui va permettre de procéder à son remplacement, voire même sa radiation des listes d'experts dans les cas les plus graves⁵¹². Ces remarques effectuées, se profile la sempiternelle critique : l'amenuisement du rôle du juge au profit des compétences de l'expert. Le juge, pourtant contrôleur de la régularité des opérations expertales, doit donc capituler au profit des données scientifiques, même si le législateur tente d'établir un équilibre à cette difficulté pratique⁵¹³.

Ce constat mène à s'interroger sur l'application sans doute trop stricte du principe du

⁵¹⁰ R. DUMAS, « La conciliation prétorienne des droits fondamentaux processuels avec les spécificités de l'expertise judiciaire civile : un bilan mitigé », préc.

⁵¹¹ Cass. civ., 1^{ère}, 28 nov. 2006, n° 04-18.266.

⁵¹² J.-F. PERICAUD, « La déontologie et la responsabilité de l'expert judiciaire », RDI 2001, p. 321.

⁵¹³ CPC, art. 238, al. 3 : « [Le technicien] ne doit jamais porter d'appréciations d'ordre juridique ».

contradictoire dans l'expertise (Section 2).

SECTION 2. LA RELATIVISATION DU PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE DANS L'EXPERTISE

163. La puissance du contradictoire au sein de l'expertise judiciaire doit être relativisée à deux égards. Tout d'abord il convient de remarquer que, dans certains cas légalement définis, sa force est amoindrie et son strict respect n'est pas exigé. Il s'agira dans ce cas d'envisager les limitations au principe du contradictoire (§ 1). Puis, dans le cadre de l'expertise judiciaire, le principe a tiré ses faiblesses dans sa mise en œuvre sans doute trop rigoureuse. Le principe souffre alors de sa force. Dans ce cas, il conviendra d'étudier les limites du principe du contradictoire (§ 2).

§ 1. LES LIMITATIONS AU PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE

164. Il est nécessaire d'envisager ici les restrictions apportées au principe du contradictoire, et non pas les faiblesses du principe. En effet, la loi, accompagnée de décisions jurisprudentielles, relativise dans certains cas la portée du contradictoire au sein de l'expertise. Il s'agira donc bien de mener une expertise, mais moins emprise du principe. C'est le cas des expertises considérées comme ne relevant pas du code de procédure civile (A) et des opérations dont les nécessités imposent le non-respect du contradictoire (B).

A. LES EXPERTISES NE RELEVANT PAS DU CODE DE PROCÉDURE CIVILE

165. À l'égard de ces expertises particulières, une véritable souplesse quant à l'application du principe du contradictoire est opérée. Ordonnées par le juge, ces expertises sont dispensées du respect des règles du code de procédure civile. Les plus récurrentes et les plus discutées restent la désignation d'un technicien par le juge commissaire (1), l'expertise d'évaluation des droits sociaux (2) ainsi que l'expertise de gestion (3). L'application souple du contradictoire en leur sein fait cependant émaner quelques critiques, notamment au regard du droit au procès équitable.

1. La désignation d'un technicien par le juge commissaire

166. Rejet de la qualification d'expert pour le technicien désigné par le juge commissaire. Dans le cadre de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement, ou de liquidation judiciaire, l'article L. 621-9 du code de commerce, depuis sa consécration par la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005⁵¹⁴, donne la possibilité au juge commissaire, pivot et juge d'instruction de la procédure collective⁵¹⁵, de désigner un technicien pour l'aider à « *veiller au déroulement rapide de la procédure et à la protection des intérêts en présence* »⁵¹⁶. Le professionnel aura pour mission d'établir des bilans, de déterminer la date de cessation des paiements, ou de rechercher les fautes de gestion susceptibles de mettre en jeu la responsabilité des dirigeants de fait ou de droit⁵¹⁷. La jurisprudence a eu l'occasion de préciser que ce technicien n'était pas un expert au sens des articles 263 et suivants du code de procédure civile⁵¹⁸ et qu'il n'était pas non plus soumis à l'article 145 du code de procédure civile relatif aux mesures d'instructions⁵¹⁹. La charge de ce technicien s'analysera ainsi juste en une « *mission d'investigation ordonnée dans le cadre d'une procédure collective* »⁵²⁰. Ainsi, l'application des dispositions relatives à l'expertise judiciaire et aux mesures d'instruction étant écartée, le principe du contradictoire n'imprégnera pas cette mission dans sa totalité⁵²¹. Dès lors, le technicien n'est pas dans l'obligation de convoquer les parties à ses opérations⁵²² et n'a pas à recueillir leurs observations pendant l'exécution de la mesure. Il n'est pas non plus tenu de procéder à un échange contradictoire sur les éléments réunis en

⁵¹⁴ La loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 consacre une jurisprudence bien établie qui offrait la possibilité au juge commissaire de désigner un technicien pour l'aider dans la mission qui lui était confiée par l'ancien article L. 621-12 du C. Com. : « *Le juge-commissaire est chargé de veiller au déroulement rapide de la procédure et à la protection des intérêts en présence* ».

⁵¹⁵ **LE CORRE (P.-M.)**, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action, 2017-2018, p. 610, spéc. n° 311-11.

⁵¹⁶ C. com., art. L. 621-9 : « *Le juge-commissaire est chargé de veiller au déroulement rapide de la procédure et à la protection des intérêts en présence. Lorsque la désignation d'un technicien est nécessaire, seul le juge-commissaire peut y procéder en vue d'une mission qu'il détermine, sans préjudice de la faculté pour le tribunal prévue à l'article L. 621-4 de désigner un ou plusieurs experts [...]* ».

⁵¹⁷ **LE CORRE (P.-M.)**, *Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., p. 615, spéc. n° 331-31.

⁵¹⁸ Cass. com., 11 févr. 2004, n° 02-15.551 : « [...] *le rapport des constatations du technicien commis par le juge-commissaire, qui ne constitue pas une expertise au sens des articles 263 et suivants du nouveau code de procédure civile, a été régulièrement versé aux débats et soumis à la discussion contradictoire des parties* » ; Cass. com., 22 mars 2016, n° 14-19.915, bulletin d'information 2016, n° 848, chambre commerciale, n° 1120 : D., 2016, p. 701, RTD com., 2016, p. 337, obs. VALLENS.

⁵¹⁹ Cass. com., 23 juin 1998, n° 96-12.222, Bull. IV, n° 206, p. 170 : D., 1999. Somm. 71, obs. Honorat ; Cass. com., 25 juin 2002, n° 00-20.162, inédit : Dr. Sociétés, 2003, n° 6, obs. J.-P. LEGROS.

⁵²⁰ Cass. com., 15 mai 2001, n° 98-15.002, Bull. IV, n° 90, p. 85.

⁵²¹ **M. HENRY**, « Quand l'expertise devient le bras armé d'une justice inéquitable », JCP G, n° 8, 22 févr. 2010, doctr. 234.

⁵²² Cass. com., 5 juill. 2005, n° 03-15.298, inédit.

cours de mission ou de communiquer ses résultats avant le dépôt de son rapport⁵²³.

167. Interrogations. Et pourtant, conformément à l'article L. 621-9 du code de commerce, le juge-commissaire est chargé de veiller à la protection des intérêts en présence. Le contradictoire n'entrerait-il pas dans cette catégorie d'intérêts ?⁵²⁴ Ou bien cette atteinte au respect du contradictoire, choquante pour certains dans la mesure où elle contrevient à la jurisprudence bien établie par la Cour EDH relative au procès équitable⁵²⁵, est-elle justifiée par l'exigence de célérité sans cesse présente dans les procédures collectives ? Cette problématique du procès équitable a fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité formulée à la Cour de cassation dont cette dernière a refusé la transmission au Conseil constitutionnel le 1er février 2011 au motif que « *les dispositions de l'article L. 621-9, alinéa 2, du code de commerce, qui se bornent à conférer compétence au juge-commissaire pour désigner un technicien en vue d'une mission ne méconnaissent pas, par elles-mêmes, les droits de la défense, le principe de la contradiction ou celui de l'égalité des armes* » et « *que la question posée ne présente donc pas de caractère sérieux au regard des exigences qui s'attachent aux dispositions, règles et principes de valeur constitutionnelle invoqués* »⁵²⁶. La réponse de la Cour de cassation, même si elle aurait mérité plus d'explications, s'inscrit dans la logique. En effet, il aurait mieux valu pour les requérants de remettre en cause la jurisprudence qui, au fil des années et sur le fondement de l'ancien article L.621-12 du code de commerce, a permis l'atteinte au principe du contradictoire.

Quoi qu'il en soit, le contradictoire, très effacé, apparaît seulement en amont et en aval de la mesure. Ce qui demeure néanmoins très insuffisant puisque le principe voudrait que la discussion intervienne également pendant le déroulement de la mesure. Tout d'abord, l'article R.623-23 du code de commerce impose au juge-commissaire, lorsqu'il va procéder à la désignation d'un technicien, de recueillir les observations du débiteur⁵²⁷, sauf s'il décide qu'il n'apparaît pas fondé d'appeler la partie adverse, dans quel cas il statuera non

⁵²³ Cass. com., 22 mars 2016, n° 14-19.915, préc.

⁵²⁴ M. HENRY, « Quand l'expertise devient le bras armé d'une justice inéquitable », préc.

⁵²⁵ T. BERNARD et A. GASNIER, « Article L. 621 du C.C., Le technicien désigné par le juge commissaire n'a pas les qualités d'un expert judiciaire », Experts, juin 2015, p. 12.

⁵²⁶ Cass. com., 1er févr. 2011, n° 10-40.057, inédit : Rev. Sociétés, 2011, p. 193, obs. ROUSSEL GALE : la question posée par les requérants était la suivante : « *Quelle est la constitutionnalité de l'article L. 621-9 du code de commerce qui régit les expertises ordonnées par le juge-commissaire et ne les soumet pas aux dispositions du code de procédure civile et à l'appréciation de ses principes essentiels, s'agissant du débat contradictoire et de l'égalité des armes devant le juge ?* ».

⁵²⁷ Cette exigence concerne seulement la procédure de sauvegarde, et non les procédures de redressement et liquidation judiciaires.

contradictoirement. Ce contradictoire « atténué » ne saurait satisfaire aux exigences du procès équitable et écarte de la procédure d'expertise une partie pourtant essentielle à celle-ci, le débiteur. Ensuite, la jurisprudence considère que le contradictoire a été respecté si les parties ont été à même de débattre du rapport du technicien au moment des débats devant le juge⁵²⁸. Ces décisions s'expliquent par le fait que les résultats du technicien de diagnostic d'entreprise constituent un simple rapport et non une expertise au sens des articles 263 et suivants du code de procédure civile⁵²⁹. Il est alors opportun de savoir si le fait pour les parties de présenter leurs arguments et observations devant le juge est suffisant. La réponse devrait être négative. En effet le simple dépôt du rapport afin de purger l'absence de contradictoire tout le long des investigations de l'expert semble complètement insuffisant à assurer une égalité des armes et ne répond en aucun cas aux exigences européennes en matière de procès équitable.

2. L'expertise d'évaluation des droits sociaux

168. Expert non soumis aux règles d'expertise du code de procédure civile. Prévues à l'article 1843-4 du code civil⁵³⁰, l'expertise d'évaluation des droits sociaux intervient lorsque les associés d'une société s'opposent sur la valeur des droits sociaux à l'occasion de leur cession ou de leur rachat. Cette mesure d'ordre public et obligatoire⁵³¹ vise principalement à éviter qu'un associé cédant se retrouve lésé par le prix de ses droits sociaux lors de leur rachat ou cession. La question va être de déterminer l'ampleur du principe du contradictoire dans ce type d'expertise lorsqu'elle est ordonnée par le juge⁵³², étant précisé

⁵²⁸ Cass. com., 11 févr. 2004, n° 02-15.551, inédit.

⁵²⁹ Cass. com., 15 févr. 2000, n° 97-16.770 et 97-17.415, Bull. IV, n° 33, p. 26 : « pour fixer la date de cessation des paiements de la société Guyenne à l'égard des sociétés Sibille et Zuber, il était loisible aux juges du fond de puiser dans le rapport de l'expert, bien qu'il ne valût pas comme rapport d'expertise judiciaire, au sens des articles 263 et suivants du nouveau Code de procédure civile, à l'égard de ces deux sociétés, tous renseignements, dès lors que ce document avait été régulièrement versé aux débats et soumis à leur discussion contradictoire ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ».

⁵³⁰ C. civ., art. 1843-4 al. 1er : « Dans les cas où la loi renvoie au présent article pour fixer les conditions de prix d'une cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible ».

⁵³¹ Cass. civ., 1ère, 25 nov. 2003, n° 00-22.089, Bull. civ. I, n° 243, p. 191 : D., 2003, AJ 3053, obs. A. LIENHARD ; Rev. Sociétés, 2004, p. 93, note Y. CHARTIER : « [...] en désignant elle-même un expert après avoir écarté la détermination de la valeur des parts sociales de la SCP faite par M. Y..., la cour d'appel a violé le texte d'ordre public susvisé [C. civ., art. 1843-4, al. 1er] ».

⁵³² Dans ce cas de figure, le juge statuera en la forme des référés ; Cass. civ., 2ème, 7 juin 2018, n° 17-18.722, Bull. civ. II, n° 819 : Dalloz actu., 15 juin 2018, « Expertise et valeur des droits sociaux : aspects procéduraux », obs. F. MELIN : « [...] la décision par laquelle le président du tribunal de grande instance procède à la désignation d'un expert chargé de déterminer la valeur de droits sociaux est sans recours possible ».

qu'elle peut également être organisée à l'initiative des parties ou d'un arbitre. La Cour de cassation a été catégorique à ce sujet puisqu'elle a décidé que l'expert du prix n'était pas soumis au principe du contradictoire dès lors que sa décision a force de loi entre les parties et qu'il « *dispose de toute latitude pour procéder à cette estimation [estimation du montant des droits sociaux] selon les critères qu'il juge opportun* »⁵³³. Les requérants ne pouvaient dès lors invoquer l'article 6 § 1 de la Conv. EDH pour contester le fait que l'expert ne leur ait pas communiqué, avant le dépôt de son rapport, le nom et l'avis du sachant qu'il avait consulté. En ces termes, l'expert en évaluation des droits sociaux n'est pas considéré comme un expert judiciaire au sens des articles 263 et suivants du code de procédure civile, mais il est un élément du dispositif contractuel⁵³⁴. Ce qui expliquerait qu'il n'est pas soumis aux règles procédurales applicables en matière d'expertise judiciaire et écartant dès lors le respect strict du principe du contradictoire.

La décision de la Cour de cassation, contestée dans la mesure où en tant que tiers mandaté par les parties l'expert de l'article 1843-4 du code civil devrait respecter le principe de la contradiction⁵³⁵, s'inscrit dans la continuité d'un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 4 novembre 1987. Cet arrêt insistait déjà à l'époque sur le caractère contractuel intouchable et la force obligatoire de l'expertise en décidant que « *en se remettant, en cas de désaccord sur le prix de cession d'actions, à l'estimation d'un expert désigné conformément aux articles 275 de la loi du 24 juillet 1966 et à l'article 1843-4 du Code civil, les contractants font de la décision de celui-ci leur loi et qu'à défaut d'erreur grossière, il n'appartient pas aux juges, en modifiant le prix, d'imposer aux parties une convention différente de celle qu'elles avaient entendu établir* ».

169. Expertise en évaluation de droits sociaux sollicitée *in futurum* et principe du contradictoire. Si la jurisprudence précédemment développée concerne l'évaluation des droits sociaux avant leur vente, il est intéressant de s'interroger sur l'ampleur du principe du contradictoire dans une expertise en évaluation des droits sociaux qui interviendrait après la vente et avant tout procès, autrement dit dans le cas où un associé a cédé ses parts mais qu'il

⁵³³ Cass. com., 19 avr. 2005, n° 03-11.790, Bull. civ. IV, n° 95, p. 99 : Bull. Joly, 2005, p. 1393, note H. LE NABASQUE ; D., 2005, AJ 1289, obs. A. LIENHARD ; D., 2005, Pan. 2953, obs. J.-C. HALLOUIN et E. LAMAZEROLLES ; JCP E, 2005, p. 1390, note H. LÉCUYER ; Defrénois, 2005, p. 1497, note D. GIBIRILA ; RTD civ., 2005, p. 613, obs. P.-Y. GAUTIER ; RTD com., 2005, p. 537, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET.

⁵³⁴ Cass. com., 4 nov. 1987, n° 86-10.027, Bull. civ. IV, n° 226, p. 168.

⁵³⁵ L. CADIET, « *Arbiter, Arbitrador*, Gloses et post-gloses sous l'article 1843-4 du Code civil », in Mélanges Y. GUYON, Dalloz, 2003, p. 154, spéc. p. 165.

les estime sous-évaluées. Dans ce cas, ce dernier peut, s'il démontre un motif légitime, solliciter une mesure d'instruction *in futurum* sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile. À ce titre, la chambre commerciale, confirmant une décision des juges du fond, avait relevé un motif légitime permettant d'instaurer une mesure d'expertise judiciaire pour déterminer la réelle valeur des droits sociaux au bénéfice de cédants qui, huit ans après la cession de leurs parts à une autre société, considéraient qu'elles avaient été sous-estimées⁵³⁶. Il est évident qu'en la matière, le principe du contradictoire retrouvera sa force puisque l'expertise est ordonnée sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile. Ainsi, l'expert devra respecter strictement le principe et, s'il y a lieu, informer les parties de son éventuel recours à un sapiteur.

3. L'expertise de gestion

170. Principe de l'expertise de gestion. Également ordonnée judiciairement sur le fondement des articles L. 223-37 et L. 225-231 du code de commerce, et instaurée par l'article 226 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966, l'expertise de gestion permet aux associés ou actionnaires d'une société de vérifier qu'une ou plusieurs opérations de gestion effectuées par les dirigeants sociaux ne sont pas irrégulières, autrement dit suspectes⁵³⁷. Cette mesure, qui vise à garantir l'intérêt de l'entreprise, de ses salariés, ainsi que celui des tiers⁵³⁸, ne constitue pas une expertise judiciaire au sens de l'article 145 du code de procédure civile⁵³⁹ puisqu'elle tend à obtenir des éléments sur les actions douteuses d'une société et non à obtenir des preuves avant tout procès, même si cela n'empêche pas certains associés ou actionnaires d'une société, parce qu'ils ne possèdent pas les actions ou parts sociales minimales requises leur permettant de solliciter une expertise de gestion, de recourir à l'article 145 du code de procédure civile pour s'assurer que des opérations de gestion sociale ne sont pas suspectes⁵⁴⁰. Il arrive cependant que les juges du fond estiment que les demandes d'expertise sollicitées par

⁵³⁶ Cass. com., 15 nov. 2011, n° 10-28.036, inédit : Rev. Sociétés 2012, p. 566, note S. MESSAÏ-BAHRI.

⁵³⁷ P. LE CANNU ET B. DONDERO, *Droit des sociétés*, Lextenso, 6ème éd., 2015, n° 951.

⁵³⁸ P. LE CANNU, « Éléments de réflexion sur la nature de l'expertise judiciaire de gestion », Bull. Joly 1988, p. 553.

⁵³⁹ M. JEANTIN, « Les mesures d'instruction "in futurum" », D. 1980, chron. 205 ; S. MICHELIN-FINIELZ, « L'expertise de l'article 226 et l'expertise préventive dans la société anonyme », Rev. sociétés 1982, p. 33.

⁵⁴⁰ L. CADIET, « Brèves observations sur l'expertise préventive en droit des sociétés », in Mélanges M. JEANTIN, Dalloz, 1999, p. 151 : l'auteur explique que le recours à l'article 145 du code de procédure civile constitue dans certains cas un détournement de l'article L. 225-231 du code de commerce, les modalités de ce texte étant plus strictes ; J. MOURY, « Expertise de gestion - La concurrence indélégable de l'article 145 du Code de procédure civile », in Mélanges M. JEANTIN, Dalloz, 1999, p. 297 ; I. URBAIN-PARLEANI, « L'expertise de gestion et l'expertise *in futurum* », Rev. sociétés 2003, p. 223.

des actionnaires constituent de véritables expertises de gestion et rejettent ainsi les demandes d'expertise de gestion « déguisées » formulées au titre de l'article 145 du code de procédure civile. Ils ont ainsi pu décider que les « *demandeurs disposent également, de par la loi, de la possibilité de solliciter une expertise de gestion dont les conditions d'accès et la nature sont très clairement précisées par les dispositions spécifiques de l'article L. 225-231 du code de commerce* » et que « *le juge ne saurait en aucun cas modifier en accordant une mesure d'instruction parallèle la portée de ce texte que le juge n'a pas le pouvoir de modifier en faisant usage d'un autre texte d'une portée générale* »⁵⁴¹.

171. Limitation du caractère contradictoire de l'expertise de gestion. L'expertise de gestion doit présenter un caractère contradictoire selon la Cour de cassation, mais elle limite toutefois la portée de ce principe. En effet, dans un arrêt du 26 novembre 1996⁵⁴², après avoir expressément admis que « *si l'expertise doit avoir un caractère contradictoire* », elle admet que l'expert puisse « *procéder seul à certaines constatations dans la comptabilité et les documents remis en consultation par la société, sans qu'au cours de l'expertise ceux-ci soient communiqués aux demandeurs* » à la condition « *que le rapport qu'il est chargé de présenter est destiné à fournir tous les éléments utiles à l'information sur la ou les opérations de gestion en cause* », autrement dit à charge pour lui de rapporter les éléments constatés par lui seul dans le rapport final. Dans ce cas, l'expertise de gestion ne constitue pas, elle aussi, une expertise judiciaire au sens de l'article 263 du code de procédure civile. Elle s'analyse alors en une simple mesure d'information et de contrôle de la gestion de la société pour les demandeurs l'ayant sollicitée, nature qui l'exempte de la rigueur du contradictoire prévu par le code de procédure civile. Cette solution s'explique également par la confrontation entre le recours à l'expertise de gestion et le respect du secret des affaires. En effet, la dispense de convocation des parties à certaines opérations d'expertise se justifie par la nécessité de respecter certaines données confidentielles que l'expert pourrait relever au cours de ses investigations⁵⁴³. Mais, cette vision du contradictoire est en totale contradiction avec le but de l'expertise de gestion qui est de permettre l'information des associés et actionnaires d'une

⁵⁴¹ T. confl., Paris, 27 juin 2002, Bull. Joly, 2002, p. 942, note A. COURET ; Rev. Sociétés, 2002, p. 719, note P. LE CANNU.

⁵⁴² Cass. com., 26 nov. 1996, n° 94-16.432, Bull. IV, n° 293, p. 250 ; Rev. Sociétés, 1997, p. 97, note P. LE CANNU ; Dr. sociétés, 1997, n° 13, note D. VIDAL, JCP, 1997, I, 4012, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN.

⁵⁴³ N. DEDESSUS-LE-MOUSTIER, « Expertise de gestion et principe du contradictoire », Rev. Sociétés, 1998, p. 45.

société sur des opérations suspectes effectuées par les dirigeants sociaux.

172. Dans certaines situations, quand bien même l'expertise judiciaire sollicitée entre dans le champ du code de procédure civile, l'absence de respect du principe est admise pour des opérations spécifiques (B).

B. LES OPÉRATIONS DISPENSÉES DU RESPECT DU CONTRADICTOIRE

173. Précision. Dans le cadre de cette étude, les mesures d'instruction prononcées constituent bien des expertises au sens de l'article 263 du code de procédure civile. Toutefois, certaines circonstances pratiques vont permettre à l'expert de se dispenser, dans une juste mesure et à des conditions particulières, de respecter le principe du contradictoire.

174. Opérations hors la présence des parties. Le principe du contradictoire va être restreint lors du déroulement de la mesure d'instruction parce que les nécessités le recommandent ou simplement parce que la présence des parties n'est pas jugée indispensable. Généralement, c'est la technicité de l'opération qui commande de passer outre le principe. L'obligation de convocation des parties est touchée par cette spécificité. Bien que paraissant stricte, elle possède des tempéraments. En effet, il y a des circonstances qui justifient que l'expert procède à ses opérations sans la présence des parties, ainsi il ne sera pas nécessaire qu'il les convoque. Tel est le cas d'une vérification d'écritures⁵⁴⁴, d'investigations purement scientifiques d'étude des bruits pour lesquelles l'avertissement de sa présence par l'expert fausserait indéniablement ses résultats⁵⁴⁵, d'une vérification des dimensions d'un local⁵⁴⁶, d'un entretien personnel avec un incapable majeur soumis à un examen mental⁵⁴⁷, ou d'un entretien avec un tiers⁵⁴⁸. Toutefois, cette absence des parties est tolérée à charge pour l'expert de leur rendre compte de ses investigations, y compris de leurs résultats, de manière à ce

⁵⁴⁴ Cass. civ., 3ème, 4 oct. 1983, n° 82-13.936, Bull. civ. III, n° 178 : La Cour de cassation approuve une cour d'appel qui avait relevé « *que cette expertise avait un caractère "éminemment" technique et que le pré-rapport a été transmis aux parties par l'expert qui leur a proposé de se rendre sur place pour une confrontation* ».

⁵⁴⁵ Cass. civ., 3ème, 14 mars 1978, n° 76-14.481, Bull. civ. III, n° 117, p. 91 ; JCP, 1978, IV, 160 ; RTD civ., 1978, p. 731, obs. R. PERROT : la Cour de cassation a relevé, dans le cadre de troubles du voisinage, que l'expert n'aurait pu procéder à ses investigations dans des conditions normales si sa visite avait été annoncée.

⁵⁴⁶ Cass. civ., 2ème, 18 juin 1986, n° 85-10.247, Bull. civ. II, n° 94, p. 64.

⁵⁴⁷ Cass. civ., 1ère, 25 avr. 1989, n° 87-19.253, Bull. civ. I, n° 169, p. 111 : JCP, 1989, IV, 240 : L'entretien en question revêtait un caractère intime qui justifiait que les autres parties ne soient pas présentes à cette opération d'expertise.

⁵⁴⁸ Cass. civ., 1ère, 1er juin 1994, n° 91-21.935, Bull. civ. I, n° 197, p. 145.

qu'elles puissent en débattre contradictoirement avant le dépôt de son rapport⁵⁴⁹.

175. Les expertises scientifiques. Les expertises scientifiques englobent les expertises civiles médicales et les expertises génétiques. Dans leur cadre, le contradictoire se retrouve limité par les nécessités du droit au respect de la vie privée, de laquelle résulte le droit au secret, de dignité et d'intégrité physique. En effet, ces mesures s'exercent sur le corps humain, grande chose sacrée du droit, d'ordre public⁵⁵⁰. Il faut donc en déduire que les droits à l'intimité de la vie privée et à l'intégrité physique corporels priment sur le contradictoire. Le droit processuel fondamental du contradictoire doit donc, en partie, capituler face à des droits fondamentaux subjectifs. Il y a lieu de les étudier successivement.

176. Expertise médicale. L'expertise civile médicale a notamment pour but de renseigner la juridiction qui l'ordonne sur l'état de santé mental ou physique d'un justiciable, ou sur les causes du décès d'un individu, à l'occasion de la recherche d'une responsabilité pour faute médicale ou pour donner des éléments précis à la suite d'un accident ayant entraîné un préjudice corporel. Dans le cadre plus spécifique de l'expertise civile médicale, grande favorite du référé de l'article 145 du code de procédure civile, le contradictoire trouve sa restriction dans l'exigence déontologique du secret médical énoncée aux articles L.1110-4 et R.4127-4 du code de la santé publique⁵⁵¹, étant précisé que le patient peut permettre à l'expert de déroger à ce secret. Cette mesure correspond bien évidemment à une expertise judiciaire au sens des dispositions du code de procédure civile. Autrement dit, contrairement aux expertises particulières étudiées précédemment, la limitation du caractère contradictoire ne trouve pas son origine dans le fait que l'expertise civile médicale n'est pas une expertise judiciaire au sens strict voulu par le code de procédure civile, mais parce que le secret médical prime sur le contradictoire. Les articles relatifs à l'expertise s'appliqueront, mais leur portée sera limitée

⁵⁴⁹ Cass. civ., 2ème, 18 janv. 2001, n° 98-19.958, Bull. civ. II, n° 11, p. 7 : D., 2001, IR 524 ; Gaz. Pal., 2001, somm. 990 ; AJDI, 2001, p. 620, obs. H. HEUGAS-DARRASPEN.

⁵⁵⁰ C. civ., art. 16 et s.

⁵⁵¹ C. santé pub., art. L. 1110-4 al. 1er : « Toute personne prise en charge par un professionnel, un établissement, un réseau de santé ou tout autre organisme participant à la prévention et aux soins a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations la concernant » ; al. 2 : « Excepté dans les cas de dérogation, expressément prévus par la loi, ce secret couvre l'ensemble des informations concernant la personne venues à la connaissance du professionnel de santé, de tout membre du personnel de ces établissements ou organismes et de toute personne en relation, de par ses activités, avec ces établissements ou organismes. Il s'impose à tout professionnel de santé ainsi qu'à tous les professionnels intervenant dans le système de santé » ; C. santé pub., art R. 4127-4 : « Le secret professionnel institué dans l'intérêt des patients s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi. Le secret couvre tout ce qui est venu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession, c'est-à-dire non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu, entendu ou compris ».

par les dispositions du code de la santé publique. Lors de la constitution du dossier d'expertise, l'expert, face au secret médical, ne pourra pas solliciter d'un établissement médical la communication de pièces utiles à sa mission. Ce sera à la partie examinée d'exercer cette prérogative, conformément à l'article L. 1111-7 du code de la santé publique, à charge pour elle de transmettre les pièces à l'expert. De plus, le juge ne sera pas en mesure d'ordonner la communication d'une pièce détenue par un établissement médical couverte par le secret médical si la personne examinée refuse de produire cette pièce⁵⁵². C'est n'est que si la personne concernée a renoncé à l'application du secret médical dont elle bénéficie que le juge retrouve son pouvoir d'injonction. Il est certain que la limitation du contradictoire par le principe du secret médical restreint le champ d'action de l'expert, ce qui a une influence sur le principe de bonne administration de la justice. Cela reste toutefois parfaitement compréhensible dans la mesure où la vie privée possède une valeur sacrée en droit français et en droit européen depuis de nombreuses années. Il appartiendra dès lors au juge d'en tirer les conséquences appropriées lorsqu'il statuera avec les seuls éléments que l'expert aura été dans la capacité de lui fournir⁵⁵³. Il en est autrement dans le cadre des opérations d'expertise elles-mêmes, puisqu'en effet, ici, le secret médical ne constitue pas une barrière insurmontable. A cet égard, la jurisprudence exige de l'expert qu'il respecte le principe de la contradiction dans l'ensemble de ses opérations⁵⁵⁴. A ce titre, sa mission implique qu'à l'égard du juge, à qui il doit rendre des comptes, il n'est pas tenu au secret médical et devra répondre à l'ensemble de ses questions sans l'opposer. En outre, l'intensité du principe du contradictoire exigera que malgré le caractère confidentiel de certaines pièces, elles soient transmises à l'autre partie dès lors qu'elles sont nécessaires à la manifestation de la vérité et à la résolution du litige. Enfin,

⁵⁵² Cass. civ., 1ère, 15 juin 2004, n° 01-02.338, Bull. civ. I, n° 171, p. 142 : D., 2004, p. 2682, note D. DUVAL-ARNOULD ; D., 2005, Pan. 1323, obs. H. GROUDEL ; RGDA, 2004, p. 1020, note J. KULLMANN ; RTD civ., 2005, p. 99, obs. J. HAUSER ; Cass. civ. 1ère, 7 déc. 2004, n° 02-12.539, Bull. civ. I, n° 306, p. 256 : D., 2005, p. 1323, obs. H. GROUDEL ; pan. 336, obs. P. JULIEN et N. FRICERO ; pan. 403, obs. A. PENNEAU ; JCP, 2005, IV, 1151 ; RGDA, 2005, p. 105, note J. KULLMANN ; RCA, 2005, comm. n° 75, note H. GROUDEL ; **G. DURRY**, « Le secret médical opposé à l'assureur : la fin des incertitudes ? », Risques, mars 2005, p. 132 ; **H. GROUDEL**, « Preuve de la déclaration inexacte du risque et secret médical », RCA, 2004, chron. n° 18 ; **P. BICHOT**, « Le secret médical : un outil redoutable à la disposition des assurés de mauvaise foi », Bull. act. Lamy Assurances déc. 2004 ; **M. CAUCHY et A. DIONISI-PEYRUSSE**, « Le droit au secret médical et son application en matière d'assurances », D., 2005, Chron. 1313 ; Cass. civ. 2ème, 2 juin 2005, n° 04-13.509, Bull. civ. II, n° 142, p. 127 ; D., 2005, IR 1732 ; RDSS, 2005, p. 673, obs. P. HENNION-JACQUET ; RGDA, 2005, p. 693, note J. KULLMANN ; Cass. civ., 1ère, 26 sept. 2006, n° 05-11.906, Bull. civ. I, n° 417, p. 359 ; D., 2006, IR 2414 ; M. CAUCHY et A. DIONISI-PEYRUSSE, D., 2005, chron. 1313.

⁵⁵³ Cass. civ., 2ème, 2 juin 2005, n° 04-13.509, Bull. civ. II, n° 142, p. 127.

⁵⁵⁴ Cass. civ., 1ère, 1er juin 1999, n° 98-10.988, Bull. civ. I, n° 183, p. 120 : « [...] un médecin expert est tenu de respecter le principe de la contradiction pendant la totalité de ses opérations d'expertise y compris après la phase clinique ».

en dehors du secret médical, un examen médical dont la présence d'une seule partie est exigée pour des raisons de vie privée, revêtira un caractère contradictoire du moment que les résultats de cet examen ont pu être portés à la connaissance de l'autre partie ultérieurement et qu'ils ont pu être éventuellement contestés.

177. Expertise biologique. Concernant l'expertise biologique, examen pratiqué sur le corps d'un individu, vivant ou décédé, afin de prélever des données biologiques dont l'étude permet d'établir une réalité sur des résultats considérés comme fiables puisque scientifiques, il a été admis par la jurisprudence que les parties n'avaient pas nécessairement à être convoquées à des opérations purement matérielles comme une prise de sang, dès lors que les résultats de ces opérations étaient soumis à la discussion contradictoire des parties⁵⁵⁵.

178. Les limitations au contradictoire ne se caractérisent ainsi pas par des faiblesses du principe du contradictoire mais par la nécessité de passer outre l'application du principe pour mieux exercer la mesure d'instruction. Les faiblesses du principe s'apprécient quant à elles au regard de ses limites (§ 2).

§ 2. LES LIMITES DU PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE

179. Il ne peut être contesté que le contradictoire est le pilier d'une expertise crédible, de qualité, et renforce la réputation de l'expert qui la mène. Cependant, la mise en œuvre du contradictoire engendre dans la pratique plusieurs difficultés qui remettent en question la place que la jurisprudence interne a voulu donner au principe. Il devient alors victime de sa réputation. En effet, en se prononçant sur la sanction qu'encourt une expertise pour non-respect du contradictoire, il semblerait que les juges aient procédé à son atténuation (A). En outre, l'instauration d'une discussion soutenue dans la mesure d'expertise, a attribué au principe une lourdeur ralentissant le processus de célérité de la justice (B).

A. L'ATTÉNUATION DU PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE

180. Nullité de l'expertise, contexte du sacrifice. La sanction applicable en cas de non-respect du principe du contradictoire durant l'expertise demeure en toute logique, l'anéantissement du rapport, autrement dit la nullité de la mesure. Sous l'impulsion des

⁵⁵⁵ Cass. civ., 1ère, 1er déc. 1999, n° 96-22.371, inédit.

décisions de la Cour EDH, une telle sanction s'imposait. Un acte ou une procédure allant à l'encontre du procès équitable doit nécessairement subir ce sort⁵⁵⁶. À cet égard, un arrêt de la Cour de cassation du 28 septembre 2012 rendu en chambre mixte a mis fin à une incertitude en décidant que « *les parties à une instance au cours de laquelle une expertise judiciaire a été ordonnée ne peuvent invoquer l'inopposabilité du rapport d'expertise en raison d'irrégularités affectant le déroulement des opérations d'expertise, lesquelles sont sanctionnées selon les dispositions de l'article 175 du code de procédure civile qui renvoient aux règles régissant les nullités des actes de procédure* »⁵⁵⁷. L'inopposabilité et l'inexistence du rapport ainsi abandonnées, la nullité devient la seule sanction applicable en cas de manquement au principe du contradictoire dans la phase expertale. En outre, ce sera à la partie s'estimant lésée par le non-respect du principe de la solliciter devant le juge du fond⁵⁵⁸. Cette décision rendue, et tendant à perdurer⁵⁵⁹, une autre du 29 novembre 2012, de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation cette fois-ci, est venue préciser que la nullité concernée par le non-respect du contradictoire au cours des opérations d'expertises correspondait à un vice de forme, nécessitant en conséquence la preuve d'un grief, conformément au deuxième alinéa de l'article 114 du code de procédure civile⁵⁶⁰, preuve toutefois difficile à rapporter⁵⁶¹. Cette décision, innovante, va à l'encontre des précédentes décisions de la Cour de cassation qui admettaient que la preuve de ce grief n'était pas nécessaire en matière de violation de la contradiction dans l'expertise⁵⁶².

⁵⁵⁶ L. SENE, « L'exécution de l'expertise judiciaire en matière civile », Gaz. Pal., n° 244, 1er sept. 2007, p. 2.

⁵⁵⁷ Cass., ch. mixte, 28 sept. 2012, n° 11-11.381, Bull. chambre mixte, n° 1 : D., 2012, p. 2317 ; RTD civ., 2012, p. 771, obs. R. PERROT ; D., 2013, p. 269, obs. N. FRICERO.

⁵⁵⁸ Cass. civ., 2ème, 2 déc. 2004, n° 02-20.205, Bull. civ. II, n° 513, p. 439 ; D., 2005, p. 339, et p. 332, obs. P. JULIEN et N. FRICERO : dans le cadre d'une expertise ordonnée en référé, sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile.

⁵⁵⁹ Cass. civ., 2ème, 31 janv. 2013, n° 11-16.025, inédit : « [...] les irrégularités affectant le déroulement des opérations d'expertise sont sanctionnées selon les dispositions de l'article 175 du code de procédure civile qui renvoie aux règles régissant les nullités des actes de procédure ».

⁵⁶⁰ Cass. civ., 2ème, 29 nov. 2012, n° 11-10.805, Bull. civ. II, n° 192 : l'arrêt rappelle le principe établi par la Cour de cassation réunies en chambre mixte le 28 septembre 2012 avant de préciser qu'il s'agit d'une nullité pour vice de forme. Cette décision, très claire, vient asseoir une jurisprudence déjà établie à ce sujet, mais formulée en des termes plus prudents ; Civ. 2ème, 15 nov. 2007, n° 06-17.719, inédit : « [...] l'inobservation par l'expert de l'obligation mise à sa charge d'adresser un pré-rapport aux parties n'avait pas causé de grief jugeant que le principe du contradictoire avait été respecté ; la cour d'appel a décidé à bon droit que l'irrégularité alléguée n'entraînait pas la nullité de l'expertise ».

⁵⁶¹ C. HUGON, « L'expertise à l'épreuve de la contradiction », note sous Cass., ch. mixte, 28 sept. 2012, n° 11-11.381, préc.

⁵⁶² Cass. civ., 2ème, 24 nov. 1999, n° 97-10.572, Bull. civ. II, n° 174, p. 119 : AJDI, 2000, p. 728, obs. M. OLIVIER.

181. Limite. Une difficulté apparaît toutefois. Celle-ci se distingue par les faits de l'arrêt du 29 novembre 2012. En effet, la Cour de cassation avait rejeté le pourvoi formé par le demandeur, et par conséquent ne prononçait pas la nullité de l'opération d'expertise non menée contradictoirement, au motif qu'il ne démontrait nullement le grief que lui causait l'absence de dépôt d'un pré-rapport. En définitive, l'expertise était alors considérée comme contradictoire alors même que l'expert n'avait pas établi de pré-rapport, dont l'établissement avait pourtant été exigé par la cour d'appel qui avait désigné le technicien. La Cour de cassation a donc consacré un « contradictoire de rattrapage », mettant en évidence la volonté des juges suprêmes de faire primer l'économie procédurale et la célérité de la justice au détriment du respect du procès équitable⁵⁶³. En outre, elle va excuser l'absence de diligences de l'expert, lequel n'a pas respecté la mission que le juge lui a confié. La portée de cette décision fait donc s'interroger sur le caractère de la nullité de l'expertise pour non-respect du contradictoire : la nullité pour vice de forme, nécessitant la démonstration d'un grief doit-elle être maintenue au risque de voir des erreurs d'experts non diligents être purgées trop aisément ou faut-il militer pour une nullité pour vice de fond qui permettrait d'annuler l'expertise dès la constatation du non-respect du principe du contradictoire ? Si le contradictoire est rattaché par la doctrine et la jurisprudence à un droit naturel de l'instance ne devant découler d'aucune disposition légale, alors la nullité pour vice de fond paraîtrait plus adaptée. Cependant, la motivation de la Cour de cassation à opter pour la nullité pour vice de forme réside également dans le fait que les nullités pour vice de fond sont limitativement énumérées par l'article 117 du code de procédure civile⁵⁶⁴. La haute juridiction maintient sa position et a réaffirmé, dans

⁵⁶³ **R. DUMAS**, « La conciliation prétorienne des droits fondamentaux processuels avec les spécificités de l'expertise judiciaire civile : un bilan mitigé », préc.

⁵⁶⁴ Un autre doute sur le régime de la nullité de l'expertise judiciaire est apparu à la suite d'un arrêt de la deuxième chambre civile du 31 janvier 2013 (Cass. civ. 2ème, 31 janv. 2013, n° 10-16.910, Bull. civ. II, n° 20 : D., 2013, p. 372). Aux termes de cette décision, les juges de cassation ont décidé que « *si elle est soumise au régime des nullités de procédure en application de l'article 175 du code de procédure civile, la demande de nullité de l'expertise ne constitue pas une exception de procédure au sens de l'article 73 du même code* ». Dès lors, certains auteurs se sont demandés si cette décision ferait de la nullité du rapport d'expertise une exception de procédure d'un genre particulier qui impliquerait qu'il n'y ait pas lieu de respecter l'article 74 du code imposant d'invoquer les exceptions de procédure *in limine litis* (**P. DELEBECQUE, J.-D. BRETZNER et I. DARRET-COUREGEON**, « Droit de la preuve », D., 2013, p. 2802 : « *seules certaines des règles qui régissent les nullités de forme semblent désormais subordonner l'annulation d'un rapport d'expertise judiciaire vicié [...]* Cette approche à géométrie variable, qui consiste à puiser de façon sélective dans les règles qui gouvernent les nullités de forme, est difficilement compréhensible. Elle est, par ailleurs, source d'incertitude : quelles sont exactement les règles de procédure qui doivent être observées par les plaideurs ? Ceux qui désirent solliciter l'annulation d'un rapport d'expertise vicié peuvent-ils véritablement ignorer l'intégralité des exigences qui ont trait au régime procédural des exceptions de procédure ? Formulons le vœu qu'une clarification intervienne rapidement sur cette question, à laquelle les praticiens sont nécessairement sensibles »). Cela créerait ainsi un régime particulier à la nullité du rapport d'expertise judiciaire. La solution de la deuxième chambre civile apparaît pourtant justifiée. D'une part, elle n'indique pas expressément que la demande de nullité de l'expertise doit

un arrêt de rejet de la première chambre civile du 19 octobre 2016, la nécessité de prouver un grief en cas de contestation du rapport d'expertise entaché par le fait pour l'expert d'avoir effectué certaines de ses opérations hors la présence des parties⁵⁶⁵.

182. Absence de discussion. Faut-il déceler dans la décision du 29 novembre 2012 précitée une atteinte à l'arrêt *Mantovanelli contre France* ? La réponse dépend en réalité de l'interprétation qui est faite de ce dernier. Ainsi, la décision de la deuxième chambre civile paraît légitime si l'on considère que l'arrêt *Mantovanelli contre France* pose uniquement le principe selon lequel du moment que les requérants ont pu participer de manière adéquate à la procédure devant le tribunal, notamment en discutant à l'audience des pièces qui ne leur avait pas été soumises auparavant, alors le principe du contradictoire a été intégralement respecté⁵⁶⁶. Si l'on s'en tient au fait que l'arrêt *Mantovanelli contre France* assujettit l'ensemble la procédure d'expertise judiciaire au respect du contradictoire, alors la décision de la Cour de cassation va à l'encontre des préconisations européennes en la matière. La doctrine se rallie à cette deuxième interprétation. Monsieur Roger PERROT revendiquait déjà le fait que « *pour que le principe de la contradiction soit respecté, il ne suffit pas que les parties aient la possibilité de discuter les conclusions de l'expert à l'audience. À ce moment-là, il est souvent trop tard. [...] pour être efficace, la contradiction doit se situer plus en amont, devant l'expert lui-même* »⁵⁶⁷. Dans l'arrêt du 29 novembre 2012, tel n'est pas le cas puisque la Cour de cassation a jugé « *qu'ayant relevé que M. X... avait pu critiquer devant elle les conclusions de l'expert, produire d'autres barèmes que ceux mentionnés dans le*

se dispenser des formalités prévues à l'article 74 du code de procédure civile. D'autre part, les juges de cassation indiquent seulement que la demande de nullité de l'expertise n'entre pas dans la définition et dans le champ d'application de l'exception de procédure prévue à l'article 73 du code de procédure civile. En effet, cet article ne concerne que les exceptions d'incompétence, les exceptions de litispendance et de connexité, les exceptions dilatoires et les exceptions de nullité. Toutefois, parce que la Cour de cassation a auparavant affirmé que la demande en nullité de l'expertise doit s'analyser en une nullité de forme, le régime qui s'applique ne peut être que celui prévu par les articles 74 et 112 et suivants du code de procédure civile. L'on peut en conséquence faire la lecture suivante de l'arrêt du 31 janvier 2013 : quand bien même la demande de nullité de l'expertise ne constitue pas une exception de procédure au sens de l'article 73 du même code, elle est soumise au régime des nullités de procédure en application de l'article 175 du code de procédure civile.

⁵⁶⁵ Cass. civ., 1^{ère}, 19 oct. 2016, n° 15-23.022 et 15-24.557, inédit.

⁵⁶⁶ CEDH (Chambre), *Mantovanelli c. France*, préc., § 33 : « [...] le respect du contradictoire, comme celui des autres garanties de procédure consacrées par l'article 6 par 1 (art. 6-1), vise l'instance devant un "tribunal" ; il ne peut donc être déduit de cette disposition (art. 6-1) un principe général et abstrait selon lequel, lorsqu'un expert a été désigné par un tribunal, les parties doivent avoir dans tous les cas la faculté d'assister aux entretiens conduits par le premier ou de recevoir communication des pièces qu'il a prises en compte. L'essentiel est que les parties puissent participer de manière adéquate à la procédure devant le "tribunal" »

⁵⁶⁷ R. PERROT, RTD civ., 1978, p. 730.

rapport et faire valoir tous éléments de nature à lui permettre d'apprécier s'il y avait lieu de les remettre en discussion en instituant, le cas échéant, de nouvelles mesures d'instruction [...] la cour d'appel a exactement décidé que l'irrégularité invoquée n'entraînait pas la nullité de l'expertise ». La deuxième chambre civile juge donc suffisant le fait pour le requérant de pouvoir contester les résultats de l'expert seulement au stade de la procédure devant les juges du fond. Une telle position, consacrant une « contradiction différée »⁵⁶⁸, malmène indéniablement le principe de discussion dans l'expertise, lequel représente l'essence même du contradictoire et que la jurisprudence antérieure s'est pourtant efforcée à renforcer depuis de nombreuses années. Cette souplesse de la haute juridiction démontre-t-elle sa volonté de réduire l'emprise du contradictoire au sein des mesures d'instruction ou vise-t-elle seulement à lutter contre les procédures trop longues qui engorgent les tribunaux ? En effet, prononcer la nullité d'une expertise signifierait qu'une nouvelle soit organisée, engendrant des frais supplémentaires et un allongement de l'instance. Dans ce cas, la solution de la Cour de cassation paraît louable.

183. S'il est, dans les hypothèses précitées, effacé au bénéfice de la pratique et d'autres principes fondamentaux, le principe du contradictoire peut, dans d'autres situations, être perçu comme trop lourd dans le déroulement d'une mesure expertale (B).

B. LA LOURDEUR DU PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE

184. Les dires, porteurs de lourdeur. Si certaines occasions poussent à croire que le contradictoire est injustement atténué au profit du principe d'économie procédurale, il en est autrement lorsque le principe dévoile une lourdeur qui cette fois-ci permet de le remettre en cause à juste titre. Effectivement, il s'avère que la mise en œuvre de la discussion dans l'expertise rallonge parfois la procédure devant le juge. Cette critique est mise en évidence par la procédure des dires devant l'expert prévue à l'article 276 du code de procédure civile. Bien qu'un décret de décembre 2005⁵⁶⁹ ait tenté d'accélérer cette phase de l'expertise, le problème s'ancre et persiste de sorte que le contradictoire s'est transformé en « bla-bla-toire »⁵⁷⁰. Il est sûr que la phase des dires constitue le point culminant de l'application du procès équitable à

⁵⁶⁸ S. AMRANI-MEKKI, « Expertise et contradictoire, vers une cohérence procédurale ? », JCP G, n° 46, 12 nov. 2012, n° 1200, p. 2037, note sous Cass. ch. mixte, 28 sept. 2012, n° 11-11.381 : JurisData n° 2012-022399 et Cass. ch. mixte, 28 sept. 2012, n° 11-18.710 : JurisData n° 2012-022400.

⁵⁶⁹ Décr. n° 2005-1678, 28 déc. 2005, art. 38, entré en vigueur le 1er mars 2006.

⁵⁷⁰ M. FREJABUE et B. LISSARRAGUE, « Du contradictoire au bla-bla-toire », Experts, sept. 2008, p. 19.

l'expert, mais l'abus qu'en ont fait les avocats a démontré toute la lourdeur de l'article 276 du code de procédure civile. La multiplication des observations des parties, répétitives pour la plupart, engendre une perte de temps non négligeable. Cela s'explique par le fait que l'expert est tenu de répondre à tous les dires des parties lorsqu'ils sont formulés dans les délais et de communiquer à l'une les réclamations faites par l'autre pour qu'elle puisse évidemment y apporter une réponse⁵⁷¹. L'expert peut dès lors se trouver rapidement submergé puisqu'il doit répondre à chaque observation au fur et à mesure de sa formulation. La jurisprudence règle ce problème puisqu'elle a décidé qu' « *une cour d'appel qui a constaté que si un expert avait adressé aux parties son rapport définitif sans l'avoir fait précéder d'un pré-rapport, il y avait ensuite joint une annexe dans laquelle il avait répondu aux dires de ces dernières, a pu en déduire que le principe de la contradiction avait été respecté* »⁵⁷² et que l'expert qui a recueilli les observations d'une partie au cours de ses opérations et répondu dans son rapport a respecté le principe du contradictoire⁵⁷³.

Le décret de 2005 a également souhaité maîtriser ce problème en offrant en premier lieu la possibilité à l'expert de ne pas prendre en compte les dires intervenus après expiration du délai qu'il a imparti aux parties pour les effectuer. Ce délai devra être raisonnable afin d'éviter que l'expert ne dépasse le temps que le juge lui a confié pour exercer sa mission. Puis, dans le cas où plusieurs réclamations ou observations sont portées à la connaissance de l'expert, les dernières doivent rappeler sommairement le contenu de celles présentées antérieurement.

De plus, la perte de temps engendrée par la procédure des dires s'explique parce que certaines observations sont rédigées de telles sorte qu'elles tendent à vouloir de l'expert qu'il donne un avis d'ordre juridique, comportement prohibé par l'alinéa 3 de l'article 238 du code de procédure civile. Ce comportement s'explique dans la mesure où elles voient en l'expertise qu'elles ont sollicitée le moyen de preuve déterminant pour résoudre leur litige.

185. L'usage abusif par les parties de la procédure des dires. La lourdeur des dires se manifeste d'une autre manière. Il apparaît en effet que les parties à la mesure d'expertise tirent de l'article 276 du code de procédure civile un véritable « droit aux dires » dans l'expertise. L'usage abusif de cette procédure, entraînant une longueur de la mesure, conduit

⁵⁷¹ A ce sujet : CA, Paris, 16 déc. 1977 : Bull. ch. Avoués 1978. 3. 33 : les juges du fond ont estimé qu'un expert ne peut se valoir d'être en possession de tous les éléments nécessaires alors qu'il n'a recueilli que des renseignements émanant d'une seule des parties.

⁵⁷² Cass. civ., 1ère, 21 févr. 2006, n° 04-17.976, Bull. civ. I, n° 83, p. 79.

⁵⁷³ Cass. com., 7 déc. 1993, n° 91-21.795, Bull. IV, n° 460, p. 334.

ainsi les parties à soulever, sous couvert du respect du contradictoire, la nullité des opérations d'expertise si certaines de leurs nombreuses observations n'ont pas été traitées par l'expert. Pour faire face à ce problème, la Cour de cassation dresse des obstacles à l'abus des parties dans la revendication de leurs remarques et tente de les responsabiliser. Par trois arrêts du 9 mars 2017, joints en une procédure unique, la troisième chambre civile a approuvé une cour d'appel d'avoir jugé que ne portait pas atteinte au principe du contradictoire le fait pour l'expert de ne pas avoir ouvert un nouveau délai pour permettre à des parties de répondre aux dires de son adversaire alors que le professionnel avait adressé aux parties un pré-rapport d'expertise en les invitant à présenter leurs observations et que le dépôt de son rapport avait été précédé de sept réunions au cours desquelles elles avaient pu s'exprimer⁵⁷⁴. Dans une autre mesure, la haute juridiction s'est placée du côté des juges du fond ayant retenu que « *le respect du principe de la contradiction était assuré alors même que certaines parties seraient intervenues tardivement dans la procédure et n'auraient pas eu la possibilité matérielle de participer au déroulement des opérations d'expertise dès lors que l'expert a informé les parties intervenant tardivement du résultat de ses opérations et de la possibilité qui leur était laissée de présenter leurs observations écrites avant le dépôt du rapport et relevé que toutes les parties avaient été convoquées à une réunion au cours de laquelle elles avaient été informées du déroulement des opérations d'expertise et invitées à présenter des observations complémentaires ou demander des compléments d'investigations* »⁵⁷⁵.

⁵⁷⁴ Cass. civ., 3ème, 9 mars 2017, n° 15-18.105, 15-19.104 et 15-21.541, Bull. civ. III, n° 304 : RDI, 2017, p. 244, obs. D. NOGUÉRO.

⁵⁷⁵ Cass. civ., 3ème, 8 déc. 2016, n° 15-22.793, inédit : RGDA, 2017, p. 154, note R. SCHULZ.

CONCLUSION DU CHAPITRE

186. Force du contradictoire en droit interne de l'expertise. Bien que non prévu expressément par les dispositions régissant l'expertise judiciaire ou encore par l'article 6 § 1 de la Conv. EDH le principe du contradictoire démontre sa puissance au sein de l'instance et des actes qui la composent. Il est indéniable que la jurisprudence interne et européenne a participé de manière significative à l'essor de cette garantie en droit processuel et en matière d'expertise judiciaire. La France est l'un des pays de l'Union européenne au sein duquel le principe du contradictoire est permanent, c'est-à-dire obligatoirement appliqué à l'ensemble des étapes de l'expertise judiciaire, au même titre que la Belgique, la Grèce, le Luxembourg, Malte, ou encore la Roumanie. Des disparités existent avec d'autres pays de l'Union qui eux consacrent un contradictoire différé, c'est-à-dire seulement au moment du dépôt par l'expert de son rapport, comme les Pays-Bas, la Pologne et la Slovaquie. Aussi, le contradictoire est inexistant dans la procédure d'expertise en République Tchèque. Enfin, dans d'autres législations européennes, le contradictoire dépend de la décision du juge. Tel est le cas en Italie et en Allemagne où le juge autorise les parties, ou leur assistant technique, à participer aux investigations de l'expert⁵⁷⁶.

187. Un droit à intégrer dans les règles de l'expertise. La puissance du contradictoire au sein de l'expertise étant démontrée, il est vivement recommandé d'insérer expressément ce principe dans les dispositions du code de procédure civile afférentes à l'expertise judiciaire. L'utilisation de l'article 160 du code de procédure civile relatif à la coopération des parties à la mesure et à leur convocation, ainsi que le déploiement des articles 14, 15 et 16 du code de procédure civile ne suffisent pas à asseoir l'effectivité de la contradiction dans le déroulement de l'expertise. Il est par ailleurs étonnant de constater qu'en dehors de la sphère judiciaire, une telle reconnaissance est affirmée, notamment dans le cadre des clauses-types du contrat d'assurance dommages-ouvrage, le B, 1°, a *in fine* de l'annexe II de l'article A. 243-1 du code des assurances, prévoyant à propos des obligations de l'assureur, que les opérations de l'expert désigné par ce dernier « *revêtent un caractère contradictoire* ».

⁵⁷⁶ INSTITUT EUROPÉEN DE L'EXPERTISE ET DE L'EXPERT, Projet « EUREXPERTISE », « Le futur de l'expertise judiciaire civile dans l'Union européenne », État des lieux et convergences, rapp. final, 30 juin 2012, site internet de l'Institut Européen de l'Expertise et de l'Expert, <https://experts-institute.eu/wp-content/uploads/2018/03/2012-06-28-rapport-final-eurexpertise.pdf>

188. Rôles respectifs des acteurs de l'expertise. L'exigence du contradictoire crée d'importantes obligations pour l'ensemble des protagonistes à la mesure d'expertise. Au titre de ce principe, il est nécessaire que les parties fassent mutuellement preuve de loyauté, que l'expert garantisse une discussion et une information permanente durant ses investigations, et que le juge, en tant que garant de l'instance, sanctionne les atteintes portées au contradictoire. La coopération entre chaque protagoniste à l'expertise est devenue primordiale afin de permettre, à terme, la réalisation du procès équitable.

189. Critiques. Paradoxalement, la stricte application de la contradiction à la mesure d'expertise conduit à l'atténuation du principe. Ceci mène à définir ses limites. Si certaines limitations de la mise en œuvre de la contradiction semblent logiques d'un point de vue pratique, d'autres applications du principe suscitent l'interrogation. La grande importance accordée à la procédure des dires entraîne une lourdeur de la contradiction ayant conduit la Cour de cassation à atténué l'usage que font les parties de l'article 276 du code de procédure civile. D'autre part, des incohérences apparaissent dans la procédure de contestation de régularité du rapport de l'expert dans la mesure où la haute juridiction a admis un contradictoire de rattrapage, afin de faire prévaloir le principe d'économie procédurale. Le paradoxe se caractérise par un décalage entre l'affirmation de la rigueur du contradictoire dans l'exécution de l'expertise et dans son traitement lorsque son non-respect est allégué en justice.

CONCLUSION DU TITRE

190. Des exigences strictement réclamées... L'indépendance de l'expert, son impartialité, ses compétences ainsi que le strict respect du principe du contradictoire contribuent ensemble à qualifier une expertise judiciaire de qualité. C'est une qualité à deux échelles. Elle est recherchée d'une part dans la personne même de l'expert qui doit conjuguer tant ses qualités d'esprit que ses performances techniques. D'autre part, la qualité est désirée sur le terrain, c'est-à-dire pendant le déroulement de la mesure. À ce sujet, le respect du principe du contradictoire, pierre angulaire des droits de la défense, doit se faire ressentir durant toutes les étapes de l'expertise. En tout état de cause, l'expertise de qualité révèle la place centrale qu'occupe l'expert dans la mesure. La force des garanties précitées est due, en priorité, à l'élaboration qu'en ont fait les juridictions internes et européennes. Leur rôle s'est avéré particulièrement précieux puisqu'elles ont pu expliciter et mettre en application, sous l'angle du principe du « procès équitable », des notions incertaines comme l'indépendance de l'expert ou encore le principe du contradictoire. Il est donc à regretter que le code de procédure civile ou les textes relatifs aux experts judiciaires ne les développent pas toutes de manière approfondie.

191. ... mais limitées dans leur mise en œuvre. Toutefois, même si les garanties découlant d'une expertise de qualité sont, en théorie, strictement recommandées, la pratique fait part d'un constat original quant à leur mise en œuvre. En effet, les besoins en experts judiciaires conduisent les juridictions à être moins rigides dans leur conception de l'impartialité ou de l'indépendance d'un professionnel, notamment en autorisant l'inscription sur les listes d'experts judiciaire de candidats travaillant en parallèle pour des organismes d'assurance. Par ailleurs, le développement du principe d'économie procédurale entraîne un sacrifice de celui du contradictoire pourtant sanctuarisé par la jurisprudence. À ce titre, les juges ont tendance à ne pas prononcer la nullité d'un rapport d'expertise si les parties ont été en mesure de discuter en cours d'audience des opérations non contradictoires. Il convient néanmoins d'accepter ces formes de souplesses car en réalité elles ont pour objectif la réalisation d'autres droits fondamentaux. La désignation d'un expert œuvrant également pour des organismes privés peut se justifier au regard de la préservation du droit au juge. Une application trop sévère des garanties d'indépendance et d'impartialité conduirait certainement à restreindre les listes d'experts judiciaires et ainsi à faire perdre au justiciable sa garantie à

une décision juridictionnelle, puisque le juge ne peut pas statuer, dans certains cas, sans les lumières d'un technicien. Aussi, le fait pour le juge de purger l'absence de contradictoire, par le biais d'une discussion des parties à l'audience, permet de ne pas allonger l'instance d'une nouvelle mesure d'expertise qui aurait un coût. Ceci participe à la protection du principe du délai raisonnable expressément prévu par l'article 6 § 1 de la Conv. EDH. Le délai raisonnable constitue d'ailleurs une garantie que l'expert doit d'ailleurs prendre en compte dans le cadre de ses investigations. Elle révèle plus généralement l'exigence du caractère raisonnable de l'expertise (Titre 2).

TITRE 2 : L'EXIGENCE DU CARACTÈRE RAISONNABLE DE L'EXPERTISE

192. Définition. Le terme « raisonnable », du latin *rationabili*, désigne ce qui est conforme à la raison, à la logique⁵⁷⁷, et au bon sens. Juridiquement, le raisonnable suppose une confrontation entre le normal et l'anormal⁵⁷⁸. Cette conception, visant à lutter contre l'anormal, l'injuste, au profit du normal, a permis, en droit, d'instituer des moyens pour parvenir au raisonnable. Juridiquement, le terme de « raisonnable » a fait l'objet de multiples tentatives de définitions. Si chaque branche du droit en livre sa propre vision, toutes les définitions s'accordent sur un point : le raisonnable représente un standard à suivre. En droit civil, la notion de « raisonnable » revêt plusieurs significations. Traditionnellement, elle constitue un modèle de référence pour apprécier le comportement d'un individu dans le cadre de la mise en œuvre de sa responsabilité civile. En droit des contrats, elle tend à assurer une justice contractuelle notamment en régulant le comportement des parties au contrat pour permettre la réalisation de l'opération contractuelle envisagée⁵⁷⁹. En droit du travail, la jurisprudence s'est appropriée le terme pour l'envisager comme un moyen de mieux considérer les intérêts légitimes des salariés et des entreprises, notamment concernant le droit de retrait des salariés subordonné à un motif raisonnable⁵⁸⁰ ou encore le remplacement définitif d'un salarié absent en raison d'une maladie ou d'un accident non professionnel, quoi doit intervenir dans un délai raisonnable après le licenciement⁵⁸¹. En procédure civile, l'influence des droits fondamentaux sur le déroulement du procès a renforcé la notion de « raisonnable » pour la rattacher à l'idée traditionnelle d'équité⁵⁸². Le renforcement du principe du procès équitable sur lequel se fonde l'ensemble des règles procédurales actuelles

⁵⁷⁷ **G. CORNU (dir.)**, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 10ème éd., 2014, déf. du terme « raisonnable » : « *Adj. – Dér. de *raison. 1 (d'une personne). Doué de *discernement ; doté d'une capacité normale (moyenne) de compréhension. Ex. C. civ., a. 1112. V. violence, bon père de famille. 2 (d'une mesure). Conforme à la *raison (sens 2) ; qui répond plus encore qu'aux exigences de la rationalité (de la logique), à celles d'autres aspirations (usage, bon sens) sans exclure la considération des contingences (l'opportunité, le possible) [...]* ».

⁵⁷⁸ **G. WEISZBERG**, *Le « Raisonnable » en Droit du Commerce International*, th. Paris II, 2003, n° 88 : « *Les droits français et d'autres pays civilistes sollicitent désormais tout particulièrement le standard du "raisonnable", à la recherche de la frontière entre le normal et l'anormal* ».

⁵⁷⁹ **H. RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA**, *Le raisonnable en droit des contrats*, th. Poitiers, LGDJ, 2009, coll. de la faculté de droit et des sciences sociales.

⁵⁸⁰ C. trav., art. L. 231-8 al. 1er : « *Le salarié signale immédiatement à l'employeur ou à son représentant toute situation de travail dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé ainsi que toute défectuosité qu'il constate dans les systèmes de protection* ».

⁵⁸¹ Cass. Soc., 10 nov. 2004, n° 02-45.156, Bull. V, n° 283, p. 257.

⁵⁸² **G. CORNU (dir.)**, *Vocabulaire juridique*, op. cit., déf. du terme « raisonnable » : « *[...] par ext., en pratique, modéré, mesuré, qui se tient dans une juste moyenne. Ex. délai raisonnable. Comp. équitable, naturel, normal. Ant. excessif ou dérisoire. V. ex aequo et bono* ».

en est l'illustration. Dès lors, le raisonnable correspond à l'équitable⁵⁸³ : il doit permettre au justiciable d'être jugé équitablement. Une forme de protection apparaît. Et cette protection ne pourra intervenir que par le comportement du juge et de l'expert, qui ont en leur possession les moyens d'assurer une justice raisonnable. Parce qu'elles permettent de faire évoluer l'instance, les mesures d'instruction participent à cette fin. La procédure de l'expertise judiciaire se doit d'être raisonnable puisqu'en tant que procès miniature dans le procès même⁵⁸⁴, elle reflète une justice bien rendue.

193. Raisonnable et management de la justice. L'exigence de raisonnable au sein de la procédure d'expertise s'accompagne d'une vision moderne du procès, celle de management de la justice⁵⁸⁵, tiré du « *new public management* »⁵⁸⁶. Aussi qualifié de « management judiciaire », il s'agit d'une « *réponse aux critiques d'une justice dénoncée comme étant coûteuse, lente, complexe, peu prévisible et surannée* »⁵⁸⁷. Afin de permettre son amélioration, l'expertise s'adapte aux nouvelles ambitions de la justice, notamment la volonté que les juridictions françaises puisent sur le modèle d'action des entreprises⁵⁸⁸. L'expertise doit alors s'inscrire dans cette dynamique et être menée convenablement pour permettre la satisfaction du justiciable. Très souvent placé à côté des exigences européennes en matière de procès équitable, le principe même de management judiciaire participe à réaliser certains objectifs poursuivis en matière d'équité de la justice⁵⁸⁹. L'État est tenu de mettre en œuvre tous les moyens en sa possession pour éviter d'avoir à réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice. Revient alors à la charge de cette dernière de s'organiser, telle une entreprise, afin d'assurer la performance de ses « services ». Cette idée rejoint les objectifs fixés par le ministère de la justice dans sa réforme judiciaire J-21, prônant une justice plus proche du justiciable, plus accessible et plus efficace⁵⁹⁰.

⁵⁸³ **D. MAINGUY (D.)**, « Le “raisonnable” en droit des affaires », in **E. LE DOLLEY (dir)**, *Les concepts émergents en droit des affaires*, LGDJ, coll. Droit et économie, juin 2010, p. 307.

⁵⁸⁴ **D. ALLAND et S. RIALS (dir.)**, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 1ère éd., 2003, v. *Expert et Expertise*.

⁵⁸⁵ **A. LIENHARD et D. KETTIGER**, « Justice en situation - Vers un management adéquat pour la justice », *Les cahiers de la justice*, 2018, p. 165.

⁵⁸⁶ **C. CASTAING**, « Les procédures civile et administrative confrontées aux mêmes exigences du management de la justice », *AJDA* 2009, p. 913.

⁵⁸⁷ **N. D'HERVÉ**, « La magistrature face au *management* judiciaire », *RSC*, 2015, p. 49.

⁵⁸⁸ **D. BOLLING**, « Justice et management », *Gaz. Pal.*, n° 11, 11 janv. 2003, p. 9.

⁵⁸⁹ **C. CASTAING**, « Les procédures civile et administrative confrontées aux mêmes exigences du management de la justice », préc.

⁵⁹⁰ v. Les grands axes de J-21, site internet du ministère de la justice, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/J-21-axes.pdf.

194. Composantes du caractère raisonnable de l'expertise. Comment conférer à l'expertise judiciaire toute sa crédibilité ? Le but, à la fin du déroulement de la mesure, est de faire naître chez le justiciable un sentiment de satisfaction qui lui donne confiance en la justice et l'impression qu'il a été jugé le plus justement possible. Le droit processuel, influencé par les décisions européennes, met en évidence deux exigences : la célérité de l'expertise et son coût raisonnable. Celles-ci forment les composantes d'une expertise raisonnable (Chapitre 1) dont le renforcement doit être effectué, à la lumière des critiques adressées à la justice en matière de lenteur et de coût trop élevé (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : LES COMPOSANTES DE L'EXPERTISE RAISONNABLE

195. Le déroulement d'une procédure se caractérise nécessairement par une durée et un coût⁵⁹¹. Ces facteurs varient en fonction des événements qui affectent l'instance, et principalement lorsqu'une expertise est prononcée. Le droit au procès équitable doit alors offrir des garanties de nature à canaliser les questions du temps et du prix dans le procès afin que le justiciable soit satisfait d'avoir saisi une juridiction pour faire valoir ses droits. Il est indispensable que ces garanties s'appliquent également à l'expertise. Si la nécessité d'une durée raisonnable de l'expertise est facilement décelable au regard de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH (Section 1), celle du coût raisonnable reste toutefois à démontrer (Section 2).

SECTION 1. L'EXPERTISE JUDICIAIRE FACE À L'EXIGENCE DU DÉLAI RAISONNABLE

196. Principe de célérité, délai raisonnable et droit processuel. La durée est inhérente au procès⁵⁹². La consécration du principe du délai raisonnable, conformément à l'article 6 § 1 de la Conv. EDH et à l'article 47 alinéa 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁵⁹³, correspond à un objectif de célérité de la justice⁵⁹⁴. Le développement des droits fondamentaux a permis de faire du principe de célérité une des

⁵⁹¹ **M. DOUCHY-OUDOT**, « Gratuité et coût de la justice », Lamy Droit civil, n° 110, 1er déc. 2013.

⁵⁹² **D. CHOLET**, *La célérité de la procédure en droit processuel*, op. cit., p. 2, spéc. n° 2 ; **A. CIAUDO**, « La maîtrise du temps en droit processuel », Jurisdoctria n° 3, « Le Temps », 2009, p.21, site internet de Jurisdoctria : « *Le droit au procès équitable protégé par l'article 6, § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme comprend désormais une dimension temporelle* ». L'auteur évoque également de manière intéressante que le temps « *est devenu un droit subjectif du justiciable, une obligation pour le juge mais dont le véritable débiteur est l'État dont la responsabilité est susceptible d'être engagée lorsque le litige n'a pas été tranché dans un délai raisonnable* ». Cette conception se rattache à celle préalablement admise par **S. AMRANI-MEKKI dans**, *Le temps et le procès civil*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, vol. 11, 2002, p. 7 n° 4 : « *Les justiciables ont droit à ce qu'une solution utile soit rendue dans un temps raisonnable* » ; **S. GUINCHARD**, « Le temps en procédure civile », Annales de la faculté de Clermont-Ferrand, LGDJ, 1983, fasc. 20, p. 21 ; **J.-P. GRIDEL**, « Le temps et le droit positif du procès civil », Gaz. Pal., 10 oct. 2015, n° 283, p. 10 : « *La célérité importe au plaideur qui attend, à travers le jugement, la reconnaissance du bien-fondé de ses prétentions et le titre qui lui permettra d'exécuter* ».

⁵⁹³ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 47 al. 2 : « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi* ».

⁵⁹⁴ **A. CIAUDO (A.)**, « La maîtrise du temps en droit processuel », Jurisdoctria n° 3, « Le Temps », 2009, p. 21, site internet de Jurisdoctria : la notion moderne de management de la justice a également eu une influence sur la notion de célérité de l'instance puisque désormais la justice « *n'est plus un idéal ni un devoir de l'État mais une simple administration devant répondre à des critères de qualité et de célérité [...]* ».

priorités du droit processuel⁵⁹⁵, au point de devenir une « obsession » du droit européen⁵⁹⁶. La célérité de l'instance correspond ainsi à une garantie primordiale permettant la réalisation du procès équitable. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne fait, quant à lui, référence à la question du délai raisonnable que dans le cadre d'une instance pénale⁵⁹⁷, concernant les contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, il n'y est pas fait référence⁵⁹⁸. Le délai raisonnable tend à ce que, dans le cadre d'un procès, une décision définitive soit obtenue par le justiciable dans un délai correct⁵⁹⁹, et ce même compte tenu des événements perturbant l'instance, comme l'organisation d'une mesure d'instruction. La célérité entre dans la question d'une expertise à caractère raisonnable, de sorte que la « *règle de célérité de la justice devrait donc être une règle de raison et de mesure* »⁶⁰⁰. En droit interne, l'exigence de célérité, applicable de manière générale à l'instance, est contenue dans l'article L. 111-3 du code de l'organisation judiciaire qui énonce, depuis une ordonnance du 8 juin 2006⁶⁰¹, que « *les décisions de justice sont rendues dans un délai raisonnable* », faisant suite à une jurisprudence plus ancienne consacrant le principe de délai raisonnable de l'instance⁶⁰². À l'échelle européenne, la Cour EDH n'hésite pas à condamner un État membre qui ne satisferait pas à cette règle puisqu'elle considère, aux termes de l'arrêt *Golder contre Royaume-Uni*, datant de 1975, que le droit d'être jugé dans un délai raisonnable implique la célérité de la procédure⁶⁰³.

⁵⁹⁵ **D. CHOLET**, *La célérité de la procédure en droit processuel*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 466, 2006, pp. 25-27, spéc. n° 20.

⁵⁹⁶ **S. GUINCHARD (dir.)**, *Droit processuel : droits fondamentaux du procès*, op. cit., p. 1068, n° 421.

⁵⁹⁷ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 9 § 3 : « *Tout individu arrêté ou détenu du chef d'une infraction pénale sera traduit dans le plus court délai devant un juge ou une autre autorité habilitée par la loi à exercer des fonctions judiciaires, et devra être jugé dans un délai raisonnable ou libéré. La détention de personnes qui attendent de passer en jugement ne doit pas être de règle, mais la mise en liberté peut être subordonnée à des garanties assurant la comparution de l'intéressé à l'audience, à tous les autres actes de la procédure et, le cas échéant, pour l'exécution du jugement* » ; art. 14 § 3 c) : « *Toute personne accusée d'une infraction pénale a droit, en pleine égalité, au moins aux garanties suivantes : à être jugée sans retard excessif* ».

⁵⁹⁸ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 14 § 1 : « *Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera [...] des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil* ».

⁵⁹⁹ **F. EDEL**, « La durée des procédures civiles et pénales dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », Dossiers sur les droits de l'homme, n° 16, éd. du Conseil de l'Europe, 2007, p. 6.

⁶⁰⁰ **E. PUTMAN**, « Didier CHOLET, *La célérité de la procédure en droit processuel*, préface G. GIUDICELLI-DELAGE, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 466, 2006, 705 pages », RTD civ. 2007, p.437.

⁶⁰¹ Ord. n°2006-673 du 8 juin 2006 portant refonte du code de l'organisation judiciaire et modifiant le code de commerce, le code rural et le code de procédure pénale.

⁶⁰² TGI, Paris, 1ère ch. 5 nov. 1997, Gaz. Pal., 8 nov. 1997 ; D. 1998, p. 8, note M.-A. FRISON-ROCHE.

⁶⁰³ CEDH (Plénière), *Golder c. Royaume-Uni*, 21 févr. 1975, req. n° 4451/70, série A, n° 18, § 35.

197. Précautions. La célérité ne signifie pas pour autant qu'une juridiction doit statuer de manière hâtive. En effet, une décision satisfaisante est susceptible d'impliquer plus de temps⁶⁰⁴, sans toutefois que le délai de l'instance soit qualifié de déraisonnable. Dans ce cas, il est nécessaire que cette durée ait été bénéfique à la résolution du litige. Le prononcé d'une expertise participe incontestablement au prolongement de l'instance, le temps que le professionnel commis par le juge accomplisse ses investigations, spécialement lorsque le domaine de compétence de l'expert présente une spécificité particulière⁶⁰⁵. Ce constat ne doit cependant pas engendrer des abus qui permettraient une augmentation trop significative de la durée de l'instance, et la jurisprudence y veille. Une expertise possède en moyenne une durée allant de 15 et 20 mois selon sa nature⁶⁰⁶, ce qui représente un délai bien trop long vis-à-vis de la durée fixée dans la décision du juge.

198. Plan. Le délai raisonnable de l'instance est une exigence formellement prévue par la loi et la jurisprudence. La réalisation du procès équitable dépend du respect de cette règle. La question se pose ainsi de savoir dans quelle mesure l'expertise, en tant que phase indispensable du procès, est concernée par cet impératif. Cette interrogation invite à étudier d'une part de quelle manière l'obligation de célérité a été affirmée pour la phase d'expertise (§ 1), avant d'envisager sa mise en œuvre, par la vérification du respect de la célérité de la mesure (§ 2).

⁶⁰⁴ **J.-P. GRIDEL**, « Le temps et le droit positif du procès civil », préc. « *L'excès de lenteur est le premier critère négatif de la célérité, le plus essentiel. Mais la célérité de la procédure n'est pas non plus l'excès de rapidité. Une bonne procédure ne peut être une procédure trop rapide [...] C'est le second critère négatif de la célérité* ».

⁶⁰⁵ **J.-F. PERICAUD**, *La déontologie et la responsabilité de l'expert judiciaire*, préc. : l'auteur utilise l'exemple de l'expertise en matière de construction : « *Il serait vain de considérer [...] qu'une expertise en construction ne durera que 6 mois* ».

⁶⁰⁶ **S. AUTIN et C. BUSSIERE**, « Rapport de la commission de réflexion sur l'expertise », préc., p. 7.

§ 1. L’AFFIRMATION DE LA NÉCESSITÉ DE CÉLÉRITÉ DE L’EXPERTISE JUDICIAIRE

199. Selon le professeur Soraya AMRANI-MEKKI, le temps possède trois fonctions dans le procès civil : il est protecteur, sanctionnateur et consolidateur⁶⁰⁷. Il est possible de considérer que le prononcé d’une expertise par le juge ajoute une quatrième fonction du temps à cette liste, celle de « perturbateur ». En effet, la mesure fige l’instance, pour permettre à l’expert d’apporter au juge les éléments afin de statuer sur un litige⁶⁰⁸. L’effectivité du procès équitable implique que la durée consacrée à l’expertise ne soit excessive. C’est la raison pour laquelle l’exigence d’une expertise à durée raisonnable a été sous-entendue par la Cour EDH (A), faisant naître une obligation de célérité vis-à-vis de l’expert (B).

A. L’EXIGENCE SOUS-ENTENDUE D’UNE EXPERTISE JUDICIAIRE À DURÉE RAISONNABLE PAR LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L’HOMME

200. Œuvre de la jurisprudence de la Cour EDH. Jusqu’à une loi du 15 juillet 1944 relative aux rapports d’experts, les experts n’étaient soumis à aucun délai pour établir leurs rapports. Depuis l’entrée en vigueur de ce texte, il incombe aux juges ordonnant une expertise d’impartir à l’expert un délai pour réaliser sa mission⁶⁰⁹. La mesure d’expertise constitue un facteur légitime de ralentissement de l’instance. Pour autant, son déroulement ne doit pas s’éterniser⁶¹⁰, afin de ne pas porter atteinte au principe du délai raisonnable et, partant, à la garantie plus générale d’un procès équitable pour le justiciable. Les décisions de la Cour EDH en matière d’expertise et de délai raisonnable font preuve de sa particulière sévérité. Celle-ci a en effet précisé que le principe du délai raisonnable, qui constitue un moyen de garantir tant

⁶⁰⁷ S. AMRANI-MEKKI (S.), *Le temps et le procès civil*, op. cit., p. 6, spéc. n°4 : Tout d’abord, le temps peut être « protecteur », c’est-à-dire un temps de réflexion, d’une prise en compte de la demande d’un justiciable par le juge. Puis, il peut être « sanctionnateur », les questions de péremption et de caducité le démontrent. En effet, tandis que la péremption sanctionne les parties n’ayant pas effectué les diligences nécessaires dans les temps imparties par la loi, la caducité sanctionne le non-accomplissement par une partie, dans un délai déterminé, d’une formalité essentielle à la survie d’un acte initial. Enfin, le temps joue également un rôle de « consolidateur », ce qui est le cas du jeu de la prescription. L’auteur différencie ces catégories tout en insistant sur leur capacité à se regrouper : ainsi un temps sanctionnateur pour une partie au procès, est souvent un temps protecteur pour l’autre.

⁶⁰⁸ La mesure peut aussi appartenir à la fonction protectrice du temps puisqu’elle va participer à la manifestation de la vérité pour le justiciable, grâce aux compétences d’un professionnel dans un domaine déterminé. Elle peut aussi s’avérer sanctionnatrice puisque, par exemple, le défaut de consignation de la provision à valoir sur la rémunération de l’expert du au manque de diligences d’une partie peut amener au prononcé de la caducité de l’expertise conformément à l’article 271 du code de procédure civile.

⁶⁰⁹ CPC, anc. art. 304.

⁶¹⁰ M.-A., FRISON-ROCHE, « La procédure de l’expertise », préc. : « [...] s’il est légitime que le procès soit ainsi et nécessairement ralenti par cette sorte de pause, de détour, que constitue l’expertise, il ne faut pas que cela se transforme en égarement, le litige s’enlisant dans une expertise interminable ».

l'efficacité que la crédibilité de la justice⁶¹¹, s'applique à toutes les phases des procédures judiciaires tendant à vider des « *contestations sur des droits et obligations de caractère civil* »⁶¹². L'expertise se retrouve ainsi comprise dans cette exigence⁶¹³. Et en ce sens, elle « *se doit d'être une contribution efficace et diligente au processus d'élaboration d'une décision rendue dans un délai raisonnable* »⁶¹⁴. Face aux phénomènes d'engorgement des tribunaux, de complexification des procédures et d'essor des expertises, notamment les expertises précontentieuses sollicitées au titre de l'article 145 du code de procédure civile, la nécessité d'assurer le respect des délais de l'expertise s'est faite ressentir⁶¹⁵.

Il y a lieu de faire part de l'approche généraliste dont fait preuve la Cour EDH en matière de délai raisonnable et d'expertise. Celle-ci, n'établit pas un principe indépendant exigeant que l'expertise soit réalisée dans le respect des délais déterminés par le juge. Toutefois, elle le sous-entend. En effet, dans ses décisions, la Cour relève seulement qu'une expertise, dont la durée a été anormalement longue, a participé à l'allongement du procès, lequel est soumis au respect du délai raisonnable de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH. De cette analyse, il faut nécessairement comprendre que l'exigence de célérité doit aussi s'appliquer à l'expertise.

201. Jurisprudence significative. La nécessité de célérité au sein de l'expertise a été évoquée pour la première fois dans l'arrêt *Emma Billi contre Italie* de la Cour EDH de 1993. Aux termes de cette décision, la Cour a jugé que lorsqu'une expertise judiciaire est ordonnée, il faut tenir compte de sa durée pour décider si le délai raisonnable dans lequel toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue a été dépassé⁶¹⁶. L'application du principe du délai

⁶¹¹ CEDH (Chambre), *H. c. France*, 24 oct. 1989, préc., § 58 : « La Cour n'ignore pas les difficultés qui retardent parfois l'examen des litiges dont connaissent les juridictions nationales et qui résultent de divers facteurs. Il n'en demeure pas moins qu'aux termes de l'article 6 § 1 (art. 6-1) les causes doivent être entendues "dans un délai raisonnable" ; la Convention souligne par là l'importance qui s'attache à ce que la justice ne soit pas rendue avec des retards propres à en compromettre l'efficacité et la crédibilité ».

⁶¹² CEDH (Chambre), *Robins c. Royaume-Uni*, 23 sept. 1997, req. n° 118/1996/737/936, § 28.

⁶¹³ **H. HEUGAS-DARRASPEN**, « Mesure d'expertise et droit d'être jugé dans un délai raisonnable », AJDI 2003, p. 775, note sous Cass. civ., 1ère, 25 mars 2003, n° 01-10.306 : « l'expertise judiciaire [...] constitue un maillon non négligeable du dispositif de la décision, par référence à l'article 6§ 1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».

⁶¹⁴ **V. LAMANDA** « L'expertise de demain », préc.

⁶¹⁵ **D. CHOLET**, *La célérité de la procédure en droit processuel*, op. cit., p. 14, spéc. n° 11 : « La procédure est devenue une matière essentielle. Cela se vérifie statistiquement. Le recours à la justice, les procès se sont multipliés dans la période contemporaine. Parallèlement, la procédure a acquis un poids social et politique de premier ordre. Il en est résulté des conséquences importantes sur l'approche de la durée du procès ».

⁶¹⁶ CEDH (Première Chambre), *Emma Billi c. Italie*, 26 févr. 1993, req. n° 15118/89, § 19 : « Avec la Commission, la Cour constate d'abord qu'il s'agissait d'une affaire complexe: la nécessité d'une expertise et la présence de plusieurs défendeurs alourdirent et ralentirent sans nul doute la procédure ».

raisonnable fait ainsi intervenir le droit fondamental d'accès au juge reconnu au justiciable, autre composante du procès équitable. Dans l'affaire *Emma Billi contre Italie*, la Cour EDH a ainsi relevé qu'une durée de douze ans entre la prestation de serment du premier expert et la date à laquelle le deuxième a déposé son rapport constituait une atteinte manifeste à l'article 6 § 1 de la Conv. EDH, puisque la mesure d'instruction avait indéniablement prolongé l'affaire⁶¹⁷. En constatant une atteinte au procès équitable, la Cour EDH applique donc la nécessité de respect de la célérité à l'expertise. Nombreuses sont les autres décisions statuant sur la violation du procès équitable parce qu'une expertise ordonnée par un juge a été menée trop longuement. Dans l'arrêt *Galinho Carvalho Matos contre Portugal* de 1999, les juges avaient constaté qu'une expertise médicale composait la quasi-totalité de l'instance et que le délai écoulé entre son prononcé et le jour de l'arrêt devant la Cour (date à laquelle la mesure n'était pas encore achevée) était « *manifestement excessif* »⁶¹⁸. Ce fut également le cas d'un rapport d'expertise déposé presque un an après la date fixée par le conseiller de la mise en état en appel, étant précisé que dans cette même affaire, un premier rapport d'expertise, dans le cadre d'une instance initiée devant une juridiction de premier degré, avait été soumis au juge avec plus d'un an de retard⁶¹⁹.

202. En tant que phase essentielle du procès, l'expertise se retrouve directement concernée par l'exigence de célérité qui s'applique à l'instance. En partant de ce constat, il va de soi que l'expert, dès lors qu'il dirige les opérations d'expertise, est soumis à une obligation de célérité (B).

B. LA CONSÉCRATION DE L'OBLIGATION DE CÉLÉRITÉ DE L'EXPERT

203. L'obligation de célérité à laquelle la loi soumet l'expert (1) ne saurait être réellement effective sans les sanctions qui s'y appliquent (2).

1. Les données légales révélatrices de l'obligation de célérité de l'expert

204. Détermination de l'obligation de célérité de l'expert. L'obligation de célérité de l'expert n'est pas formulée par la Cour EDH dans la mesure où cette dernière est seulement

⁶¹⁷ CEDH (Première Chambre), *Emma Billi c. Italie*, préc., § 30.

⁶¹⁸ CEDH (Quatrième Section), *Galinho Carvalho Matos c. Portugal*, 23 nov. 1999, req. n°35593/97, D. 2000. Somm. 182, obs. FRICERO, AJDI, 2001, p. 534, obs. H. HEUGAS-DARRASPEN §§ 30-31.

⁶¹⁹ CEDH (Deuxième Section), *C. D. c. France*, 7 janv. 2003, req. n° 42405/98, §§ 34-35.

chargée de sanctionner les États membres dont les autorités judiciaires compétentes ont participé à la lenteur de l'instance⁶²⁰. Pour déceler une telle exigence, il suffit de conjuguer les règles du code de procédure civile applicables aux mesures d'instruction et à l'expertise et les dispositions régissant le statut de l'expert judiciaire.

205. Double facette de la célérité de l'expert. De manière générale, le décret de 2004 relatif aux experts judiciaires exige des candidats au titre d'expert judiciaire, lors de leurs inscription et réinscription sur les listes, des qualifications et de l'expérience professionnelle ainsi qu'une connaissance des principes directeurs du procès et des règles de procédures applicables aux mesures d'instruction confiées à un technicien, de sorte qu'y est intégré le respect des délais⁶²¹. Une étude plus approfondie de cette obligation fait ressortir sa double facette⁶²².

La première de ces facettes résulte des dispositions légales présentes dans le code de procédure civile qui déterminent les contours de l'obligation de célérité de l'expert judiciaire. L'article 239 du code de procédure civile impose en effet au technicien de « *respecter les délais qui lui sont impartis* » dans l'accomplissement de sa mission, obligation à corréler nécessairement avec le fait qu'il doive mener ses investigations avec conscience⁶²³. La célérité entre ainsi dans la mise en œuvre par l'expert de ses compétences. Afin d'aider ce dernier à respecter les délais qui lui sont imposés, et face aux constats récurrents de la lenteur des opérations d'expertise⁶²⁴, un décret du 28 décembre 2005⁶²⁵ relatif à l'amélioration des questions de célérité et d'efficacité de la justice a encadré les observations et réclamations des parties prévues à l'article 276 du code de procédure civile. Aux termes de l'alinéa 2 de cette disposition, l'expert fixe lui-même aux parties un délai afin qu'elles forment leurs observations ou réclamations. Au delà d'apporter une aide à l'expert, cette règle le responsabilise.

⁶²⁰ CEDH (Cinquième Section), *Versini c. France*, 10 juill. 2001, req. n° 40096/98, § 29 : « *la Cour rappelle qu'un expert, indépendant dans l'établissement de son rapport, reste néanmoins soumis au contrôle des autorités judiciaires, tenues d'assurer le bon déroulement de l'expertise* ».

⁶²¹ Déc. n° 2004-1463 du 23 déc. 2004 relatif aux experts judiciaires, art. 4-1, a) et art. 10, 2°.

⁶²² Il convient toutefois de préciser qu'en amont de cette obligation de célérité, la notion de délai apparaît lorsque l'expert doit faire connaître au juge qu'il accepte la mission qui lui a été confiée. En effet, conformément à l'article 267 du code de procédure civile, il doit « *faire connaître sans délai au juge son acceptation* » et doit commencer sa mission « *dès* » que les parties ont consigné la somme prévue dans la décision le nommant. Cette diligence permet de mesurer l'importance du temps dans l'expertise, notamment lorsque l'expert est désigné dans le cadre d'un référé où l'urgence nécessite une durée de la mesure d'instruction particulièrement courte.

⁶²³ CPC, art. 237.

⁶²⁴ S. AUTIN et C. BUSSIERE, « Rapport de la commission de réflexion sur l'expertise », préc., p. 29.

⁶²⁵ Déc. n° 2005-1678 du 28 déc. 2005.

Le second versant de l'exigence du respect de la célérité par l'expert se manifeste quant à lui au niveau du contrôle annuel de ses compétences. En effet, l'article 23 du décret du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires précise que *« l'expert fait connaître tous les ans avant le 1er mars au premier président de la cour d'appel et au procureur général près ladite cour ou, pour celui qui est inscrit sur la liste nationale, au premier président de la Cour de cassation et au procureur général près ladite cour, le nombre de rapports qu'il a déposés au cours de l'année précédente ainsi que, pour chacune des expertises en cours, la date de la décision qui l'a commis, la désignation de la juridiction qui a rendu cette décision et le délai imparti pour le dépôt du rapport »*. Implicitement, cette disposition revient à examiner si l'expert est diligent dans le respect des délais que le juge lui a imposés. Ce contrôle systématique, puisqu'il est annuel, possède une portée préventive : il s'agit de n'inscrire sur les listes d'experts que ceux qui respectent les principes directeurs du procès, le respect des délais inclus. L'expert qui ne présenterait pas les qualités de célérité nécessaires est alors susceptible de ne pas faire l'objet d'une réinscription sur les listes d'experts. Ce qui amène à étudier les sanctions applicables à l'expert en cas de non-respect de l'exigence de célérité (2).

2. Le renforcement de l'effectivité du devoir de célérité de l'expert par la mise en œuvre de ses sanctions

206. Pluralité de sanctions. Le non-respect par l'expert de son obligation de célérité est sanctionné de diverses manières. Tout d'abord, il est possible pour le juge de réduire la rémunération de l'expert en cas de dépôt tardif⁶²⁶. À cet égard, la Cour de cassation avait approuvé une cour d'appel ayant réduit la rémunération d'un expert qui avait rendu ses conclusions dans un délai de deux ans alors qu'une durée de neuf mois pour effectuer ses investigations et rendre son rapport lui avait été initialement impartie⁶²⁷. Cette sanction s'inscrit dans une évolution certaine puisqu'il y a quelques années, les juges refusaient de sanctionner l'expert dont le rapport avait été déposé tardivement⁶²⁸. Ensuite, au delà des textes, la jurisprudence tend à responsabiliser l'expert à qui la lenteur de l'expertise est

⁶²⁶ CPC, art. 284 al. 1er : *« Dès le dépôt du rapport, le juge fixe la rémunération de l'expert en fonction notamment des diligences accomplies, du respect des délais impartis et de la qualité du travail fourni »* ; Cass. civ., 2ème, 27 avr. 1979, n° 77-15.312, Bull. civ. II n° 124 ; Cass. soc., 13 déc. 1990, n° 88-16.477, Bull. civ. V, n° 674, p. 407.

⁶²⁷ Cass. civ., 2ème, 27 avr. 1979, n° 77-15.312, Bull. civ. II n° 124.

⁶²⁸ Cass. soc., 12 nov. 1959, Bull. IV, n° 1120, p. 891 : *« [...] l'inobservation des formalités prescrites par les articles 315 et suivants du Code de procédure civile n'entraîne nullité de l'expertise que si l'irrégularité est de nature à nuire aux droits de la défense, ce qui n'est pas le cas du dépôt tardif d'un rapport [...] »*.

imputable⁶²⁹. Sa responsabilité civile délictuelle peut ainsi être prononcée. Il faut préciser que dans le cadre de la mise en œuvre de cette responsabilité, la jurisprudence interne relie le dommage subi par le justiciable causé par le retard de l'expert à la non réalisation de son droit au juge. La cour d'appel de Bourges a ainsi considéré que la remise tardive par l'expert de son rapport a fait perdre à une société la chance d'intenter un procès contre le vendeur des matériels défectueux⁶³⁰. Le professionnel peut également être condamné au versement de dommages et intérêts aux parties lésées par son manque de célérité⁶³¹. Son remplacement⁶³² ou sa radiation des listes⁶³³ pourront aussi être prononcés pour manquement à ses devoirs. Le développement d'un droit à un expert compétent, qui comprend le respect des délais, explique également le développement de ces sanctions.

207. Caractère non systématique de la nullité de l'expertise. En cas de non-respect des délais fixés à l'expert par le juge, la nullité de l'expertise n'est pas systématique et encore moins recommandée. Déjà très tôt, la Cour de cassation a été amenée à juger que le dépôt tardif d'un rapport d'expertise ne constituait pas une irrégularité de nature à nuire aux droits de la défense pouvant entraîner la nullité de l'expertise⁶³⁴. Cette tendance s'est confirmée quelques années plus tard, en 1978, la haute juridiction décidant que « *les délais impartis par le décret du 7 janvier 1959 pour procéder aux opérations de l'expertise technique ne sont pas prescrits à peine de nullité* » et qu'en conséquence « *la cour d'appel qui observe que le retard apporté à l'examen d'un salarié, victime d'un accident du travail, n'a eu aucune incidence sur ses résultats et donc qu'aucun grief ne s'en est suivi, estime, à bon droit, que l'avis de l'expert s'impose à elle* »⁶³⁵. La Cour EDH fait du respect du délai raisonnable une condition inhérente à une bonne expertise, et par conséquent à la satisfaction du justiciable. Dès lors, la nullité d'une mesure d'instruction bien trop longue paraîtrait justifiée puisqu'elle contreviendrait aux exigences du procès équitable. Pourtant, si le retard est déjà dommageable

⁶²⁹ TGI, Aix-en-Provence, 6 avr. 1976, Deloy c. Vaquer, D. 1976, somm. p. 162 : « [...] lorsqu'un expert consultant désigné avec une mission technique déterminée [...] auquel avait été imparti un délai de deux mois pour s'acquitter de sa mission, n'a pas déposé son rapport dans les délais fixés et n'a pas sollicité une prorogation de délai, il y a lieu de le condamner à des dommages et intérêts alors que sa carence a retardé de plusieurs mois la solution du litige qui opposait le plaideur à son adversaire [...] et alors en outre, que l'expert ne conteste pas avoir fait l'objet de diverses démarches sans justifier ni alléguer de motifs légitimant ses carences ».

⁶³⁰ CA, Bourges, 11 févr. 2010, n° 09/01116.

⁶³¹ TGI, Aix-en-Provence, 6 avr. 1976 : préc. ; CA, Aix-en-Provence, 1ère ch., 6 nov. 2003, RG n° 99/02721.

⁶³² CPC, art. 235 al. 2 : « Le juge peut également, à la demande des parties ou d'office, remplacer le technicien qui manquerait à ses devoirs, après avoir provoqué ses explications ».

⁶³³ Loi n° 71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires, art. 6-2.

⁶³⁴ Cass. soc., 12 nov. 1959, Bull. IV, n° 1120, p. 891.

⁶³⁵ Cass. soc., 5 avr. 1978, n° 76-13.758, Bull. V, n° 292, p. 220.

pour les parties à une expertise, le prononcé de la nullité amènerait nécessairement au prononcé d'une nouvelle mesure d'instruction. En plus d'allonger de manière significative l'instance, rien ne permet d'assurer que la nouvelle expertise organisée se déroulera elle aussi dans les délais prescrits. Il est ainsi plus cohérent de conserver le refus de prononcé la nullité, pour que le juge statue en l'état des résultats déjà obtenus par l'expert, et sanctionne le comportement de ce dernier s'il n'a pas respecté son obligation de célérité.

208. L'intégration du respect du principe de célérité au sein de l'expertise contribue au renforcement du caractère raisonnable de la mesure et, partant, à la réalisation du procès équitable. Toutefois, afin de préserver ce principe, et le prémunir de toute atteinte, il est nécessaire que s'instaure une vérification du respect de la célérité dans la phase d'expertise (§ 2).

§ 2. LA VÉRIFICATION DU RESPECT DE LA CÉLÉRITÉ DE L'EXPERTISE

209. Conformément à l'article 3 du code de procédure civile, il appartient aux autorités judiciaires de veiller au bon déroulement de l'instance. Dans le prolongement de cette disposition, le juge est donc seul compétent pour s'assurer du respect de la célérité de l'expertise. À cet égard, son rôle se manifeste à deux égards. La vérification du respect de la célérité de l'expertise peut tout d'abord intervenir en amont, c'est-à-dire au moment de l'exécution de la mesure, et, dans ce cas, le juge ordonnant l'expertise possède un rôle de régulateur (A). Ce contrôle a également vocation à s'opérer lorsque la responsabilité de l'État est invoquée par le justiciable pour lenteur de l'instance dans laquelle a été ordonnée une expertise. Dans cette hypothèse, le rôle des juges de la Cour EDH, est de retenir s'il y a eu une atteinte au délai raisonnable, par le biais d'un contrôle de proportionnalité (B).

A. LE JUGE ORDONNANT L'EXPERTISE, RÉGULATEUR DU TEMPS D'EXÉCUTION DE LA MESURE

210. Justification du pouvoir régulateur du juge. S'il revient aux parties de conduire l'instance conformément au principe dispositif, et d'être en conséquence attentives à son délai, la Cour EDH juge que l'État n'a pas à rester passif dans la mise en œuvre de cette exigence : il doit en effet organiser son système judiciaire afin qu'une « *décision définitive sur*

les contestations relatives à ses droits et obligations de caractère civil » soit rendue dans un délai raisonnable⁶³⁶, ce qui impose aux États membres « *d'organiser leur système judiciaire de telle sorte que leurs juridictions puissent garantir à chacun le droit d'obtenir une décision définitive dans un délai raisonnable* »⁶³⁷. Cet impératif entre dans la mission générale de gardien du bon déroulement l'instance que l'article 3 du code de procédure civile attribue au juge. Cette disposition est d'ailleurs particulièrement significative puisqu'elle énonce le principe selon lequel « *le juge veille au bon déroulement de l'instance* », en poursuivant sur son pouvoir d'impartir les délais et les mesures nécessaires. L'on y décèle l'intention du législateur de faire du juge le garant principal du temps de l'instance, particulièrement lorsqu'une mesure d'instruction est instaurée. Le respect du délai raisonnable mène nécessairement à la réalisation du droit au juge, autre composante du procès équitable⁶³⁸. Face à cet impératif, la jurisprudence interne a décidé, au visa de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH, que la longueur trop importante d'une procédure judiciaire correspond à un déni de justice de la part de l'État, lequel est garant du droit à un délai raisonnable⁶³⁹. Le déni de justice est par ailleurs, selon l'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire une cause du « *fonctionnement défectueux du service de la justice* », impliquant de l'État, qui en est responsable, d'en réparer le dommage causé. Le prononcé d'une expertise par les juridictions internes, qui rentre dans les actes rallongeant indéniablement l'instance, exige par conséquent qu'elles exercent un réel contrôle sur la mesure.

211. Double facette du pouvoir de régulation du juge. À l'instar de l'obligation de célérité de l'expert, la mission du juge dans le contrôle de cette exigence revêt en conséquence deux aspects complémentaires. Il lui revient tout d'abord, en fonction du

⁶³⁶ CEDH (Première Section), *Entreprises Robert Delbrassine S.A. et autres c. Belgique*, 1^{er} juill. 2004, req. n° 49204/99, § 27 ; CEDH (Deuxième Section), *Nicolai de Gorhez c. Belgique*, 16 oct. 2007, req. n° 11013/05, JCP 2007. II. 10070, note N. FRICERO, § 31.

⁶³⁷ CEDH (Grande Chambre), *Frydlender c. France*, 20 juin 2000, req. n° 30979/96, § 45.

⁶³⁸ CEDH (Première Section), *Janosevic c. Suède*, 23 juill. 2002, req. n° 34619/97, § 90 : « [...] la Cour considère qu'en mettant près de trois ans pour se prononcer sur les demandes de réexamen de ses avis d'imposition présentées par l'intéressé, l'administration fiscale n'a pas agi avec la célérité voulue dans les circonstances de la cause et a donc indûment retardé l'examen par un tribunal des principales questions posées par l'infliction de compléments et majorations d'impôt. Par voie de conséquence, le requérant a été privé d'un accès effectif à un tribunal ».

⁶³⁹ TGI Paris, 1^{ère} ch. 5 nov. 1997, préc. : dans le cadre d'une procédure d'appel pour un litige du travail, le jugement précise qu'« il faut entendre par déni de justice, non seulement le refus de répondre aux requêtes ou le fait de négliger de juger les affaires en état de l'être, mais aussi, plus largement, tout manquement de l'État à son devoir de protection juridictionnelle de l'individu qui comprend le droit pour tout justiciable de voir statuer sur ses prétentions dans un délai raisonnable » et que « les dispositions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme imposent aux juridictions étatiques de statuer dans un délai raisonnable ».

domaine dans lequel interviennent les compétences de l'expert et de la complexité du litige, de déterminer souverainement la durée des opérations que le professionnel devra respecter⁶⁴⁰. Une fois ce délai déterminé, il lui appartient ensuite d'en contrôler le respect par le professionnel désigné⁶⁴¹, et à cet égard son rôle s'est considérablement accentué⁶⁴².

212. Les moyens régulation à disposition du juge. En dehors du pouvoir de sanction développé plus tôt, les dispositions du code de procédure civile offrent au juge plusieurs moyens de parvenir à cette régulation. Ces moyens s'analysent en un arsenal de règles de nature préventive puisqu'elles visent à ne pas ralentir l'exécution de la mesure d'expertise. L'article 273 du code de procédure civile prévoit ainsi que « *l'expert doit informer le juge de l'avancement de ses opérations et des diligences par lui accomplies* », ce qui est le gage d'une expertise rapide et moins coûteuse⁶⁴³. C'est une disposition qui trouve son sens depuis que le décret du 24 décembre 2012 relatif à l'expertise et à l'instruction des affaires devant les juridictions judiciaires a institué dans chaque juridiction un juge chargé du contrôle des expertises⁶⁴⁴. La création d'un juge spécialisé permet alors de renforcer certains pouvoirs préexistants du juge sur les délais de l'expertise, notamment la possibilité de proroger le délai dans lequel l'expert doit donner son avis s'il se heurte à des obstacles dans l'accomplissement de sa mission⁶⁴⁵. Cette prérogative s'associe à celle permettant au juge d'accroître ou de restreindre la mission confiée au technicien. Toutefois, la prorogation des délais de l'expert ne doit pas conduire à allonger déraisonnablement l'instance. Récemment, dans le cadre d'une instance en divorce dont la longueur était invoquée par le demandeur, la première chambre civile a décidé que la prorogation des délais qui avaient été impartis à l'expert, qui était en charge de déterminer quels ont été les apports respectifs des parties dans l'acquisition d'un bien immobilier indivis, ne permettait pas de caractériser un retard justifié ayant allongé l'instance⁶⁴⁶. Enfin, le juge peut également décider, dans la décision désignant l'expert, de

⁶⁴⁰ CPC, art. 265 al. 4.

⁶⁴¹ CPC, art. 155 al. 1er : « *La mesure d'instruction est exécutée sous le contrôle du juge qui l'a ordonnée lorsqu'il n'y procède pas lui-même* ».

⁶⁴² H. HEUGAS-DARRASPEN (H.), « Expertise judiciaire et procédure civile : Commentaire du titre III du décret n°2005-1678 du 28 décembre 2005 », AJDI, 2006, p. 255.

⁶⁴³ S. GUINCHARD, « L'ambition d'une justice civile renouvelée : commentaire du décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 et de quelques aspects de la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 », D. 1999, p. 65.

⁶⁴⁴ Déc. n° 2012-1451 du 24 déc. 2012 relatif à l'expertise et à l'instruction des affaires devant les juridictions judiciaires, art. 2 ; COJ, art. R. 213-12-1 : « *Le président du tribunal de grande instance désigne un ou plusieurs juges chargés de contrôler l'exécution des mesures d'instruction conformément aux dispositions de l'article L. 121-3* ».

⁶⁴⁵ CPC, art. 279.

⁶⁴⁶ Cass. civ., 1ère, 16 mars 2016, n° 15-14.788, inédit.

« [...] fixer une date à laquelle l'expert et les parties se présenteront devant [lui] pour que soient précisés la mission et, s'il y a lieu, le calendrier des opérations »⁶⁴⁷. Il s'agira alors pour les acteurs de l'expertise de faire preuve de coopération et de convenir de dates, notamment pour réguler les investigations de l'expert mais aussi pour contrôler le rôle des parties et s'assurer de leur présence à certaines opérations.

213. Le rôle du juge dans la mise en œuvre de l'obligation de célérité au sein de l'expertise est primordial afin de ne pas entraîner la responsabilité de l'État au motif d'une instance trop longue. Si la mise en œuvre de cette responsabilité était engagée par le justiciable pour non-respect du procès équitable, la Cour EDH préconise de s'adonner à un véritable contrôle spécifique (B).

B. LE CONTRÔLE DES JUGES DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME EN MATIÈRE DE DÉLAI RAISONNABLE

214. Aux termes de l'arrêt *König contre RFA* du 28 juin 1978, la Cour EDH, qui a relevé la durée anormalement longue d'une action en indemnisation, a établi la nécessité de recourir à un contrôle particulier afin de déterminer si une décision de justice a été rendue ou non dans un délai raisonnable. Selon la Cour, ce contrôle, à portée générale, se manifeste par un examen approfondi et *in concreto* de la cause conformément à trois critères : la complexité de l'affaire, le comportement du requérant, ainsi que celui des autorités compétentes⁶⁴⁸. S'ajoute parfois le critère de l'enjeu du litige pour l'intéressé⁶⁴⁹, mais celui-ci n'est pas systématique, la Cour EDH préférant généralement s'en tenir aux trois premiers⁶⁵⁰. L'expertise est concernée par ce contrôle puisqu'elle peut se retrouver dans la mise en œuvre d'un de ces critères. Les juridictions internes s'inspirent désormais du raisonnement effectué par les juges de la Cour EDH pour statuer sur la responsabilité de l'Agent judiciaire de l'État

⁶⁴⁷ CPC, art. 266.

⁶⁴⁸ CEDH (Plénière), *König c. RFA (Allemagne)*, 28 juin 1978, req. n°6232/73, série A n° 27, § 99 ; CEDH (Chambre), *Zimmermann et Steiner c. Suisse*, 13 juill. 1983, req. n°8737/79, série A, n° 66, p. 11, § 24 ; CEDH (Plénière), *Pretto et Autres c. Italie*, 8 déc. 1983, req. n°7984/77, série A, n° 71 ; AFDI 1984. 483, obs. PELLOUX ; JDI 1985. 228, obs. TAVERNIER, § 31 ; CEDH (Grande Chambre), *Frydlender c. France*, préc., § 43.

⁶⁴⁹ CEDH (Cinquième Section), *Jama c. Slovaquie*, 19 juill. 2012, req. n° 48163/08, § 33.

⁶⁵⁰ CEDH (Deuxième Section), *Batmaz c. Turquie*, 18 févr. 2014, req. n° 714/08, § 45 : « La Cour rappelle que le caractère raisonnable de la durée d'une procédure s'apprécie suivant les circonstances de la cause et eu égard aux critères consacrés par la jurisprudence de la Cour, en particulier la complexité de l'affaire, le comportement du requérant et celui des autorités compétentes ».

lorsqu'un justiciable invoque la durée excessive d'une instance⁶⁵¹. Cet examen est également opéré par les juges de la Cour de Justice de l'Union européenne⁶⁵². L'étude du délai raisonnable sous le prisme de ces trois critères met en exergue les particularités de l'expertise judiciaire et son influence certaine sur le temps de l'instance. Il est nécessaire de revenir sur les trois éléments d'appréciation du contrôle opéré par les juges européens en matière de délai raisonnable de l'instance que sont la complexité de l'affaire (1), l'attitude du requérant (2), et le comportement des autorités nationales judiciaires (3).

1. Le critère tenant à la complexité de l'affaire

215. Portée du critère. Le critère de la complexité du litige permet aux juges de la Cour EDH de relever qu'un ou plusieurs éléments de fait et/ou de droit ont été de nature à complexifier la procédure, et ont par conséquent entraîné un prolongement de l'instance. C'est ainsi que sont pris en compte de nombreux facteurs tels que le nombre important de décisions prises par les juridictions internes sur l'affaire en cause⁶⁵³, la difficulté de la qualification juridique des faits⁶⁵⁴, l'application d'une loi relativement nouvelle⁶⁵⁵, ou encore les questions sensibles d'urbanisme et de protection de l'environnement⁶⁵⁶.

⁶⁵¹ **B. DELAUNAY**, « L'appréciation du délai raisonnable de jugement », notes sous CEDH (Cinquième Chambre), *Gunes c. France*, req. n° 32157/06, CE (Quatrième et cinquième sous-sections réunies), 6 mars 2009, n° 312625, Cass. civ., 1ère, n° 07-15.575 et n° 07-15.576, RFDA 2009, p. 551.

⁶⁵² CJCE (Grande Chambre), *Gascogne Sack Deutschland GmbH c. Commission Européenne*, 26 nov. 2013, aff. n° C-40/12P.

⁶⁵³ CEDH (Première Section), *Stamouli c. Grèce*, 11 juin 2009, req. n° 55862/07, § 25 : « [...] la Cour relève qu'au sein des juridictions saisies, l'affaire a donné lieu à six arrêts, dont deux de la Cour de cassation, et admet que, de ce fait, une certaine complexité en découle ».

⁶⁵⁴ CEDH (Troisième Section), *Association des personnes victimes du système S.C. Rompetrol S.A. et S.C. Geomin S.A. et autres c. Roumanie*, 25 juin 2013, req. n° 24133/03, § 78 : « Tout en prenant en compte la complexité de l'affaire, la Cour estime un certain nombre de délais imputables aux autorités dans le cours de la procédure. En premier lieu, quatre ans se sont écoulés entre le 16 mai 1996, date du renvoi de l'affaire devant le tribunal départemental de Bucarest, et le 15 juin 2000, date du premier jugement portant sur le fond rendu par ce tribunal. Ce premier jugement ayant été cassé en raison de la qualification juridique incorrecte des faits, l'enquête pénale a redémarré plus de sept ans après les événements en cause ».

⁶⁵⁵ CEDH (Plénière), 8 déc. 1983, *Pretto et Autres c. Italie*, req. n° 7984/77, série A, n° 71, § 32 : « La Cour souscrit à cette opinion: il s'agissait d'appliquer une loi relativement nouvelle qui ne contenait pas de dispositions précises quant au point de droit en litige, celui de savoir si les conditions à remplir pour user du droit de préemption valaient également pour le droit de rachat; en outre, la jurisprudence - encore peu abondante - révélait des orientations contradictoires. Il était donc raisonnable, pour éliminer cette divergence et assurer la certitude du droit, que la 3e chambre civile de la Cour de cassation ajournât sa décision jusqu'à celle des chambres réunies même s'il en résultait une prolongation de l'instance ».

⁶⁵⁶ CEDH (Chambre), *Katte Klitsche de la Grange c. Italie*, 27 oct. 1994, req. n° 12539/86, § 62 : « [...] eu égard à l'ensemble des circonstances de la cause et à sa complexité en fait comme en droit, ces laps de temps ne permettent pas de considérer comme excessive la durée du procès, d'autant plus que les décisions concernaient un domaine aussi sensible que celui de l'urbanisme et de la protection de l'environnement et pouvaient avoir et ont eu des répercussions importantes sur la jurisprudence italienne relative à la distinction entre droit et intérêt légitime ».

216. Complexité de l'affaire et expertise. Dans l'arrêt *Scopelliti contre Italie* du 23 novembre 1993, les juges de la Cour EDH ont considéré que les aspects techniques de l'affaire nécessitant le prononcé de mesures d'expertises entraient également dans les causes de complexité de l'affaire⁶⁵⁷. En l'espèce, dans le cadre d'une demande de réparation de dommages résultant de l'occupation abusive, par l'Entreprise nationale des ponts et chaussées italienne, de mille mètres carrés du terrain appartenant à la requérante, et utilisés pour améliorer une route nationale, un juge de la mise en état avait ordonné une expertise technique pour laquelle le rapport avait été déposé tardivement. La Cour, se prononçant sur le critère de la complexité de l'affaire, a relevé que « *l'instruction de l'affaire [avait pris] plus de deux ans et trois mois* » et se caractérisait essentiellement par « *l'attente du rapport de l'expert* ». En effet, ce dernier s'est retrouvé confronté à des difficultés dans la rédaction de son rapport, ce qui en a retardé le dépôt. Il aurait ainsi appartenu à l'expert de solliciter une prolongation du délai qui lui avait été imparti pour achever ses investigations, ce qu'il n'a pas fait. Cet élément a été de nature à complexifier le litige et a permis un prolongement de l'instance, les parties étant dans l'attente des résultats de l'expertise. Partant, il y a eu violation du procès équitable⁶⁵⁸.

217. L'attitude du requérant constitue le second critère de contrôle (2).

2. Le critère tenant au comportement du requérant

218. Limite au principe dispositif. L'attitude du requérant est susceptible d'influencer le déroulement d'une mesure d'expertise, pour parvenir à prolonger de manière significative la durée de l'instance. Effectivement, le principe dispositif exige que les parties aient la maîtrise de la matière du procès⁶⁵⁹. Seulement, cette règle se retrouve limitée dans le cadre d'appréciation du délai raisonnable puisque la Cour EDH estime que si le comportement de l'intéressé peut, dans certains cas, contribuer à la longueur de la procédure, seules les lenteurs imputables à l'État peuvent amener à une violation du délai raisonnable⁶⁶⁰. Il faut y comprendre que même s'il incombe aux parties d'accomplir les actes de la procédure

⁶⁵⁷ CEDH (Chambre), *Scopelliti c. Italie*, 23 nov. 1993, req. n° 15511/89, § 23.

⁶⁵⁸ CEDH (Chambre), *Scopelliti c. Italie*, préc., § 26 : « *Au total, le laps de temps écoulé du 10 décembre 1980 au 14 janvier 1988 ne saurait passer pour "raisonnable". Il y a donc eu violation de l'article 6 § 1* ».

⁶⁵⁹ CPC, art. 2 : « *Les parties conduisent l'instance sous les charges qui leur incombent. Il leur appartient d'accomplir les actes de la procédure dans les formes et délais requis* ».

⁶⁶⁰ CEDH (Chambre), *H. c. France*, préc., § 55 ; CEDH (Chambre), *Monnet c. France*, 27 oct. 1993, req. n° 13675/88, série A, n° 273-A ; RUDH 1994. 414, § 30 ; CEDH, *Scopelliti c. Italie*, préc., § 25.

dans les formes et délais nécessaires, les juridictions nationales ne sont pas pour autant dispensées de veiller à ce que la procédure se déroule dans un délai raisonnable. La Cour EDH a eu l'occasion de le formuler en ces termes : « *la Cour rappelle que l'article 2 du nouveau code de procédure civile laisse l'initiative aux parties : il leur incombe "d'accomplir les actes de la procédure dans les formes et délais requis", de sorte que leur comportement a une influence particulière sur le déroulement de la procédure. Cela ne dispense pourtant pas les tribunaux de veiller à ce que le procès se déroule dans un délai raisonnable ; l'article 3 du même code prescrit d'ailleurs au juge de veiller au bon déroulement de l'instance et l'investit du "pouvoir d'impartir les délais et d'ordonner les mesures nécessaires"* »⁶⁶¹. Ainsi, le fait pour les autorités judiciaires de ne pas avoir pris les mesures nécessaires pour pallier le comportement du requérant amène à une constatation du non-respect du délai raisonnable par leur faute, quand bien même ce dernier aurait fait preuve d'intentions dilatoires. À cet égard, les juges de la Cour EDH apprécient strictement les comportements dilatoires. En conséquence, même si l'intéressé est à l'origine de la lenteur de l'instance, sa responsabilité pour dépassement du délai raisonnable ne saurait être admise⁶⁶². La sanction la plus grave du comportement fautif du requérant demeure alors le rejet de son grief tendant à la violation du procès équitable, encore faut-il que les juridictions internes n'aient pas commis de carence.

219. Illustrations. En matière d'expertise, la Cour EDH a condamné des juges italiens qui n'avaient pas respecté leur obligation de célérité puisque « *nul contrôle ne fut exercé sur la progression du travail de l'expert* », alors qu'elle avait pourtant préalablement constaté des fautes de comportement de la part de l'avocat de la requérante, lequel avait sollicité une expertise sans formuler de question à l'expert⁶⁶³. Dans une autre affaire, les juges avaient reconnu que l'intéressée, « *en raison de ses demandes répétitives d'expertises* », avait contribué à ralentir la procédure, mais que le dépassement du délai raisonnable était imputable aux juridictions internes lesquelles, en n'usant pas des moyens en leur possession pour accélérer l'instance, n'avaient pas agi « *avec la diligence particulière, requise par l'article 6 § 1 de la Convention, pour garantir à chacun le droit d'obtenir une décision définitive sur les contestations relatives à ses droits et obligations de caractère civil dans un délai raisonnable* »⁶⁶⁴. Dans un sens contraire, et dans le cadre d'une expertise comptable, les juges

⁶⁶¹ CEDH (Deuxième Section), *Huart c. France*, 25 nov. 2003, req. n° 55829/00, § 66.

⁶⁶² Parfois, les juges retiennent que le requérant participe au prolongement de la procédure mais de manière non fautive, v. CEDH (Pléniaire), 8 déc. 1983, *Pretto et Autres c. Italie*, préc., § 34.

⁶⁶³ CEDH (Chambre), *Capuano c. Italie*, 25 juin 1987, req. n° 9381/81, série A, n° 119, §§ 28 et 32.

⁶⁶⁴ CEDH (Deuxième Section), *Signe c. France*, 14 oct. 2003, req. n° 55875/00, §§ 34 et 38.

n'ont pas relevé de violation du délai raisonnable, estimant que le fait pour le requérant d'attendre sept mois pour s'acquitter de la consignation fixée par un juge de la mise en état ne semblait pas déraisonnable⁶⁶⁵.

220. Si l'attitude du requérant est un facteur d'allongement d'une instance, il en est de même pour les juridictions (3).

3. Le critère tenant au comportement des autorités nationales judiciaires

221. Contours du critère. L'attitude des autorités judiciaires est le critère qui présente certainement le plus d'importance parmi les trois consacrés par la Cour EDH puisqu'il exige avant tout de l'État la garantie que ses juridictions rendent leurs décisions dans un délai raisonnable, notamment lorsque ces dernières recourent à des expertises. En définitive, selon elle, c'est le juge qui reste garant de la célérité de la procédure pendante devant lui. Dans le cas de l'organisation d'une expertise par les juridictions internes, la Cour EDH se livre à un double contrôle. En premier lieu, elle recherche si l'allongement de la procédure est dû ou non au prononcé d'une expertise. En second lieu, elle vérifie que le juge, qui a fixé un délai précis à l'expert pour rendre son rapport, a bien mis en œuvre les moyens nécessaires pour que la mesure ne s'inscrive pas dans la durée, ceci notamment en fonction de son obligation de veiller au bon déroulement de l'instance, de sorte qu'une « obligation de résultat » est à sa charge⁶⁶⁶. Cet examen peut amener la Cour EDH à constater que le juge a fait preuve de carence dans la bonne exécution de l'expertise et retenir, de ce fait, une violation de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH. Cela a été le cas dans une décision aux termes de laquelle elle a d'abord constaté « *qu'une grande partie de la durée de la procédure coïncid[ait] avec la durée de l'expertise médicale de la requérante, qui n'a pas encore abouti à ce jour* » pour ensuite déclarer que « *l'expertise en question se situait dans le cadre d'une procédure judiciaire contrôlée par le juge, qui restait chargé d'assurer la conduite rapide du procès* ». L'analyse effectuée par la Cour lui avait permis ainsi de considérer que le délai écoulé depuis l'organisation de la mesure était « *manifestement excessif* »⁶⁶⁷.

⁶⁶⁵ CEDH (Chambre), *Monnet c. France*, préc., § 33.

⁶⁶⁶ S. GUINCHARD (dir.), *Droit processuel : droits fondamentaux du procès*, op. cit., p. 1072, spéc. n° 426.

⁶⁶⁷ CEDH (Quatrième Section), *Galinho Carvalho Matos c. Portugal*, 23 nov. 1999, préc., §§ 30-31.

222. Diligences de l'expert et carence du juge. Est-il possible d'ajouter aux trois critères précédemment établis un critère tenant au comportement de l'expert ? En d'autres termes, la contribution de l'expert à la lenteur de la mesure peut-elle être prise en compte dans la mise en œuvre du contrôle ? Cela engendrerait tout de même un examen spécifique à l'instance dans laquelle une expertise a été organisée. La réponse à cette question semble négative. À la lumière des décisions rendues par la Cour EDH, il apparaît en effet que la carence du juge est retenue alors même que c'est l'expert qui a participé à la durée déraisonnable de la mesure d'instruction. Cette solution s'explique dans la mesure où il a été considéré dans l'arrêt *Versini contre France* de 2001 que l'expert, bien qu'indépendant dans l'établissement de son rapport reste soumis au contrôle des autorités juridictionnelles lesquelles sont tenues d'assurer le bon déroulement de l'expertise⁶⁶⁸. En l'espèce, une expertise avait été ordonnée par le tribunal de grande instance de Bastia afin de fixer l'indemnité résultant d'une voie de fait commise par la commune de Calvi à la suite de l'empiètement qu'elle avait exercé sur la propriété privée du requérant. La décision prévoyait que l'expert devait rendre son rapport au plus tard le 30 octobre 1997. Après le refus des quatre experts précédents de procéder à la mesure, un cinquième, désigné par ordonnance du 10 décembre 1997 a finalement accepté sa mission. Ce dernier avait présenté une demande de consignation supplémentaire, qui, pourtant acceptée par ordonnance du 2 février 1998, fut notifiée au requérant le 24 mars suivant. L'ordonnance précisait que la somme devait être consignée avant le 19 mars 1998. La somme n'étant pas versée à la date fixée, le juge a adressé au requérant une lettre de rappel le 20 mars, laquelle avait reçu une réponse positive le 6 avril suivant. Cependant, face au non-versement de la consignation par le requérant, le juge de la mise en état a sollicité de l'expert qu'il rende son rapport en l'état. Le 9 juillet suivant, le requérant avait demandé à l'expert de retarder le dépôt de son rapport le temps de procéder à une demande de provision. C'est ainsi que ce dernier déposait un court rapport le 31 juillet suivant, lequel déclarait qu'une des deux parcelles litigieuses n'appartenait pas au requérant. Ce dernier avait également contesté les conclusions de l'expert dans la mesure où le professionnel aurait outrepassé sa mission. Il avait sollicité une nouvelle expertise qui fut refusée par ordonnance du 4 novembre 1998. Par la suite, la procédure a été déclarée close et, le 8 mars 2001, la commune de Calvi a été condamnée au paiement d'une indemnité pour emprise irrégulière sur la propriété du requérant. C'est ainsi que ce dernier invoque devant la Cour EDH la violation de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH, et notamment du principe de délai

⁶⁶⁸ CEDH (Cinquième Section), *Versini c. France*, préc., § 29

raisonnable. Les juges insistent d'abord sur le fait que la procédure ne présentait aucun caractère complexe, s'agissant d'un litige ordinaire, et que le comportement du requérant ne présentait aucune anomalie, celui-ci ayant fait normalement usage des diverses possibilités procédurales que lui ouvrait le droit interne⁶⁶⁹. En procédant au contrôle de la durée de l'instance, la Cour va constater que celle-ci a duré 8 ans et 4 mois. Pour expliquer cette longueur, elle va retenir le comportement fautif de trois entités, toutes liées aux autorités étatiques : celui de la commune de Calvi qui a constitué avocat tardivement, celui du juge qui, en remplaçant quatre fois l'expert, a retardé le dépôt du rapport et celui de l'expert qui avait outrepassé sa mission contraignant dès lors le requérant à solliciter une nouvelle expertise, demande qui avait nécessairement rallongé la procédure. La Cour en a déduit « *qu'une telle durée pour un seul degré de juridiction ne saurait être considérée comme raisonnable au regard de l'article 6 § 1 de la Convention* »⁶⁷⁰.

La lecture des faits laisse apparaître que les diligences effectuées par le juge pour que la mesure d'expertise ne dure pas ont été suffisantes : lettre de rappel adressée au requérant aux fins de régler la consignation complémentaire, rendus de quatre ordonnances de remplacement d'expert dans des délais apparemment satisfaisants. C'est la négligence de l'expert qui, en outrepassant sa mission qui consistait seulement à évaluer le dommage subi, a en réalité entraîné du retard dans le dépôt du rapport. Cependant, conformément à ce que décide la Cour EDH, la lenteur de l'expertise est finalement imputable au juge, puisque c'est lui qui a organisé la mesure et nommé l'expert. Cet arrêt démontre la sévérité dont fait preuve la Cour EDH en matière de délai raisonnable. En définitive, le juge voit sa responsabilité renforcée et doit empêcher tant la carence des parties que celle de l'expert dans le déroulement de l'expertise, quand bien même aucune faute ne pourrait lui être directement reprochée.

223. Célérité et vigilance. En tout état de cause, il appartient au juge de mettre en œuvre tous les pouvoirs que le droit processuel lui accorde afin que le rapport d'expertise soit remis dans les délais qu'il a impartis. Il peut ainsi procéder à des injonctions de produire des pièces si une des parties ne coopère pas à son obligation de communiquer les pièces à l'expert. Cette exigence n'est pas nouvelle, la Cour EDH l'ayant déjà invoquée dans des affaires où avaient été instaurées des expertises médicales⁶⁷¹. Il incombe ainsi au juge des

⁶⁶⁹ CEDH (Troisième Section), *Versini c. France*, préc., §§ 27-28.

⁶⁷⁰ CEDH (Troisième Section), *Versini c. France*, préc., §§ 29-31.

⁶⁷¹ CEDH (Quatrième Section), *Marques Gomes Galo c. Portugal*, 23 nov. 1999, req. n° 35592/97, D. 2000.

obligations de célérité et de vigilance. Toujours selon la Cour, il ne suffit pas que le juge exerce un simple contrôle des délais de procédure et prononce quelques mesures pour que le principe du délai raisonnable soit réalisé, il doit mettre en œuvre « tous » les moyens mis à sa disposition par les règles internes. La Cour EDH a en effet sanctionné les juridictions françaises qui « *n'ont pas utilisé tous les moyens dont elles disposaient pour accélérer la procédure* » dans une instance allongée par le déroulement d'une mesure d'expertise judiciaire⁶⁷². La réalisation de cet objectif passe nécessairement par la relation qu'entretiennent le juge et l'expert, ce dernier devant rendre compte de toutes les diligences qu'il a effectuées au cours de l'exécution de l'expertise⁶⁷³, à charge pour ce premier de décider souverainement que le rapport peut être déposé en l'état si trop de difficultés compromettent son déroulement. Par ailleurs, l'expert, lui-même, possède des attributions de nature à faire respecter le principe du délai raisonnable. En effet, depuis le décret du 28 décembre 2005, l'article 276 alinéa 2 du code de procédure civile lui donne la possibilité de fixer des délais aux parties pour qu'elles formulent des observations. À défaut de respect de ces délais, il pourra ne pas prendre en compte les observations tardives des parties, pour ne pas ralentir son travail. En matière d'expertise, les impératifs de célérité et de vigilance du juge s'imposent également en amont de la procédure intentée par le requérant. C'est à ce titre que la Cour EDH a décidé que le fait pour une cour d'appel allemande de ne pas avoir ordonnée d'expertise en début de procédure afin de parvenir à une résolution amiable du litige, n'est pas de nature à ralentir l'instance et ne porte pas atteinte au principe du délai raisonnable⁶⁷⁴.

224. Le caractère raisonnable de l'expertise se manifeste ainsi par sa première composante : le respect des délais impartis pour l'accomplissement de la mesure. Le second versant de ce caractère, matérialisé par le coût de l'expertise, se révèle plus difficile à saisir dans le sens où il ne résulte expressément d'aucune disposition légale. Il convient de procéder

Somm. 182, obs. N. FRICERO.

⁶⁷² CEDH (Deuxième Section), *Huart c. France*, préc., § 67.

⁶⁷³ CPC, art. 273.

⁶⁷⁴ CEDH (Chambre), *Buchholz c. Allemagne*, 6 mai 1981, req. n° 7759/77, § 59 : « *On ne peut pas non plus la critiquer [la cour d'appel] pour ne pas avoir ordonné l'expertise dès le début de l'instance. On conçoit qu'elle ait cru bon d'essayer d'aboutir à un arrangement à l'amiable malgré les graves accusations du requérant contre les dirigeants de la Dependdorf KG. Le bien-fondé de ces accusations devint ainsi une question subsidiaire; son examen ne s'imposa qu'une fois établie l'impossibilité d'arriver à un tel règlement. La circonstance que l'intéressé nia ensuite, à la troisième audience, avoir reçu les deux préavis dès le 30 septembre 1974 explique que la cour ait à nouveau différé le recours à une expertise: il lui fallut attendre le résultat de l'audition des témoins* ».

à son établissement (Section 2).

SECTION 2. LA QUESTION DU COÛT RAISONNABLE DE L'EXPERTISE

225. La rémunération de l'expert et le coût raisonnable de l'expertise. L'aide apportée par l'expert dans la résolution d'un litige explique qu'il soit rémunéré. L'article 282 alinéa 5 du code de procédure civile énonce en effet que « *le dépôt par l'expert de son rapport est accompagné de sa demande de rémunération* »⁶⁷⁵. Toutefois, l'article 284 alinéa 1er prévoit que c'est au juge qu'il appartient de fixer cette rémunération. Dès lors, deux situations entrent en confrontation : la rétribution que le technicien espère obtenir et celle que le juge lui accordera souverainement. Les parties au procès civil, à qui il revient de payer l'expert⁶⁷⁶, possèdent deux pouvoirs en matière de coût de l'expertise. Elles peuvent, d'une part, adresser au juge ou à l'expert leurs observations sur la rémunération sollicitée par ce dernier⁶⁷⁷ et, d'autre part, contester l'ordonnance de taxation qui leur est notifiée⁶⁷⁸. En tout état de cause, la mission du juge est extrêmement importante puisque les parties doivent avoir l'impression que la somme qu'elles ont versée pour régler l'expert est justifiée⁶⁷⁹. Le juge participe ainsi à la réalisation du « coût raisonnable » de l'expertise.

226. Coût raisonnable de l'expertise. L'étude du coût raisonnable de l'expertise fait surgir la difficulté suivante : les expertises judiciaires sont trop coûteuses, notamment en raison du domaine dans lequel l'expert intervient⁶⁸⁰ mais aussi de la manière dont il facture

⁶⁷⁵ La Cour de cassation précise en ce sens qu'il revient à l'expert de produire les justificatifs nécessaires à sa demande de paiement : Cass. civ., 2ème, 28 mars 1984, n° 82-17.081, Bull. civ. II, n° 55 ; Cass. civ., 2ème, 4 oct. 2001, n° 98-22.084, inédit.

⁶⁷⁶ **M.-A. FRISON-ROCHE**, « La procédure de l'expertise », in *L'expertise*, préc. : « *Dans certains contentieux, quel est le premier rôle des parties ? Mais payer l'expert ! [...] les opérations d'expertise ne commencent pas avant que la provision, que le juge ordonnant la mesure a mis à la charge de la partie demanderesse, de son adversaire ou des deux, n'ait été consignée* ».

⁶⁷⁷ CPC, art. 282 al. 5.

⁶⁷⁸ CPC, art. 714 : « *L'ordonnance de taxe rendue par le président d'une juridiction de première instance peut être frappée par tout intéressé d'un recours devant le premier président de la cour d'appel* ».

⁶⁷⁹ **J.-O. VIOUT**, « À propos de la rémunération de l'expert de justice », inter. in colloque de la compagnie des experts du 23 mai 2014 à REIMS, Site internet de la Compagnie des Experts près la Cour d'Appel de REIMS, pp. 1-2 : « *Que dire sur la rémunération de l'expert commis dans le cadre d'une procédure civile... sinon que celui-ci doit être rémunéré à un juste prix et que ce juste prix doit être fixé de manière suffisamment transparente pour que les parties qui devront s'en acquitter de leurs deniers propres, en comprennent la logique, sans qu'il soit nécessaire pour elles de recourir à je ne sais quel art divinatoire* ».

⁶⁸⁰ **G. PERRAULT**, « Vers une augmentation constante du coût de l'expertise », Experts, févr. 2012, p. 21 ; **S. ARNAULT et P. KRIEF**, Direction de l'Administration générale et de l'Équipement, Sous-direction de la Statistique, des Études et de la Documentation, « Le coût des expertises », févr. 2003, Rapport au ministère de la justice, Site internet de la cour de cassation, http://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/conf_de_consensus/bibliographie/consensus_arnault_cout

ses opérations, au point de contraindre le justiciable à s'abstenir de saisir le juge pour faire valoir ses droits. La question se pose alors de savoir si l'étude du coût de l'expertise peut amener à l'affirmation d'un principe général de coût raisonnable, découlant de la notion de procès équitable de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH⁶⁸¹. Non prévu par cette disposition, le principe de coût raisonnable de l'expertise peut-il, à l'instar de celui du contradictoire, se voir assurer une effectivité au sens de la Conv. EDH ? Cette interrogation est pertinente dans la mesure où en matière civile, il faut le rappeler, ce sont aux parties à la mesure d'expertise d'en assumer les frais⁶⁸². Et ceci contrairement à la matière pénale où c'est le Trésor Public aura la charge des frais d'expertise⁶⁸³, ce qui paraîtrait plus adapté à la manifestation de la vérité⁶⁸⁴. Il sera nécessaire de puiser dans les décisions de la Cour EDH pour répondre à cette question.

_expertises_2003.pdf : Le coût moyen d'une expertise civile est de 2174 euros. 7% des expertises atteignent des montants supérieurs à 6000 euros. Selon le domaine, le coût de l'expertise varie : 606€ en moyenne dans le médical, 3475 euros dans le bâtiment. Selon le type de contentieux, le prix moyen de l'expertise peut varier du simple au triple : 861 euros en moyenne pour le contentieux du droit de la responsabilité et près de 3000€ pour le contentieux du droit des contrats. Les honoraires de l'expert s'élèvent en moyenne à 1514 euros, ce qui représente 80% du coût total de l'expertise (jusqu'à 93% dans le médical et 70% dans les transports, l'automobile ou le bâtiment) ; **COMPAGNIES D'EXPERTS DE JUSTICE (CNCEJ)**, « Le coût de l'expertise, l'utile et le vrai », Maison du Barreau, Paris 22 mars 2013, site internet du Conseil National des Compagnies d'Experts de Justice, http://www.cncej.org/documents/uploads/330_220313.pdf : « Il apparaît alors que ce ne sont pas les hommes et leurs compétences qui font le coût, mais les matières et les obligations de la vérité dans chacune d'elles. La recherche d'un problème de dégât des eaux demande finalement beaucoup de temps ; les intervenants sont nombreux parmi lesquels des experts d'assurés ou de compagnies de sorte que les comparaisons de coûts au travers des seuls domaines d'intervention sont inefficaces, voire pourraient paraître déplacées » ; **CONSEIL NATIONAL DES COMPAGNIES D'EXPERTS DE JUSTICE**, Commission Économie et Financement de l'Expertise, « Le prix de l'expertise », 5 février 2010, Site internet de la Compagnie Nationale Architectes Experts, <http://www.cnaejja.org/wp-content/uploads/2010/03/Co%C3%BBt-de-lexpertise-par-la-CNCEJ-.pdf> ; À cet effet, en pratique, chaque cour d'appel transmet régulièrement aux juridictions de son ressort un barème comprenant les éléments d'appréciation pour la fixation des honoraires applicables aux opérations d'expertise civile non tarifées.

⁶⁸¹ C'est d'ailleurs par cette interrogation que s'était achevé un colloque destiné au coût de l'expertise judiciaire : **COMPAGNIES D'EXPERTS DE JUSTICE (CNCEJ)**, *Le coût de l'expertise, l'utile et le vrai*, Maison du Barreau, Paris 22 mars 2013, site internet du Conseil National des Compagnies d'Experts de Justice, http://www.cncej.org/documents/uploads/330_220313.pdf

⁶⁸² Le principe est le même en matière d'expertise judiciaire administrative.

⁶⁸³ CPP, art. 800 : « Un décret en Conseil d'État détermine les frais qui doivent être compris sous la dénomination de frais de justice criminelle, correctionnelle et de police ; il en établit le tarif ou fixe les modalités selon lesquelles ce tarif est établi, en règle le paiement et le recouvrement, détermine les voies de recours, fixe les conditions que doivent remplir les parties prenantes et, d'une façon générale, règle tout ce qui touche aux frais de justice en matière criminelle, correctionnelle et de police » ; CPP, art. R. 92 : « Les frais de justice criminelle, correctionnelle et de police sont : [...] 3° Les honoraires et indemnités qui peuvent être accordés aux personnes ci-après : Experts et traducteurs interprètes ».

⁶⁸⁴ **M.-A. FRISON-ROCHE**, *La procédure de l'expertise*, préc. : L'auteur considère le fait pour le Trésor Public de prendre en charge définitivement les frais de l'expertise en matière pénale comme « conforme à l'idée d'un service public de la justice et à l'idée que la recherche de la vérité ne doit pas être excessivement dépendante des moyens financiers des justiciables ».

227. Plan. Relever l'existence d'un principe de coût raisonnable de l'expertise, à l'aune de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH (§ 1) amène immédiatement à s'interroger sur la mise en œuvre de cette notion, par le biais de ses paramètres (§ 2).

§ 1. L'ÉLABORATION D'UN PRINCIPE DE COÛT RAISONNABLE DE L'EXPERTISE

228. Le lien entre le prix de l'expertise judiciaire et le procès équitable est d'autant plus évident que la problématique du prix de l'expertise se rattache étroitement à la notion d'accès au droit, et plus précisément d'accès au juge reconnu par l'article 6 § 1 de la Conv. EDH (A). Le justiciable a droit à ce que sa cause soit entendue par le juge. Ainsi, les difficultés financières qu'il est susceptible d'éprouver ne doivent pas constituer un frein pour financer une mesure d'instruction. Le principe d'égalité des armes, qui exige que la place de chaque partie soit équilibrée au sein de l'instance, intervient aussi (B) : les moyens financiers entre les parties ne sont pas identiques, l'une d'entre elles pouvant plus aisément assumer les frais d'une expertise que l'autre. Il devient alors nécessaire d'établir une juste mesure entre elles.

A. LE COÛT RAISONNABLE DE L'EXPERTISE RÉSULTANT DU PRINCIPE D'ACCÈS AU JUGE

229. Accès au juge et liaison avec le prix de l'expertise. Le prix d'une expertise est un élément qui va nécessairement motiver un justiciable à saisir le juge pour solliciter la mesure. Entre ainsi en jeu l'accès au juge, droit reconnu par la Cour EDH en application du procès équitable. Le coût d'une mesure d'expertise judiciaire ne devrait dès lors pas porter atteinte à ce droit. L'arrêt *Golder contre Royaume-Uni* de 1975 apporte les premières réponses quant au lien entre le coût de l'expertise et le procès équitable en affirmant qu'il ne saurait se concevoir que « *l'article 6 § 1 décrive en détail les garanties de procédure accordées aux parties à une action civile en cours et qu'il ne protège pas d'abord ce qui seul permet d'en bénéficier en réalité : l'accès au juge* »⁶⁸⁵. Cette exigence implique nécessairement que

⁶⁸⁵ CEDH (Plénière), *Golder c. Royaume-Uni*, préc., § 35 ; La Cour de cassation a d'ailleurs fait entrer le droit d'accès au juge dans les exigences d'ordre public de procédure par un arrêt Cass. civ., 1ère, 1er févr. 2005, n° 01-13.742, 02-15.237 : « *l'impossibilité pour une partie d'accéder au juge, fût-il arbitral, chargé de statuer sur sa prétention, à l'exclusion de toute juridiction étatique, et d'exercer ainsi un droit qui relève de l'ordre public international consacré par les principes de l'arbitrage international et l'article 6. 1, de la Convention européenne des droits de l'homme, constitue un déni de justice qui fonde la compétence internationale du président du tribunal de grande instance de Paris, dans la mission d'assistance et de coopération du juge* ».

« l'impossibilité pour une partie d'accéder au juge [...] chargé de statuer sur sa prétention, à l'exclusion de toute juridiction étatique, et d'exercer ainsi un droit qui relève de l'ordre public international consacré [...] l'article 6. 1, de la Convention européenne des droits de l'homme, constitue un déni de justice [...] »⁶⁸⁶, faisant ainsi pénétrer la question de l'accès au juge dans la sphère de l'ordre public de procédure⁶⁸⁷. L'expertise entre indéniablement dans le cadre du droit d'accès au juge, puisqu'elle représente un moyen efficace pour une partie d'établir devant une juridiction la réalité des faits qu'elle allègue. Mais, le bénéfice d'une expertise est subordonné à la possibilité pour la partie qui la demande d'en assurer le paiement. Dans le cas où celle-ci ne possède pas les moyens nécessaires pour assurer un tel financement, notamment dans un domaine présentant une grande technicité, alors son droit d'accès au juge se retrouve compromis. D'autant plus qu'il ressort de l'arrêt *Airey contre Irlande* qu'un accès concret et effectif au juge ne peut être assuré si le coût de la procédure est trop élevé⁶⁸⁸. En outre, s'il est vrai que la condamnation du défendeur aux frais irrépétibles au titre de l'article 700 du code de procédure civile et aux dépens de l'article 699 du même code peut permettre de palier ce coût, cela ne s'avère pas toujours suffisant⁶⁸⁹. Afin de garantir cet accès au juge, le juge peut aussi faire usage de l'article 269 *in fine* du code de procédure civile lui permettant d'assortir la consignation d'échéances qu'il aménage de manière souveraine.

230. Accès au juge, aide juridictionnelle et expertise. L'aide juridictionnelle, qui représente la prise en charge des frais de procédure par l'État pour les personnes physiques dont les ressources sont insuffisantes pour faire valoir leurs droits en justice, fait partie des moyens tendant à assurer l'effectivité du droit d'accès au juge, quand bien même elle ne représente pas une obligation en matière d'affaires civiles selon la Cour EDH⁶⁹⁰. Cette

étatique à la constitution d'un tribunal arbitral, dès lors qu'il existe un rattachement avec la France ».

⁶⁸⁶ Cass. civ., 1ère, 1er févr. 2005, préc..

⁶⁸⁷ **J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, J.-P. MARGUENAUD, F. SUDRE et G. GONZALEZ (collab.)**, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, P.UF, Thémis, 6ème éd. 2011, p. 294.

⁶⁸⁸ CEDH (Chambre), *Airey c. Irlande*, 9 oct. 1979, req. n° 6289/73, §§ 25-28.

⁶⁸⁹ **J.-F. PERICAUD**, « La déontologie et la responsabilité de l'expert judiciaire », RDI 2001, p. 321 : « Une solution existe pour pallier dans une certaine mesure, mais dans un certaine mesure seulement, cette difficulté : c'est l'application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile qui permet à la partie qui gagne son procès, de solliciter la condamnation de la ou des parties succombantes, à lui rembourser ses frais et débours irrépétibles de procédure [...] Parmi ces frais figurent, non seulement les honoraires non taxables de l'avocat, mais également ceux du conseil technique" [donc de l'expert] "On ne peut que souhaiter une appréciation aussi large que possible, par les tribunaux, du montant des sommes allouées en vertu de cette disposition de l'article 700 du code de procédure civile, et ce, dans l'intérêt même du justiciable peu argenté ».

⁶⁹⁰ CEDH (Troisième Section), *Essaadi c. France*, 26 févr. 2002, req. n° 49384/99, § 30.

dernière exige des États membres de la Convention, dans les instances dans lesquelles soit la représentation par avocat est obligatoire, soit quand la complexité de l'affaire le rend indispensable, soit lorsque la situation financière du plaideur ne lui permet pas de se défendre convenablement, d'instaurer une telle aide financière⁶⁹¹. Le besoin d'une expertise peut en effet être considéré comme un facteur de complexification de l'instance, ce qui ferait rentrer les mesures d'instruction dans le domaine d'attribution de l'aide juridictionnelle tel que le prévoit la jurisprudence européenne.

En droit interne, c'est une loi du 10 juillet 1991⁶⁹² qui définit le principe même de l'aide juridictionnelle et précise ses modalités d'application aux instances portées devant les tribunaux. L'article 1er de la loi est très éloquent puisqu'il définit son but, à savoir l'accès à la justice et au droit. L'article 40 alinéa 1er précise quant à lui que « *l'aide juridictionnelle concerne tous les frais afférents aux instances, procédures ou actes pour lesquels elle a été accordée, à l'exception des droits de plaidoirie* », de sorte que les frais d'expertise se retrouvent directement concernés. À ce propos, la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de considérer que « *l'aide judiciaire, qui concerne tous les frais afférents aux instances pour lesquelles elle est accordée et, notamment, ceux d'expertise, dispense son bénéficiaire, à compter de la demande d'aide judiciaire, de l'avance et de la consignation de ces frais* »⁶⁹³. Ainsi, le juge doit indiquer, dans la décision de désignation d'un expert, que la partie consignataire des frais d'expertise sera dispensée de les régler puisqu'elle bénéficie de l'aide juridictionnelle. Cette dispense totale de règlement des frais d'expertise est valable même si l'aide juridique a été accordée de manière partielle. Des statistiques publiées en 2003 indiquaient que cette aide était attribuée dans 15 % des affaires avec expertise⁶⁹⁴, chiffre relativement bas par rapport à l'augmentation du coût de l'expertise et des contentieux nécessitant l'instauration d'une mesure d'instruction⁶⁹⁵. L'étude du Ministère de la Justice de

⁶⁹¹ CEDH (Quatrième Section), *Steel et Morris c. Royaume-uni*, 15 févr. 2005, req. n° 68416/01, §§ 61-62.

⁶⁹² Loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique.

⁶⁹³ Cass. civ., 2ème, 26 févr. 1992, n° 90-20.821, Bull. civ. II, n° 66, p. 32 : D., 1992, p. 1981, note P. LAROCHE DE ROUSSANE : dans cette décision, la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la cour d'appel qui avait mis les frais d'expertise judiciaire à la charge d'une partie qui bénéficiait de l'aide judiciaire.

⁶⁹⁴ S. ARNAULT et P. KRIEF, « Le coût des expertises », févr. 2003, p. 21, site internet de la Cour de cassation, https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/conf_de_consensus/bibliographie/consensus_arnault_cout_expertises_2003.pdf

⁶⁹⁵ Sur la problématique de la prise en charge par l'État pour le paiement de l'expert face à un débiteur insolvable : CE, 26 févr. 1971, req. n° 77459 : « [...] dans le cas où cette partie est insolvable, l'expert subit, pour avoir participé au fonctionnement du service public de la justice administrative, un préjudice qui résulte de l'impossibilité ou il se trouve d'obtenir le paiement de ses honoraires ; que, lorsque l'expert, malgré ses diligences, n'a pu obtenir ce paiement de la partie que le tribunal a condamnée à supporter les dépens, l'État, responsable du fonctionnement du service public de la justice administrative, doit se

janvier 2018 relative aux expertises judiciaires devant les tribunaux et les cours d'appels relèvent qu'en 2017 la part des bénéficiaires de l'aide juridictionnelle est plus élevée dans les affaires au fond avec expertise (29% contre 19% en 2011). Tandis que dans le cadre des référés-expertises, ce taux d'aide juridictionnelle s'avère plus faible (5%)⁶⁹⁶.

231. Le coût raisonnable de l'expertise peut également se déduire d'une seconde composante du droit au procès équitable, le principe d'égalité des armes. À la différence du principe d'accès au juge qui envisage la question du prix de l'expertise vis-à-vis du justiciable seul, le principe d'égalité des armes met en avant la problématique du coût de la mesure sous l'angle d'un déséquilibre financier entre les parties à la mesure d'expertise (B).

B. LE COÛT RAISONNABLE DE L'EXPERTISE RÉSULTANT DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ DES ARMES

232. Égalité des armes et expertise. Le principe de l'égalité des armes, reconnu par l'arrêt de la Commission Européenne *Szwabowicz contre Suède*⁶⁹⁷, suppose que « *toute partie à une action civile et a fortiori à une action pénale, doit avoir une possibilité raisonnable d'exposer sa cause au tribunal dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable par rapport à la partie adverse* ». Ce juste équilibre entre les parties au procès se manifeste également dans le cadre de la présentation par ces dernières de leurs moyens de preuves⁶⁹⁸. Le coût de l'expertise s'insère inmanquablement dans la sphère du principe d'égalité des armes dans la mesure où dans certains litiges, les parties possèdent des facultés financières déséquilibrées, ce qui peut entraver le droit de solliciter une mesure d'instruction pour la moins aisée des deux⁶⁹⁹. Cette dernière se trouvant être plus

substituer au débiteur principal des dépens pour le paiement de ces honoraires et supporter à titre subsidiaire la charge de l'insolvabilité de ce débiteur » ; Cass. civ., 1ère, 21 déc. 1987, n° 86-13.582, Bull. civ. I, n° 347, p. 248 ; D., 1988, p. 578, note T. MOUSSA ; Gaz. Pal., 1988, I, p. 149, note G. SELLON et M. CARATINI ; RTD civ., 1988, p. 397, obs. R. PERROT : cette substitution, s'analysant en un recours en garantie, ne peut être prononcée qu'en cas de faute commise par le service public de la justice et dûment prouvée par le demandeur. Dans le cas où cette faute ne peut être prouvée, l'expert judiciaire, qui n'a pas été réglé de ses honoraires et de ses frais par la partie désignée par le juge, ne peut en obtenir, sauf textes particuliers, le paiement de l'État.

⁶⁹⁶ **DACS-PEJC**, « Les expertises judiciaires civiles devant les tribunaux de grande instance et les cours d'appel », préc., p. 1.

⁶⁹⁷ Commission (avis), *Szwabowicz c. Suède*, 30 juin 1959, req. n° 434/58, Annuaire II, p. 535.

⁶⁹⁸ CEDH (Grande Chambre) *Kress c. France*, 7 juin 2001, req. n° 39594/98, § 72, CEDH 2001-VI ; CEDH (Grande Chambre), *Regner c. République Tchèque*, 19 sept. 2017, req. n° 35289/11, § 8.

⁶⁹⁹ **J.-F. PERICAUD**, « La déontologie et la responsabilité de l'expert judiciaire », préc. : « *La victime n'est généralement pas assurée ; il lui faut supporter la rémunération de son avocat ; pourra-t-elle matériellement se faire assister d'un technicien dont elle devrait également régler les honoraires ? Si ses revenus sont modestes, on peut en douter ! [...] A l'inverse, le responsable, lui, est assuré, il est défendu par l'avocat qui*

généralement le demandeur. Dans la plupart des cas, le défendeur à la mesure d'expertise est une compagnie d'assurances ou une entreprise dont les moyens financiers sont supérieurs. Ainsi rapporté à l'expertise, le principe de l'égalité des armes participerait à l'élaboration du principe de coût raisonnable de l'expertise en vertu duquel une partie désavantagée financièrement ne saurait renoncer à son droit à demander une expertise, élément clé de son action en justice. Une décision *Steel et Morris contre Royaume-Uni*⁷⁰⁰ de la Cour EDH pourrait tout à fait être transposée à l'expertise judiciaire. En effet, dans cette affaire, les juges européens ont considéré que l'absence d'octroi d'une aide judiciaire aux plaideurs par l'État les a privés de leur possibilité de défendre de manière effective leur cause, ces derniers s'étant retrouvés face à un adversaire plus aisé financièrement⁷⁰¹. L'égalité des armes devrait donc être assurée de la même manière en matière d'expertise, le juge en étant le principal garant.

233. Paiement de la consignation de l'expertise par la partie la plus aisée financièrement ? En application du principe d'égalité des armes, serait-il envisageable que le juge prenne en considération les moyens financiers des parties, et, après un examen attentif, mette la consignation de la mesure à la charge de la partie la plus en mesure de la financer ?⁷⁰² Ce pouvoir se retrouverait rapidement limité en pratique. Si la partie la plus aisée financièrement est le défendeur, celui-ci pourrait décider de ne pas régler la consignation puisque l'expertise n'est pas dans son intérêt. Dans ce cas, l'article 271 du code de procédure civile énonce que le défaut de consignation rend la désignation de l'expert caduque. Il faut alors s'interroger sur la possibilité de prévoir, dans l'hypothèse où le juge ferait peser la consignation sur la partie la plus en mesure de la financer, un système d'astreinte si cette dernière ne coopère pas. Encore reste-t-il à considérer tout d'abord que le fait de mettre à la charge d'une partie une consignation constitue bien une « condamnation », qu'ensuite la voie de l'astreinte s'applique bien aux obligations de payer une somme d'argent⁷⁰³, et qu'enfin

lui, est désigné par sa compagnie d'assurances et assisté par l'expert d'assurances de cette compagnie. L'inégalité des armes est évidente ».

⁷⁰⁰ CEDH (Quatrième section), *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, 15 févr. 2005, req. n° 8416/01.

⁷⁰¹ CEDH (Quatrième section), *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, déc. préc., § 72.

⁷⁰² Cass. civ., 1ère, 5 juill. 1989, n° 87-15288, Bull. civ. I, n° 276, p. 183 : le juge possède un pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne la partie sur qui pèsera la charge de la provision de l'expert ; v. également CA, Pau, 9 juill. 1982 : D. 1983, IR 153, obs. JULIEN ; Cass. civ., 2ème, 16 mai 2013, n° 11-28.060, Bull. civ. II, n° 95 : ce pouvoir s'étend aux consignations complémentaires.

⁷⁰³ F. GUERCHOUN, Dalloz, Rép. de procédure civile, v. *Astreinte*, n° 23 : « La condamnation sous astreinte au paiement d'une somme d'argent a autrefois suscité une certaine réserve de la part des tribunaux. Cette résistance trouvait son origine dans la faculté offerte au créancier d'en poursuivre le recouvrement par le biais des voies d'exécution forcée en faisant pratiquer une saisie [...] [cette conception] ne put perdurer, notamment lorsque la loi admit que l'astreinte se distingue des dommages et intérêts ».

l'expert représente bien une personne privée créancière, seule catégorie de personne bénéficiaire de l'astreinte. De plus, imposer aux parties de justifier de leurs ressources financières serait attentatoire à leur vie privée.

234. Provision *ad litem* et coût raisonnable de l'expertise. Le juge a la possibilité de condamner la partie aisée financièrement au paiement, envers l'autre, d'une provision *ad litem*, au stade des référés. La provision *ad litem* représente la somme provisoire octroyée à une partie par son adversaire, sur condamnation d'une juridiction, en vue de lui permettre de faire face aux frais que la procédure va entraîner. Cette somme provisionnelle pourrait en effet permettre d'assurer partiellement ou totalement le coût d'une expertise judiciaire sollicitée sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile. Selon le professeur Yves STRICKLER, cette prérogative a tendance à se développer lorsque le juge établit l'implication vraisemblable de la « partie forte » dans l'origine d'un dommage constaté, répondant ainsi à la condition de l'article 809 alinéa 2 du code de procédure civile selon laquelle « *dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il [le juge des référés] peut accorder une provision au créancier* »⁷⁰⁴. Déjà très tôt, les juges du fond avaient relevé que l'octroi d'une provision au stade d'une procédure de référé a pour conséquence de conférer aux victimes de désordres non contestables les moyens effectifs de participer pleinement au discours technique dans le cadre par définition contradictoire de l'expertise⁷⁰⁵, à la condition toutefois que l'assistance d'un tel conseil technique ne soit pas elle-même sérieusement contestable⁷⁰⁶. Ce procédé jurisprudentiel semble démontrer son efficacité, du fait de sa validation par la Cour de cassation⁷⁰⁷. Celle-ci exprime en effet que le juge des référés est en droit d'accorder à la partie faible une provision *ad litem* pour faire face aux frais d'expertise, dès lors que ce dernier saisi sur le fondement de l'article 809 alinéa 2 du code de procédure civile, qui lui donne le pouvoir d'allouer toute provision, relève l'existence d'une obligation non sérieusement contestable. Le prononcé d'une provision *ad litem* au bénéfice d'une partie faible financièrement, lorsque le juge relève l'implication de la partie forte dans la réalisation du dommage, conduit en conséquence à assurer le principe d'égalité

⁷⁰⁴ Y. STRICKLER, « Pour une nouvelle approche de la provision *ad litem*, Les soubresauts du volet civil de l'affaire du *Mediator* », D., 2013, p. 2588.

⁷⁰⁵ TGI, Paris, ord. de référé, 11 janv. 1984 : RTD civ. 1984, p. 553, obs. J. NORMAND ; Gaz. Pal., 1984, 1, p. 266, note P. BERTIN.

⁷⁰⁶ CA, Paris, ch. 19, sect. A, 26 mai 1986 : Gaz. Pal. 1986, 1, p. 386, note P. BERTIN.

⁷⁰⁷ Cass. civ., 2ème, 18 juin 2009, n° 08-14864, Bull. civ. II, 2009, n° 166.

des armes résultant du droit plus large de toute personne à bénéficier d'un procès équitable⁷⁰⁸.

235. À l'aune des composantes aussi spécifiques du procès équitable que représentent l'accès au juge et l'égalité des armes, un principe de coût raisonnable se dévoile. Son existence conduit à s'interroger sur ses paramètres d'application, ce qui renforce son effectivité (§ 2).

§ 2. L'IDENTIFICATION DES PARAMÈTRES DU COÛT RAISONNABLE DE L'EXPERTISE

236. Relever les données permettant d'établir un principe de coût raisonnable de l'expertise n'est pas suffisant. Encore faut-il le mettre en œuvre et déterminer quels paramètres doivent être employés pour assurer son effectivité. La question des frais de l'expertise fait l'objet d'un régime légal assez précis⁷⁰⁹. À la lecture des dispositions du code de procédure civile, le paramètre déterminant dans l'application du coût raisonnable est l'intervention du juge, souverainement compétent pour fixer la rémunération de l'expert (A). Celui-ci est, de ce fait, un acteur clé dans la mise en œuvre du coût raisonnable de l'expertise. Son rôle de taxateur ne pourra toutefois s'exercer que s'il répond aux critères de fixation de rémunération de l'expert édictés par la loi, et précisés par la jurisprudence (B).

A. LE POUVOIR SOUVERAIN DU JUGE DANS LA FIXATION DE LA RÉMUNÉRATION DE L'EXPERT

237. Consécration du rôle taxateur du juge. Le rôle du juge permet nécessairement de parvenir au coût raisonnable de l'expertise. Il est le seul acteur juridique que la loi charge du contrôle des opérations de l'expert, ce qui lui confère une influence primordiale sur la détermination de sa rémunération⁷¹⁰. L'alinéa 1er de l'article 284 du code de procédure civile indique en effet qu'à partir du dépôt de son rapport par l'expert, « *le juge fixe [sa] rémunération [...] en fonction notamment des diligences accomplies, du respect des délais impartis et de la qualité du travail fourni* ». Le juge opère ainsi un contrôle pour déterminer si

⁷⁰⁸ TGI, Nanterre, ord. de référé, 13 juin 2012, n° 13/01276, Gaz. Pal., 1er-3 sept. 2013, p. 37, note M. FOULON et Y. STRICKLER ; TGI, Nanterre, ord. de référé, 5 sept. 2013, n° 13/01282, n° 13/01284, n° 13/01285 et n° 13/01949.

⁷⁰⁹ F. LOYAC, « Les frais d'expertise », Revue Juridique de l'Ouest, 1991, 2, pp. 167-190.

⁷¹⁰ C. BREVAL, « La rémunération des techniciens : taxation ou fixation ? », LPA, 29 nov. 1996, n° 144, p. 23 ; S. DELACOURT et S. GRAYOT-DIRX, « Le rôle du juge en matière de preuve », préc.

les opérations d'expertise se sont déroulées conformément aux dispositions légales et aux chefs de mission prévus par la décision ordonnant la mesure d'instruction. En d'autres termes, le dernier mot concernant la rémunération de l'expert lui revient⁷¹¹. Cette fonction ultime de taxateur, en ce qu'elle intervient en fin d'expertise, permet de parvenir à une effectivité du coût raisonnable de l'expertise puisque le juge possède à ce stade l'ensemble des éléments lui donnant la possibilité de chiffrer le coût de la mesure. Ce rôle contraste avec le pouvoir du juge de fixer la consignation de l'expert⁷¹². En effet, au moment du prononcé de l'expertise, il est difficile pour ce dernier d'établir avec certitude le montant final de la mesure. À cette étape, le coût raisonnable de l'expertise ne peut donc pas être effectif.

238. Étendue du rôle taxateur du juge. L'alinéa 2 de l'article 284 du code de procédure civile précise l'étendue du pouvoir du juge dans la fixation de la rémunération de l'expert puisqu'il peut « autoriser » ce dernier à se faire remettre jusqu'à due concurrence les sommes consignées au greffe ou encore « ordonner » soit le versement des sommes complémentaires lui étant dues en indiquant la ou les parties qui en ont la charge, soit la restitution des sommes consignées en excédent. Par ailleurs, il lui est également possible de ne pas accorder à l'expert la totalité de la somme qu'il sollicite puisque l'alinéa 3 de l'article 284 du code de procédure civile lui donne la prérogative de fixer sa rémunération à un montant inférieur au montant demandé, sous la seule réserve de respecter le principe de la contradiction et d'inviter le technicien à fournir ses observations⁷¹³. Il convient de préciser, à ce titre, que le juge n'est pas non plus lié par la somme annoncée par l'expert aux parties au cours du déroulement des opérations d'expertise pour leur faire connaître le montant prévisible de sa rémunération⁷¹⁴. L'importance du rôle de contrôle du juge taxateur se matérialise aussi par la délivrance à l'expert d'un titre exécutoire permettant à ce dernier de

⁷¹¹ **UNION PROFESSIONNELLE DES EXPERTS MARITIMES**, « Coût des expertises judiciaires », Site internet de l'UPEM, <http://www.upem.org/documents/coutjud.html> : l'expert n'a de compte à rendre qu'au juge. Par conséquent, la fixation du coût d'une expertise ne dépend pas d'un accord tarifaire avec les parties. L'expert en fixe lui-même le montant. Cette liberté de facturation est étroitement surveillée par le juge.

⁷¹² CPC, art. 269 : « *Le juge qui ordonne l'expertise ou le juge chargé du contrôle fixe, lors de la nomination de l'expert ou dès qu'il est en mesure de le faire, le montant d'une provision à valoir sur la rémunération de l'expert aussi proche que possible de sa rémunération définitive prévisible. Il désigne la ou les parties qui devront consigner la provision au greffe de la juridiction dans le délai qu'il détermine ; si plusieurs parties sont désignées, il indique dans quelle proportion chacune des parties devra consigner. Il aménage, s'il y a lieu, les échéances dont la consignation peut être assortie* ».

⁷¹³ CA, Bordeaux, 8 mai 1981 : Gaz. Pal. 1981. 2. 675, note THORIN ; Cass. civ., 2ème, 20 mai 1992, n° 90-17.857, Bull. civ. II, n° 144, p. 71 ; **C. BREVAL**, « La fixation de la rémunération des techniciens et le principe de la contradiction », LPA, 25 sept. 1996, n° 116, p. 15.

⁷¹⁴ Cass. civ., 2ème, 14 sept. 2006, n° 05-12.143, Bull. civ. II, n° 224, p. 212, Gaz. Pal., 6-7 juill. 2007, p. 24, note E. DU RUSQUEC.

recouvrer, en tout légitimité, le montant de ses honoraires.

Il résulte de tous ces éléments que le juge du fond, ou le juge des référés saisi sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, est totalement souverain dans la fixation de la rémunération de l'expert, conception adoptée par la Cour de cassation depuis de nombreuses années⁷¹⁵. En l'état de ce pouvoir souverain, le juge n'est pas lié par les contestations relatives aux tarifs appliqués par l'expert que les parties auraient pu formuler dans leurs observations⁷¹⁶. Quand bien même le juge n'est pas lié par les allégations des parties concernant la rémunération de l'expert, la Cour de cassation a été amenée à préciser récemment que celui-ci doit tout de même procéder à un examen attentif des manquements qu'elles allèguent. A ainsi été cassée pour violation de l'article 284 du code de procédure civile une ordonnance de la cour d'appel ayant refusé d'examiner les manquements invoqués par les parties relatifs à la qualité du travail fourni par l'expert, tirés de la motivation du rapport, de ses lacunes et erreurs, du non-respect de la mission et de l'absence de réponse aux dires⁷¹⁷. Les juges du fond, pour fixer la rémunération de l'expert, s'étaient seulement fondés sur les diligences accomplies et le respect des délais impartis et non sur les critiques adressées à l'expert par les parties. Il en a été de même concernant un juge taxateur qui n'avait pas répondu, dans son ordonnance de fixation de la rémunération de l'expert, aux conclusions par lesquelles une partie critiquait le délai mis par le professionnel à déposer son rapport et la qualité de son travail⁷¹⁸.

239. L'importance du pouvoir souverain du juge dans la détermination de la rémunération de l'expert amène à considérer que celui-ci endosse un rôle essentiel pour parvenir à un paiement raisonnable de l'expert. En matière pénale, la chambre criminelle de la Cour de cassation en fait une exigence puisqu'elle a décidé que les juges du fond doivent *« apprécier souverainement si la somme globale réclamée par l'expert [constitue] la juste rémunération de ses opérations »*⁷¹⁹. Pour parvenir à une rémunération dite « juste », l'existence de critères de détermination est cohérente (B).

⁷¹⁵ Cass. civ., 2ème, 7 nov. 1984, n° 83-10.921, Bull. civ. II, n° 161.

⁷¹⁶ Cass. civ., 2ème, 5 avr. 2001, n° 98-23.339, Bull. civ. II, n° 72, p. 48 : D., 2001, p. 1516.

⁷¹⁷ Cass. civ., 2ème, 2 févr. 2017, n° 16-13.224, inédit.

⁷¹⁸ Cass. civ., 2ème, 13 mai 2015, n° 14-19.215, inédit.

⁷¹⁹ Cass. crim., 19 févr. 2002, n° 01-86.519, Publié au bulletin : D., 2002, p. 1239.

B. LES CRITÈRES DE FIXATION DE LA RÉMUNÉRATION DE L'EXPERT PAR LE JUGE

240. Établissement des critères d'appréciation. En plus de confier au juge le pouvoir de fixer la rémunération finale de l'expert, l'article 284 alinéa 1er du code de procédure civile établit les critères pour déterminer celle-ci. Ces derniers ont été instaurés par l'article 8 du décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 modifiant le code de l'organisation judiciaire et le nouveau code de procédure civile⁷²⁰, dans un souci de rendre plus juste et cohérent le pouvoir du juge dans la fixation de la rémunération de l'expert⁷²¹. L'article 284 du code de procédure civile prévoit trois éléments d'appréciation principaux : les diligences accomplies par l'expert, le respect des délais impartis et la qualité du travail fourni. Le premier et le troisième critères se distinguent de par leur largeur, ce qui permet au juge d'exercer un contrôle plus efficace. En tout état de cause, il lui appartiendra de puiser dans le rapport d'expertise les éléments indiquant si le professionnel a mobilisé de manière suffisante ses compétences techniques et scientifiques ainsi que ses connaissances juridiques et procédurales. La Cour de cassation incite le juge à exercer un contrôle très attentif. C'est ainsi qu'a été approuvée une cour d'appel qui a réduit le montant de la rémunération d'une société d'expertise après avoir constaté que cette dernière avait déposé son rapport dans un délai de deux ans alors que sa mission lui avait impartie un délai de neuf mois⁷²². Un manque de diligences avait été retenu par les juges du fond dans une affaire où l'expert avait tenu deux réunions sur place et rédigé un rapport dont l'utilité se matérialisait par quelques pages, le restant du document constituant une compilation des dires des parties et la reproduction des termes du jugement l'ayant désigné⁷²³. Une réduction de la rémunération de l'expert s'impose également lorsque celui-ci procède à ses investigations de manière trop succincte par rapport à un chef de mission important, et pour lequel il a consacré seulement trois pages dans son rapport⁷²⁴.

Il appartient aussi au juge de rechercher si les opérations menées par l'expert n'ont pas été facturées par celui-ci trop sévèrement ou bien si elles étaient réellement utiles. Une

⁷²⁰ Avant ce décret, l'article 284 du code de procédure civile était rédigé de la manière suivante : « *Dès le dépôt du rapport, le juge fixe la rémunération de l'expert et l'autorise à se faire remettre, jusqu'à due concurrence, les sommes consignées au greffe* ».

⁷²¹ **M. CARATINI**, « De quelques propositions tendant à améliorer l'expertise judiciaire », *Gaz. Pal.* 1984, p. 215.

⁷²² *Cass. civ.*, 2ème, 27 avr. 1979, n° 77-15.312, *Bull. civ. II*, n° 124 : D., 1979, IR 479, obs. P. JULIEN.

⁷²³ *Cass. civ.*, 2ème, 24 oct. 1979, n° 77-15.604, *Bull. civ. II*, n° 249.

⁷²⁴ *CA, Nîmes*, 22 mars 2018, n° 17/02734 : ce manquement de l'expert a conduit à une réduction de sa rémunération à hauteur de 5000 euros.

nouvelle distinction apparaît donc : celle entre honoraires et frais et débours de l'expert : les honoraires correspondent au travail personnel effectué par l'expert (relevé de mesures, calculs, examens d'une victime, rédaction du rapport etc.) alors que les frais et débours s'analysent comme les divers frais engagés par l'expert et nécessaire à l'accomplissement de sa mission (frais de transport, frais de rédaction, frais de photocopies, frais postaux etc.)⁷²⁵.

241. Liste non limitative des critères. L'utilisation de l'adverbe « notamment » au sein de l'article 284 alinéa 1er du code de procédure civile révèle que la liste des critères d'appréciation prévue n'est pas limitative. D'autres éléments peuvent ainsi être retenus par le juge taxateur afin de faire droit au montant de la rémunération sollicité par l'expert ou, au contraire, le réduire. Le caractère non limitatif des critères de détermination de la rémunération de l'expert renforce le contrôle du juge et participe à la protection de la partie qui devra payer le technicien. À ce niveau, le principe du coût raisonnable de l'expertise se réalise pleinement.

La jurisprudence offre des illustrations de critères autres que ceux listés par l'article 284 du code de procédure civile. La deuxième chambre civile a par exemple jugé que la rémunération de l'expert devait être fixée en fonction des tâches qu'il a personnellement accomplies et en fonction du tarif horaire en usage dans sa profession⁷²⁶. La haute juridiction a approuvé une cour d'appel ayant décidé que la rémunération de l'expert pouvait être fixée en considération des difficultés techniques qu'il a rencontrées dans le cadre de sa mission⁷²⁷. Dans cette décision, elle a également été amenée à préciser que l'expert ne pouvait pas solliciter une rétribution proportionnelle à l'enjeu du litige.

Il est intéressant de remarquer que la Cour de cassation inclut également dans les critères d'appréciation la connaissance et l'application par l'expert des principes découlant du procès équitable. Elle a en effet validé le fait pour les juges du fond d'avoir laissé le coût de l'expertise à la charge de l'expert pour non-respect de son obligation d'impartialité⁷²⁸.

Le non-respect par le professionnel des obligations édictées par le juge qui le désigne s'analyse aussi comme un facteur de détermination de sa rémunération. Ainsi, le fait pour l'expert de ne pas avoir respecté les termes de la décision qui l'a désigné qui lui faisait

⁷²⁵ Cass. civ., 2ème, 4 oct. 2001, n° 98-22.084, inédit : l'expert est en droit d'obtenir, outre le paiement de ses honoraires, le remboursement de l'intégralité des débours qui ont été utiles à l'exécution de sa mission.

⁷²⁶ Cass. civ., 2ème, 22 mars 2007, n° 06-11.770, inédit.

⁷²⁷ Cass. civ., 2ème, 4 oct. 2001, n° 98-22.084, préc.

⁷²⁸ Cass. civ., 2ème, 13 janv. 2012, préc.

obligation d'adresser une copie de sa demande de provision complémentaire aux parties et de joindre une estimation définitive de ses honoraires, justifie la réduction de sa rémunération⁷²⁹. Enfin, le caractère minutieux de l'expertise et les diligences accomplies par l'expert justifiées par l'importance de l'affaire entrent dans les éléments d'appréciation de l'article 284 du code de procédure civile⁷³⁰.

242. Barèmes indicatifs établis par les cours d'appel. La haute juridiction s'est prononcée sur la pertinence des barèmes indicatifs des tarifs des experts établis par les cours d'appel en tant que critères de détermination de la rémunération de l'expert. Ces documents fournissent aux juridictions des informations objectives sur la tarification des honoraires des experts et des frais qu'ils ont exposés pendant leur mission⁷³¹. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation l'exprime de manière ferme : les juges du fond ne peuvent s'en remettre à un barème tarifé pour fixer la rémunération à laquelle l'expert a droit, ils doivent rechercher les diligences qu'il a accomplies et apprécier personnellement l'importance et la qualité du travail réalisé⁷³². Dans une affaire récente, le juge taxateur avait considéré que la demande de rémunération de l'expert était excessive au regard du barème établi par la cour d'appel de son ressort et du principe de prévisibilité du coût de l'expertise⁷³³. Il avait en effet estimé que « *la qualification du requérant, son expérience professionnelle, le sérieux et la qualité de son travail ne justifient pas pour autant de déroger à ce principe de prévisibilité* » afin de réduire la somme devant lui être allouée. L'occasion pour la Cour de cassation de rappeler que la rémunération d'un expert doit être fixée non par référence à son caractère excessif eu égard aux tarifs habituels pratiqués en la matière par la cour d'appel, mais en fonction notamment des diligences qu'il a accomplies, du respect des délais impartis et de la qualité de son travail. Ces jurisprudences ont le mérite de donner un crédit particulier aux rapports d'expertise dont

⁷²⁹ Cass. civ., 2ème, 24 mars 2005, n° 03-14.768, Bull. civ. II, n° 77, p. 70 : D., 2006, pan. n° 549, obs. P. JULIEN et N. FRICERO ; AJDI, 2005, p. 667, obs. H. HEUGAS-DARRASPEN.

⁷³⁰ Cass. civ., 2ème, 27 févr. 2014, n° 13-13.411, inédit.

⁷³¹ À ce sujet, la jurisprudence considère que les divers frais engagés par l'expert dans le cadre de ses investigations entrent dans le cadre de la détermination de ses honoraires (Cass. civ., 1ère, 27 nov. 1977, Bull. civ. I, n° 442 : RTD civ., 1978, p. 423, obs. R. PERROT) et que le juge possède un pouvoir souverain pour réduire le remboursement de ces frais (v. Cass. civ., 2ème, 10 mars 1993, n° 91-13.697, Bull. civ. II, n° 92 : Gaz. Pal., 1993, p. 2, pan. 235 ; JCP, 1993, IV, p. 1226, concernant les frais de déplacement de l'expert).

⁷³² Cass. civ., 2ème, 4 oct. 2001, n° 98-22.691, inédit ; Cass. civ., 2ème, 14 sept. 2006, n° 05-12.143, Bull. civ. II, n° 224, p. 212 : D., 2006, p. 2418 : « [...] *c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que le premier président, qui ne s'en est pas remis à un barème arrêté par la cour d'appel mais a recherché les diligences accomplies par l'expert judiciaire et a apprécié personnellement l'importance et la qualité du travail réalisé, a fixé la rémunération de l'expert* ».

⁷³³ Cass. civ., 2ème, 18 mai 2017, n° 16-13.420, inédit : AJDI, 2017, p. 694, comm. H. HEUGAS-DARRASPEN.

la qualité est incontestable, du fait de la mobilisation par l'expert de ses compétences. Ce qui participe à une juste rémunération de ce dernier. L'exclusion de la prise en compte des barèmes indicatifs est parfaitement rationnelle. En effet, s'en tenir seulement aux barèmes tarifaires représente un risque dans la mesure où celui-ci ne donne d'indications que sur les frais exposés par l'expert (le prix d'une reproduction, du secrétariat, de la dactylographie, le coût d'un déplacement etc.), mais ne chiffre pas le coût de mise en œuvre de ses compétences techniques, la manière dont il applique les dispositions procédurales, ou encore son sérieux. Cela aboutirait à donner une valeur équivalente à deux rapports de qualités complètement différentes.

CONCLUSION DU CHAPITRE

243. La volonté affirmée d'une expertise à délai et coût raisonnables. La présente étude a mis en évidence le fait que le temps et le coût de l'expertise judiciaire représentent des éléments déterminants d'une expertise judiciaire équitable. S'ils sont inhérents à l'expertise depuis toujours, la nécessité de leur attribuer un caractère « raisonnable » ne s'est développée que récemment, face aux multiples critiques relatives à la lenteur et à la cherté de la justice. Ces difficultés expliquent l'intervention accrue du législateur et de la jurisprudence dans le renforcement du caractère raisonnable de l'expertise, notamment par l'instauration de critères de référence stricts, permettant de déterminer si une mesure d'instruction s'est déroulée conformément aux règles de célérité en vigueur et à un prix juste.

244. Lien privilégié entre le juge et l'expert. L'expert et le juge sont les acteurs principaux d'une expertise juste. L'importance du juge se révèle par ses pouvoirs de sanction et de contrôle en matière de détermination de la rémunération de l'expert et de respect des délais impartis à ce dernier. Le rôle de l'expert est également primordial dans l'effectivité d'une expertise raisonnable. Celui-ci se retrouve responsabilisé, c'est-à-dire qu'il doit être sensibilisé à la célérité de l'expertise et doit chiffrer sa rémunération de la manière la plus fidèle possible. La relation entre ces deux personnages correspond également à la vision moderne de management judiciaire dans laquelle s'intègre nécessairement l'expertise : la collaboration entre le juge et l'expert devient essentielle. L'expert rend des comptes sur son activité au juge, notamment en matière de respect des délais, et ce dernier décidera souverainement du montant de sa rémunération en fonction de la mise en œuvre de ses compétences. Le juge doit toutefois donner à l'expert les moyens nécessaires à la réalisation de sa mission. C'est ainsi que le respect de leurs obligations respectives participe à la bonne marche de l'expertise judiciaire.

245. L'établissement des principes de célérité et de coût raisonnable de l'expertise permet de constater que la mesure reste aujourd'hui trop coûteuse et lente, de sorte qu'un renforcement du caractère raisonnable de l'expertise doit être étudié (Chapitre 2).

CHAPITRE 2 : LE RENFORCEMENT DU CARACTÈRE RAISONNABLE DE L'EXPERTISE

246. Nécessité de rationalisation. Le constat suivant s'impose : l'expertise judiciaire demeure trop lente⁷³⁴ et trop chère⁷³⁵ pour le justiciable, de sorte que l'ambition d'une expertise judiciaire équitable se relativise. Le rapport de la commission de réflexion sur l'expertise menée par Chantal BUISSIÈRE et Stéphane AUTIN de 2011 a relevé ces difficultés⁷³⁶. D'un autre côté, il convient d'admettre que l'expertise constitue pour le justiciable le moyen le plus efficace d'exercer son droit à la preuve, ce qui devrait exiger de la patience et un effort financier de sa part. De par la teneur de la mission confiée à l'expert et le domaine dans lequel il est appelé à intervenir pouvant s'avérer très technique, certaines expertises vont, de manière légitime, demander un certain temps⁷³⁷ et un coût plus

⁷³⁴ Circ. Du Garde des Sceaux n° 83-06, 2 août 1983 : « [...] l'une des causes, des lenteurs de la justice devait être recherchée dans les retards engendrés par les expertises ainsi que dans l'insuffisance du contrôle de celles-ci » ; **D. BOLLING**, « Justice et management », Gaz. Pal. n°11, préc., : « Relayée par les médias, l'opinion publique conserve l'idée que la justice reste trop lente ». ; **DACS-PEJC**, « Les expertises judiciaires civiles devant les tribunaux de grande instance et les cours d'appel », préc., p. 1 : « Les délais moyens de réalisation des expertises se sont globalement allongés, passant de 10 mois à 15 mois entre 2011 et 2017. Cette augmentation s'observe dans tous les domaines du droit dans lesquels une expertise a été ordonnée. Cependant, seules les expertises ordonnées en référé ont vu leur délai de traitement augmenter (10 mois à 17 mois). Les durées des expertises ordonnées en cours d'instance, se sont maintenues autour des 11 mois. Les affaires au fond dont l'instruction a requis l'avis d'un expert (36 mois en 2017) enregistrent des durées totales de traitement quatre fois supérieures aux affaires au fond sans expertise (9 mois). Cet écart s'est accru depuis 2010, date à laquelle les durées de traitement des affaires avec et sans expertise atteignaient respectivement 23 et 10 mois ».

⁷³⁵ **G. PERRAULT**, « Vers une augmentation constante du coût de l'expertise », préc. ; **L. DUMOULIN**, « Le recours aux experts, un mode de rationalisation des pratiques judiciaires ? », in *Politiques et management public*, Institut de management public, 2005, 23 (3), pp. 145-159.

⁷³⁶ **S. AUTIN et C. BUSSIÈRE**, « Rapport de la commission de réflexion sur l'expertise », préc, p. 13 : « Le coût de certaines expertises peut rendre difficile l'accès à la justice au moment où les contraintes budgétaires conjuguées à d'importantes réformes législatives (garde à vue...) risquent de conduire l'État à se désengager de l'aide juridictionnelle en certaines matières alors même que les justiciables confrontés à la crise économique rencontrent des difficultés à supporter la charge financière d'un procès ».

⁷³⁷ La célérité ne constitue donc pas seulement, comme elle archaïquement analysée, la contrainte d'aller vite, elle représente également une obligation de bien faire, de mener les diligences nécessaires, dans un délai qui paraîtra convenable pour les personnes concernées par le jugement. En d'autres termes, il faut que la partie qui a sollicité l'expertise soit en mesure de remarquer que certes l'expertise a pris un certain temps, mais que ce temps était nécessaire pour que sa cause soit raisonnablement entendue par les juges. En somme, rien ne doit être précipité au détriment de la qualité de l'expertise ; **D. CHOLET**, *La célérité de la procédure en droit processuel*, op. cit., p. 43, spéc. n° 39 : l'auteur met d'ailleurs en évidence ce paradoxe sur la célérité : « L'excès de lenteur est le premier critère négatif de la célérité, le plus essentiel. Mais la célérité de la procédure n'est pas non plus l'excès de rapidité. Une bonne procédure ne peut être une procédure trop rapide [...] C'est le second critère négatif de la célérité » ; pp. 172-173, spéc. n° 193 : « Enfin, les diligences du juge civil ou administratif sont importantes lorsqu'il ordonne une mesure d'instruction. [...] Ce faisant, il va allonger l'instance d'une mesure d'instruction, souvent assez longue mais parfois nécessaire, pour approcher la vérité qu'une partie ne peut seule apporter » ; **J.-C. MAGENDIE (entr.)**, « Célérité et qualité de la justice : le Rapport Magendie », D. 2004, p. 2309 : « Il ne s'agit pas non plus de renforcer l'efficacité de la justice par une plus grande célérité au détriment du respect des droits de la défense. Si certaines lenteurs doivent être combattues, d'autres, au contraire, méritent d'être conservées parce qu'elles sont utiles ».

élevé⁷³⁸ que la normale. Il s'agit là d'un gage de qualité pour les parties au litige. Une concession est alors nécessaire : en fonction des données techniques et de l'enjeu du litige, il faut tolérer que le délai et le prix d'une expertise puissent être plus différents de ce que les parties ont initialement envisagé. Il convient toutefois de rationaliser ce discours : si le caractère raisonnable de l'expertise doit prendre en compte cette concession, il est nécessaire que le droit offre au justiciable des garanties de nature à le rassurer en matière de coût et de délai de l'expertise. Des réformes ont donc été menées pour parvenir à cet objectif. Le passage d'un trio d'experts judiciaires à un expert unique⁷³⁹ pour assurer le déroulement de la mesure d'instruction trouve son explication dans la nécessité de rendre la procédure d'expertise moins longue et onéreuse⁷⁴⁰. Plusieurs propositions se sont également démarquées par leur pertinence. En témoigne la volonté de rendre obligatoire l'assurance de protection juridique, qui couvre l'indemnisation de divers frais de justice et en particulier la rémunération des experts, en l'intégrant dans une police d'assurance obligatoire telle que l'assurance multirisque habitation⁷⁴¹. Une proposition de loi n° 392 du 13 novembre 2012 formulée par Monsieur Yves NICOLIN avait également vocation à renforcer la célérité de l'expertise en suggérant d'intégrer dans la loi de 1971 relative aux experts judiciaires une disposition énonçant que « *le délai dans lequel l'expert doit donner son avis ne peut excéder plus de six mois à compter de sa désignation par le juge* », en précisant que le juge pouvait exceptionnellement proroger ce délai sur demande motivée de l'expert⁷⁴².

⁷³⁸ V. LAMANDA, « L'expertise de demain », Experts, févr. 2012, p. 5 : l'auteur évoque le problème « *récurrent du coût de l'expertise qui s'inscrit dans le contexte plus général d'une nécessaire maîtrise des frais de justice. Il est certain que l'excellence a un prix ; la question de la juste rétribution des interventions de l'expert ne doit donc pas être éludée* ».

⁷³⁹ La loi du 14 avril 1806 contenant les deux premiers livres de la première partie du code de procédure civile intègre dans le code de procédure civile l'article 303 qui dispose que « *l'expertise ne pourra se faire que par trois experts, à moins que les parties ne consentent qu'il soit procédé par un seul* ». La loi du 15 juillet 1944 sur les rapports d'experts a procédé à une inversion de la règle, l'unité devenant le principe, et la pluralité l'exception, conformément à l'article 305 du code de procédure civile. Le décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975 instituant un nouveau code de procédure civile a fait perdurer cette règle, l'article 264 du code énonçant qu'« *il n'est désigné qu'une seule personne à titre d'expert à moins que le juge n'estime nécessaire d'en nommer plusieurs* ».

⁷⁴⁰ F. CHAUVAUD et L. DUMOULIN, *Experts et expertise judiciaire, France, XIXe et XXe siècles*, préc., p. 32.

⁷⁴¹ G. PERRAULT, « Vers une augmentation constante du coût de l'expertise », préc. ; S. AUTIN et C. BUSSIÈRE, « Rapport de la commission de réflexion sur l'expertise », préc., p. 14.

⁷⁴² Ass. Nat., prop. loi n° 392 visant à fixer un délai maximum de six mois pour la réalisation d'une expertise judiciaire : Monsieur Yves NICOLIN préconise également l'institution d'une responsabilité en cas de non-respect par l'expert du délai imparti par le juge : « *Après mise en demeure, le non-respect du délai prescrit constituerait une faute professionnelle grave en application de l'article 26 du décret n° 2004-1463 du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires* ».

247. Plan. La question du renforcement du caractère raisonnable de l'expertise passe nécessairement par l'identification préalable des causes de lenteur et de coût élevé de la mesure (Section 1). Celle-ci montre que l'application d'autres droits fondamentaux et que l'attitude des acteurs à l'expertise sont de nature à limiter le caractère raisonnable de la mesure. Une fois ces faiblesses relevées, il convient d'envisager les remèdes juridiques les plus pertinents pour restituer à l'expertise son caractère raisonnable (Section 2).

SECTION 1. L'IDENTIFICATION DES LIMITES AU CARACTÈRE RAISONNABLE DE L'EXPERTISE

248. Les limites à l'expertise raisonnable proviennent tout d'abord de l'application des dispositions légales régissant les mesures d'instruction (§ 1). Ensuite, la pratique même de l'expertise révèle d'autres causes de ralentissement et d'augmentation de son coût, puisque les protagonistes de la mesure ont tendance, volontairement ou non, à rendre son déroulement difficile (§ 2).

§ 1. LES FACTEURS LÉGAUX, LIMITE AU CARACTÈRE RAISONNABLE DE L'EXPERTISE

249. Paradoxe. De manière paradoxale, il est observé que diverses dispositions procédurales visant à apporter à l'expertise une certaine efficacité vont également constituer un facteur de sa longueur⁷⁴³. Si certaines de ces règles alourdissent financièrement et temporellement l'expertise de manière justifiée, d'autres au contraire, sont bien trop lourdes et méritent une clarification. Il est par ailleurs intéressant de remarquer que l'application d'un droit fondamental particulier va engendrer le non-respect d'un autre : une confrontation apparaît entre d'une part les principes de délai raisonnable et de coût raisonnable et d'autre part le principe du contradictoire (A) De plus, le recours trop fréquent à l'expertise *in futurum* représente un frein au caractère raisonnable de l'expertise (B).

⁷⁴³ **S. AMRANI-MEKKI**, *Le temps et le procès civil*, op. cit., p. 5, spéc. n° 3 : « De façon moins visible, tous les éléments constitutifs du procès civil portent en eux des aspects ou des effets temporels. Le choix de l'oral ou de l'écrit, du formalisme ou du consensualisme, d'un mode de notification, d'une mesure d'instruction ou encore du type de sanction adopté, sont autant d'éléments indirects qui jouent sur le temps dans le procès civil » ; p. 11, spéc. n° 7 : « Les règles de procédure créent elles-mêmes du temps judiciaire, indépendamment de la matière litigieuse ».

A. L'APPLICATION PARADOXALE DU PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE

250. Les conséquences de la force du contradictoire. Le principe du contradictoire est primordial au sein de l'expertise. Cette rigueur entraîne indéniablement des conséquences pratiques, lesquelles ne sont pas toujours bénéfiques à l'instance. Conformément au principe du contradictoire, il est nécessaire que les parties communiquent entre elles, puissent faire valoir leur point de vue ou répondre à des arguments apportés devant l'expert. Le non-respect de ce principe au bénéfice de la célérité de l'expertise engendre inévitablement une perte de qualité de l'expertise, et, par voie de conséquence, une perte de crédibilité de la justice. En d'autres termes, le respect strict du contradictoire explique la longueur d'une expertise, mais également une augmentation de son coût. C'est le cas de l'application de l'article 160 du code de procédure civile qui commande à l'expert de convoquer les parties et les tiers aux missions d'expertise. Cette convocation allonge nécessairement le délai d'expertise qui, pourtant, ne fait que débiter. Cependant, de manière lacunaire, l'article 160 ne prévoit pas de délai de convocation. Il en est de même pour l'expertise en matière administrative, l'article R. 621-7 du code de justice administrative disposant seulement que « *les parties sont averties par le ou les experts des jours et heures auxquels il sera procédé à l'expertise ; cet avis leur est adressé quatre jours au moins à l'avance, par lettre recommandée* », sans indiquer de délai entre la désignation de l'expert et le commencement de ses opérations. À l'inverse, concernant l'expertise amiable codifiée, donc non judiciaire, le règlement qui la régit limite ce délai à 21 jours calendaires⁷⁴⁴. Faute de précision pour l'expertise judiciaire, il revient donc à l'expert de faire preuve de diligence et de convoquer les parties dans un délai plutôt court afin

⁷⁴⁴ Dans le cadre du règlement amiable de leur litige, les parties peuvent recourir au processus d'Expertise Amiable Codifiée, celles-ci et l'expert se soumettent donc au règlement d'Expertise Amiable Codifié, lequel prévoit en son art. 6.2 : « *Les délais de convocation sont de 21 jours calendaires maximum. Les convocations sont adressées aux Parties par lettre R.A.R. Les délais de communication des pièces existantes sont de dix jours calendaires, ceux de communication de pièces à établir ou à rechercher sont de 31 jours calendaires maximum ou plus avec l'accord des deux Parties. Les demandes de communication sont faites aux Parties par lettre R.A.R. ou aux Avocats par lettre ordinaire. Les délais pour travaux de Laboratoire, études par des organismes techniques, recueil d'avis d'Expert spécialisé, sont fixés par les Experts avec agrément par les Parties. Ils ne peuvent être prolongés qu'avec l'accord de celles-ci.* » ; La cour d'appel de Paris avait évoqué le sujet de ce règlement d'expertise amiable codifiée dans un arrêt de 2013 : CA, Paris, 22 janv. 2013, n° 11/10735 : « *Considérant que la société MACIF avance que le rapport d'expertise du cabinet SAURON du 10 juillet 2008, lui est inopposable, faute pour cet expert d'avoir respecté un délai de convocation de 21 jours, qui constituerait, selon le règlement d'expertise amiable codifiée, un délai minimum permettant aux assureurs de missionner leurs experts ; qu'elle ajoute que ce rapport est sans valeur dans la mesure où il n'impute pas formellement les dommages à un choc avec un autre véhicule et que l'expertise a été effectuée après réparation du véhicule endommagé [...] Que le contrat n'indique pas la procédure à suivre dans cette hypothèse, en particulier quant au délai de convocation des parties ; Qu'il ne fait nullement référence à un quelconque règlement d'expertise amiable codifiée, lequel n'est donc pas opposable à l'assurée ni à l'expert choisi par celle-ci* ».

d'éviter que l'expertise ne démarre trop tardivement. Pour palier cette difficulté, diverses chartes relatives à la pratique de l'expertise ont instauré un délai de convocation des parties qu'elles estiment raisonnable et suffisant. C'est notamment le cas de la charte sur les recommandations sur les bons usages entre avocats et experts prévue par le Conseil National des Barreaux de 2005, qui, en son article 1.1.2 prévoit que « *sauf exception, le délai de convocation pour les réunions d'expertise ne sera pas inférieur à trois semaines et supérieur à deux mois* » et que « *dans la mesure du possible, l'expert consulte les avocats sur leurs disponibilités* »⁷⁴⁵ ou encore la Charte entre la Compagnie des Experts de Justice près la cour d'appel d'Angers et les Barreaux du ressort indiquant dans son article 2.3.2 alinéa 1er que « *la première réunion d'expertise se tiendra dans un délai qui ne sera pas supérieur à six semaines, à compter de l'avis de consignation donné à l'expert* ». Le second alinéa a le mérite de préciser que « *pour les réunions suivantes, sauf situation particulière ou accord avec les parties, il devra s'écouler entre quinze jours et six semaines entre l'envoi de la convocation et la tenue de la réunion* »⁷⁴⁶. Les délais de convocation varient donc en fonction du ressort dans lesquels les experts exercent leurs compétences. Dans un souci de respect du délai raisonnable et d'harmonisation des diverses expertises sur le territoire français, il serait opportun d'encadrer, au moins, le délai de convocation des parties à l'expertise. Sinon, il est recommandé au juge, garant du bon déroulement de l'instance et du principe du contradictoire, d'indiquer, dans sa décision désignant l'expert, un délai maximal entre la convocation des parties et la première réunion.

251. L'influence de la procédure des dires sur le coût et le temps de l'expertise. La procédure des dires prévue par l'article 276 du code de procédure civile est empreinte d'une dimension contradictoire et ralentit indéniablement une mesure d'expertise et augmente son coût. Les parties, et en particulier leurs avocats, ont su tirer de cette procédure une véritable occasion d'échanger leurs observations et de présenter leurs points de vue jusqu'à en faire une période de confrontations alourdissant le travail de l'expert, lequel est chargé de répondre à chacune de leurs remarques, au risque de voir son rapport annulé s'il ne s'y conforme pas. De plus, pendant la période des dires, les conseils des parties ont la fâcheuse habitude, qu'elle soit ou non intentionnelle, d'instaurer un véritable débat sur la teneur juridique d'une pièce

⁷⁴⁵ Site internet du Conseil National des Barreaux, http://cnb.avocat.fr/Charte-sur-les-recommandations-sur-les-bons-usages-entre-avocats-et-experts-de-justice-CNB-FNCEJ-18-novembre-2005_a1240.html

⁷⁴⁶ Site internet de la Compagnie des Experts de Justice près la Cour d'Appel d'Angers, http://www.cejca-angers.org/_upload/public_documents/98573b788aaf2bfd8e76b2e26539ddbc_charte-experts-avocats-19-dec-2014.pdf

alors que l'expert est dans l'obligation de ne pas formuler d'avis juridique. La formulation d'un dire implique également pour une partie une charge financière supplémentaire. Concernant le principe de célérité, il semble a priori rationalisé puisque l'alinéa 1er de l'article 276 du code de procédure civile expose que « *lorsque l'expert a fixé aux parties un délai pour formuler leurs observations ou réclamations, il n'est pas tenu de prendre en compte celles qui auraient été faites après l'expiration de ce délai* ». Le professionnel exerce donc un contrôle sur le caractère contradictoire lourd de la procédure des dires puisqu'il est dans la possibilité d'encadrer leur durée. Toutefois, cela reste une possibilité, c'est ce qui ressort de la conjonction « lorsque » employée par la disposition. L'expert n'est ainsi pas soumis à une obligation de fixer aux parties un délai pour qu'elles formulent leurs remarques. La transformation de cette faculté en obligation participerait certainement au renforcement de la célérité de l'expertise et en définitive au principe du délai raisonnable.

252. L'abus du recours à l'expertise en référé, sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, est également de nature à causer une atteinte au caractère raisonnable de l'expertise (B).

B. L'ABUS DU RECOURS À L'EXPERTISE DE L'ARTICLE 145 DU CODE DE PROCÉDURE CIVILE

253. L'abus de l'expertise en référé. Le recours trop fréquent à l'article 145 du code de procédure civile, qui permet de voir ordonner toute mesure d'instruction légalement admissible 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, entraîne un allongement de l'instance dans des cas où une expertise ne serait pas forcément nécessaire. Ici, l'originalité réside dans le fait que le recours à une expertise *in futurum* ne ralentit pas le déroulement de l'expertise, puisqu'elle n'est pas encore décidée à ce stade, mais rallonge l'instance. Un obstacle se rencontre dans la mesure où le juge a trop tendance, sur le fondement de cette disposition, à ordonner une expertise alors qu'une simple constatation ou une consultation, par essence plus rapides puisque non soumises au lourd formalisme de l'expertise, auraient suffi⁷⁴⁷. Ceci

⁷⁴⁷ CONFERENCE NATIONALE DES PREMIERS PRESIDENTS DE COUR D'APPEL et LA COUR DE CASSATION, « Les bonnes pratiques juridictionnelles de l'expertise civile », Conférence de consensus, préc. : question 1°-2 : « *C'est d'abord la nature des questions techniques nécessaires à la résolution du litige qui constitue le premier critère de choix entre la consultation, l'expertise et les autres mesures d'instruction telles l'enquête, le transport, la constatation, et la consultation. C'est ensuite la difficulté d'apprécier, dès l'origine, la complexité du problème technique posé qui conduit le juge, soucieux de disposer d'informations*

s'explique pour la simple raison que le juge des référés, trop peu informé d'un dossier à la différence du juge du fond, aura tendance à désigner plus facilement un expert dont la mission sera trop générale pour ce qui est véritablement demandé par les parties⁷⁴⁸. D'ailleurs, à l'occasion de leur réflexion sur l'expertise judiciaire en 2011, Chantal BUSSIÈRE et Stéphane AUTIN indiquent dans leur rapport que « *l'imprécision de la mission peut être source de difficultés que devra trancher le juge chargé du suivi de la mesure, entraînant ainsi un allongement des délais* »⁷⁴⁹. Il en découle que le motif légitime d'instauration de l'expertise se retrouve donc plus dans la nécessité pour le juge de comprendre les faits du litige que dans la nécessité pour les parties de conserver ou d'établir la preuve de ceux-ci.

254. Utilité des missions types, l'exemple de la nomenclature *Dintilhac*. Afin de palier la difficulté tendant à voir prononcer des missions d'expertise rédigées de manière trop générale, ce qui laisse à l'expert une marge de manœuvre difficilement saisissable, la pratique des missions types a été recommandée⁷⁵⁰ et s'est développée. L'établissement de la nomenclature *Dintilhac*, très utilisée en matière d'expertises judiciaires médicales ordonnées dans le cadre des référés, en est une illustration. La mise en place de la mission *Dintilhac* répond au souci évoqué en 2005 par Madame Nicole GUEDJ, secrétaire d'État aux droits des victimes à l'époque, d'assurer le droit à une indemnisation juste aux victimes d'accidents corporels⁷⁵¹. Afin de parvenir à un tel objectif, celle-ci a revendiqué la nécessité de réaliser une nomenclature qui « *doit répertorier, définir et classer les chefs de préjudice de telle sorte que tout magistrat, avocat ou membre d'une association d'aide aux victimes puisse, face à une victime présentant tel ou tel type de blessure, définir clairement les types d'indemnisation auxquels elle peut prétendre* » dès lors que « *de nombreux textes législatifs (loi Badinter du 5*

exhaustives et d'éviter d'avoir à ordonner des investigations complémentaires, à recourir à l'expertise plutôt qu'à la consultation. Il est de bonne pratique que dans tous les cas simples et non obligatoires, ne répondant pas au critère de « proportionnalité », le juge s'en tienne à la consultation ou à la constatation ».

⁷⁴⁸ J. MOURY (J.), « Les limites de la quête en matière de preuve : expertise et *jurisdictio* », préc.

⁷⁴⁹ S. AUTIN et C. BUSSIÈRE, « Rapport de la commission de réflexion sur l'expertise », préc., p. 28, B. 2.

⁷⁵⁰ S. AUTIN et C. BUSSIÈRE, « Rapport de la commission de réflexion sur l'expertise », préc., p. 29 : « *Élaborer en matière civile et pénale des missions type dans le cadre d'un processus centralisé de mise à disposition et de mise à jour sur le site intranet justice, et sur le site de la Cour de cassation* » ; N. FRICERO, « L'expertise judiciaire en mutation ! », JCP G, 2011, p. 572 ; G. DE LEVAL (inter.), « L'expertise judiciaire entre efficacité et qualité », Cérémonie d'adhésion du 1er Mars 2013 sous la présidence de Monsieur Marc Dewart, Premier Président de la cour d'appel de Liège, Institut européen de l'expertise et de l'expert, Cour d'appel de Liège, 1er Mars 2013, site internet de l'Institut européen de l'expertise et de l'expert, <http://www.experts-institute.eu/IMG/pdf/2013-03-01-intervention-g-de-leval.pdf>, p. 16.

⁷⁵¹ Ministère de la Justice, Secrétariat d'État aux Droits des Victimes, « Premier bilan du programme d'action du secrétariat d'État aux droits des victimes », Dossier de Presse, 31 mars 2005, p. 9, site internet du Ministère de la Justice : http://www.presse.justice.gouv.fr/art_pix/conf310305.pdf

juillet 1985, loi du 4 mars 2002 sur les accidents médicaux...) disposent que l'indemnisation soit calculée et ventilée « par chef de préjudice ». Cette nomenclature devra reposer sur une distinction claire entre les préjudices économiques et non économiques, notamment en ce qui concerne l'incapacité permanente partielle »⁷⁵². Le calcul de ces préjudices doit nécessairement se faire par le biais d'une expertise, ce qui permettra au juge chargé de statuer sur l'indemnisation de la victime d'un accident corporel, de rendre une décision juste. Madame Nicole GUEDJ s'est ainsi adressée à Monsieur Jean-Pierre DINTILHAC, président de la deuxième chambre civile de la cour de cassation à l'époque, qui a remis au Garde des Sceaux le 28 octobre 2005, un rapport proposant une nomenclature des préjudices corporels⁷⁵³. Cette nomenclature est porteuse de sécurité juridique : non seulement elle constitue un guide non seulement pour le juge ordonnant une expertise médicale à la suite d'un accident corporel, notamment un accident de la circulation ou pour évaluer les conséquences d'une faute médicale, mais elle permet aussi à l'expert de procéder à ses investigations en fonction de chefs de missions précis. La mission *Dintilhac* s'inscrit alors dans la réalisation du procès équitable puisqu'un rapport d'expertise judiciaire établi en fonction de critères d'évaluation formels entraîne une décision du juge nécessairement plus juste.

255. Intervention de la jurisprudence face au recours abusif à l'expertise de l'article 145 du code de procédure civile. L'aide probatoire que représente l'article 145 du code de procédure conduit le justiciable à en user de manière trop fréquente. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence, au titre du principe d'économie procédurale, tend à réguler ce problème. En témoigne un arrêt de la cour d'appel de Rouen du 19 octobre 2017 rendu à la suite d'une collision entre deux navires pour laquelle plusieurs expertises amiables contradictoires ont été diligentées afin de déterminer les responsabilités encourues⁷⁵⁴. Aux termes de cette décision, les juges ont refusé une demande d'expertise judiciaire sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, formulée après le déroulement des expertises amiables, au motif qu'il « ressort des explications des parties et des pièces versées aux débats qu'il a été procédé à une expertise corps contradictoire de chacun des navires » et

⁷⁵² Ministère de la Justice, Secrétariat d'État aux Droits des Victimes, « Premier bilan du programme d'action du secrétariat d'État aux droits des victimes », préc., p. 10.

⁷⁵³ J.-P. DINTILHAC, « Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels », juill. 2005, rapp. au Garde des Sceaux, p. 27, site internet de la Documentation Française, <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000217.pdf>

⁷⁵⁴ CA, Rouen, 19 oct. 2017, n° 16/06124.

que « même si elle n'émane pas d'un expert judiciaire, il existe ainsi une analyse technique et objective des circonstances de la collision qui résulte des investigations préliminaires jugées suffisantes par le BEAmer, pouvant apporter tous renseignements utiles dans l'hypothèse de contestations et divergences d'opinions pouvant découler des conclusions rendues par les deux experts amiables respectivement désignés par les deux parties, notamment quant à l'application des règles du RIPAM, et permettant au juge du fond de déterminer la responsabilité de chacun et le droit à limitation ». En d'autres termes, selon la cour d'appel, les éléments de preuves versés aux débats, en l'occurrence les rapports d'expertises privées, suffisaient à ce que le juge du fond statue sur les responsabilités recherchées. Elle a ainsi relevé que « le motif légitime de demander une mesure d'instruction s'apprécie au regard de la situation probatoire du demandeur à la mesure d'instruction, le juge n'étant pas tenu d'accueillir la demande d'une partie qui a déjà en sa possession des éléments de preuve suffisants ». Cette solution est révélatrice d'une économie procédurale, visant à ne pas alourdir l'instance d'une mesure d'expertise qui s'étalerait dans le temps, d'autant que plusieurs expertises amiables avaient été menées, et qui aurait un coût élevé. Cet arrêt fait ensuite ressortir la spécificité des expertises amiables contradictoires qui, du fait de leur valeur probante parce qu'établies dans un contexte de discussion totale entre les parties, conduisent au refus d'organisation d'une mesure d'expertise judiciaire.

256. L'intervention des parties dans la mesure d'expertise contribue également à son ralentissement et l'augmentation de son coût. Dans ce cas, s'élèvent des limites pratiques au caractère raisonnable de l'expertise (§ 2).

§ 2. LES LIMITES PRATIQUES AU CARACTÈRE RAISONNABLE DE L'EXPERTISE

257. Le déroulement même de l'expertise permet de déceler les difficultés liées au manque de célérité. Plus particulièrement, le comportement des personnes impliquées dans la mesure, y compris celles qui y interviennent de manière spontanée, représentent dans certains cas un véritable obstacle à l'application du délai raisonnable. Généralement, le comportement de l'expert et du juge sont majoritairement remis en question. Toutefois, l'implication de l'expert dans la lenteur de l'expertise est moindre. Comme le remarque à juste titre Monsieur Jacques LAUVIN, il est déraisonnable de lui imputer à lui seul les ralentissements de

l'expertise dans la mesure où il n'intervient qu'à hauteur de près de 10% du temps dans le déroulement de la mesure, étant en attente constante le reste du temps⁷⁵⁵. De plus, l'attitude de l'expert constitue une cause de lenteur de l'expertise bien avant le commencement de celle-ci. Il suffit de s'attarder sur la phase de désignation du technicien⁷⁵⁶. Un professionnel peut par exemple décliner sa désignation s'il estime ne pas être assez qualifié pour la mission confiée par le juge⁷⁵⁷. Le remplacement du technicien conduit nécessairement au juge à accorder une prorogation du délai d'expertise⁷⁵⁸ ainsi qu'une consignation dont le paiement tarde, mais cette fois-ci parce que la partie s'y étant vue attribuée la charge manque de diligence. Et la conséquence du non-paiement de la consignation dans le délai fixé par le juge étant la caducité de la désignation de l'expert⁷⁵⁹, la longueur de l'expertise se manifesterà à nouveau. Une analyse poussée révèle que les parties ralentissent de manière significative les opérations d'expertise et conduisent à l'augmentation de son prix. Cela se manifeste de deux manières : l'attitude des parties sera soit involontaire, au regard d'un manque de diligences dans le déroulement de la mesure (A) ou parfaitement conscient, sous le prisme du non-respect de l'obligation de loyauté qui leur incombe (B).

A. LE RALENTISSEMENT INVOLONTAIRE DES PARTIES DANS LA MESURE D'EXPERTISE : LE MANQUE DE DILIGENCES

258. Cas de l'expertise commune. Les parties manquent souvent de diligences dès l'introduction de leur demande d'expertise. Il leur reviendrait, dès l'élaboration avec leur avocat de l'acte introductif d'instance, d'assigner toutes les personnes susceptibles d'être

⁷⁵⁵ J. LAUVIN, « La maîtrise du délai de l'expertise par l'expert : un vœu pieux ? », Experts, avr. 2014, p. 22.

⁷⁵⁶ Il est nécessaire de rappeler que dans ce cadre, l'alinéa 2 de l'article 267 du code de procédure civile prévoit que « *L'expert fait connaître sans délai au juge son acceptation ; il doit commencer les opérations d'expertise dès qu'il est averti que les parties ont consigné la provision mise à leur charge, ou le montant de la première échéance dont la consignation a pu être assortie, à moins que le juge ne lui enjoigne d'entreprendre immédiatement ses opérations* ».

⁷⁵⁷ CEDH (Troisième Section), *Versini c. France*, préc., §§ 14-15 : cet arrêt avait fait état de ce problème puisqu'en l'espèce puisque le tribunal a dû remplacer l'expert désigné quatre fois : « *Le tribunal désigna alors un expert avec pour mission d'évaluer le montant de l'indemnité [...] Toutefois, comme ce dernier déclina la mission au motif qu'il n'avait pas la qualité de géomètre-expert, les demandeurs sollicitèrent auprès du tribunal, le 4 juillet 1997, son remplacement. [...] Par une ordonnance du 9 juillet 1997, le juge chargé du contrôle des expertises nomma un deuxième expert, puis, le 16 septembre 1997, un troisième, le deuxième ayant aussi refusé la mission. Le troisième, n'ayant pas non plus accepté la mission, fut remplacé le 2 octobre 1997 par un quatrième puis, le 10 décembre 1997, par un cinquième qui lui accepta la mission* ».

⁷⁵⁸ Cass. civ., 2ème, 23 oct. 2008, n° 07-15.769 : Bull. civ. II, n° 220 : D., 2008, p. 2878.

⁷⁵⁹ CPC, art. 271 : « *A défaut de consignation dans le délai et selon les modalités impartis, la désignation de l'expert est caduque à moins que le juge, à la demande d'une des parties se prévalant d'un motif légitime, ne décide une prorogation du délai ou un relevé de la caducité* ».

concernées par la mesure. En pratique, certaines jouent un rôle déterminant dans le déroulement de la mesure. C'est le cas en matière de construction lorsque l'expert, au cours du premier accédit, va conclure à l'absence d'une partie dont la présence est nécessaire pour continuer ses opérations, soit parce que ses observations vont être d'une utilité certaine, soit parce qu'elle est concernée litige. En d'autres termes, les investigations de l'expert seront interrompues tant que la partie la plus diligente n'aura pas attiré à la procédure celle dont le principe du contradictoire commande nécessairement la présence⁷⁶⁰. En effet, il est indispensable que les conclusions qui seront établies par l'expert judiciaire lui soient déclarées communes et opposables. Pour ce faire, une nouvelle assignation devra être introduite devant le juge ayant ordonné l'expertise afin que celui-ci, à son tour, relève un intérêt légitime à ce que la partie manquante soit associée aux opérations d'expertise⁷⁶¹. Cette procédure allonge automatiquement l'exécution de la mesure⁷⁶², puisque l'expert sera non seulement dans l'attente de la décision favorable du juge quant à cette mise en cause, et, le cas échéant, il devra à nouveau procéder au processus de convocation de la nouvelle partie. Le coût de l'expertise est également concerné par cette difficulté puisque la mise en cause d'une nouvelle partie entraîne l'octroi d'une consignation supplémentaire pour l'expert. Ces atteintes proviennent essentiellement de la carence des parties qui n'ont pas su prévoir qu'une telle mise en cause aurait été nécessaire. D'autres cas, plus particuliers, sont moins évidents à prévoir, notamment lorsqu'en cours de mission, l'expert décèle l'absence d'une partie dont l'on ne pouvait détecter au moment de l'assignation la nécessité de sa présence. Par exemple lorsqu'un dégât des eaux intervient dans une copropriété et que l'expert, pendant ses investigations, décèle que le dommage a probablement été causé par une inondation provenant de chez le voisin du dessus.

⁷⁶⁰ Il s'agit généralement des organismes d'assurances.

⁷⁶¹ Si le juge est souverain pour accepter l'extension de l'expertise à une autre partie, il devra aussi prendre en compte l'avis de l'expert quant à cette mise en cause. Cela ne présentera aucune difficulté si le professionnel fait part de la nécessité de cette mise en cause directement dans son premier accédit. Le problème se rencontre lorsque c'est une partie à l'expertise qui sollicite directement, sans préconisation de l'expert en ce sens, qu'une autre soit impliquée dans l'instance. Dans ce cas, les juges se montreront plus sévères. v. en ce sens Cass. civ., 3ème, 23 oct. 2002, n° 00-17.676, AJDI 2003. 68, obs. H. HEUGAS-DARRASPEN : « [...] ayant retenu, sans modifier l'objet du litige, que l'expert [...] avait écarté pour six raisons l'éventualité d'une implication de la société ETI [...] la cour d'appel, qui a souverainement retenu, sans violer l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que cette société ne justifiait pas d'un motif légitime de nature à établir la preuve de faits imputables à la société ETI dans la survenance de l'incendie et dont pourrait dépendre la solution du litige, a légalement justifié sa décision ».

⁷⁶² **J.-F. PERICAUD**, « La déontologie et la responsabilité de l'expert judiciaire », préc..

259. Assignment de l'organisme de sécurité sociale. La difficulté soulevée par l'absence de citation des parties intéressées à la procédure est également mise en évidence dans le cadre de l'expertise judiciaire médicale pour laquelle le demandeur estime qu'un tiers est responsable de son préjudice corporel. À ce sujet, l'article L. 376-1 alinéa 8 du code de la sécurité sociale dispose que *« l'intéressé ou ses ayants droit doivent indiquer, en tout état de la procédure, la qualité d'assuré social de la victime de l'accident ainsi que les caisses de sécurité sociale auxquelles celle-ci est ou était affiliée pour les divers risques. Ils doivent appeler ces caisses en déclaration de jugement commun ou réciproquement. A défaut du respect de l'une de ces obligations, la nullité du jugement sur le fond pourra être demandée pendant deux ans, à compter de la date à partir de laquelle ledit jugement est devenu définitif, soit à la requête du ministère public, soit à la demande des caisses de sécurité sociale intéressées ou du tiers responsable, lorsque ces derniers y auront intérêt »*. Il revient ainsi au demandeur à l'expertise de mettre en cause son organisme de sécurité sociale à peine d'irrecevabilité de ses demandes de réparation de préjudices patrimoniaux. En pratique, les juges sanctionnent ce défaut de diligence par l'irrecevabilité de la demande, alors qu'une réouverture des débats, conformément à l'article 444 du code de procédure civile⁷⁶³, est tout à fait envisageable. Dans tous les cas, l'irrecevabilité de la demande ou une réouverture des débats allonge l'instance et retarde l'ouverture d'une expertise judiciaire.

260. Recommandations. Contrairement à ce qui est communément admis, le juge n'est responsable de l'allongement du délai de l'instance que de manière infime, ce sont aux parties de se responsabiliser à cet égard⁷⁶⁴. Il leur est donc recommandé, avec la coopération de leurs conseils, de porter une attention toute particulière à leur demande d'expertise et de vérifier, en fonction des faits et du domaine dans lequel le professionnel apportera ses lumières, que toutes les parties utiles à la manifestation de la vérité ont été assignées. Cette diligence est un gain de temps et d'argent dont les conséquences ne peuvent être que bénéfiques pour le principe du procès équitable. Dans la plupart des cas, il s'agit en effet d'économiser des semaines, voire des mois de procédure. Il reste à préciser que lorsque qu'il revient au défendeur d'attirer à la procédure une autre partie, il convient, afin d'éviter tout

⁷⁶³ CPC, art. 444, al. 1er : *« Le président [de la juridiction] peut ordonner la réouverture des débats. Il doit le faire chaque fois que les parties n'ont pas été à même de s'expliquer contradictoirement sur les éclaircissements de droit ou de fait qui leur avaient été demandés »*.

⁷⁶⁴ D. FAURY, « De quelques causes de la durée des expertises », Experts, août 2014, p. 4 : l'auteur insiste sur l'implication du juge dans le ralentissement de la mesure d'expertise dans la mesure où il lui revient d'ordonner les nouvelles mises en cause nécessaires.

comportement malhonnête de sa part, de lui fixer des délais contraignants pour effectuer cette mise en cause⁷⁶⁵. Un tel délai de mise en cause doit nécessairement apparaître dans les dispositions du code de procédure civile.

261. Modèle de l'expertise relative au contrat de transport. Pour se convaincre de l'utilité d'une assignation de l'ensemble des parties concernées, il y a lieu de citer l'exemple de l'expertise relative au contrat de transport prévue par l'article L. 133-4 du code de commerce. Aux termes de l'alinéa 1er de cette disposition, *« en cas de refus des objets transportés ou présentés pour être transportés, ou de contestation de quelque nature qu'elle soit, sur la formation ou l'exécution du contrat de transport, ou à raison d'un incident survenu au cours même et à l'occasion du transport, l'état des objets transportés ou présentés pour être transportés et, en tant que de besoin, leur conditionnement, leur poids, leur nature, etc., sont vérifiés et constatés par un ou plusieurs experts nommés par le président du tribunal de commerce ou, à défaut, par le président du tribunal d'instance et par ordonnance rendue sur requête »*. L'expertise résultant de cet article s'insère dans une procédure simplifiée et rapide puisque la mesure, par nature conservatoire⁷⁶⁶, est rendue par ordonnance ou sur requête. La particularité de cette mesure réside dans l'alinéa 2 de l'article L. 133-4 du code de commerce qui prévoit qu'en dehors des cas d'urgence, le requérant à l'expertise est tenu, sous sa responsabilité, d'y appeler même par simple lettre recommandée ou par télégramme, toutes parties susceptibles d'être mises en cause, notamment l'expéditeur, le destinataire, le voiturier et le commissionnaire. Cette obligation de convocation de

⁷⁶⁵ S. AUTIN et C. BUSSIÈRE, « Rapport de la commission de réflexion sur l'expertise », préc., p. 30, B. 3 : *« Lorsque cette formalité [appeler en cause une autre partie à la procédure d'expertise] doit intervenir à l'initiative du défendeur, qui y a seul intérêt, le retard à délivrer l'assignation paralyse les opérations et préjudicie au demandeur. Il importe dès lors, pour contenir toute dérive dilatoire, d'imposer un délai préfix pour effectuer les mises en cause nécessaires. Un délai de deux mois commençant à courir à partir de la première réunion d'expertise apparaît à cet égard suffisant, sauf circonstances exceptionnelles telles que la difficulté à identifier ou localiser la personne à mettre en cause, ou la révélation tardive de circonstances matérielles ou juridiques (par exemple l'admission d'une partie à une procédure collective). Dans de telles hypothèses, le dépassement du délai de deux mois pourrait être autorisé par l'expert ou, en cas de contestation, par le juge chargé du suivi de l'expertise »*.

⁷⁶⁶ Cass. req., 2 août 1911 : DP, 1912, 1, p. 264 : *« [...] l'expertise ordonnée par le président du tribunal de commerce, conformément à l'article [L. 133-4 du code de commerce], a le caractère d'une mesure conservatoire exercée dans l'intérêt commun du destinataire et du transporteur; qu'il importe peu qu'une instance relative à la bonne exécution du contrat de transport soit déjà pendante au moment où la requête à fin de vérification des marchandises est présentée au président du tribunal, puisque l'urgence, qui est la raison de cette mesure, n'en existe pas moins à cause de l'attente imposée au voiturier; qu'une autorité légale est acquise à cette expertise à l'égard de tous et notamment dans le litige existant entre le destinataire et le transporteur, et cela bien que dans les expertises pratiquées en vertu de l'article 106 du code de commerce »*; Cass. com., 9 juill. 1953 : JCP, 1954, II, p. 8072, note R. RODIÈRE : *« [...] l'expertise ainsi opérée constitue une mesure conservatoire prescrite dans l'intérêt commun de tous ceux que l'état de la marchandise intéresse et qu'une autorité légale lui est acquise à l'égard de tous »*.

l'ensemble des parties concernées s'explique par la difficulté de laisser le véhicule de transport ou la marchandise immobilisée trop longtemps. Il serait nécessaire, dans des domaines spécifiques comme celui de la construction où l'urgence règne dans la majorité des cas, de s'inspirer de cette disposition du code de commerce.

262. Si le manque de diligences des parties constitue une raison « tolérable » d'augmentation du coût et de la durée de l'expertise, l'atteinte à l'obligation procédurale de loyauté à laquelle les parties sont tenues au cours de la mesure, en ce qu'elle est consciente, représente un véritable obstacle à l'effectivité d'une expertise à caractère raisonnable (B).

B. LE RALENTISSEMENT VOLONTAIRE DES PARTIES DANS LA MESURE D'EXPERTISE : L'ATTEINTE À L'OBLIGATION DE LOYAUTÉ

263. Intentions dilatoires. Parfois, la lenteur et l'augmentation du coût de l'expertise se manifestent à travers les intentions malhonnêtes des parties, qui vont, de manière intentionnelle, multiplier les actes de nature à ralentir les investigations de l'expert et en conséquence retarder le dépôt de son rapport. Une telle attitude est très souvent imputable à la partie assignée à la demande d'expertise, laquelle va user de toutes les stratégies procédurales possibles pour faire échouer la mesure. Ainsi, l'expert se retrouve, dans certaines situations, face à une partie qui refuse de lui communiquer une pièce, parce qu'elle lui est défavorable ou parce qu'elle considère que c'est à son adversaire de la produire. Le défendeur à la mesure d'expertise peut avoir également tendance à solliciter le report de remise d'une pièce essentielle que l'expert ne peut forcément refuser. Un tel comportement, manifestement dilatoire, va ainsi allonger la mesure puisque l'expert, souvent démuni après les divers rappels et mises en demeure de communiquer demeurés infructueux, est contraint de faire appel au juge chargé du contrôle des mesures d'instruction afin qu'il enjoigne les productions de pièces nécessaires. Et, quand bien même elles seraient délivrées, certaines pièces s'avèrent incomplètes ou trop anciennes pour pouvoir être exploitées. Enfin, le défaut de loyauté d'une partie d'une partie peut la conduire à changer d'avocat en cours de procédure, cas plutôt rare mais non sans conséquence lorsqu'il se présente, ou bien à créer un conflit d'intérêts entre elles et l'expert afin que celui-ci soit récusé et remplacé.

264. Atteinte à l'obligation de loyauté procédurale. Les comportements précités constituent nécessairement une atteinte de la part des parties à leur obligation de loyauté dans la mise en œuvre d'une mesure d'instruction. L'impératif de loyauté s'impose de plus en plus dans la matière processuelle⁷⁶⁷, notamment dans le cadre de l'administration de la preuve⁷⁶⁸, et se manifeste au travers de plusieurs obligations découlant du procès équitable⁷⁶⁹. Celui-ci résulte principalement de l'article 11 alinéa 1er du code de procédure civile qui énonce que « *les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus* ». Il convient de rappeler la disposition de cette règle dans le code de procédure, à savoir dans le chapitre consacré aux principes directeurs du procès, de sorte que la loyauté en matière d'expertise s'avère primordiale. En d'autres termes, le principe de loyauté est un corollaire de la manifestation de la vérité⁷⁷⁰. La Cour de cassation estime qu'il revient au juge chargé du contrôle des expertises de veiller à ce que les parties respectent la lettre de l'article 11 du code de procédure civile, en prenant les mesures adaptées, notamment en ce qui concerne la communication des pièces indispensables au bon déroulement de la mesure d'expertise judiciaire⁷⁷¹. Concernant les délais de l'expertise, l'impératif de loyauté attendu des parties se révèle également à la lecture de l'article 275 du code de procédure civile qui prévoit qu'elles doivent remettre sans délai à l'expert tous les documents que celui-ci estime nécessaires à l'accomplissement de sa

⁷⁶⁷ **M.-E. BOURSIER**, *Le principe de loyauté en droit processuel*, préf. S. GUINCHARD, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 23, 2003, 527 p. : tout au long de cette thèse, l'auteur s'interroge sur l'émergence et la place, en droit processuel du principe de loyauté, notion a-juridique qui s'est juridicisée pour posséder une double fonction : celle de garantie des droits de la défense et du droit au procès équitable ; **S. GUINCHARD**, « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire », in Collectif, *Études Université Panthéon-Assas (Paris II), Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, n° 1287 ; **M. DOUCHY-LOUDOT**, « La loyauté procédurale en matière civile », *Gaz. Pal.*, 17 nov. 2009, n° 321, p. 3 ; Pour un postulat sur les caractères inutile, inopportun et incohérent de la loyauté : **L. MINIATO**, « L'introuvable principe de loyauté en procédure civile », *D.*, 2007, p. 1035.

⁷⁶⁸ **R. PERROT**, « La loyauté procédurale », *RTD civ.*, 2006, p. 151, obs. sous *Cass. civ.*, 1ère, 7 juin 2005, pourvoi n° 05-60.044, *Bull. civ. I*, n° 241, p. 203 : « *On constatera d'abord que l'exigence de la loyauté dans le débat judiciaire ne date pas d'hier. A quoi servirait les règles de procédure, si elles n'étaient pas destinées à promouvoir la loyauté du procès en vue d'une sereine recherche de la vérité ?* ».

⁷⁶⁹ **S. GUINCHARD** (dir.), *Droit processuel : droits fondamentaux du procès*, *op. cit.*, p. 1417, spéc. n° 599 : il est un « *principe fédérateur qui s'illustre dans certaines règles processuelles parmi lesquelles, le principe de la contradiction ou encore l'égalité des armes* » ; **F. FOURMENT**, « Du principe de loyauté de la preuve et de son application aux matières civile et pénale », *D.*, 2011, p. 562 : « *la loyauté dans l'administration de la preuve puise sa source dans l'article 6, § 1er, de la Convention EDH relatif aux garanties générales du procès équitable, ainsi que la CEDH l'a dégagée* » ; **L. CADIET**, « La légalité procédurale en matière civile », *Étude BICC*, n° 636, 15 mars 2006, p. 3, site internet de la Cour de cassation : https://www.courdecassation.fr/IMG/File/intervention_cadiet.pdf

⁷⁷⁰ **G. CORNU et J. FOYER**, *Procédure civile*, Themis Droit privé, PUF, 1996, p. 457 ; **S. GUINCHARD** (dir.), *Droit processuel : droits fondamentaux du procès*, *op. cit.*, p. 1305, spéc. n° 542 : le principe de loyauté conduit au « respect de l'autre ».

⁷⁷¹ *Cass. civ.*, 2ème, 23 sept. 2004, n° 02-15.782, *Bull. civ. II*, n° 428, p. 362.

mission. Il convient, à ce titre, d'observer que l'exigence de loyauté procédurale des parties, qui s'applique à un droit spécifique, en l'occurrence le délai raisonnable de par l'article 275 du code de procédure civile, irrigue en même temps d'autres droits fondamentaux tel que celui du contradictoire. Une célérité dans la communication des pièces à l'expert engendre évidemment une réalisation du principe du contradictoire. La garantie d'une expertise raisonnable emporte ainsi la garantie d'une expertise de qualité.

265. Une fois les causes de la lenteur de l'expertise identifiées, il est nécessaire de présenter les remèdes susceptibles de permettre à la mesure d'être effectuée dans une durée raisonnable (Section 2).

SECTION 2. LES MOYENS D'ASSURER LE CARACTÈRE RAISONNABLE DE L'EXPERTISE

266. Le code de procédure civile contient des ressources suffisantes pour assurer le respect des délais dans l'expertise et amoindrir son coût. En témoignent les récentes réformes renforçant les pouvoirs du juge ou offrant à l'expert d'arrêter des délais pour recevoir les dires des parties. Mais d'autres règles, de nature procédurale, méritent d'être mieux appliquées (§ 1). Par ailleurs, la modernisation des moyens de communication, qui irrigue de plus en plus la pratique juridique, est à prendre en compte. C'est ainsi que le développement de la dématérialisation participe au renforcement du caractère raisonnable de l'expertise (§ 2).

§ 1. LA MEILLEURE UTILISATION DES RÈGLES DU CODE DE PROCÉDURE CIVILE

267. La bonne utilisation des règles procédurales influe nécessairement sur le caractère raisonnable de l'expertise dans la mesure où le déroulement de la procédure d'expertise repose sur les épaules des parties, du juge et de l'expert. En ce sens, il revient à ces derniers, et en particulier au juge, d'utiliser le dispositif de règles relatives aux mesures d'instructions et à l'expertise offert par le code de procédure civile de manière rationnelle. Une étude du ministère de la justice publiée en janvier 2018 précise que la mise en œuvre de l'article 153 du code de procédure civile énonçant que « *la décision qui ordonne une mesure d'instruction ne dessaisit pas le juge [et] indique la date à laquelle l'affaire sera rappelée pour un nouvel examen* », a permis de stabiliser la durée des expertises civiles ordonnées au

fond⁷⁷², ce qui montre qu'une règle procédurale bien exploitée permet la réalisation du procès équitable. Le renforcement du caractère raisonnable de l'expertise se manifeste tout d'abord par un rapprochement des acteurs de la mesure dans le but de préparer de manière efficace les opérations, opportunité offerte par le code de procédure civile (A). De plus, le fait de favoriser des mesures d'instructions alternatives à l'expertise permet de réduire le coût et le temps du procès (B).

A. LA PRÉPARATION DE L'EXPERTISE PAR UNE COOPÉRATION ENTRE SES ACTEURS

268. L'émergence de la « contractualisation » de l'expertise. L'ensemble des acteurs de l'expertise, que ce soit les parties, l'expert, le juge, et même les services dépendant du juge tels les greffiers, doivent participer à l'amélioration de ses délais puisqu'ils contribuent tous à sa lenteur⁷⁷³. Cette maîtrise du temps engendre nécessairement une rationalisation du coût de la mesure. Dès lors que le juge possède un rôle de plus en plus déterminant dans le bon déroulé d'une expertise depuis la création d'un juge chargé du contrôle des mesures d'instruction⁷⁷⁴, il est nécessaire qu'il mette à profit les pouvoirs que lui a offerts le législateur pour influencer sur sa durée et son prix. Et c'est lui qui doit permettre un rapprochement entre toutes les parties lorsqu'il organise une mesure d'instruction. Le rapprochement des intervenants à l'expertise passe par leur coopération. Du moins, le juge, garant du bon déroulement de l'instance, doit l'encourager. C'est ce que la conférence de consensus sur les bonnes pratiques de l'expertise de 2007 qualifie de « contractualisation de l'expertise »⁷⁷⁵. Cette contractualisation prend la forme d'un accord entre les parties et l'expert qui se seront concertés sur les questions relatives aux délais et au coût de la mesure, avant même que l'expert n'ait commencé ses investigations. Il s'agit d'une concertation préventive visant à donner la possibilité à l'expert, après avoir contradictoirement pris connaissance du litige et de l'étendue de la mission qui lui a été confiée par le juge, de fixer le déroulement de sa mission et sa durée.

⁷⁷² **DACS-PEJC**, « Les expertises judiciaires civiles devant les tribunaux de grande instance et les cours d'appel », préc., p. 13.

⁷⁷³ **J. LAUVIN**, « La maîtrise du délai de l'expertise par l'expert : un vœu pieux ? », préc.

⁷⁷⁴ **H. HEUGAS-DARRASPEN**, Expertise judiciaire et procédure civile : Commentaire du titre III du décret n°2005-1678 du 28 décembre 2005, préc. : L'auteur évoque une "accentuation du contrôle du juge sur le délai d'expertise" depuis la promulgation du décret.

⁷⁷⁵ **CONFÉRENCE NATIONALE DES PREMIERS PRÉSIDENTS DE COUR D'APPEL et LA COUR DE CASSATION**, *Conférence de consensus. « Les bonnes pratiques juridictionnelles de l'expertise civile »*, préc., question 6°.

269. Mise en application de l'article 266 du code de procédure civile. Dans le cadre d'une expertise contractualisée en amont, il est nécessaire de promouvoir l'application de l'article 266 du code de procédure civile qui prévoit que « *La décision peut aussi fixer une date à laquelle l'expert et les parties se présenteront devant le juge qui l'a rendue ou devant le juge chargé du contrôle pour que soient précisés la mission et, s'il y a lieu, le calendrier des opérations* » et que lors de cette conférence, « *les documents utiles à l'expertise sont remis à l'expert* ». Une telle règle est précieuse, surtout dans les expertises complexes. Elle possède également une fonction préventive, le juge pouvant décider que dès que la consignation a été versée, l'expert et les parties se réuniront devant lui. Le but est de prévoir, notamment par les remarques de l'expert sur l'exercice de sa mission, le temps plus ou moins précis, qu'il estimera nécessaire pour mener sa mission de manière convenable, mais également le prix de la mesure en considération des obstacles qui peuvent apparaître pendant son déroulé. En cas de désaccord entre les parties et l'expert sur les propositions de l'expert, des conciliations doivent être faites, notamment sur une communication des pièces plus efficace. Le technicien peut également proposer un calendrier qu'il estime optimal pour effectuer ses opérations, tout en prévoyant les difficultés pouvant se rencontrer et en donnant les moyens de les contourner. Le juge est tenu d'insister, lors de cette réunion, sur le refus des comportements dilatoires des parties et leur indiquer les sanctions possibles. Un participant à l'expertise favorisant sa longueur, et conduisant à l'augmentation de son coût, doit nécessairement être sanctionné. Le code de procédure civile ne prévoit pas de telles mesures, précisant seulement des sanctions envers l'expert. Or, le temps perdu et l'argent dépensé pendant le déroulé d'une expertise sont dans la majorité des cas imputables à l'une des parties à la mesure. Lorsque celle-ci a agi de manière purement dilatoire en vue de faire rallonger les opérations de l'expert, la logique induirait qu'elle soit sanctionnée pour un comportement aussi malhonnête. L'on s'aperçoit généralement que c'est le défendeur à une demande d'expertise qui va mettre en œuvre des attitudes déloyales. A ce titre, il est vivement recommandé au juge, saisi par l'expert ou l'autre partie sur ces faits, d'en tirer les conséquences, étant précisé qu'une sévérité est de rigueur lorsqu'il constate qu'une partie avait dès le départ des intentions purement dilatoires. La totalité des frais de l'expertise devraient donc être définitivement supportés par le justiciable malveillant. Il pourrait également se voir condamné au versement de dommages et intérêts au profit des parties qui n'ont jamais tenté de ralentir l'expertise et qui, en conséquence, n'ont pas eu l'occasion de

voir leur preuve convenablement rapportée. Le juge doit alors puiser toute la force du procès équitable pour motiver sa sanction puisqu'en définitive, les intentions dilatoires, empêche la réalisation du principe.

270. Recommandation. L'utilisation plus systématique de l'article 266 du code de procédure civile en présence d'une mesure d'expertise susceptible de prendre un certain temps ne peut être que trop recommandée⁷⁷⁶. La discussion, l'échange que crée cette la mise en œuvre de cette disposition ne peut que renforcer les principes du délai raisonnable⁷⁷⁷ et du coût raisonnable⁷⁷⁸. Voilà pourquoi, le juge est invité à ajouter dans sa décision ordonnant l'expertise, le chef de dispositif proposé par la conférence de consensus suivant : « *Dit que lors de sa première réunion laquelle devra se dérouler dans un délai maximum de deux mois à compter de l'avis donné par le greffe de la consignation de la provision, l'expert devra en concertation avec les parties dresser un programme de ses investigations et proposer d'une manière aussi précise que possible le montant prévisible de ses honoraires, de ses frais et débours, ainsi que la date de dépôt du rapport avant d'adresser ces informations au juge de l'espèce, ou au juge chargé du contrôle de l'expertise, lequel rendra une ordonnance complémentaire fixant le montant de la provision complémentaire ainsi que le délai prévu pour le dépôt du rapport* ». L'intérêt d'une telle procédure est compatible avec l'article 273 du code de procédure civile qui impose à l'expert d' « *informer le juge de l'avancement de ses opérations et des diligences par lui accomplies* ».

271. L'emploi plus systématique de l'article 266 du code de procédure civile se manifeste surtout à l'égard des expertises présentant une certaine complexité. Lorsque la technicité du litige présentée devant le juge paraît moins difficile à appréhender, il appartient à ce dernier de favoriser le recours à des mesures d'instruction alternatives à l'expertise (B).

⁷⁷⁶ **J.-F. PERICAUD**, « La déontologie et la responsabilité de l'expert judiciaire », préc.

⁷⁷⁷ **V. LAMANDA**, « L'expertise de demain », préc.

⁷⁷⁸ **G. PERRAULT**, « Vers une augmentation constante du coût de l'expertise », préc. : selon l'auteur, l'avocat d'une partie doit donner à l'expert tous éléments utiles à sa mission avant et pendant la première réunion sans obstruction, ce qui permet de mieux cerner les frais de l'expertise.

B. LE RECOURS AUX MESURES D'INSTRUCTION ALTERNATIVES À L'EXPERTISE

272. Principe du recours aux mesures d'instruction alternatives. « *Les inconvénients liés à la nature même de l'expertise judiciaire et à ses conditions d'exécution conduisent à s'interroger sur la possibilité de recours à des alternatives, en d'autres termes, à des solutions de remplacement* »⁷⁷⁹. L'article 147 du code de procédure civile énonce que « *le juge doit limiter le choix de la mesure [d'instruction] à ce qui est suffisant pour la solution du litige, en s'attachant à retenir ce qui est le plus simple et le moins onéreux* ». La simplicité doit être un moyen de parvenir au raisonnable, et donc de promouvoir la célérité et le coût raisonnable de l'expertise. La technicité d'un litige ne doit pas systématiquement conduire au prononcé d'une expertise, quand bien même les parties la sollicitent. Il faut que cette complexité soit vraiment caractérisée pour décider du recours à l'expertise judiciaire⁷⁸⁰, ce qui implique de la part des juges l'application du principe de proportionnalité de la mesure au regard de la complexité de l'affaire⁷⁸¹. Dans les autres cas, le juge peut ordonner une constatation ou une consultation comme l'induit le garde-fou de l'article 263 du code de procédure civile : « *L'expertise n'a lieu d'être ordonnée que dans le cas où des constatations ou une consultation ne pourraient suffire à éclairer le juge* ». Le juge est donc libre de choisir la mesure qui lui semble la plus adaptée aux circonstances de l'espèce. Cette liberté résulte du principe plus général selon lequel la décision de prononcer une mesure d'instruction et le choix de celle-ci relèvent du pouvoir souverain du juge du fond. En outre, le juge est en droit de rejeter la demande d'expertise parce qu'il estime qu'en fonction de l'enjeu du litige, elle s'inscrirait dans la durée et coûterait cher. Dans un arrêt du 4 octobre 2013, la cour d'appel de Saint-Denis, a opposé son refus à une demande d'expertise pour cette raison⁷⁸². En effet, dans le cadre d'une succession, les appelants avaient sollicité la désignation d'un notaire pour procéder aux opérations de compte, liquidation des biens ayant appartenu aux défunts ainsi que la nomination d'un expert aux fins de décrire et d'estimer la masse des biens

⁷⁷⁹ **L. TOMASI**, « Les alternatives à l'expertise judiciaire (première partie) », contribution présentée lors de la Journée de Réunion-Débat organisée par la Compagnie des Experts Judiciaires à GAP (HAUTES-ALPES), 12 déc. 2007, site internet Le blog de Maître Olivier DE PERMENTIER, TOMASI, GARCIA ET ASSOCIÉS, https://blogavocat.fr/space/odp.tomasi-garcia-associes/content/les-alternatives-a-l%E2%80%99expertise-judiciaire--premiere-partie-_b0129098-6ec5-4dc5-a0c3-56d3a754eb10

⁷⁸⁰ **S. AUTIN et C. BUSSIÈRE**, « Rapport de la commission de réflexion sur l'expertise », préc., p.7 : « *Deux critères doivent guider le choix du recours à l'expertise : ceux de complexité du litige et de proportionnalité. L'expertise ne doit être ordonnée que lorsque le litige présente une technicité particulière et elle doit être évitée lorsque son intérêt est de faible valeur* ».

⁷⁸¹ **N. FRICERO**, « L'expertise judiciaire en mutation ! », préc. : les magistrats doivent être soumis à une bonne formation afin d'être en mesure de mieux apprécier la pertinence des moyens d'investigation utilisés.

⁷⁸² CA, Saint-Denis (Réunion), ch. civ., 4 oct. 2013, n° 11/00162.

successoraux appartenant en indivision aux héritiers. Les juges du fond, relevant l'impossibilité de procéder au partage amiable des biens de la succession, ont prononcé un partage judiciaire et nommé un notaire pour effectuer les opérations de compte et de liquidation des biens. Concernant l'expertise sollicitée, celle-ci a été rejetée par la cour d'appel qui a relevé que les questions relatives à son coût ainsi qu'à sa durée ne sauraient être éludées. C'est pourquoi elle a considéré que le notaire désigné était à même de réaliser la mission d'expertise d'estimation des biens formulée, et qu'il pouvait, en cas de difficulté faire appel à un expert.

273. Avantages des mesures de constatation et de consultation. Même si, dans la pratique, le juge est plus enclin à ordonner une expertise plutôt que des mesures de consultation ou de constatation⁷⁸³, cela n'enlève en rien les avantages qu'elles présentent. La constatation, à différencier du constat d'huissier réalisé à la requête des particuliers⁷⁸⁴, et la consultation diffèrent de l'expertise. Si elles peuvent ne pas suffire à éclairer le juge, cela signifie que leurs domaines d'intervention sont limités par rapport à ceux de l'expertise. En effet, celles-ci ne nécessitent pas que le litige soumis au juge présente une technicité particulière, c'est-à-dire des investigations poussées. Ce qui signifie que le temps consacré à la mise en œuvre de ces mesures d'instruction est plus court et que les dépenses engagées sont moins importantes. Par la constatation, prévue aux articles 249 à 255 du code de procédure civile, le technicien désigné par le juge sera chargé de procéder à des constatations purement matérielles et de décrire un fait qu'il observe. C'est le cas d'un état des lieux, d'un constat d'adultère⁷⁸⁵ ou de l'accès au contenu de l'ordinateur d'un individu, voire des constats sur internet. L'article 251 du code de procédure civile exige du juge qu'il « *fixe le délai dans lequel le constat sera déposé ou la date de l'audience à laquelle les constatations seront présentées oralement* ». Les constatations ne s'arrêtant qu'à des observations de la part du technicien commis, le délai ne saurait être trop long. La consultation, envisagée aux articles 256 à 262 du code de procédure civile et instaurée pour pallier au coût onéreux ainsi qu'à la lenteur de l'expertise, consiste à recueillir l'avis d'un technicien sur une question de fait qui

⁷⁸³ L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 9ème éd., 2016, p. 524, spéc. n° 607.

⁷⁸⁴ Ord. n° 45-2592 du 2 nov. 1945 relative au statut des huissiers, art. 1er ; loi n° 2010-1609 du 22 déc. 2010 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires ; N. FRICERO et M.-P. MOURRE, « Le constat, une preuve efficace », *Procédures*, n° 7, juill.-août 2015, p. 134.

⁷⁸⁵ Cass. civ., 1ère, 6 févr. 1979, n° 77-13.463, Bull. civ. I, n° 47, p. 41 : RTD civ., 1979, p. 663, obs. PERROT.

ne présente pas de complexité particulière⁷⁸⁶. Il peut s'agir de la mission d'examiner un testament au rang des minutes d'un notaire, et de dire s'il constituait un original ou une reproduction⁷⁸⁷. L'article 258 du code de procédure civile précise que le juge prescrivant une consultation « *fixe la date de l'audience à laquelle elle sera présentée oralement soit le délai dans lequel elle sera déposée* ». La pratique même de cette mesure d'instruction se caractérise par sa rapidité et son coût moindre, même si son domaine d'action est limité à une non-complexité des opérations du technicien.

274. Constatation, consultation et droits fondamentaux. La constatation et la consultation représentent des mesures d'instruction concernées par les droits fondamentaux, notamment le respect du principe du contradictoire. Cependant, à la différence de l'expertise, le contradictoire n'influe pas de manière aussi significative sur la consultation et la constatation, puisqu'il se limite à la convocation des parties et des tiers⁷⁸⁸. De plus, le technicien désigné n'est pas dans l'obligation de rédiger un quelconque compte-rendu de ses opérations ni même de procéder à l'établissement d'un pré-rapport. Concernant la consultation, l'article 257 alinéa 2 indique en effet que celle-ci « *est présentée oralement à moins que le juge ne prescrive qu'elle soit consignée par écrit* »⁷⁸⁹. De ce fait, il n'est pas assujéti de la procédure particulière des dires. Ceci explique notamment que les délais prescrits pour ces mesures sont en majorité respectés. En définitive, lorsqu'un juge est face à une difficulté technique qui ne nécessite pas, selon son estimation, de procéder à des investigations complexes, ses pensées doivent se tourner vers l'instauration d'une constatation ou d'une consultation. Cette préconisation est à suivre, quand bien même les parties insisteraient sur l'organisation d'une mesure d'expertise.

⁷⁸⁶ S'il s'avère que la mesure présente finalement les caractéristiques de l'expertise, elle sera requalifiée en tant que tel. v. Cass. com., 24 oct. 1978, n° 77-12.455 : « *Le tribunal de commerce, en cours de délibéré, a désigné Tomine " comme consultant avec mission de préciser et de déterminer le montant du préjudice causé et détaillé concernant la plus-value de main-d'œuvre, coffrage, béton et autres, et ce comparativement à la solution initiale prévue et à la solution finalement adoptée [...] en statuant ainsi, alors que la mesure d'instruction, en raison de la mission donnée en l'espèce, constituait une expertise, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ».

⁷⁸⁷ Cass. civ., 2ème, 26 févr. 1997, n° 94-11.794, Bull. civ. II, n° 61, p. 34.

⁷⁸⁸ Cass. civ., 2ème, 5 mars 2009, n° 08-11.650, Bull. civ. II, n° 66 (pour la constatation) ; Cass. civ., 2ème, 26 févr. 1997, préc. (pour la consultation).

⁷⁸⁹ Dans le cas d'une présentation orale, l'article 260 du code de procédure civile dispose que « *si la consultation est donnée oralement, il en est dressé procès-verbal. La rédaction du procès-verbal peut toutefois être suppléée par une mention dans le jugement si l'affaire est immédiatement jugée en dernier ressort* » En revanche, « *si la consultation est écrite, elle est remise au greffe de la juridiction* ».

275. Intégration de la mesure de consultation au sein du contentieux de la sécurité sociale. L'article 1er, 4° de l'ordonnance n° 2018-358 du 16 mai 2018 relative au traitement juridictionnel du contentieux de la sécurité sociale et de l'aide sociale⁷⁹⁰, résultant de la loi J-21 de modernisation de la justice apporte une modification intéressante au régime du contentieux technique de la sécurité sociale. Par cette disposition, l'article L. 142-10 du code de la sécurité sociale est modifié en ce sens : « *Pour les contestations mentionnées au 1° de l'article L. 142-1⁷⁹¹ et pour celles mentionnées aux 1°, 2°, 3° de l'article L. 142-2⁷⁹², le praticien-conseil ou l'autorité compétente pour examiner le recours préalable transmet à l'expert ou au médecin consultant désigné par la juridiction compétente, sans que puisse lui être opposé l'article 226-13 du code pénal, l'intégralité du rapport médical ayant fondé sa décision* ». Outre la modification de l'intensité du secret professionnel dans le cadre d'une expertise en matière de sécurité sociale⁷⁹³, l'ordonnance apporte une innovation puisqu'avant cette réforme, les contentieux techniques de la sécurité sociale précités ne pouvaient faire l'objet que d'une expertise judiciaire, et non d'une mesure de consultation. Ceci offre un plus large choix de mesures d'instructions pour le juge de la sécurité sociale lorsqu'un contentieux se présente devant, à charge pour lui de choisir la mesure la plus adaptée au conflit.

276. Il ne faut donc pas négliger les dispositions du code de procédure civile préexistantes et mieux les exploiter pour assurer le caractère raisonnable de l'expertise. Cet objectif doit toutefois intégrer l'évolution des techniques qui influencent le processus juridictionnel, ce qui est le cas de la dématérialisation (§ 2).

⁷⁹⁰ JORF n° 0112, 17 mai 2018, texte n° 6.

⁷⁹¹ À savoir : 1° A l'application des législations et réglementations de sécurité sociale et de mutualité sociale agricole, à l'exception des litiges relevant du contentieux technique de la sécurité sociale.

⁷⁹² À savoir : 1° A l'état ou au degré d'invalidité, en cas d'accident ou de maladie non régie par le livre IV, et à l'état d'incapacité au travail ; 2° A l'état d'incapacité permanente de travail, notamment au taux de cette incapacité, en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle ; 3° A l'état d'incapacité de travail pour l'application des dispositions du livre VII du code rural et de la pêche maritime autres que celles relevant du contentieux général de la sécurité sociale.

⁷⁹³ **C. BLÉRY et E. TAMION**, « Réorganisation du contentieux de la sécurité sociale et de l'action sociale », Dalloz actu., 25 mai 2018 : « *Désormais, le nouvel article L. 142-10 prévoit qu'il ne pourra pas être opposé au praticien-conseil les dispositions de l'article 226-13 du code pénal lorsqu'il communiquera "l'intégralité du rapport médical", cette transmission permettant la levée du secret médical est énoncée comme une obligation législative faite à ce professionnel ("transmet"), outre la décision qu'avait pu prendre le juge en ce sens* ».

§ 2. LA GÉNÉRALISATION DE LA DÉMATÉRIALISATION DE L'EXPERTISE

277. Il convient au préalable de présenter le phénomène de dématérialisation et son application à l'expertise (A), avant de formuler quelques précautions quant à sa mise en oeuvre (B).

A. L'APPLICATION DE LA DÉMATÉRIALISATION À L'EXPERTISE

278. **Présentation de la dématérialisation et enjeux modernes.** Le temps et le coût de l'instance sont influencés par l'évolution technologique⁷⁹⁴. L'apparition des nouvelles technologies, notamment des divers moyens de communication, conduit inévitablement à ce que la procédure d'expertise y soit intégrée. La dématérialisation, telle qu'elle a été préconisée par Jean-Claude MAGENDIE aux termes de son rapport sur la célérité et la qualité de la justice⁷⁹⁵, représente pour la justice un véritable défi résultant de la modernisation de l'État⁷⁹⁶. Son développement, traduisant une émergence des nouvelles technologies dans le droit, trouve sa continuité dans la volonté du législateur de parvenir à une République numérique⁷⁹⁷. Les avocats⁷⁹⁸, les notaires, les huissiers de justice⁷⁹⁹ ou encore les juridictions⁸⁰⁰ sont déjà familiarisés à des logiciels performants qui facilitent l'exécution de leurs tâches et la gestion de leurs dossiers. Il est nécessaire que l'expertise, en tant que composante de l'instance, participe à ce processus plus connu sous l'expression de « généralisation de la voie électronique »⁸⁰¹. Le phénomène de dématérialisation des

⁷⁹⁴ S. AMRANI-MEKKI (S.), *Le temps et le procès civil*, op. cit., p. 5, n° 3 ; v. également : **Cour de Cassation**, « L'innovation technologique », rapp. annuel 2005, Site internet de la Cour de Cassation.

⁷⁹⁵ J.-C. MAGENDIE, « Célérité et qualité de la justice : la gestion du temps dans le procès », Rapport au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, préc., pp. 144 et s.

⁷⁹⁶ J.-C. MAGENDIE (entr.), « Célérité et qualité de la justice : le Rapport Magendie », D. 2004, p. 2309 : « La généralisation de la voie électronique entre les différents acteurs du procès ne peut que contribuer à une justice plus diligente et plus efficace ».

⁷⁹⁷ Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, JORF n° 0235, 8 oct. 2016.

⁷⁹⁸ C. LE DOUARON, « Numérique : le cloud privé des avocats sera opérationnel en décembre 2015 », Dalloz actu., 1er juill. 2015 : « L'outil permettra notamment à l'avocat de disposer de ses dossiers partout où il se trouve tout en conservant un haut niveau de sécurité, notamment en hébergeant les serveurs en France, ce qui garantit le respect de la procédure en cas de perquisitions » ; L'on pense également au Réseau Privé Virtuel des Avocats : <https://www.ebarreau.fr>

⁷⁹⁹ G. MECARELLI et S. POISSON, « La signification par voie électronique : entre défi technologique et théorie du procès », D. 2012, p. 2533.

⁸⁰⁰ Le Réseau Privé Virtuel des Juridictions.

⁸⁰¹ N. FRICERO, « Procédure civile : janvier 2012 – décembre 2012 », D. 2013, p. 269 : « la voie électronique est utilisée entre avocats, entre huissiers de justice, elle peut concerner de simples particuliers (signification par voie électronique), elle intéresse les échanges entre les juridictions (réseau privé virtuel justice-RPVJ) et les auxiliaires de justice, ainsi que les experts judiciaires » ; B. DENIS-LAROQUE, « L'expertise dans un monde dématérialisé », Experts, févr. 2012, p. 68 : « Dans l'histoire de la communication de la pensée humaine, la dématérialisation est l'un des progrès les plus importants depuis l'invention de l'écriture » ;

procédures consiste en la « *suppression du support papier dans les diverses procédures pour les opérations d'émission, de transmission et de conservation des actes de l'instance et le remplacement par un support électronique qui a une valeur juridique identique à celle du support papier* »⁸⁰². Le législateur a bien évidemment pris en compte ce procédé moderne et l'a intégré dans le code de procédure civile. À ce titre, l'article 748-1 du code prévoit que les « *envois, remises et notifications des actes de procédure, des pièces, avis, avertissements ou convocations, des rapports, des procès-verbaux ainsi que des copies et expéditions revêtues de la formule exécutoire des décisions juridictionnelles peuvent être effectués par voie électronique [...]* ». C'est ainsi que l'écrit sous forme électronique possède la même valeur et la même force probante que l'écrit sur papier, conformément à l'article 1367 du code civil. La dématérialisation a vocation également à être déployée de manière plus étendue⁸⁰³ et plus efficace, conformément à la réforme J-21 et aux chantiers de la justice relatif à la « Transformation Numérique », présenté le 15 janvier 2018 par la Garde des Sceaux⁸⁰⁴, dans le but notamment de garantir l'accès à la justice aux citoyens⁸⁰⁵.

279. Application de la dématérialisation à l'expertise et incidence sur le coût et les délais. Un arrêté du 14 juin 2017 portant application des dispositions du titre XXI du livre Ier du code de procédure civile aux experts judiciaires⁸⁰⁶, a, en son article 1er, étendu la communication par voie électronique à l'expertise judiciaire, en précisant que « *le système permet de dématérialiser et de sécuriser la communication de l'expertise judiciaire civile, entre la juridiction, les avocats, l'expert et les parties* ». En la matière, la dématérialisation de l'expertise se manifeste par la mise en place progressive de la plateforme *Opalexe*⁸⁰⁷ qui a

C. BLÉRY et J.-P. TEBOUL, « La communication par voie électronique, de la procédure civile avant tout ! », JCP 2012, p. 1189 ; T. GHERA, « La dématérialisation des procédures judiciaires au sein de l'Union européenne, vecteur de transcendance des particularismes nationaux », Dr. et proc. 2012, p. 279.

⁸⁰² S. GUINCHARD, Lexique des termes juridiques 2017-2018, Dalloz 2017, v. Dématérialisation des procédures.

⁸⁰³ v. par ex., C. BLÉRY, « Justice du 21^e siècle : simplification du régime des notifications internationales », Dalloz actu., 17 mai 2017 ; C. BLÉRY, « Le projet de loi de programmation prévoit un règlement des litiges sans audience », Dalloz actu., 27 mars 2018 ; C. BLÉRY, « Vers une juridiction nationale de traitement dématérialisé des injonctions de payer », Dalloz actu., 29 mars 2018.

⁸⁰⁴ Ministère de la Justice, référents : J.-F. BEYNEL et D. CASAS, « Chantiers de la justice, Transformation numérique », 15 janv. 2018, site internet du Ministère de la Justice ; C. BLÉRY, « Amélioration et simplification de la procédure civile : du bon et du moins bon », Dalloz actu., 7 févr. 2018.

⁸⁰⁵ F. SICARD et P.-Y. GAUTIER, « L'avenir : pour une dématérialisation réfléchie de l'exercice de la justice », Gaz. Pal., 26 sept. 2017, n° 32, p. 11.

⁸⁰⁶ JORF n° 0142 du 18 juin 2017, texte n° 4.

⁸⁰⁷ Site internet de la plateforme Opalexe, <http://www.opalexe.fr> ; Informations supplémentaires sur le phénomène de dématérialisation de l'expertise sur le site internet des Experts près la cour d'appel de Basse-Terre, notamment la présentation de la dématérialisation : « La dématérialisation de l'expertise civile », 10 mars 2013, http://www.cejbt.fr/Files/1_cncej_formation_demat_e_experts_10_03_2013.pdf ; B. DENIS-

vocation, en toute sécurité et de manière confidentielle⁸⁰⁸, à favoriser les échanges entre l'expert, les parties et le juge, en vue d'une meilleure visibilité du déroulement d'une mesure d'instruction. Au mois de mai 2017, 2 300 expertises ont été ouvertes sur la plateforme depuis son lancement, avec 63 000 documents publiés⁸⁰⁹. Les parties à l'expertises peuvent ainsi s'échanger tous les comptes-rendus de l'expert mais aussi se voir signifier toutes les décisions du juge afin d'améliorer la poursuite des opérations de l'expert, et ce avec notification par mail dès l'ajout d'un document sur la plateforme. Les parties sont également à même d'utiliser ce procédé pour formuler leurs observations et bien évidemment consulter le rapport définitif de l'expert. La lourde tâche de l'impression des pièces ne devient donc qu'accessoire puisque leur consultation est accessible librement, à tout moment. Autre que le renforcement évident du principe de la contradiction, il en ressort un avantage encore plus précieux, celui du respect des délais⁸¹⁰ et de réduction du coût de la mesure⁸¹¹. En effet, l'instauration d'un logiciel de dématérialisation favorise une communication rapide des pièces entre l'expert et les parties, puisque des courriers papiers prennent parfois trop de temps à parvenir en mains propres. Le coût lié à l'envoi des pièces à l'expert et aux parties, autrefois par communication postale, se retrouve aussi régulé. Déjà en 2011, le Ministère de la Justice indiquait que « *les premières actions de dématérialisation d'expertises ont montré que les gains (courrier, photocopies) sur les expertises civiles couvraient très largement les frais d'emploi des outils de dématérialisation. Par ailleurs, les avantages liés à la fiabilité des échanges, l'assurance du respect du contradictoire, bien que non économiquement évaluables, contribuent efficacement à la qualité de l'expertise, au respect des exigences procédurales et à la tenue des délais* »⁸¹². Ainsi tant les principes du contradictoire, que de célérité et de coût raisonnable

LAROQUE, « Les experts se dotent d'un nouvel outil pour la sécurisation des procédures : Opalexe », Experts, mars 2008, p. 71.

⁸⁰⁸ Ce qui répond évidemment aux préconisations de l'article 478-6 du code de procédure civile : « *Les procédés techniques utilisés doivent garantir, dans des conditions fixées par arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice, la fiabilité de l'identification des parties à la communication électronique, l'intégrité des documents adressés, la sécurité et la confidentialité des échanges, la conservation des transmissions opérées et permettre d'établir de manière certaine la date d'envoi et celle de la réception par le destinataire* ».

⁸⁰⁹ **P. BRINDEAU**, « La dématérialisation des expertises civiles avec OPALEXE », Experts, n° 133, août 2017, p. 39.

⁸¹⁰ **V. LAMANDA**, *L'expertise de demain*, préc. : l'auteur explique l'avantage certain de la dématérialisation des expertises sur la communication des pièces entre l'expert et les parties. Il conditionne l'expertise de demain au développement d'une expertise dématérialisée.

⁸¹¹ **P. BRINDEAU**, « La dématérialisation des expertises civiles avec OPALEXE », préc. : « *La publication et le téléchargement des fichiers sont gratuits. Par ailleurs, le caractère numérisé des fichiers permet de conséquentes économies en matières de : papeterie (papier, encre, couverture, brochage, enveloppe), timbres, et... délais de transmission* ».

⁸¹² Site internet du Ministère de la Justice, « Expertise dématérialisée, Expérimentation à Bordeaux », 15 juin 2011, Disponible sur : <https://www.justice.gouv.fr/actualite-du-ministere-10030/expertise-dematerialisee-22409.html>

sont assurés par l'avènement des nouvelles technologies de communication⁸¹³. Les frais de fonctionnement de la procédure dématérialisée d'expertise sont pris en charge par la partie désignée par le magistrat. Toutefois, ils sont déjà amortis par l'économie engendrée par la publication, le téléchargement des fichiers et l'absence de frais de papeteries et d'envoi. L'expertise numérisée participe en définitive au caractère raisonnable de la procédure.

280. Si la dématérialisation de l'expertise semble être un remède efficace aux questions de célérité et de coût de la mesure, et plus généralement de la justice, il convient, à cet égard, d'afficher une certaine prudence (B).

B. DÉMATÉRIALISATION ET PRUDENCE

281. Limites pratiques à la dématérialisation de l'expertise. En outre, le gain de temps procuré par la dématérialisation se constate seulement en matière d'échanges entre les intervenants à l'expertise où l'immédiateté semble régner. Le développement de la dématérialisation n'emporte aucune conséquence sur le temps d'une investigation menée par l'expert. Une autre limite s'érige en l'intention dilatoire des parties. En effet, le logiciel permet à l'expert d'informer les parties sur la date d'une prochaine investigation : si cet envoi électronique permet de gagner du temps sur les modalités de convocation, il ne peut passer outre le refus d'une partie de se rendre à une opération d'expertise ou même sa volonté de la ralentir en changeant d'avocat ou en sollicitant la désignation d'un nouvel expert par exemple. Enfin, un dernier obstacle à l'application de la dématérialisation pourrait résider dans la difficulté pour certains justiciables d'accéder aux nouvelles technologies, que ce soit financièrement ou intellectuellement. Un tel problème engendrerait effectivement une atteinte au droit au juge dans les matières où la représentation par avocat n'est pas obligatoire⁸¹⁴. Toutefois, en matière d'expertise, ce problème est relatif puisque les parties sont

⁸¹³ **S. AMRANI-MEKKI**, « Efficacité et nouvelles technologies », préc. : « *Les nouvelles technologies permettent également un gain de temps en évitant des déplacements inutiles. La visioconférence évite ainsi les déplacements de parties, témoins ou experts, ce qui implique un gain de temps et d'argent* » ; **D. ZNATY**, « Les nouvelles technologies de la communication : historique et prospectives dans le domaine de l'expertise », *Experts*, mars 2008, p. 98 ; **S. GRAYOT**, « Le droit à un procès civil équitable à l'aune des nouvelles technologies », *Procédures*, avril 2010, n° 4, doss. n° 2 : « *Plus rapide, la justice civile sera alors davantage en conformité avec le standard du délai raisonnable imposé par l'article 6, paragraphe 1, de la Convention EDH. Cette conformité serait dans l'intérêt des justiciables, comme de l'État français... condamné à plusieurs reprises. À l'heure où la rhétorique de l'efficience la justice s'amplifie, il est certain que cette accélération des échanges est recherchée par les chantres de ces technologies. Il faudra cependant en mesurer la réalité dans quelques années, grâce aux indicateurs statistiques* ».

⁸¹⁴ **S. GRAYOT**, « Le droit à un procès civil équitable à l'aune des nouvelles technologies », préc.

obligatoirement représentées par leurs conseils qui communiquent directement avec l'expert sur la plateforme de dématérialisation.

282. Dématérialisation et mission importante du juge. Le rôle du juge dans le cadre du bon usage de la voie électronique va s'avérer extrêmement précieux. Sa fonction de gardien de l'instance conformément à l'article 3 du code de procédure civile doit déboucher sur une mission de contrôle du respect de la bonne mise en œuvre de la plateforme de dématérialisation. Cette analyse trouve plus de sens depuis que la Cour EDH a fait pénétrer l'usage de la dématérialisation dans le champ d'application du droit au procès équitable, au visa du droit d'accès au juge. Les juges européens ont en effet condamné la Slovaquie qui a instauré dans sa législation la communication par voie électronique, sans pour autant avoir prévu les moyens matériels nécessaires à sa mise en œuvre au sein des juridictions⁸¹⁵. De plus, comme le soulève Monsieur Jean-Claude MAGENDIE dans son rapport relatif à la célérité et la qualité de la justice, il revient au juge d'être attentif sur la gestion des délais d'une audience, en privilégiant ceux de l'expertise, ce qui doit conduire ce dernier à se familiariser avec « *les applications, gestionnaires d'agendas* » et autres, qui « *remplissent avec succès l'objectif de surveillance de l'écoulement des délais, en alertant l'utilisateur* », dans des conditions facilitées au niveau des paramétrages, « *de la survenance de telle ou telle échéance* »⁸¹⁶. À l'heure où les juridictions sont surchargées par des missions de contrôle des opérations d'expertise, l'utilisation accrue de tels logiciels est parfaitement recommandable.

283. Responsabilisation des parties. La responsabilisation des parties se manifeste également puisque dans le cadre d'une communication électronique, l'article 2 du code de procédure civile qui indique qu'il leur « *appartient d'accomplir les actes de la procédure dans [...] les délais requis* » et l'article 11 qui leur impose d'apporter leur concours aux

⁸¹⁵ CEDH (Quatrième Section), *Lawyer partners A.S. c. Slovaquie*, 16 juin 2009, req. n° 54252/07, 3274/08, 3377/08, 3505/08, 3526/08, 3741/08, 3786/08, 3807/08, 3824/08, 15055/08, 29548/08, 29551/08, 29552/08, 29555/08 et 29557/08, §§ 52-56 : « *Le droit d'accès à un tribunal est un élément inhérent aux garanties consacrées par l'article 6. Il garantit à chacun le droit à ce qu'un tribunal connaisse de toute contestation relative à ses droits et obligations de caractère civil [...] le code de procédure civile prévoyait sans ambiguïté la possibilité de communiquer des documents par voie électronique. On ne saurait donc reprocher à la société requérante de s'en être prévalu [...] Quant à l'argument avancé par les juridictions internes selon lequel elles ne disposaient pas du matériel nécessaire pour traiter les actions de la requérante, la Cour rappelle que la possibilité de communiquer des documents par voie électronique figurait dans le droit interne depuis 2002 [...] La Cour estime cependant que, compte tenu des circonstances, le refus opposé à la requérante a restreint de manière disproportionnée son droit de transmettre ses affaires à la justice de manière efficace* ».

⁸¹⁶ J.-C. MAGENDIE, « Célérité et qualité de la justice : la gestion du temps dans le procès », Rapport au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, préc., p. 153.

mesures d’instruction tendent à s’appliquer rigoureusement. Si ces principes directeurs sont respectés dans le cadre de la mise en œuvre de la dématérialisation, la réalisation du procès équitable se manifeste sous cet angle⁸¹⁷.

⁸¹⁷ v. également « Procédure et Immatériel, La dématérialisation de la procédure civile », Association Henri Capitant, 2014, Disponible sur : http://www.henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/evenements/procedure_immatériel_2014/France_3.pdf

CONCLUSION DU CHAPITRE

284. Mise en évidence du rôle des parties et du juge dans le caractère raisonnable de l'expertise judiciaire. L'identification des causes de lenteur et de coût élevé de l'expertise ainsi que les propositions de moyens permettant de parvenir au caractère raisonnable de l'expertise mettent en évidence le rôle fondamental des parties et du juge dans le prononcé et l'exécution de la mesure. En effet, il leur appartient de faire les choix procéduraux les plus judicieux et adaptés afin que les délai et coût de l'expertise judiciaire ne soient pas, au final, manifestement disproportionnés. En témoigne la possibilité pour le juge de préférer systématiquement le recours à une mesure alternative à l'expertise, telle une consultation ou une constatation, lorsque le litige qui lui est présenté ne présente pas une complexité significative, et ce quand bien même le plaideur sollicite l'organisation d'une expertise. Son rôle doit également consister à refuser une demande d'expertise lorsque les preuves qui lui sont présentées sont suffisantes pour former sa conviction. Il y a également lieu d'insister sur l'attention particulière dont doivent faire preuve les parties et leurs conseils lorsqu'ils requièrent du juge l'instauration d'une mesure d'expertise. Ceux-ci doivent en effet se responsabiliser et faire en sorte que la demande d'expertise s'accompagne des mises en causes nécessaires. L'anticipation est donc recommandée. La responsabilisation des parties et de leurs avocats implique, d'un autre côté, qu'ils s'interdisent tous procédés dilatoires visant à ralentir le déroulement des investigations de l'expert sous prétexte que les conclusions de l'expert peuvent mettre en évidence leur responsabilité dans un litige. Un tel comportement, *a priori* stratégique, peut, à l'issue des opérations d'expertises leur porter préjudice. En effet, dans l'hypothèse où la responsabilité de l'adversaire est relevée par le juge, ce dernier pourra lui faire supporter tous les frais de l'expertise, dont ceux qu'ils a, de mauvaise foi, engendrés. Le principe de loyauté procédurale doit ainsi être mis en œuvre tel un précepte.

285. Action du législateur. L'intervention du législateur s'avère aussi nécessaire pour permettre à l'expertise judiciaire d'être qualifiée de raisonnable. La détermination d'un délai entre la désignation de l'expert et la convocation des parties aux opérations par celui-ci est indispensable, à l'image de ce qui est prévu pour l'expertise amiable codifiée. Ceci assurerait une harmonisation entre les droits fondamentaux du contradictoire et du délai raisonnable.

286. Nécessité d'adaptation. La rationalisation des coûts et délais de l'expertise judiciaire passe par l'utilisation des nouvelles technologies modifiant nécessairement les moyens d'échanges entre les acteurs de la mesure. L'adaptation au phénomène de dématérialisation, qui modifiera certainement la conduite d'une expertise, est nécessaire tant de la part du juge que des parties.

CONCLUSION DU TITRE

287. Signification du « raisonnable » au sein de l'expertise. En tant que procédure à part entière insérée dans une instance, l'expertise doit naturellement se voir appliquer les exigences de célérité et de coût juste imposées de manière générale pour le procès. Ces garanties, regroupées sous l'expression « caractère raisonnable de l'expertise », ne signifient pas pour autant que la mesure soit exécutée trop rapidement ou à un coût dérisoire. Cela engendrerait des expertises de qualité moindre, et ne permettrait pas la réalisation du procès équitable. La satisfaction du justiciable implique en effet de la justesse dans le déroulement de la mesure, conformément aux divers critères définis dans le premier chapitre de ce titre.

288. Mobilisation du « management de la justice ». La nécessité d'une expertise à un délai et un coût satisfaisants met en évidence les enjeux modernes de la justice. Face aux critiques relatives à la lenteur et la cherté du procès, s'impose la notion émergente de « management de la justice » qui implique une gestion plus rationnelle et performante de la justice, notamment en termes de moyens matériels, financiers et humains. C'est dans cet objectif que s'inscrit la numérisation de la justice avec le développement incontestable de la dématérialisation dans laquelle s'insère idéalement l'expertise judiciaire. La meilleure utilisation des règles de procédure civile, particulièrement la préparation en amont de la mesure par un rapprochement entre ses protagonistes et l'usage de mesures alternatives, conduit à des économies de temps et d'argent non négligeables.

289. Le juge, promoteur idéal du caractère raisonnable de l'expertise. Alors que l'expert joue un rôle primordial dans l'exigence d'une expertise de qualité, c'est le rôle du juge qui se démarque dans l'impératif du caractère raisonnable de l'expertise. Ce caractère raisonnable ne peut être atteint que par une intervention active, permanente et efficace de ce dernier dans le déroulement de la mesure d'expertise. Certes, sa responsabilité se retrouve pleinement renforcée et sa tâche semble s'alourdir, mais il demeure le seul à pouvoir influencer de manière prépondérante sur les questions relatives au temps et au coût de la mesure d'expertise.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

290. La nécessité d'un modèle procédural de l'expertise judiciaire. L'expertise judiciaire constitue une norme à part entière au sein du procès, de sorte qu'elle obéit incontestablement aux règles qui s'y appliquent, et principalement aux garanties d'un procès équitable. Dès lors, le justiciable est à même de revendiquer le droit à une expertise judiciaire équitable qui se forme autour de deux critères complémentaires : premièrement une expertise de qualité, qui implique de l'expert des compétences ainsi que le respect des principes d'indépendance, d'impartialité et du contradictoire et, secondement, une expertise à caractère raisonnable, c'est-à-dire marquée par un déroulement à délai et coût justes. Ces critères découlent soit expressément de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH, soit d'une interprétation extensive du texte. L'éparpillement des règles visant à assurer une expertise judiciaire équitable invite à établir un modèle procédural de cette dernière qui pourrait résulter soit d'une charte de l'expertise judiciaire, soit d'une série de dispositions spécifiques dans le code de procédure civile.

291. Bilan mitigé d'une expertise judiciaire équitable. Bien que théoriquement affirmée, l'ambition d'une expertise judiciaire équitable s'avère, en pratique, assez relative. Les critiques à l'égard d'une expertise trop lente et trop onéreuse, d'un expert incompetent sont malheureusement encore nombreuses. Il est aussi paradoxal de constater que la forte emprise d'un droit fondamental comme celui du contradictoire engendre un ralentissement de la mesure d'expertise et porte alors atteinte à une composante du procès équitable. Il devient nécessaire pour les acteurs de l'expertise, en particulier le juge, d'agir pour rendre à l'expertise équitable toute sa cohérence. En définitive, il faut espérer que les réponses apportées tendant à une meilleure utilisation des règles procédurales, ainsi que la maîtrise des nouvelles technologies qui exercent une influence considérable sur le procès civil, permettront d'inverser la tendance. Cet espoir s'inscrit dans un contexte au sein duquel l'expertise civile fait face à de nouveaux enjeux, et ces mutations doivent nécessairement prendre en compte les droits fondamentaux (Seconde Partie).

SECONDE PARTIE : LES MUTATIONS NÉCESSAIRES DE L'EXPERTISE CIVILE

292. Transformations de l'expertise civile. L'expertise civile est en « mutation »⁸¹⁸. La mutation consiste en un « *changement radical* »⁸¹⁹, une « *évolution profonde* »⁸²⁰. La nécessité de respect des droits fondamentaux dans l'expertise a nécessairement conduit à son évolution. Deux types de mutations doivent être relevés.

293. Une évolution technique : l'expertise face au progrès. Qu'elle soit civile, pénale ou administrative, l'expertise est influencée par les progrès technologiques et scientifiques. De la sorte, ses techniques de mise en œuvre se précisent, ce qui permet d'arriver à des résultats plus fiables. À l'heure où le développement de l'intelligence artificielle et des algorithmes⁸²¹ fait poindre la justice prédictive⁸²², déjà discutée⁸²³, il est

⁸¹⁸ N. FRICERO, « L'expertise judiciaire en mutation ! », préc.

⁸¹⁹ Dictionnaire internet, Centre National de Ressources Lexicales et Textuelles : <http://www.cnrtl.fr/definition/mutation>

⁸²⁰ Dictionnaire internet, Larousse : <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/mutation/53438>

⁸²¹ CNIL, « Comment permettre à l'homme de garder la main ?, Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle », Synthèse du débat public animé par la CNIL dans le cadre de la mission de réflexion éthique confiée par la loi pour une république numérique, déc. 2017, Site internet de la CNIL, p. 5 : « Classiquement, l'algorithme se définit ainsi comme une suite finie et non ambiguë d'instructions permettant d'aboutir à un résultat à partir de données fournies en entrée. Cette définition rend compte des multiples applications numériques qui [...] remplissent des fonctions aussi diverses que fournir des résultats sur un moteur de recherche, proposer un diagnostic médical, conduire une voiture d'un point à un autre, détecter des suspects de fraude parmi les allocataires de prestations sociales, etc. L'intelligence artificielle désigne principalement dans le débat public contemporain une nouvelle classe d'algorithmes, paramétrés à partir de techniques dites d'apprentissage : les instructions à exécuter ne sont plus programmées explicitement par un développeur humain, elles sont en fait générées par la machine elle-même, qui « apprend » à partir des données qui lui sont fournies » ; L. CADIET, « L'open data des décisions de justice », Mission d'étude et de préfiguration sur l'ouverture au public des décisions de justice, rapp. remis au Garde des Sceaux, 29 nov. 2017, Site internet du Ministère de la Justice, http://www.justice.gouv.fr/publication/open_data_rapport.pdf ; M. LARTIGUE, « Open data jurisprudentiel : 20 recommandations... et tout à faire », Gaz. Pal., 16 janv. 2018, n° 2, p. 5.

⁸²² M.-C. LASSERRE, « L'intelligence artificielle au service du droit : la justice prédictive, la justice du futur ? », LPA, 30 juin 2017, n° 130, p. 6 : « La justice prédictive consiste à prédire par une machine, suivant un algorithme, les chances de succès d'une procédure contentieuse [...] La justice prédictive est une manifestation de l'immixtion de l'intelligence artificielle dans le droit » ; J.-M. SAUVE, interv. in « La justice prédictive », Colloque organisé à l'occasion du bicentenaire de l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, Cour de Cassation, 12 févr. 2018, site internet du Conseil d'Etat : www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/La-justice-predictive : « Les algorithmes prédictifs, fondés sur l'ouverture progressive, mais massive et gratuite des bases de jurisprudence à tous – l'open data –, visent à accélérer le règlement des litiges et à accroître la sécurité juridique, en améliorant la prévisibilité des décisions de justice. En effet, par leur utilisation les juges connaîtront mieux les pratiques juridictionnelles de leurs collègues et les parties pourront déterminer plus précisément les chances de succès d'une procédure juridictionnelle, ainsi que les moyens les plus pertinents à soulever ».

⁸²³ A. GARAPON, « Les enjeux de la justice prédictive », JCP G, n° 1-2, 9 janv. 2017, doctr. n° 31 ; D. IWEINS, « La justice prédictive, nouvel allié des professionnels du droit ? », Gaz. Pal., 3 janv. 2017, n° 1, p. 5 ; M. MEKKI, « If code is law, then code is justice ? Droits et algorithmes », Gaz. Pal., 27 juin 2017, n° 24, p. 10 ; F. ROUVIERE, « La justice prédictive, version moderne de la boule de cristal », RTD civ., 2017,

pertinent d'évoquer leur influence sur les méthodes expertales⁸²⁴. Il est certain que l'avis d'un expert peut résulter de l'utilisation d'un algorithme, ce qui le rend d'ailleurs plus fiable. En réalité, une telle pratique existe déjà et est admise depuis de nombreuses années, notamment depuis le développement des systèmes experts⁸²⁵, logiciels capable de fournir une performance égale à celle d'experts humains dans un domaine spécifique. Ils constituent une aide pour l'expert, principalement dans l'évaluation des dommages et intérêts ou dans la mise en œuvre d'une expertise biologique. Cette mutation de l'expertise civile doit être écartée de la présente réflexion dans la mesure où les droits fondamentaux ne sont pas profondément touchés. C'est l'évolution de la place de l'expertise dans le procès qui doit être précisément envisagée.

294. Une évolution de la place de l'expertise dans le procès : le développement des droits à l'expertise judiciaire et à l'expertise non judiciaire. Les droits fondamentaux modifient indéniablement la place de l'expertise dans l'instance. À cet égard, les mutations de l'expertise s'inscrivent dans un contexte paradoxal. D'une part, le succès rencontré par l'expertise judiciaire, parce qu'elle est la mesure la plus efficace pour parvenir à la vérité, explique qu'elle soit valorisée. D'autre part, les faiblesses révélées par l'expertise judiciaire équitable justifient l'avènement d'autres formes d'expertises répondant aux besoins

p. 527 ; **B. DONDERO**, « Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », D., 2017, p. 532 ; **P. SIRINELLI et S. PREVOST**, « Génération Legaltech », Dalloz IP/IT, 2017, p. 65 ; **S. CHASSAGNARD-PINET**, « Les usages des algorithmes en droit : prédire ou dire le droit ? », Dalloz IP/IT, 2017, p. 495 ; **G. CHANTEPIE**, « Le droit en algorithmes ou la fin de la norme délibérée ? », Dalloz IP/IT, 2017, p. 522 ; **P. SIRINELLI et S. PREVOST**, « Madame Irma, Magistrat », Dalloz IP/IT, 2017, p. 557 ; **A. GARAPON (entr.)**, « La legaltech, une chance ou une menace pour les professions du droit ? », LPA 18 sept. 2017, n° 186, p. 4 ; **S. GUEZILLE et A. CHATAIN**, « Juste prédictive : entre fantasme et réalité », Experts, déc. 2017, n° 135, p. 4 ; **Y. MENECEUR**, « Quel avenir pour la "justice prédictive" ? Enjeux et limites des algorithmes d'anticipation des décisions de justice », JCP G, n° 7, 12 févr. 2018, doct. n° 190 ; **C. BLÉRY ET L. RASCHEL**, « Vers une procédure civile 2.0 ? », D., 2018, p. 504 ; **S.-M. FERRIE**, « Les algorithmes à l'épreuve du droit au procès équitable », JCP G, n° 11, 12 mars 2018, doct. n° 297 ; **F. GUÉRANGER**, « Réflexions sur la justice prédictive », Gaz. Pal., 3 avr. 2018, n° 13, p. 15 ; **D. DE LORGERIL**, *Procédure civile et nouvelles technologies*, l'Harmattan, Coll. Droit privé et sciences criminelles, 2017, p. 141, spéc. n° 85 : « Un logiciel peut-il réellement prendre en compte la multiplicité des faits inhérente à un procès de la même manière que les magistrats et les avocats ? ».

⁸²⁴ **E. PIERRAT et J.-P. TARROUX**, « L'expertise face aux enjeux du digital et de l'intelligence artificielle », Experts, avr. 2018, n° 137, p. 13 : les auteurs indiquent que la nomenclature des spécialités des experts inscrits sur les listes doit être actualisée en prenant en compte les avancées du digital et de l'intelligence artificielle.

⁸²⁵ **J.-P. HATON et M.-C. HATON**, *L'intelligence artificielle*, Que sais-je ?, juin 1990, p. 3 ; **H. BOSVIEUX**, « Informatique et sécurité juridique (De l'apport de l'intelligence artificielle dans la rédaction des actes notariés) », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 13, 2 avr. 1993, n° 100530 ; **D. BOURCIER, P. HASSET et C. ROQUILLY**, *Droit et intelligence artificielle – Une révolution de la connaissance juridique*, Romillat, coll. Droit et technologies, 2000, p. 59 ; **S. AMRANI-MEKKI**, « Efficacité et nouvelles technologies », préc.

probatoires du justiciable. En définitive, deux phénomènes cohabitent : celui du droit à l'expertise judiciaire et celui du droit à l'expertise non judiciaire. Ceux-ci ne représentent pas des droits fondamentaux, mais ils sont traversés par ces derniers, de sorte que leur étude est indispensable.

En premier lieu, dans un souci de respect des droits fondamentaux procéduraux ou subjectifs, la charge probatoire du justiciable se retrouve facilitée, notamment lorsqu'il requiert l'organisation d'une mesure d'instruction. Ce constat s'insère dans la tendance pour le juge, confronté à la technicité de certains contentieux mais devant statuer sur une affaire, à faire droit à des demandes d'expertises ou à en ordonner d'office. Il en résulte que la mesure devient plus accessible, menant à s'interroger sur le possible avènement d'un droit à l'expertise judiciaire. L'étude qui sera menée dans ce cadre met ainsi en évidence une nouvelle fonction des droits fondamentaux : celle de promouvoir le droit à l'expertise judiciaire. Toutefois, ce rôle varie en fonction du droit fondamental concerné et du domaine dans lequel s'insère l'expertise (**Titre 1**).

En second lieu, l'on assiste aujourd'hui à une coexistence entre l'expertise judiciaire et les expertises non judiciaires. Bien que ces dernières ne soient pas ordonnées par un juge, elles constituent de véritables modes de preuve pouvant être soumis dans une instance ou permettant d'aboutir à la résolution négociée d'un litige. Le recours à ces formes d'expertises inédites répond aux nombreuses critiques formulées à l'égard de l'expertise judiciaire quant à son coût trop élevé et la lenteur de son délai d'exécution. Elles se démarquent par leur caractère contractuel. Toutefois, la diffusion du procès équitable en dehors de la sphère judiciaire explique que les expertises non judiciaires ne peuvent se dispenser du respect des droits fondamentaux. La conformité de ces mesures aux droits fondamentaux varie en fonction du type d'expertise non judiciaire auquel il est recouru (**Titre 2**).

TITRE 1 : LE DROIT À L'EXPERTISE JUDICIAIRE AU REGARD DES DROITS FONDAMENTAUX

295. L'émergence du droit d'accès à l'expertise judiciaire. L'instauration d'une expertise n'est pas obligatoire dans la mesure où son prononcé est laissé à l'appréciation souveraine du juge qui doit relever si le demandeur dispose d'un motif légitime pour l'organiser dans le cadre d'une demande d'expertise *in futurum* ou si les conditions générales d'instauration d'une mesure d'expertise judiciaire sont réunies. Ce postulat connaît désormais des limites et doit nécessairement être remis en question. Le succès incontestable de l'expertise judiciaire, la systématisation progressive de son prononcé par le juge, et l'influence grandissante des droits fondamentaux sur le droit interne de la preuve permettent d'émettre l'hypothèse selon laquelle il existerait aujourd'hui un droit pour le justiciable d'accéder à une mesure d'expertise. Ce droit d'accès, encouragé par la doctrine⁸²⁶, reste cependant à démontrer.

296. Sources du droit d'accès à l'expertise. L'émergence du droit à l'expertise judiciaire résulte de plusieurs sources ayant pour dénominateur commun les droits fondamentaux. Le premier principe à faire figure de promoteur est celui du procès équitable prévu à l'article 6 § 1 de la Conv. EDH. Dès lors qu'en résulte l'accès au juge, et ainsi le droit de voir sa cause examinée par un tribunal, le procès équitable doit permettre de faire bénéficier au justiciable un véritable droit à l'instauration d'une expertise judiciaire⁸²⁷. L'avantage est que cette reconnaissance entraînerait un renforcement des autres garanties du procès équitable comme l'impartialité ou encore « *un respect plus strict du principe du contradictoire* »⁸²⁸. De plus, la consécration récente par la Cour de cassation d'un droit à la preuve autonome, au visa de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH, favorise nécessairement le développement du droit à l'expertise, cette dernière étant la plus parfaite des preuves. La fonction du droit à la preuve est de permettre ainsi au justiciable d'obtenir une preuve qu'il ne détient pas ou de produire une preuve qu'il détient, objets dans lesquels s'insère l'expertise. Il sera nécessaire d'évoquer les conséquences sur le pouvoir d'appréciation du juge en la matière.

Aux côtés du droit au procès équitable, droit fondamental processuel, les droits

⁸²⁶ F. TERRE, « Observations finales », in *L'expertise*, Dalloz, Paris, 1995, p. 134 ; J.-P. MARGUENAUD, « Le droit à l'expertise équitable », préc.

⁸²⁷ J.-P. MARGUENAUD, « L'équité, l'expertise et l'expert », *Experts*, n° 63, juin 2004.

⁸²⁸ J.-P. MARGUENAUD, « Le droit à l'expertise équitable », préc.

fondamentaux subjectifs, rattachés à la personne même du justiciable en sa qualité d'être humain, expliquent aussi le développement du droit d'accès à l'expertise judiciaire. Leur étude fait apparaître que ce droit n'est pas aussi récent : certaines dispositions légales, telle que celle prônant le droit à l'expertise biologique reconnu sur la base du droit de connaître ses origines, l'affirment.

297. Apparition d'un paradoxe. Le droit processuel semble n'opposer aucune limite au développement d'un droit à l'expertise judiciaire dès lors qu'il va permettre d'accroître les garanties procédurales d'une partie, surtout lorsque le droit à la preuve entre en jeu (**Chapitre 1**). À l'inverse, les droits fondamentaux subjectifs affichent une position mitigée : tantôt ils reconnaissent la force d'un tel droit, tantôt ils l'amenuisent (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1 : LE RENFORCEMENT DU DROIT A L'EXPERTISE JUDICIAIRE PAR LES DROITS FONDAMENTAUX PROCESSUELS

298. L'utilisation du procès équitable. Les droits fondamentaux procéduraux trouvent leur source dans la notion incontournable de procès équitable qui constitue, selon la formule empruntée au doyen Carbonnier, le « *faisceau de plusieurs principes* »⁸²⁹. La jurisprudence, en ce qu'elle affirme la rigueur et étend le domaine d'application du procès équitable, participe indéniablement à l'avènement du droit à l'expertise. De ce fait, l'article 6 § 1 de la Conv. EDH est nécessairement devenu le support majeur de ce dernier⁸³⁰. Cette émergence s'explique dans la mesure où depuis l'arrêt *Mantovanelli contre France* de 1997, la spécificité de l'expertise au sein du procès a été relevée par la Cour EDH, parce que les conclusions de l'expert sont de nature à exercer une influence sur la décision du juge.

299. Plan. La naissance d'un droit à l'expertise judiciaire résulte de deux analyses, toutes deux fondées sur deux éléments spécifiques du procès équitable. La première consiste à se demander si à l'égard du droit au juge, composante essentielle découlant de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH, s'impose à ce dernier un devoir d'ordonner une mesure d'expertise (Section 1). La seconde invite à se pencher sur l'utilisation du droit à la preuve, fondement par les juridictions européennes et internes, pour admettre le développement du droit à l'expertise (Section 2).

SECTION 1. LE DROIT AU JUGE, SOUTIEN DU DROIT À L'EXPERTISE JUDICIAIRE

300. Le droit au juge est la pompe aortique du droit au procès équitable. À défaut d'assurer son effectivité, tous les autres droits fondamentaux processuels reconnus par l'article 6 § 1 de la Conv. EDH ne possèderaient aucune valeur. Dans l'arrêt *Golder contre Royaume-Uni* rendu en 1975, la Cour EDH affirme sans ambiguïté que l'équité de la procédure ne saurait se concevoir sans la garantie d'accès au juge⁸³¹. Une analyse approfondie

⁸²⁹ J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction*, op. cit., n° 191, p. 341.

⁸³⁰ Tout comme il l'a été pour le principe du contradictoire, qui n'est pas expressément prévu par le texte.

⁸³¹ CEDH (Plénière), *Golder c. Royaume-Uni*, 21 févr. 1975, req. n° 4451/70, série A, n° 18, §§ 35 et 36 : « Aux yeux de la Cour, on ne comprendrait pas que l'article 6 § 1 (art. 6-1) décrive en détail les garanties de procédure accordées aux parties à une action civile en cours et qu'il ne protège pas d'abord ce qui seul permet d'en bénéficier en réalité : l'accès au juge. Équité, publicité et célérité du procès n'offrent point d'intérêt en l'absence de procès. De l'ensemble des considérations qui précèdent, il ressort que le droit d'accès constitue un élément inhérent au droit qu'énonce l'article 6 § 1 [...] ».

du droit au juge permet de révéler que ses composantes participent à l'émergence d'un droit à l'expertise. La richesse du droit au juge pour inspirer un droit à l'expertise est bénéfique tant au justiciable, conforté par le rendu d'une décision dont les arguments se basent sur les résultats fiables d'un expert, qu'au juge qui pourra statuer de manière juste et efficace s'il décide de recourir à une telle mesure. La bonne administration de la justice dépend ainsi du respect du droit au juge. À ce titre, il convient tout d'abord d'envisager dans quelle mesure le développement des règles européennes relatives au droit au juge contribue à l'avènement d'un droit à l'expertise judiciaire (§ 1). Il sera ensuite nécessaire d'étudier l'application du droit au juge sur le droit à l'expertise dans le cadre du droit interne (§ 2).

§ 1. LA CONTRIBUTION DES RÈGLES EUROPÉENNES RELATIVES AU DROIT AU JUGE À L'ÉMERGENCE D'UN DROIT À L'EXPERTISE

301. Le droit au juge comporte une pluralité de garanties permettant de promouvoir le droit à l'expertise judiciaire (A). Quand bien même ces composantes possèdent une force, la Cour EDH fait preuve d'un certain scepticisme quant à la reconnaissance expresse d'un droit à l'expertise sur le fondement de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH (B).

A. LA RICHESSE DU DROIT AU JUGE AU SERVICE DE LA RECONNAISSANCE D'UN DROIT À L'EXPERTISE JUDICIAIRE

302. La jurisprudence abondante de la Cour EDH a, sur le fondement de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH, permis de révéler la multiplicité des garanties relevant du droit au juge, ce qui possède une influence sur la reconnaissance du droit à l'expertise (1), offrant de ce fait l'occasion de s'interroger sur l'émergence d'un droit à l'expertise autonome (2).

1. La multiplicité des garanties du droit au juge, révélatrices de la reconnaissance du droit à l'expertise

303. Droit de saisir un juge et droit à un recours. L'article 6 § 1 de la Conv. EDH désigne le droit au juge sous le principe général suivant : toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal qui décidera des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil. Il s'agit, par cette formulation générale dont le terme clé est le participe passé « entendue », d'assurer au justiciable un accès effectif et concret à un tribunal⁸³², par la

⁸³² CEDH (Chambre), *Bellet c. France*, 4 déc. 1995, req. n° 23805/94, § 38.

saisine d'un juge⁸³³, pour faire valoir ses droits⁸³⁴ au cours d'un procès⁸³⁵. Mais cette garantie ne s'arrête pas à ces considérations. Le droit à un juge implique également le droit à un recours qui s'analyse comme « *le droit de toute personne de pouvoir contester une mesure prise à son encontre, devant une instance investie d'un pouvoir de réformation de cette mesure* »⁸³⁶, et pour lequel la réglementation d'un État membre ne doit pas en empêcher l'exercice⁸³⁷.

304. Le droit à un bon juge. Le droit au juge doit également s'analyser comme le « droit au bon juge »⁸³⁸ se manifestant par les autres composantes de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH. Le bon juge est alors indépendant, impartial et assure le respect des principes de célérité, de publicité et d'équité de la procédure. L'existence d'un droit à un bon juge démontre la complémentarité des éléments de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH, ce qui renforce la puissance et l'efficacité du principe général du procès équitable.

305. Le droit à une solution juridictionnelle. Enfin, le droit au juge se caractérise par sa finalité, celle de trouver une « *solution juridictionnelle* ». C'est le terme employé par la Cour EDH⁸³⁹, laquelle insiste sur le fait qu'il « *serait illusoire que l'ordre juridique interne d'un État contractant permette qu'un individu engage devant un tribunal une action au civil sans veiller à ce que la cause fasse l'objet d'une décision définitive à l'issue de la procédure* ».

⁸³³ CEDH (Plénière), *Golder c. Royaume-Uni*, préc., § 36.

⁸³⁴ CEDH (Deuxième Section), *Běleš et autres c. République Tchèque*, 12 nov. 2002, req. n° 47273/99, § 49 : « *La Cour a déjà déclaré à maintes reprises que le droit à un procès équitable, garanti par l'article 6 § 1 de la Convention, doit s'interpréter à la lumière de la prééminence du droit, dont un des éléments fondamentaux est le principe de la sécurité des rapports juridiques, qui exige que soit assurée une voie judiciaire effective permettant à chaque justiciable de revendiquer ses droits civils* ».

⁸³⁵ La puissance de l'accès au juge est affirmée par les hautes juridictions judiciaires et administratives françaises. Cass., Ass. plén., 30 juin 1995, n° 94-20.302, Bull. A. P., n° 4, p. 7 : D., 1995, p. 513, concl. JEOL et note R. DRAGO ; JCP, 1995, II, 22748, note A. PERDRIAU ; BICC, 1er août 1995, rapport ANCEL ; Cons. constit. 21 janv. 1994, déc. n° 93-335 DC, cons. n° 4 : JCP 1994, I, 3761, n° 9 et 35, obs. E. PICARD ; D., 1995, somm. comm., 302, obs. P. GAÏA ; RFDP, 1995, 91, obs. D. ROUSSEAU ; Cons. Constit., 9 avr. 1996, déc. n° 96-373 DC, cons. n° 83 : « [...] *aux termes de l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution » ; qu'il résulte de cette disposition qu'en principe il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction [...]* ».

⁸³⁶ S. GUINCHARD (dir.), *Droit processuel : droits fondamentaux du procès*, op. cit., p. 551, spéc. n° 234.

⁸³⁷ CEDH (Quatrième Section), *Miragall Escolano et autres c. Espagne*, 25 janv. 2000, req. n° 38366/97, 38688/97, 40777/98, 40843/98, 41015/98, 41400/98, 41446/98, 41484/98, 41487/98 et 41509/98, § 36.

⁸³⁸ S. GUINCHARD (dir.), *Droit processuel : droits fondamentaux du procès*, op. cit., p. 841 et s., spéc. n° 331-6 et s.

⁸³⁹ CEDH (Première Section), *Kutic c. Croatie*, 1er mars 2002, req. n° 48778/99, § 25 : « *La Cour estime que ce droit d'accès à un tribunal comprend non seulement le droit d'engager une action, mais aussi le droit à une « solution » juridictionnelle du litige* ».

judiciaire ». Le droit au juge n'est en réalité effectif que si une décision définitive est rendue.

306. Exigence d'une solution juridictionnelle et droit à l'expertise. C'est à partir de cet aspect du droit au juge que se révèle la pertinence d'un droit à l'expertise judiciaire. En effet, la poursuite d'un procès implique que soient rassemblés le maximum d'éléments en vue de parvenir à la vérité, de justifier de l'action engagée par le justiciable. Ceci vise en dernier lieu à convaincre le juge et lui permettre, en fonction des pièces qui lui sont présentées et dont il apprécie souverainement la pertinence, de statuer de la manière la plus juste qu'il soit. Autrement dit, il s'agit pour le plaideur de reconstituer le plus vraisemblablement des faits afin que le juge applique la règle de droit adéquate. À ce titre, l'expertise représente, dans de nombreux cas, un moyen indispensable à une partie afin d'apporter aux faits qu'elle allègue leur réalité et leur véracité et permet d'arriver à une solution juridictionnelle définitive, dans un contexte grandissant où le juge, parce qu'il est démuné de connaissances dans un domaine technique, « *entérine purement et simplement la parole expertale et fait d'elle la source constitutive de sa décision* »⁸⁴⁰. C'est la raison pour laquelle l'expertise est qualifiée de petit procès décisif au cœur du grand⁸⁴¹. Cette vision est celle que partage en partie la Cour de Strasbourg, qui, depuis l'arrêt *Mantovanelli contre France* de 1997, admet que l'expertise peut être de nature à influencer la décision du juge et donc l'issue du procès, la catégorisant en tant qu'élément de preuve essentiel⁸⁴². En définitive, pour parvenir à une solution juridictionnelle complète et convaincante, et donc engendrer la réalisation du droit au juge, l'usage de l'expertise judiciaire s'avère parfois nécessaire.

307. La rigueur et la portée des composantes du droit au juge illustrent l'importance de la mesure d'expertise dans le procès, de sorte que celle-ci muterait d'une expertise équitable accessoire en une expertise équitable autonome (2).

2. L'émergence d'un droit à l'expertise judiciaire équitable autonome ?

308. État de la question. Comme le remarque le professeur Marie-Anne FRISON-ROCHE, l'expertise confère au procès un nouveau souffle, de sorte que ce n'est plus lui qui

⁸⁴⁰ L. DUMOULIN, « L'expertise judiciaire dans la construction du jugement : de la ressource à la contrainte », préc.

⁸⁴¹ F.-X. TESTU, « Présentation générale », in FRISON-ROCHE (M.-A.) et MAZEAUD (D.), *L'expertise*, op. cit., p. 5.

⁸⁴² CEDH (Chambre), *Mantovanelli c. France*, préc., § 33.

accueille la mesure en son sein, mais bien elle qui tire ce dernier vers un nouveau modèle⁸⁴³. Cette place de l'expertise au sein du procès appelle à s'interroger sur la possibilité de l'en sortir, afin de l'établir en une procédure autonome où s'appliqueraient les garanties du procès équitable et à laquelle le justiciable aurait sans doute plus de facilité à accéder. Si en effet le plaideur, sur le fondement de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH, se voit accorder un droit d'accès au juge, il devrait logiquement bénéficier d'un droit d'accès privilégié à l'expertise. Ainsi, en tant que phase indispensable à la reconstitution exacte des faits, l'expertise trouve une certaine autonomie qui l'éloigne de plus en plus de son caractère accessoire au procès. Cette reconnaissance, certes encore utopique selon Jean-Pierre MARGUÉNAUD⁸⁴⁴, n'est pas pour autant insensée. En effet, les évolutions sociales et techniques, difficilement saisissables pour le justiciable, font de l'établissement du fait scientifique, et donc de l'expertise, une véritable nécessité au sein du procès. Ce besoin doit être reconnu tant à l'égard des parties sur qui pèsent la charge de la preuve, et doivent établir devant le juge la réalité des faits qu'elles allèguent avec la plus grande exactitude, qu'à l'égard du juge qui doit pouvoir statuer en fonction d'éléments les plus vraisemblablement reconstitués et les plus pertinents. Le droit au juge se rattachant à la possibilité pour le justiciable d'intenter une action en justice amène aussi à considérer que celui-ci possède le droit d'effectuer tous les actes nécessaires au succès de sa prétention, telle que l'organisation d'une mesure d'instruction. C'est en tout cela que le droit au juge se rapproche du droit d'accès à l'expertise.

309. Disparition des caractères facultatif et subsidiaire de l'expertise judiciaire. Il est manifeste que la consécration d'un droit d'accès à l'expertise autonome bouleverserait de manière significative la procédure d'organisation d'une expertise judiciaire telle qu'elle résulte du code de procédure civile. Le droit absolu à l'expertise entraînerait la disparition de ses caractères facultatif et subsidiaire. Ceux-ci ont tendance à s'amenuiser en pratique, face à la systématisation du prononcé par les juges d'une mesure d'expertise, quand ils se retrouvent confrontés à des données factuelles trop techniques.

310. Garanties d'une expertise judiciaire autonome. Il est également primordial de veiller à ce que le droit d'accès à l'expertise, en ce qu'il est autonome, garantisse la sécurité juridique. Il devient ainsi nécessaire que les droits fondamentaux processuels garantis par la

⁸⁴³ M.-A. FRISON-ROCHE, *La procédure de l'expertise*, préc.

⁸⁴⁴ J.-P. MARGUÉNAUD, « Le droit à l'expertise équitable », préc.

Conv. EDH et la jurisprudence de la Cour EDH soient intégralement préservés. Selon Jean-Pierre MARGUÉNAUD, le droit d'accès à l'expertise engendrerait une meilleure réalisation de ces droits⁸⁴⁵. En effet, les étapes jurisprudentielles pour parvenir à une expertise équitable ne doivent pas avoir été franchies en vain. Le droit d'accès à l'expertise doit alors représenter un droit à l'expertise contradictoire menée par un professionnel indépendant et impartial, dont les règles et les cas de récusation seraient distinctes de celles prévues pour les juges⁸⁴⁶, dans un délai raisonnable et à un coût raisonnable. Concernant le respect de la contradiction, celle-ci devrait être expressément prévue au sein du régime de l'expertise, de sorte qu'il ne faille plus se référer à une disposition aussi générale que l'article 160 du code de procédure civile. L'émergence d'une disposition spécifique relative à l'indépendance et à l'impartialité des experts, regroupée sous la notion de « conflit d'intérêts » s'impose également pour sécuriser le comportement de l'expert dans le déroulement de la mesure. Au sujet du coût, le droit d'accès à l'expertise induit nécessairement que la charge des frais de la mesure soit prise en partie en charge par l'État⁸⁴⁷. Cette condition est une des raisons expliquant que la reconnaissance d'un droit d'accès à l'expertise est encore lointaine, au vu des difficultés économiques auxquelles fait face le système judiciaire. Une autre limite à l'émergence d'un droit à l'expertise se retrouve par la formulation de la Cour EDH aux termes de laquelle elle considère que la garantie du procès équitable ne s'applique que devant un « tribunal » et que l'expertise, bien qu'ordonnée par le juge, ne peut s'assimiler à cette notion. En effet, la Cour estime plus précisément que « *le respect du contradictoire, comme celui des autres garanties de procédure consacrées par l'article 6 par. 1 (art. 6-1), vise l'instance devant un "tribunal" ; il ne peut donc être déduit de cette disposition (art. 6-1) un principe général et abstrait selon lequel, lorsqu'un expert a été désigné par un tribunal, les parties doivent avoir dans tous les cas la faculté d'assister aux entretiens conduits par le premier ou de recevoir communication des pièces qu'il a prises en compte* »⁸⁴⁸.

311. Si la perspective d'un droit à l'expertise judiciaire semble se justifier au regard

⁸⁴⁵ J.-P. MARGUÉNAUD, « Le droit à l'expertise équitable », préc.

⁸⁴⁶ À ce sujet, il est nécessaire en effet de prendre en compte la jurisprudence de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 5 décembre 2002, n° 01-00.224, décidant que « *l'article 341 du nouveau Code de procédure civile qui prévoit des cas de récusation, n'épuise pas nécessairement l'exigence d'impartialité requise de tout expert judiciaire* ».

⁸⁴⁷ M.-A. FRISON-ROCHE, *La procédure de l'expertise*, préc. : l'auteur considère que le principe selon lequel le Trésor Public paie l'expertise en pénal est « conforme à l'idée d'un service public de la justice et à l'idée que la recherche de la vérité ne doit pas être excessivement dépendante des moyens financiers des justiciables ».

⁸⁴⁸ CEDH (Chambre), *Mantovanelli c. France*, préc., § 33.

des règles découlant du droit au juge, son émergence fait encore débat pour la Cour EDH (B).

B. LE SCEPTICISME DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME À L'ÉGARD D'UN DROIT À L'EXPERTISE JUDICIAIRE

312. Dans ses décisions, la Cour EDH ne consacre pas expressément un droit à l'expertise judiciaire mais condamne pour des raisons d'équité au sens de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH le défaut pour un État membre d'avoir organisé une expertise judiciaire au bénéfice du requérant. Cette nuance n'empêche pas d'y déceler la volonté d'instaurer un tel droit. À cet égard, il convient de remarquer que le crédit, par la Cour EDH, d'un droit à l'expertise a subi une évolution particulière. Il a d'abord fait l'objet d'une hésitation jurisprudentielle (1), avant de montrer une certaine stabilisation (2).

1. Le droit à l'expertise et l'hésitation de la Cour Européenne des droits de l'homme

313. Arrêt *Elsholz contre Allemagne*. C'est le 13 juillet 2000 qu'un arrêt rendu par la Cour EDH a laissé croire qu'était discrètement accordé au justiciable un droit d'accès à l'expertise. Aux termes de cette décision, les juges européens, rappelant, traditionnellement, que la recevabilité des preuves doit être régie par le droit interne, ont estimé qu'en « *raison de l'absence d'expertise psychologique et du fait que le tribunal régional n'a pas tenu d'audience alors que, selon la Cour, l'appel formé par le requérant soulevait des questions de fait et de droit qui ne pouvaient être résolues de manière satisfaisante à partir des éléments écrits dont disposait ce tribunal, la procédure considérée dans son ensemble n'a pas satisfait aux exigences d'équité et de publicité énoncées à l'article 6 § 1 de la Convention* » et qu'en conséquence il y a eu violation du procès équitable⁸⁴⁹. Dans les faits, un tribunal de district allemand avait refusé d'ordonner une expertise psychologique qui se prononcerait sur le droit de visite du requérant souhaitant à tout prix continuer d'entretenir des relations familiales avec son fils, à la suite de sa séparation avec la mère de l'enfant⁸⁵⁰. Un recours contre cette décision, au cours duquel était sollicitée la désignation d'un expert pour établir le droit de visite du requérant, était donc effectué devant le tribunal régional, puis rejeté, sans audience.

La demande d'expertise formulée était écartée dans la mesure où il n'était pas dans l'intérêt

⁸⁴⁹ CEDH (Grande Chambre), *Elsholz c. Allemagne*, 13 juil. 2000, préc., § 66.

⁸⁵⁰ CEDH (Grande Chambre), *Elsholz c. Allemagne*, préc., § 13 : le tribunal s'était en effet exclusivement basé sur les dires de l'enfant, qui ne souhaitait plus rencontrer son père, pour refuser cette expertise sur le fondement de l'article 1711 du code civil allemand, lequel prévoit que le droit de visite doit être ordonné « *que si cela était utile et profitable au bien-être de l'enfant* »

de l'enfant de garder contact avec son père. Selon la Cour EDH, le requérant, en ne bénéficiant pas d'une expertise a été privé de son droit à un procès équitable. Les juges ont également lié cette exigence à l'application de l'article 8 de la Conv. EDH relatif au respect de la vie privée et familiale. Au delà du fait que la Cour EDH constate une violation du procès équitable, elle admet, en l'espèce, un droit d'accès à l'expertise, lequel entre nécessairement dans le champ de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH. Il est évident que l'organisation d'une expertise, dont les résultats furent ou non positifs, aurait permis au requérant de connaître la teneur de son droit de visite à l'égard de son enfant, et de voir son droit à être entendu réalisé. C'est la raison pour laquelle les juges ont estimé que « *les raisons invoquées par le tribunal de district ne suffisent pas à expliquer pourquoi [...] il n'a pas estimé nécessaire de consulter un expert, comme l'office de la jeunesse d'Erkrath [organisme médiateur allemand] l'avait recommandé* »⁸⁵¹. La question de la relation entre le père et l'enfant constituait alors un enjeu majeur nécessitant assurément l'avis d'un expert psychologue. La Cour insiste également sur la nécessité d'une expertise récente, afin de permettre au juge de mieux statuer.

La même solution est intervenue dans le cadre de l'établissement d'un droit de visite d'un père à l'égard de sa fille dans l'arrêt *Sommerfeld contre Allemagne* du 11 octobre 2001⁸⁵². Dans son opinion en partie dissidente, le juge RESS, a relevé que « *le tribunal de district qui a entendu l'enfant et les parents n'avait à sa disposition que les observations assez superficielles de la psychologue, rédigées dans le cadre de la première procédure deux ans plus tôt* » et que de ce fait « *cette juridiction ne possédait pas de nouvelle expertise psychologique pour apprécier les desiderata apparemment fermes de l'enfant* ». Toujours selon lui, il aurait paru « *indispensable d'obtenir une expertise psychologique récente afin de disposer d'informations correctes et complètes sur la relation entre l'enfant et le requérant, c'est-à-dire le parent demandant un droit de visite, dans le but de déterminer quels étaient les véritables souhaits de l'enfant* », ce qu'il rattache à « *une exigence procédurale* », laquelle entre en relation directe avec la mise en œuvre du droit au juge. Ce qui permet de défendre l'hypothèse selon laquelle un droit à l'expertise émerge est le caractère unique et indispensable que lui confère les juges européens. En effet, toujours dans son opinion en partie dissidente, le juge RESS a estimé que pour prouver que le requérant devait garder des contacts avec son enfant, les juridictions nationales ont fait peser sur lui toute la charge de la preuve et que pareille preuve ne pouvait être apportée que grâce à une expertise

⁸⁵¹ CEDH (Grande Chambre), *Elsholz c. Allemagne*, préc., § 52.

⁸⁵² CEDH (Chambre), *Sommerfeld c. Allemagne*, 11 oct. 2001, req. n°31871/96.

psychologique fouillée. Encore reste-t-il à s'interroger si cette reconnaissance, peut s'étendre à d'autres formes d'expertises judiciaires que celles relatives à la détermination du droit de visite. Une réserve est aussi à émettre dans la mesure où ce droit d'accès à l'expertise est également « admis » sous l'angle de l'article 8 de la Conv. EDH, relatif au droit au respect de la vie privée et familiale.

314. Recul de la Cour EDH. À la suite de l'arrêt *Sommerfeld*, la Cour EDH a nuancé sa position et fait preuve de recul. En effet, aux termes d'un autre arrêt éponyme du mois de juillet 2003, la Grande Chambre est revenue sur sa position en considérant que « *ce serait aller trop loin que de dire que les tribunaux internes sont toujours tenus de solliciter l'avis d'un psychologue [donc d'organiser une expertise] sur la question du droit de visite d'un parent n'exerçant pas la garde* » dès lors qu'ils avaient pu avoir des contacts directs avec l'enfant où ils pouvaient obtenir son avis⁸⁵³. Il convient de faire ressortir le caractère positif de cette marche arrière : en effet, si la Cour EDH revient sur sa position, elle admet implicitement qu'elle a consacré un droit à l'expertise. Ce recul ne se justifie pour autant pas par le fait qu'elle ne refuse au justiciable un droit à l'expertise. Il trouve son expression dans le fait que dans l'ensemble de ses décisions relatives au droit de la preuve, la Cour se borne à rappeler qu'il ne lui appartient pas de réglementer pas le régime des preuves en tant que tel et qu'il revenait aux juridictions internes d'en apprécier la pertinence. C'est donc les principes de souveraineté et de subsidiarité qui expliquent davantage son repli. Mais cela n'empêche pas de se demander si ce recul ne constitue pas une atteinte par les juges européens au principe du procès équitable qu'ils défendent tant dans leurs décisions.

315. Si le recul opéré par la Cour EDH a pu paraître décevant au regard de la réalisation du droit au procès équitable, une reviviscence du droit d'accès à l'expertise s'est opérée peu de temps après, notamment en matière médicale, de quoi s'interroger sur une stabilisation jurisprudentielle en la matière (2).

2. Une stabilisation jurisprudentielle en matière de droit à l'expertise judiciaire ?

316. Arrêt *Van Kück contre Allemagne*. À la suite du recul qu'elle a opéré, la Cour EDH est venue, une nouvelle fois, consacrer implicitement un droit d'accès à

⁸⁵³ CEDH (Grande Chambre), *Sommerfeld c. Allemagne*, préc., §§ 71 et 72.

l'expertise, toujours sous l'angle de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH. Cette avancée s'est manifestée au travers de la question du transsexualisme dans l'arrêt *Van Kück contre Allemagne* du 25 juin 2003. Dans les faits, une requérante, née homme, avait poursuivi en justice sa compagnie d'assurance maladie aux fins de se voir rembourser la moitié des frais d'opération de conversion sexuelle qu'elle avait planifiée, après avoir obtenu d'un tribunal de district son changement de nom pour des prénoms féminins, conformément à la loi allemande sur le transsexualisme. Elle était déboutée de son action dans la mesure où le rapport d'expertise, qui avait été ordonnée par le tribunal, n'établissait pas de manière claire et précise que l'intervention chirurgicale de conversion sexuelle de la requérante était nécessaire médicalement parlant, conformément au contrat d'assurance qui la liait avec la compagnie d'assurance maladie. Face à une telle décision, la Cour EDH a considéré que « *la cour d'appel ne pouvait légitimement estimer qu'elle possédait suffisamment d'informations et d'expertise en matière médicale pour apprécier correctement une question aussi complexe que celle consistant à déterminer si la requérante avait ou non délibérément provoqué sa transsexualité* »⁸⁵⁴. D'ailleurs, la cour d'appel allemande saisie n'avait pas pris le soin d'entendre les experts désignés, préférant dès lors s'en remettre au passé « biographique » de la requérante. Elle en a conclu alors à un mauvais renseignement des juges allemands par des experts sur une problématique aussi spécifique que celle du transsexualisme. En conséquence, il n'appartenait pas à la requérante de rapporter la preuve du caractère médical de son opération de changement de sexe, ce qui serait alors considéré comme disproportionné⁸⁵⁵, mais il revenait aux juges de mieux s'informer par le biais d'une expertise. En ce sens, il y a eu une violation avérée du procès équitable⁸⁵⁶. Pour justifier leur décision, les juges européens

⁸⁵⁴ CEDH (Troisième Section), *Van Kück c. Allemagne*, 12 juin 2003, req. n° 35968/97, § 62.

⁸⁵⁵ CEDH (Troisième Section), *Van Kück c. Allemagne*, préc., § 56 : « *Il apparaît dès lors disproportionné d'exiger d'une personne placée dans pareille situation qu'elle prouve la nécessité médicale d'un traitement, dût-il s'agir d'une intervention chirurgicale irréversible* ».

⁸⁵⁶ Le recours à l'expertise s'est également manifesté sous l'angle du droit au respect de la vie privée, droit subjectif fondamental protégé par la Conv. EDH. En effet, la Cour EDH a estimé qu'il n'appartenait pas à la requérante, placée dans une situation où **l'intimité de sa vie privée était autant mise en avant**, de rapporter la preuve de la nécessité médicale d'un traitement, de sorte qu'il aurait appartenu aux juridictions allemandes d'ordonner une expertise judiciaire pour apprécier une situation aussi particulière que celle du transsexualisme (§§ 55-56). En effet, le fait de relever que le transsexualisme fait partie du domaine de la vie privée a sans doute permis aux juges européens de justifier leur solution tendant à la reconnaissance d'un droit à l'expertise à la requérante (**J.-P. MARGUENAUD** « Transsexualisme, droit à l'expertise équitable et diffusion de l'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'Homme dans les relations contractuelles », obs. sous CEDH (Troisième Section), *Van Kück c. Allemagne*, préc. : RTD civ., 2004, p. 361). Le changement de sexe, en ce qu'il s'attache à l'intimité de la personne de manière aussi rigoureuse, ne permettait pas aux autorités allemandes de se suffire d'un rapport d'expertise trop général pour voir reconnaître la nécessité médicale de la conversion sexuelle, ni même de permettre à celles-ci de mettre la charge de la preuve à la requérante. Les juges du fond sont en effet dépourvus de connaissances spécifiques dans un domaine particulièrement complexe touchant l'un des aspects les plus intimes de la vie privée qu'est

font application d'une jurisprudence déjà établie par leurs soins. En effet, elle avait déjà exprimé de telles exigences dans les arrêts *I. contre Royaume-Uni*⁸⁵⁷ et *Christine Goodwin contre Royaume-Uni* de 2002⁸⁵⁸. En définitive, le droit à l'expertise se justifie ici par le caractère utilitaire de la mesure d'expertise dans le cadre du transsexualisme. Ce n'est que par une telle mesure que le droit à remboursement de la requérante pouvait être effectif.

317. Arrêt *H.F. contre Slovaquie* et contre-expertise. La jurisprudence de la Cour EDH induisant l'avènement d'un droit à l'expertise s'est étendue jusqu'à la question de la contre-expertise⁸⁵⁹. C'est le cas de l'arrêt *H.F. contre Slovaquie* de 2005⁸⁶⁰ dans lequel la requérante s'était vue privée de sa capacité juridique, à la demande de son ex-époux et de la clinique psychologique de l'hôpital de la faculté de Bratislava, sur la base d'un rapport d'expertise psychiatrique que les juges avaient pris en compte plus d'un an après sa rédaction. Une contre-expertise était sollicitée en appel mais rejetée dans la mesure où la maladie dont souffrait la requérante, une schizophrénie paranoïaque, revêtait un caractère constant. La Cour EDH en a conclu à la violation du procès équitable pour deux raisons. Tout d'abord, elle a considéré que le rapport d'expertise psychiatrique n'était pas assez récent pour permettre aux juridictions de première instance et d'appel de statuer sur la perte de capacité de la requérante⁸⁶¹. Ensuite, la Cour a jugé que face à l'intérêt de la requérante, dont l'état de santé psychique pouvait être sujet à une évolution en fonction de son traitement, de voir sa cause entendue et surtout dans l'intérêt de la vérité, les tribunaux auraient dû organiser une autre expertise psychiatrique, en d'autres termes une contre-expertise, tel que cela avait été sollicité par la requérante en appel. Cette mesure aurait en effet été susceptible de donner plus d'éléments à la juridiction de premier degré sur l'état de santé de la requérante, notamment sur son état pour auditionner. Les juges ont en définitive estimé que « *les tribunaux nationaux n'ont pas procédé avec la diligence nécessaire et n'ont pas rassemblé suffisamment d'éléments pour évaluer les facultés de la requérante et pour prévenir d'éventuelles injustices* »⁸⁶². Il s'agit d'une décision à saluer puisque non seulement elle a le mérite

le transsexualisme. Ils étaient ainsi tenus d'organiser une mesure d'expertise judiciaire.

⁸⁵⁷ CEDH (Grande Chambre), *I. c. Royaume-Uni*, 11 juil. 2002, req. n° 25680/94.

⁸⁵⁸ CEDH (Grande Chambre), *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juil. 2002, req. n° 28957/95.

⁸⁵⁹ La contre-expertise se définit comme une nouvelle mesure d'expertise ordonnée par la même juridiction qui serait insatisfaite du travail réalisé par un expert ou ayant annulé son rapport (**D. DUMENY et E. VERSINI**, « Lexique de l'expertise (3/8) », *Experts*, n° 136, févr. 2018, p. 43).

⁸⁶⁰ CEDH (Quatrième Section), *H.F. c. Slovaquie*, 8 nov. 2005, req. n° 54797/00.

⁸⁶¹ CEDH (Quatrième Section), *H.F. c. Slovaquie*, préc., § 41.

⁸⁶² CEDH (Quatrième Section), *H.F. c. Slovaquie*, préc., §§ 42 et 44.

d'accréditer la thèse d'une consécration d'un droit d'accès à l'expertise, mais elle offre aussi des motivations claires. En effet, dans la présente affaire, ce sont les intérêts de la requérante liés à ceux de la vérité, le tout sur la base du respect des règles du procès équitable, qui justifient que les tribunaux auraient dû instaurer une contre-expertise.

318. Apports et interrogations. Finalement, l'ensemble de ces arrêts permet de considérer que l'appréhension par les juges européens vis à vis du droit d'accès à l'expertise s'est stabilisé. L'on pourrait penser que les domaines concernés par les décisions de la Cour EDH exercent une influence sur la reconnaissance d'un droit d'accès à l'expertise. En effet, les juges auront plus tendance à faire prévaloir la nécessité d'une expertise lorsque la matière médicale entre en jeu puisque tant eux que les justiciables ne maîtrisent pas ce domaine. En tout état de cause, la stabilisation jurisprudentielle trouve son ancrage dans l'utilisation, par la Cour EDH, du procès équitable, même si l'arrêt *Van Kück contre Allemagne* ne vise aucune composante de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH, alors que ce droit fondamental avait manifestement été violé en l'espèce⁸⁶³. Il est indéniable que de telles décisions renforcent également la nécessité d'une expertise équitable. Bien que les domaines concernés par la jurisprudence soient limités au droit médical et au droit de la famille, il est nécessaire de s'interroger sur une extension de ce droit d'accès à d'autres matières. Mais, de manière plus précise, ces décisions accordent un crédit à la consécration espérée⁸⁶⁴ d'une expertise judiciaire autonome dont le socle fondateur serait le principe du procès équitable seul, c'est-à-dire envisagé de manière globale, et non par l'une de ses composantes.

319. Le droit au juge, tel qu'il est envisagé par le droit européen, représente un support indéniable afin de soutenir le droit à l'expertise judiciaire. Il convient de vérifier de quelle manière s'applique le droit au juge dans le droit interne afin de promouvoir l'accès à l'expertise (§ 2).

⁸⁶³ **J.-P. MARGUENAUD**, « Transsexualisme, droit à l'expertise équitable et diffusion de l'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'Homme dans les relations contractuelles », RTD civ., 2004, p. 361.

⁸⁶⁴ **J.-P. MARGUENAUD**, « L'équité, l'expertise et l'expert », *op. cit.* : « *Il ne fait pas de doute [...] que la logique des obligations positives, grâce à laquelle la Cour européenne des droits de l'homme donne un contenu toujours plus concret et effectif aux droits garantis par la Convention, devrait conduire à la consécration d'un droit d'accès à l'expertise [...]* ».

§ 2. L'INFLUENCE DU DROIT AU JUGE SUR LE DROIT À L'EXPERTISE JUDICIAIRE EN DROIT INTERNE

320. En droit interne, le droit au juge agit à deux égards afin de promouvoir un droit à l'expertise judiciaire. D'une part, il s'exerce de manière « négative » puisque la Cour de cassation considère que les juridictions qui n'organisent pas dans certains cas une expertise judiciaire, commettent un déni de justice (A). D'autre part, l'instauration d'une expertise constitue une véritable aide pour le juge dépassé dans un domaine particulièrement technique. Le prononcé d'une mesure d'instruction permet ainsi au juge de remplir sa mission de *jurisdictio*. C'est le versant positif du droit au juge (B).

A. LE DÉNI DE JUSTICE, ASPECT NÉGATIF DE LA MISE EN ŒUVRE DU DROIT AU JUGE SUR LE DROIT À L'EXPERTISE

321. L'article 4 du code civil dispose que « *le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* ». Cette disposition, dont il est évident qu'elle vise à rendre effectif le droit au juge, trouve sa continuité dans l'article L. 141-1 du code de l'organisation judiciaire qui affirme que l'État est tenu de réparer le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice relevant d'un déni de justice. Ce dernier doit alors s'analyser ainsi comme une atteinte au droit au juge. Ce versant certes négatif de la mission du juge constitue toutefois un vecteur de reconnaissance d'un droit à l'expertise judiciaire si l'on s'en remet à la jurisprudence qui impose au juge d'ordonner, de compléter une mesure d'expertise ou d'interroger l'expert s'il estime ne pas être informé (1). Il conviendra ensuite d'étudier l'étendue de ces obligations (2).

1. Le déni de justice, vecteur du droit à l'expertise

322. Déni de justice, insuffisance de preuve et absence d'organisation d'une mesure d'instruction. Dans un arrêt du 28 juin 2006, la Cour de cassation a considéré que constituait un déni de justice le fait pour le juge de ne pas ordonner une mesure d'instruction alors qu'il avait précédemment relevé une insuffisance de preuve de la part d'une partie⁸⁶⁵. En l'espèce, Madame X avait demandé à un tribunal d'instance l'autorisation de pratiquer une saisie sur les rémunérations de Monsieur Y pour recouvrer une créance alimentaire augmentée

⁸⁶⁵ Cass. civ., 2ème, 28 juin 2006, n° 04-17.224, Bull. civ. II, n° 174, p. 166 : JCP, 2006, IV, 2622, p. 1561.

des intérêts. Pour justifier de cette créance, elle se prévalait d'un rapport d'expertise que les juges du fond avaient rejeté puisqu'il ne permettait pas de prouver suffisamment le montant de la créance. La demanderesse était par là même déboutée de ses prétentions. Cette décision a été censurée par la haute juridiction. Après avoir rappelé le principe selon lequel « *le juge ne peut refuser de statuer, en se fondant sur l'insuffisance des preuves qui lui sont fournies par les parties* », elle a décidé qu'il aurait appartenu à la cour d'appel d'ordonner toute mesure d'instruction « *nécessaire* » afin de déterminer le montant des intérêts de la pension alimentaire dont la requérante sollicitait le recouvrement. Les juges du fond ne pouvaient ainsi pas rejeter les prétentions de la demanderesse sous prétexte d'une insuffisance de preuve. Analysée comme surprenante dans la mesure où aucun déni de justice n'aurait été commis par les juges du fond⁸⁶⁶, cette décision possède toutefois une portée non négligeable. En effet, la Cour de cassation rappelle que le juge est tenu par la *jurisdictio* dans l'instance, il doit dire le droit. De ce fait, le prétexte selon lequel le rapport de l'expert ne suffisait pas à démontrer la réalité des faits allégués par Madame X n'aurait pas dû conduire au rejet de sa demande. Le devoir de juger qui incombe au juge doit donc s'étendre et permettre d'aller au delà de cette difficulté, en sollicitant une mesure d'instruction. Il s'agit bien évidemment d'une extension du principe de déni de justice qui « *n'est plus réduit au seul fait de ne pas juger en raison de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi* »⁸⁶⁷. La lettre de l'article 4 du code civil s'étend en conséquence aux modes de preuve. Le fait pour la deuxième chambre civile de qualifier le recours à une mesure d'instruction comme « *nécessaire* » implique que la mesure représente le seul moyen permettant de calculer le droit de créance de la demanderesse et par conséquent de parvenir au rendu d'une décision. Cet arrêt participe nécessairement à l'émergence d'un droit à l'expertise, si tant est que la mesure d'instruction dont la Cour de cassation requiert l'instauration est une expertise.

En 2009, la Cour de cassation a fait part d'une appréciation identique de l'extension de la notion de déni de justice⁸⁶⁸. En effet, elle a considéré qu'en « *refusant [...] d'évaluer le montant d'un dommage [résultant d'une dégradation par le locataire d'un logement] dont*

⁸⁶⁶ **R. PERROT**, obs. sous Cass. civ. 2ème, 28 juin 2006, n° 04-17.224, préc., RTD civ., 2006, p. 821 : l'auteur s'exprime ainsi : « Cette référence au déni de justice surprend. Le juge qui déboute un demandeur ne refuse pas de statuer : bien au contraire, il statue sur la demande dont il a été saisi, mais simplement pour dire que les éléments de fait avancés par celui des plaideurs auquel incombe la charge de la preuve ne l'ont pas suffisamment convaincu pour faire droit à sa demande. En réalité, il n'y a là aucun déni de justice de sa part : la seule question qui peut se poser est celle de savoir si en rejetant la demande pour insuffisance de preuve, le juge n'a pas méconnu négativement l'étendue de ses pouvoirs ».

⁸⁶⁷ **S. AMRANI-MEKKI**, obs. sous Cass. civ., 1ère, 12 nov. 2015, n° 14-16.603, inédit, Gaz. Pal., n° 6, 9 févr. 2016, p. 53.

⁸⁶⁸ Cass. civ., 3ème, 8 déc. 2009, n° 08-11.911, inédit : Procédures, 2010, comm. n° 30, note R. PERROT.

elle constatait l'existence en son principe », la cour d'appel avait commis un déni de justice. Dès lors que les juges relèvent l'existence d'un dommage, il leur incombe de faire procéder à son évaluation. Cette décision est révélatrice de l'évolution de la conception de l'expertise au sein du procès. Monsieur Jacques MOURY considère en effet qu'une des causes de l'évolution de l'expertise réside dans « *l'augmentation du contentieux de la responsabilité, liée certes au déplacement de ses fondements pour parvenir plus commodément à une indemnisation des victimes, mais également à cette considération que tout a un prix dans une société toujours plus marchande* », ce qui explique que la place de l'expert s'est accrue dans ce domaine, « *son rôle [étant] crucial pour l'évaluation du préjudice, dans sa nature et dans son quantum* »⁸⁶⁹. La Cour de cassation ne déclare pas par quel biais cette estimation aurait dû s'opérer, mais il est évident qu'elle ne pouvait l'être que par la mise en œuvre d'une mesure d'instruction⁸⁷⁰. Cependant, en l'espèce, le bailleur, qui était le demandeur, n'avait produit à l'instance aucun élément qui aurait pu permettre de procéder à cette évaluation. Le déni de justice relevé par la haute juridiction trouve alors ses limites. Il ne pouvait en effet être constitué dans la mesure où il n'y avait pas en l'espèce où l'insuffisance de preuve ne découlait pas de l'impossibilité par le bailleur de prouver les dommages. Le juge ne saurait dès lors pâtir de la passivité de certaines parties dans l'administration de la preuve.

323. Déni de justice et expertise judiciaire déjà instaurée. Le déni de justice a également vocation à s'appliquer à un litige dans lequel une expertise judiciaire avait déjà été ordonnée. Dans le cas où le juge considère que le rapport d'expertise qui lui est remis est insuffisant ou imprécis, la Cour de cassation lui impose de demander à l'expert des explications ou d'ordonner une nouvelle mesure d'expertise. Dans une décision du 30 janvier 2007⁸⁷¹, l'article 4 du code civil relatif au déni de justice n'est pas visé par les juges, mais il est induit. La haute juridiction a décidé que les juges du fond, qui estimaient que le rapport de l'expert judiciaire désigné était insuffisamment précis pour établir la réalité des vices

⁸⁶⁹ J. MOURY (J.), « Les limites de la quête en matière de preuve : expertise et *jurisdictio* », préc.

⁸⁷⁰ Pour une autre application plus récente du principe dans le cadre d'une action en répétition de l'indu : Cass. civ., 2ème, 27 avr. 2017, n° 16-15.019, inédit : LEDA, 1er juin 2017, n° 6, p. 6, obs. P. CASSON « Déni de justice fondé sur l'insuffisance des preuves produites » : « *Qu'en refusant d'évaluer, en raison de l'insuffisance des preuves fournies par les parties, la baisse de cotisations à laquelle Mme X...pouvait prétendre en application des stipulations contractuelles ainsi que le montant des cotisations indues, quand elle constatait par ailleurs que les sommes réglées par l'assureur au titre de la rente d'invalidité l'avaient été sur la base d'un taux croisé de 27, 14 % alors que le taux applicable était de 34, 20 % au vu des conclusions de l'expert judiciaire, ce dont il résultait que les cotisations appelées étaient supérieures aux cotisations dues, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

⁸⁷¹ Cass. civ., 1ère, 30 janv. 2007, n° 06-11.028, inédit : Procédures 2007, comm. n° 79 ; Dr. et patr., n° 166, janv. 2008, p. 103, obs. S. AMRANI-MEKKI.

invoqués par les demandeurs (en l'espèce une procédure en garantie des vices cachés), étaient dans l'obligation de l'interroger pour obtenir des précisions ou ordonner, le cas échéant, un complément d'expertise. La solution est formelle : l'imprécision du rapport d'expertise ne peut permettre au juge de prononcer le rejet des demandes des parties, cette lacune doit le conduire à ordonner une nouvelle mesure d'expertise.

Un arrêt de la première chambre civile du 12 novembre 2015 s'inscrit dans cette dynamique⁸⁷², et il est possible de déceler dans ses termes une manifestation du droit à l'expertise. Cette décision, rendue au visa de l'article 4 du code civil, ensemble l'article 245 du code de procédure civile, intervient dans le domaine de la garantie des vices cachés. En l'espèce, des époux avaient obtenu une expertise en référé afin de déterminer les vices affectant le véhicule qu'ils avaient acquis auprès d'un concessionnaire. La cour d'appel de Nîmes faisait droit à leur demande de résolution de la vente en retenant un vice caché affectant le véhicule. Cet arrêt a pourtant été cassé par la première chambre civile le 26 janvier 2012⁸⁷³ dans la mesure où, conformément à l'article 1641 du code civil, les juges n'ont pas recherché si le défaut était antérieur à la vente, tel qu'il leur avait été demandé. C'est donc après un renvoi que la cour d'appel de Montpellier, le 20 février, rejetait la demande des époux aux motifs que *« l'expert n'a pas pu établir l'existence d'un vice caché dont l'origine fût antérieure à la vente du véhicule et que ses conclusions traduisaient seulement son incapacité à expliquer par une raison technique quelconque l'absence de résistance constatée lors de l'enfoncement de la pédale de frein »*. À la suite d'une nouvelle procédure en cassation, la haute juridiction a retenu que la réaction des juges du fond s'apparentait à un déni de justice et il leur revenait, face à la difficulté pour les parties de prouver, d'interroger l'expert voire d'ordonner une nouvelle mesure d'expertise, étant donné qu'elle avait elle-même constaté l'insuffisance du rapport d'expertise sur les causes du dysfonctionnement sur le véhicule. Le déni admis ici par la haute juridiction se fonde sur un manque d'effectivité d'accès à la justice pour les parties⁸⁷⁴. Ce droit est donc privilégié mais au détriment d'autres droits fondamentaux procéduraux tel que celui du délai raisonnable puisque la cour d'appel devant laquelle l'affaire est renvoyée devra ordonner une mesure d'instruction qui allongera nécessairement l'instance.

⁸⁷² Cass. civ., 1ère, 12 nov. 2015, n° 14-16.603, inédit : Gaz. Pal., n° 6, 9 févr. 2016, p. 53, obs. S. AMRANI-MEKKI : « Insuffisance de preuve et déni de justice : un principe de complétude dans l'administration de la preuve ? ».

⁸⁷³ Cass. civ., 1ère, 26 janvier 2012, n° 10-20.785 et 10-23.197, inédit.

⁸⁷⁴ S. AMRANI-MEKKI, obs. sous Cass. civ., 1ère, 30 janv. 2007, n° 06-11.028, inédit : Dr. et patr., n° 166, janv. 2008, p. 103, préc.

324. Le courant jurisprudentiel combinant déni de justice et droit à l'expertise judiciaire emporte des conséquences. Il convient de les envisager, notamment en étudiant l'étendue des obligations procédurales mises à la charge du juge (2).

2. L'étendue des obligations d'organisation d'une expertise et de complétude du juge

325. Alourdissement cohérent de l'office du juge. En imposant au juge d'organiser une mesure d'instruction, de prononcer une nouvelle mesure d'expertise ou d'interroger l'expert si il estime ne pas avoir été suffisamment éclairées par les conclusions, la Cour de cassation alourdit sa *jurisdictio*. Le but de cette jurisprudence est de rendre effectif le droit au juge, afin que le justiciable puisse en définitive bénéficier d'une solution juridictionnelle satisfaisante. Concernant l'obligation de complétude, la raison de son instauration est cohérente : parce que le juge a préalablement procédé à l'instauration d'une expertise, il lui appartient d'en assurer la pertinence jusqu'à ce qu'il soit intégralement renseigné sur la complexité du litige, et ainsi de permettre le parfait établissement de la preuve.

326. Modification de l'intensité des règles procédurales. Les décisions de la Cour de cassation précitées s'inscrivent nécessairement dans l'application des dispositions du code de procédure civile relatives aux mesures d'instruction confiées à un technicien. En effet, l'article 245 du code de procédure civile précise que le juge « *peut toujours inviter le technicien à compléter, préciser ou expliquer, soit par écrit, soit à l'audience, ses constatations ou ses conclusions* » et l'article 283 du code de procédure civile dispose que lorsque le juge ne trouve pas dans le rapport de l'expert d'« *éclaircissements suffisants* », il peut entendre ce dernier. Toutefois, par le biais du déni de justice, la haute juridiction a modifié l'intensité de ces règles puisqu'à la lumière des décisions précitées, ces « possibilités » offertes par le code de procédure civile ont tendance à se transformer en « devoirs ». Le pouvoir d'appréciation du juge expressément prévu par le code de procédure civile se retrouve par conséquent restreint.

327. Distinction avec la demande de complément d'expertise formulée par une partie. Il faut toutefois différencier l'obligation du juge de compléter la mesure d'expertise de la demande de complément d'expertise formulée par les parties. L'obligation de complétude se manifeste lorsque le juge lui-même observe que les résultats de l'expertise ne sont pas

précis et qu'il ne peut, de ce fait, statuer. En revanche, lorsqu'une partie requiert, après dépôt par l'expert de son rapport, un complément d'expertise, le pouvoir souverain du juge reste intact. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation a déclaré que le juge peut dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, et en le motivant, refuser d'ordonner le complément d'expertise sollicité par une partie à l'instance⁸⁷⁵.

328. La facette dite « négative » du droit au juge, à travers le devoir du juge d'instaurer une mesure d'expertise sous peine de commettre un déni de justice, cohabite avec un versant positif. Il convient d'être conscient des difficultés de statuer auxquelles le juge fait face lorsque se présente à lui un litige d'une technicité particulière. Dès lors, le droit lui offre des moyens pour rendre une décision en parfaite connaissance de cause, notamment par l'instauration obligatoire d'une expertise (B).

B. L'EXPERTISE EN TANT QU'AIDE AU JUGE, ASPECT POSITIF DE LA MISE EN ŒUVRE DU DROIT AU JUGE SUR LE DROIT À L'EXPERTISE JUDICIAIRE

329. L'aide apportée au juge pour lui permettre de statuer, se manifestant par l'instauration d'une mesure d'expertise, prend la forme d'une incitation (1) ou d'une obligation (2), ce qui confère au droit à l'expertise deux niveaux d'intensité.

1. L'incitation à l'aide

330. Code de procédure civile et formulation de l'aide au juge. Il y a lieu de rappeler que l'intérêt du recours à une expertise pour le juge est de lui apporter les éléments suffisants pour qu'il puisse rendre une décision. À travers l'incitation à instaurer une mesure d'expertise, le droit à l'expertise prend une dimension nouvelle. Au delà de l'aide que cela procure aux parties, l'instauration d'une mesure bénéficie également au juge puisque l'usage des mesures d'instruction permet avant toute chose d'établir les faits « *dont dépend la solution du litige* »⁸⁷⁶. De cette expression contenue dans l'article 143 du code de procédure civile, il se dégage une manifestation du droit au juge, sous la garantie de parvenir à une solution juridictionnelle. Le juge n'est en effet ni médecin, ni mathématicien, ni architecte, ni chimiste, ni spécialiste du bâtiment, etc. Ses compétences se reflètent seulement au niveau de

⁸⁷⁵ Cass. civ., 2ème, 26 juin 2008, n° 07-13.875, Bull. civ. II, n° 156 : Dalloz actu., 1er août 2008, note V. EGEA.

⁸⁷⁶ CPC, art. 143.

sa *jurisdictio*, c'est-à-dire dans la capacité de dire le droit. La Cour de cassation relevait déjà très tôt à cet égard qu' « *il est de sagesse du juge de ne pas s'ingérer témérairement dans l'examen des théories ou des méthodes médicales et prétendre discuter des questions de pure science* »⁸⁷⁷. Le constat selon lequel il « *ne dispose pas d'éléments suffisants pour statuer* », conformément à ce qu'énonce l'article 144 du code de procédure, justifie en conséquence qu'il soit accompagné pour traduire les données techniques d'un litige⁸⁷⁸. Cet accompagnement prend la forme d'une aide matérialisée par les mesures d'instruction à laquelle le code de procédure civile fait référence à de nombreuses reprises. Ainsi, l'article 232 est riche dans sa formulation puisqu'il indique que le juge peut commettre toute personne de son choix pour « *l'éclairer* »⁸⁷⁹ sur une question qui requiert « *les lumières* » d'un technicien. La réalisation du droit au juge dépend alors de l'aide que le juge sollicite de l'expert.

331. Le dépassement de la simple mission d'interprétation des faits. La nécessité des lumières d'un technicien implique parfois que dans le cadre d'une mission qui lui est confiée, celui-ci dépasse la mission d'interprétation des faits que la loi lui octroie. En témoigne le recours par le juge aux affaires familiales de l'expert de l'article 255, 9° du code civil⁸⁸⁰. Monsieur Stéphane DAVID a écrit que « *les magistrats se sont souvent plaints par le passé, et cela persiste parfois encore aujourd'hui, de la difficulté qu'ils éprouvent à collecter les informations indispensables pour se prononcer sur le principe et, éventuellement, sur l'étendue et les modalités d'une prestation compensatoire* »⁸⁸¹. À ce titre, l'article 225, 9° du code civil dispose que le juge « *peut désigner tout professionnel qualifié en vue de dresser un inventaire estimatif ou de faire des propositions quant au règlement des intérêts pécuniaires des époux* »⁸⁸². Cette mesure provisoire s'analyse en une expertise au sens du code de procédure civile. Toutefois, dans le cadre de l'application de cette disposition, l'aide apportée au juge déborde largement de la lettre de l'article 232 du code de procédure civile qui énonce

⁸⁷⁷ Cass. civ., 21 juill. 1862 : DP, 1862, 1, p. 420.

⁸⁷⁸ Pour les parties, l'accompagnement que constitue le prononcé de mesures d'instruction se révèle à la lecture de l'article 146 du code de procédure civile disposant que : « *Une mesure d'instruction ne peut être ordonnée sur un fait que si la partie qui l'allègue ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver* ».

⁸⁷⁹ Terme repris dans l'article 263 du code de procédure civile relatif à l'expertise même : « *L'expertise n'a lieu d'être ordonnée que dans le cas où des constatations ou une consultation ne pourraient suffire à éclairer le juge* ».

⁸⁸⁰ X. GUEDE, « L'expertise notariale : contribution à la sécurité juridique des procédures de divorce », AJ fam., 2015, p. 94 ; S. DAVID, « Dossier "Coût du divorce" - Divorce : le coût de l'expertise notariale », AJ fam., 2016, p. 84 ;

⁸⁸¹ S. DAVID, « L'expertise judiciaire », AJ fam., 2009, p. 430.

⁸⁸² Il peut s'agir d'un notaire, d'un expert-comptable, d'un expert immobilier etc.

que l'expert n'est désigné pour éclairer le juge que sur une question de « fait » : « *En réalité, la mission confiée au professionnel qualifié semble plus sûrement consister à collecter et inventorier les nombreux paramètres envisagés à l'art. 271 c. civ., de mettre ainsi à jour l'existence ou non d'une disparité dans les conditions de vie respectives des époux, de souligner les modalités qui paraissent envisageables au regard de la situation économique et fiscale du couple, afin de permettre au magistrat de statuer de manière éclairée sur l'attribution d'une éventuelle prestation compensatoire* »⁸⁸³. Ce débordement s'accompagne aussi de la reconnaissance de pouvoirs plus importants que ceux que possède un expert traditionnel. En effet, l'article 259-3 du code civil précise que l'expert, sous autorisation du juge, peut procéder à toutes recherches utiles auprès des débiteurs ou de ceux qui détiennent des valeurs pour le compte des époux sans que le secret professionnel puisse lui être opposé. L'importance et la particularité des litiges familiaux expliquent ce constat.

332. Dans certains domaines, empreints d'une dimension particulière, l'aide procurée au juge s'identifie davantage comme une obligation (2).

2. Les expertises obligatoires

333. Cas d'expertises obligatoires. La complexité du litige devant laquelle une juridiction est susceptible de se trouver explique que dans certaines hypothèses⁸⁸⁴ la loi et la jurisprudence impose le recours à une mesure d'expertise. Ces expertises obligatoires constituent la forme la plus accomplie d'un droit à l'expertise judiciaire puisque le juge voit son pouvoir d'appréciation restreint. Cette restriction s'explique dans la mesure où la solution rendue par le tribunal doit s'appuyer sur des données fiables et incontestables. Plusieurs domaines juridiques sont concernés par les expertises judiciaires imposées.

Dans le cadre du droit des personnes et du droit de la famille, la première chambre civile de la Cour de cassation a énoncé qu'en matière de filiation, l'expertise biologique était de droit⁸⁸⁵. La solution est identique pour l'action aux fins de subsides⁸⁸⁶. En outre, aux termes des articles 425, 428 et 431 de code civil, lorsque le juge se saisit d'office aux fins

⁸⁸³ S. DAVID, « L'expertise judiciaire », préc.

⁸⁸⁴ En dehors des hypothèses révélées par le déploiement de la notion de déni de justice étudiées précédemment.

⁸⁸⁵ Cass. civ., 1ère, 28 mars 2000, préc. : « *L'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas l'ordonner* » ; Cass. civ., 1ère, 13 juill. 2016, n° 15-22.848, préc.

⁸⁸⁶ CA, Paris, 1ère ch., 22 févr. 2001, JCP, G, 2001, II, 10558 ; Cass. civ., 1ère, 14 juin 2005, n° 03-12.641, Bull. I, n° 253, p. 214, ; Cass. civ., 1ère, 6 déc. 2005, n° 05-11.150, Bull. I, n° 478, p. 402.

d'ouverture d'une tutelle, cette mesure est subordonnée à la constatation médicale préalable de l'altération des facultés mentales de la personne⁸⁸⁷. Le juge ne peut en effet se substituer aux médecins, ce qui justifie le recours impératif à ces expertises.

Dans le domaine du droit des obligations, en matière de fixation du prix d'un bail commercial, le législateur conscient du fait que le juge ne possède pas les compétences nécessaires en matière de chiffrage, a prévu à l'alinéa 3 de l'article R. 145-30 du code de commerce que « *si les divergences portent sur des points de fait qui ne peuvent être tranchés sans recourir à une expertise, le juge désigne un expert [...]* ». Toujours dans la sphère contractuelle, l'article 1716 du code civil permet le recours à un expert en cas de contestation sur le loyer d'un bail verbal qui a commencé à être exécuté et pour lequel il n'existe pas de quittance⁸⁸⁸. À propos de la preuve de la lésion, dans l'hypothèse d'une action en rescision pour lésion de plus des sept douzièmes en matière de vente d'immeuble⁸⁸⁹, l'article 1678 du code civil dispose que celle-ci ne peut se faire que par un rapport de trois experts tenus de dresser un seul procès-verbal et de ne former qu'un seul avis à la pluralité des voix.

334. Vraie et fausse expertise. Dans la continuité de l'étude sur les expertises imposées, il convient de revenir sur la distinction pertinente entre la « vraie » et la « fausse » expertise opérée par Madame Isabelle DESPRÉS⁸⁹⁰. Si, selon l'auteur, la vraie expertise correspond à celle que le juge ordonne pour recueillir un simple avis qui ne le lie pas, la fausse s'analyse comme celle qu'il doit instaurer et dont les résultats s'imposent nécessairement à lui. Dès lors le droit à l'expertise judiciaire se révèle plus particulièrement à l'égard de la « fausse » expertise puisque celle-ci concerne un domaine dans lequel le juge, en raison de la particulière technicité qui le domine, doit nécessairement ordonner une mesure d'expertise sans qu'aucun contrôle de nécessité ou d'utilité de la mesure ne lui soit accordé. Constitue en conséquence une fausse expertise celle résultant de l'article L. 141-1 du code de

⁸⁸⁷ C. civ., art. 425 al. 1er : « *Toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté peut bénéficier d'une mesure de protection juridique prévue au présent chapitre* » ; C. civ., art. 431, al. 1er : « *La demande est accompagnée, à peine d'irrecevabilité, d'un certificat circonstancié rédigé par un médecin choisi sur une liste établie par le procureur de la République. Ce médecin peut solliciter l'avis du médecin traitant de la personne qu'il y a lieu de protéger* ».

⁸⁸⁸ C. civ., art. 1716 : « *Lorsqu'il y aura contestation sur le prix du bail verbal dont l'exécution a commencé, et qu'il n'existera point de quittance, le propriétaire en sera cru sur son serment, si mieux n'aime le locataire demander l'estimation par experts; auquel cas les frais de l'expertise restent à sa charge, si l'estimation excède le prix qu'il a déclaré* ».

⁸⁸⁹ C. civ., art. 1675 et s.

⁸⁹⁰ I. DESPRÉS, *Les mesures d'instruction in futurum*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 34, 2004, p. 82, spéc. n° 129.

la sécurité sociale qui dispose que « *les contestations d'ordre médical relatives à l'état du malade ou à l'état de la victime, et notamment à la date de consolidation en cas d'accident du travail et de maladie professionnelle et celles relatives à leur prise en charge thérapeutique, à l'exclusion des contestations régies par l'article L. 142-2, donnent lieu à une procédure d'expertise médicale dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État. Ces dispositions sont également applicables aux contestations d'ordre médical relatives à l'état de santé de l'enfant pour l'ouverture du droit à l'allocation journalière de présence parentale* ». Il est évident que les résultats de cette mesure vont faire corps avec la décision du juge et la justifier dans sa totalité. La remarque est la même concernant l'expertise médicale indispensable à l'ouverture d'une mesure de protection pour une personne majeure. En effet, dans ce cadre, la Cour de cassation a rappelé que « *le juge ne peut placer une personne sous le régime de la tutelle ou de la curatelle, pour altération de ses facultés mentales ou corporelles, que si cette altération a été constatée par un médecin spécialiste choisi sur une liste établie par le procureur de la République* », de sorte que « *doit être cassé le jugement qui, après avoir relevé que le médecin spécialiste désigné par le juge des tutelles n'avait constaté aucune altération des facultés mentales ou corporelles d'une personne, place celle-ci sous le régime de la curatelle* »⁸⁹¹. Il est en revanche difficile de se positionner sur le fait de savoir si l'expertise médicale simple à la suite d'un accident de la circulation ou l'expertise en construction représentent des vraies ou fausses expertises. En effet, l'organisation de ces mesures ne s'impose pas au juge, qui reste souverain dans l'appréciation du motif légitime de les organiser, mais leurs résultats ne peut que les lier au regard de la technicité du domaine d'intervention de l'expert et des résultats forcément concluants⁸⁹².

335. Le droit fondamental au juge représente un support primordial à la reconnaissance d'un droit à l'expertise judiciaire. Il agit donc en soutien de ce droit. Ceci s'explique naturellement pas la force de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH et de l'influence qu'il possède en droit interne. Alors que le droit au juge permet de soutenir le droit à l'expertise judiciaire, le droit à la preuve, composante inédite et récente du procès équitable, permet de le maintenir (Section 2).

⁸⁹¹ Cass. civ., 1ère, 15 juin 1994, n° 92-19.680, Bull. civ. I, n° 213, p. 155.

⁸⁹² **F. BELLIVIER, L. BRUNET et C. LABRUSSE-RIOU**, « La filiation, la génétique et le juge : où est passée la loi ? » : RTD civ., 1999, p. 529 : « *face aux quasi-certitudes qu'apporte la preuve génétique, la liberté que le juge conserve en principe semble entendue comme une incitation à l'ordonner. Le prestige de cette technique semble bien faire d'une faculté un devoir judiciaire* ».

SECTION 2. LE DROIT À LA PREUVE, MAINTIEN DU DROIT À L'EXPERTISE JUDICIAIRE

336. Du droit de la preuve... L'évolution du droit processuel et une vision moderne de la justice exigent une implication accrue du service public de l'État dans le procès. De ce fait, le juge possède un rôle plus actif dans l'administration de la preuve⁸⁹³. L'intervention grandissante de ce dernier dans l'établissement de celle-ci explique l'essor du caractère inquisitoire de la procédure civile ainsi que la remise en question de la portée du principe d'administration de la preuve incombant traditionnellement aux parties⁸⁹⁴. Cette mutation engendre une véritable coopération entre les parties et le juge sur le sentier probatoire, laquelle doit nécessairement être liée l'article 6 § 1 de la Conv. EDH prônant l'accès au juge. Le raisonnement est le suivant : celui qui a la charge de la preuve en supporte le plus souvent le risque⁸⁹⁵ de sorte que certaines circonstances peuvent être de nature à l'empêcher de prouver aisément les faits qu'il allègue. Prenant compte de cette difficulté, les règles du droit processuel invitent le juge à assister les parties dans l'établissement de leurs preuves⁸⁹⁶. Il s'agit ainsi de rétablir l'égalité des armes entre les plaideurs lorsque l'un d'entre eux peine à prouver ce qu'il allègue. C'est à ce titre que s'est naturellement développé le droit à la preuve.

337. ... au droit à la preuve. Bien que l'avènement du droit à la preuve en droit processuel soit récent, sa théorisation est plus ancienne. Le professeur GOUBEAUX, un des premiers auteurs à s'être interrogé sur la nécessité et les conséquences d'un droit à la preuve en droit interne, après François GÉNY et Marcel PLANIOL⁸⁹⁷, le définit comme le droit « de

⁸⁹³ L. GRYNBAUM, Dalloz, Rép. procédure civile, v. *Preuve*, n° 45.

⁸⁹⁴ CPC, art. 2 : « Les parties conduisent l'instance sous les charges qui leur incombent. Il leur appartient d'accomplir les actes de la procédure dans les formes et délais requis » ; CPC, art. 6 : « A l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à les fonder » ; CPC, art. 9 : « Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention » ; S. GUINCHARD (dir.), *Droit processuel : droits fondamentaux du procès*, op. cit., p. 1372-1374, spéc. n° 586 ; C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER et S. GUINCHARD, *Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil*, op. cit., p. 479, spéc. n° 612.

⁸⁹⁵ R. LEGEAIS, *Les règles de preuve en droit civil – permanences et transformations*, th., Paris, LGDJ, 1955, p. 168 ; J. DEVEZE, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, th., Toulouse, 1980, p. 18 ; MEKKI (M.), « Le risque de la preuve », in D. COHEN (dir.), *Droit et économie du procès civil*, LGDJ, 2010 ; E. VERGES, G. VIAL et O. LECLERC, *Droit de la preuve*, Thémis droit, PUF, 1ère éd., 2015, p. 194 ; M. MEKKI (M.), « Le risque de la preuve : aspects de droit substantiel », in M. MEKKI, L. CADIET et C. GRIMALDI (dir.), *La preuve, regards croisés*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2015.

⁸⁹⁶ I. DESPRES, *Les mesures d'instruction in futurum*, op. cit., p. 127, spéc. n° 181 : L'auteur relève que le droit à la preuve au sens strict confère au justiciable une prérogative distincte du droit de prouver, qui l'autorise à s'adresser au juge, par l'utilisation de son pouvoir d'*imperium*, pour l'aider à justifier ses allégations.

⁸⁹⁷ F. GENY, *Des droits sur les lettres missives*, t. 2, Sirey, 1911, p. 81 : l'auteur définissait déjà le droit à la preuve comme la « faculté en vertu de laquelle chacun recueille et emploie à sa guise, les moyens que lui offre la vie sociale pour la justification et la défense de ses droits » ; M. PLANIOL, *Traité élémentaire de*

produire les preuves que l'on détient » ainsi que le droit de solliciter des preuves⁸⁹⁸. Cette dualité du droit à la preuve fait désormais l'unanimité en doctrine⁸⁹⁹. Le lien avec le principe du procès équitable prévu par la Conv. EDH, qui reconnaît au justiciable le droit à ce que sa cause soit entendue raisonnablement par un tribunal, est, aux termes de ces propos, évident, l'intérêt de la défense devenant supérieur. Le procès équitable est désormais fortement lié à la notion de vérité, et l'expertise est directement concernée.

338. Plan. Il convient tout d'abord d'envisager comment le droit à la preuve est né et s'est affirmé en droit processuel (§ 1). Il est ensuite nécessaire de s'interroger sur les conséquences du droit à la preuve en matière d'expertise (§ 2), en s'attardant sur les mesures d'instruction *in futurum* qui forment une illustration du droit à la preuve.

§ 1. L'ÉMERGENCE ET L'AFFIRMATION DU DROIT À LA PREUVE

339. Il faut déduire des termes de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH qui garantit à tous l'accès effectif au juge une forme de reconnaissance du droit à la preuve. Celui-ci dispose que « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue [...] par un tribunal* ». Il est nécessaire d'insister sur le fait que l'expression « être entendu » ne signifie pas uniquement que toute personne est en droit de saisir une juridiction pour faire valoir ses droits. Elle exprime également la possibilité pour elle de produire ses moyens de preuve pour convaincre. À ce sujet, la Cour EDH a eu l'occasion de rappeler que l'article 6 de la Conv. EDH implique l'obligation pour le tribunal de se livrer à un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuve des parties⁹⁰⁰. Le doyen Jacques HÉRON indiquait déjà que la « *manifestation la*

droit civil, Librairie Générale de Paris, 9ème éd., t. 2, 1923, n° 43 : l'auteur envisage le principe de la manière suivante : « *le principe est qu'un plaideur a toujours le droit de prouver ce qu'il allègue en sa faveur* ». Aux termes de leurs définitions, les auteurs donnaient au droit à la preuve la conception suivante : le droit de produire les preuves que l'on détient.

⁸⁹⁸ **G. GOUBEAUX**, « Le droit à la preuve », in **C. PERELMAN et P. FORIERS (dir.)** *La preuve en droit*, Bruylant, 1981, p. 277 et s., spéc. p. 280 : « *Ainsi compris, le droit à la preuve fait partie de cette prérogative plus générale accordée par la loi à toute personne, prérogative ressentie comme si nécessaire que l'on pourrait y voir une émergence du droit naturel : le droit de se faire écouter de son juge* » ; spéc. p. 293 : « *les preuves ne sont utiles que si elles peuvent être employées pour entraîner la conviction du juge. Sinon, à quoi bon amasser des documents, recueillir des indices, rechercher des témoins ? Avoir un droit à la preuve, c'est avoir le droit de produire ses preuves en justice* ».

⁸⁹⁹ **E. VERGES, G. VIAL et O. LECLERC**, *Droit de la preuve*, op. cit., p. 281, spéc. n° 273 ; **G. LARDEUX**, « Le droit à la preuve : tentative de systématisation », RTD Civ. 2017, p. 1 ; Le second aspect du droit à la preuve, le droit de demander des preuves a conduit Messieurs Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD à envisager le droit à la preuve comme la possibilité pour une partie de contraindre son contradicteur, via le recours au juge, à verser une preuve : **G. MARTY et P. RAYNAUD**, *Droit civil, Introduction générale à l'étude du droit*, Paris, Sirey, 2ème édition, 1972, spéc. n° 217.

⁹⁰⁰ CEDH (Grande Chambre), *Perez c. France*, 12 févr. 2004, req. n° 47287/99, § 80 : « *La Cour rappelle que le*

*plus simple et la plus évidente [du droit à la preuve] est l'obligation qui pèse sur le juge d'examiner les moyens de preuve qui ont été légalement produits devant lui »*⁹⁰¹. L'avènement du droit à la preuve s'est fait progressivement en droit processuel. Ses prémices se trouvent dans des décisions de la Cour EDH (A) qui ont su inspirer les juridictions internes (B).

A. L'APPRÉHENSION DU DROIT À LA PREUVE PAR LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

340. Droit à la preuve et égalité des armes. Aux termes de l'arrêt *Dombo Beheer contre Pays-Bas* de 1993, la Cour EDH érige implicitement la possibilité pour le justiciable de se prévaloir d'un droit à la preuve, en la rattachant au respect du principe d'égalité des armes. À titre de rappel, l'égalité des armes confère aux parties à un procès « *la possibilité raisonnable d'exposer sa cause dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable par rapport à la partie adverse* »⁹⁰². Dans leur décision de 1993, les juges européens ont décidé que représentait une atteinte à ce principe le refus pour les juridictions internes de faire témoigner une personne dont les dires auraient été utiles à la manifestation de la vérité. La Cour EDH a en effet considéré que dans le cadre des litiges opposant des intérêts privés, en l'espèce un contentieux opposant une banque et une SARL, chacun doit pouvoir présenter raisonnablement sa cause, en ce compris ses preuves, dans des conditions tout aussi avantageuses que celles de son adversaire, ce qui correspond au principe d'égalité des armes⁹⁰³. Il en résulte que le fait de ne pas avoir permis à Monsieur VAN REIJENDAM de témoigner a placé la SARL requérante dans une situation de « *net désavantage* » par rapport à la banque défenderesse. Bien que non expressément prévu, le droit à la preuve ressort indéniablement de l'ensemble de ces termes.

*droit à un procès équitable, garanti par l'article 6 § 1 de la Convention, englobe, entre autres, le droit des parties au procès à présenter les observations qu'elles estiment pertinentes pour leur affaire. La Convention ne visant pas à garantir des droits théoriques ou illusoires mais des droits concrets et effectifs (Artico c. Italie, arrêt du 13 mai 1980, série A no 37, p. 16, § 33), ce droit ne peut passer pour effectif que si ces observations sont vraiment "entendues", c'est-à-dire dûment examinées par le tribunal saisi. Autrement dit, l'article 6 implique notamment, à la charge du "tribunal", l'obligation de se livrer à un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuve des parties, sauf à en apprécier la pertinence » ; CEDH (Deuxième Section), *N.N. et T.A. c. Belgique*, 13 mai 2008, req. n° 65097/01, § 44.*

⁹⁰¹ J. HERON, « Le rôle du juge et des parties dans l'administration de la preuve en procédure civile », in « Le rôle du juge et des parties dans l'administration de la preuve, XVIIème colloque des IEJ, Grenoble, 19-21 janv. 1989, Faculté de droit de Grenoble, p. 12.

⁹⁰² CEDH, *Strupat c. RFA*, 16 juill. 1968, req. n° 2804/66, DR, Annuaire de la Conv., vol. XI, p. 400.

⁹⁰³ CEDH (Chambre), *Dombo Beheer B. V. c. Pays-Bas*, 27 oct. 1993, req. n° 14448/88, § 33 : L'ancien directeur de la SARL Dombo n'a ainsi pas pu soumettre de manière équitable ses moyens de preuve, à l'inverse du directeur de la banque, et donc exercer son droit à la preuve, ce qui était essentiel pour défendre ses intérêts.

341. Arrêt *L.L. contre France*, véritable consécration du droit à la preuve. C'est dans l'arrêt *L.L. contre France* rendu en 2006 que le droit à la preuve trouve sa source véritable⁹⁰⁴. La particularité de cet arrêt est qu'il fait expressément référence à l'expression de « droit à la preuve » sans prendre appui sur le principe du procès équitable pour le justifier. Cependant, les termes employés par les juges de la Cour EDH relient inévitablement ce droit au procès équitable. Dans les faits, un père de famille, dans le cadre d'une procédure de divorce, avait demandé en appel puis en cassation, en vain, le prononcé de l'irrecevabilité d'une pièce de son dossier médical que sa femme s'était frauduleusement appropriée pour prouver son alcoolisme, pièce couverte par le secret médical. La Cour EDH a admis que la production par l'ex-épouse de la pièce litigieuse « *était destinée à "la protection des droits et libertés d'autrui", en l'occurrence [son] droit à la preuve [...] aux fins de faire triompher ses prétentions* »⁹⁰⁵. Elle a toutefois reconnu que la soumission d'une telle pièce était de nature à porter atteinte à la vie privée de son ex-époux, ce qui a conduit la Cour à établir un réel contrôle de proportionnalité basé sur les critères suivants : l'ingérence dans la vie privée doit être prévue par la loi, avoir poursuivi un but légitime et avoir été nécessaire dans une société démocratique. Ce qui importe dans cette décision est la consécration, par la jurisprudence européenne, du droit à la preuve. Il s'agit ici de la première dimension du droit à la preuve, c'est-à-dire la possibilité de soumettre ses propres preuves devant un tribunal. Aucun fondement n'est pour autant expressément rattaché à la reconnaissance de ce droit. Toutefois, la Cour EDH estime que la pièce médicale contestée avait été produite par l'ex-épouse dans le but de « *faire triompher ses prétentions* », celle-ci désirant « *établir une corrélation entre le caractère violent de son mari avec son alcoolisme pathologique* ». Il ressort de ces expressions que la preuve a été versée par la nécessité pour la défenderesse d'être entendue par le juge et de défendre sa cause au sens de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH. Le principe qui explique donc l'émergence du droit à la preuve est celui du procès équitable.

De la même manière, dans la décision *N.N. et T.A. contre Belgique* datant de 2008⁹⁰⁶, la Cour EDH a estimé que la subtilisation et la production aux débats de correspondances amoureuses échangées entre deux hommes par l'ex-épouse de l'un d'entre eux s'inscrivait dans la possibilité reconnue à « *une partie à un procès de se voir offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause - y compris ses preuves* », ce qui impose au juge de se

⁹⁰⁴ CEDH (Deuxième Section), *L. L. c. France*, 10 oct. 2006, req. n°7508/02.

⁹⁰⁵ CEDH (Deuxième Section), *L. L. c. France*, préc. § 40.

⁹⁰⁶ CEDH (Deuxième Section), *N.N. et T.A. c. Belgique*, préc.,

livrer à un examen « *effectif [...] des offres de preuves des parties* »⁹⁰⁷.

342. Les décisions de la Cour EDH ont inspiré les juridictions civiles françaises qui, en 2012, ont consacré au bénéficiaire un droit à la preuve sur le fondement de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH (B).

B. L'APPRÉHENSION DU DROIT À LA PREUVE PAR LES JURIDICTIONS INTERNES

343. Bouleversement en droit processuel. L'année 2012 constitue une révolution au sein droit processuel interne puisque la jurisprudence a reconnu, aux côtés du droit de la preuve qui encadre tous les modes de preuve acceptables en justice, un véritable droit à la preuve au justiciable, en se fondant sur l'article 6 § 1 de la Conv. EDH⁹⁰⁸. Cette décision met ainsi un terme à une jurisprudence constante faisant prévaloir le principe de loyauté probatoire à propos des preuves clandestines⁹⁰⁹, et à un ancien débat consistant à déterminer si le justiciable pouvait se voir reconnaître le bénéfice d'un véritable droit à la preuve, lequel tendait vers une réponse négative. La doctrine considérait à cet égard que les dispositions légales déjà présentes, comme l'article 30 du code de procédure civile, suffisaient pour déduire un tel droit⁹¹⁰.

344. Faits de l'arrêt et solution. En l'espèce, dans le cadre d'une succession, le gérant de l'indivision, à la suite du décès de ses parents, avait versé aux débats une lettre établissant une donation immobilière et écrite par l'époux de la bénéficiaire, laquelle avait été obtenue au détriment du respect des droits à la vie privée et au secret des correspondances du défunt. Face à cette violation manifeste, la cour d'appel avait écarté cette pièce des débats, en considérant que le gérant de l'indivision avait produit « *cette missive sans les autorisations de ses deux sœurs ni de son rédacteur* ». L'arrêt de la cour d'appel est cassé par la première chambre civile, qui, « *en statuant ainsi, sans rechercher si la production litigieuse n'était pas indispensable à l'exercice de son droit à la preuve, et proportionnée aux intérêts* »

⁹⁰⁷ CEDH (Deuxième Section), *N.N. et T.A. c. Belgique*, préc., §§ 42 à 44.

⁹⁰⁸ Cass. civ., 1ère, 5 avr. 2012, n° 11-14.177, préc.

⁹⁰⁹ Cass., Ass. Plén., 7 janv. 2011, n° 09-14.316, Bull. A. P., n° 1 : D., 2011, p. 157, obs. E. CHEVRIER, 562, note F. FOURMENT, p. 618, chron. V. VIGNEAU, et p. 2891, obs. P. DELEBECQUE ; RTD civ., 2011, p. 127, obs. B. FAGES, et p. 383, obs. P. THÉRY ; JCP, 2011, p. 90, obs. M. MALAURIE-VIGNAL, p. 208, obs. B. RUY, et p. 666, n° 13, obs. Y.-M. SERINET.

⁹¹⁰ G. GOUBEAUX (G.), « Le droit à la preuve », préc. ; P. THERY, « Les finalités du droit de la preuve en droit privé », Droits, 1996, p. 41, spéc. pp. 50 à 52.

antinomiques en présence [...] n'a pas donné de base légale à sa décision ».

345. Le procès équitable, socle définitif d'un droit à la preuve autonome. Il suffit de se reporter au visa de l'arrêt rendu par la première chambre pour comprendre que l'article 6 § 1 de la Conv. EDH fonde de manière certaine et définitive le droit à la preuve. Ce rattachement s'imposait eu égard aux précédentes décisions rendues par la Cour EDH, à partir desquelles s'est inspirée la Cour de cassation. Par ailleurs, la haute juridiction autonomise ce droit à la preuve puisqu'elle ne le rattache à aucune composante spécifique du procès équitable⁹¹¹. De quoi étendre une nouvelle fois l'application de l'article 6 § 1, support de plusieurs droits fondamentaux non expressément prévus par ce texte tel que celui du contradictoire. Auparavant, le droit à la preuve, implicitement reconnu, était fondé par les juges de cassation sur le principe d'égalité des armes. En témoigne un arrêt du 15 mai 2007⁹¹² aux termes duquel la chambre commerciale a considéré que « *constitue une atteinte au principe de l'égalité des armes résultant du droit au procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme le fait d'interdire à une partie de faire la preuve d'un élément de fait essentiel pour le succès de ses prétentions* ». Désormais, plus aucune référence n'est faite au principe d'égalité des armes, le droit à la preuve est devenu un droit fondamental à part entière, même si dans certaines décisions postérieures, la première chambre civile ne le mentionne pas expressément⁹¹³.

346. Nature hybride du droit à la preuve. La fondamentalisation et l'autonomisation du droit à la preuve en font un droit à part entière à côté du droit au juge, du principe d'égalité des armes ou encore du droit à un tribunal indépendant et impartial. Sa nature doit par conséquent être déterminée afin de mieux comprendre ses aboutissants et sa portée. S'il est vrai que le droit à la preuve découle directement du droit à un procès équitable, ce qui

⁹¹¹ P. HENRIOT, « Le droit à la preuve, au service de l'égalité des armes », Rev. Trav, 2018, p. 120 : « *Ce droit à la preuve se suffit à lui-même et produit donc ses effets sans avoir besoin de s'adosser à la protection d'un autre droit subjectif [...] : c'est en quelque sorte un droit autonome* ».

⁹¹² Cass. com., 15 mai 2007, n° 06-10.606, Bull. IV, n° 130.

⁹¹³ Cass. civ., 1ère, 31 oct. 2012, n° 11-17.476, Bull. civ. I, n° 224 : D., 2013, p. 227, note N. DUPONT ; CCE, 2012, comm. n° 137, obs. A. LEPAGE : la première chambre civile a approuvé sans quelconque référence aux articles de la Conv. EDH et sans viser expressément le droit à la preuve, une cour d'appel ayant retenu « *que les atteintes portées à la vie privée de M. X..., sur la voie publique ou dans des lieux ouverts au public, sans provocation aucune à s'y rendre, et relatives aux seules mobilité et autonomie de l'intéressé, n'étaient pas disproportionnées au regard de la nécessaire et légitime préservation des droits de l'assureur et des intérêts de la collectivité des assurés* ». Par cet arrêt, la Cour de cassation a fait entrer dans le domaine du droit à la preuve, la filature exercée par un agent de recherches privé, dès lors que cette atteinte à la vie privée permettait d'établir une fraude de la part d'un assuré.

mènerait à l'envisager traditionnellement comme un droit à caractère procédural, il convient toutefois de relever sa nature substantielle. En effet, la reconnaissance d'un droit à la preuve vise principalement à garantir au justiciable, parfois en difficulté pour rapporter une preuve essentielle, la défense de ses propres intérêts. La nature hybride qui lui est ainsi reconnue fait entrer ce droit dans la catégorie des « droits subjectifs processuels »⁹¹⁴.

347. Le droit à la preuve a trouvé une assise au sein des droits fondamentaux processuels. Son rattachement au procès équitable, droit fondamental primordial qui privilégie la défense des intérêts des justiciables, ne fera que renforcer cet ancrage. Une telle force doit conduire à s'interroger sur les conséquences du droit à la preuve, particulièrement en matière d'expertise judiciaire § 2).

§ 2. L'INFLUENCE DU DROIT À LA PREUVE SUR LE DROIT À L'EXPERTISE JUDICIAIRE

348. En droit interne, certaines conséquences du droit à la preuve sont d'ores et déjà perceptibles, notamment en matière d'expertise judiciaire. La question de l'expertise judiciaire mobilise le second aspect du droit à la preuve, c'est-à-dire le droit pour le justiciable d'obtenir des preuves qu'il ne possède pas. Il devient intéressant, à la lumière des jurisprudences rendues en la matière, de se demander si le droit à la preuve induit réellement l'obligation pour le juge d'ordonner une mesure d'expertise lorsqu'elle est sollicitée par le justiciable (A). De plus, les mesures d'instruction *in futurum* prévues à l'article 145 du code de procédure civile s'imposent comme une manifestation du droit à la preuve, ce qui est de nature à asseoir le droit à l'expertise judiciaire (B).

A. L'OBLIGATION D'ORDONNER UNE MESURE D'EXPERTISE

349. Incidence sur le régime de l'expertise judiciaire. Le droit « à la preuve » entraîne-t-il automatiquement la reconnaissance d'un droit « à l'expertise » ? En d'autres termes, le juge doit-il obligatoirement organiser une mesure d'instruction lorsqu'une partie en sollicite l'instauration ? Est-il débiteur d'une « obligation probatoire » lui imposant d'intervenir plus activement dans la recherche des éléments de preuve ?⁹¹⁵ La pertinence de la

⁹¹⁴ **A. BERGEAUD**, *Le droit à la preuve*, op. cit., p. 137, spéc. n° 163.

⁹¹⁵ **M. FARTUNOVA**, *La charge de la preuve dans l'Union européenne*, Bruylant, DL 2013, cop. 2013, Coll. Droit de l'Union européenne, Thèses.

question doit être relevée, et une réponse positive engendrerait sans doute de nombreuses modifications et complexifications au sein des principes directeurs du procès et des règles relatives à l'expertise judiciaire. Tout d'abord, les règles relatives aux rôles des parties et du juge en matière d'administration de la preuve se retrouvent bouleversées. L'obligation d'ordonner une expertise « *remet en cause la répartition traditionnelle à l'égard de la preuve des faits* »⁹¹⁶, puisque selon l'article 9 du code de procédure civile, c'est aux parties qu'il revient de rapporter la preuve des faits qu'elles allèguent. Et il appartient au juge, conformément à l'article 12 du code de procédure civile, de statuer sur le litige en fonction des moyens de preuve qui lui sont présentés. Ensuite, les caractères subsidiaire⁹¹⁷ et facultatif⁹¹⁸ de l'expertise disparaîtraient. L'*imperium* du juge en la matière se retrouverait également compromis puisqu'aux termes de l'article 146 alinéa 2 du code de procédure civile, il ne lui appartient pas d'ordonner une mesure d'instruction pour suppléer la carence des parties dans l'administration de la preuve.

350. Difficultés pratiques. Pourtant, des limites pratiques retirent déjà à l'expertise ses caractères facultatif et subsidiaire. Face aux évolutions sociales et techniques de plus en plus insaisissables, les juridictions sont contraintes d'ordonner systématiquement une mesure d'expertise afin de mieux cerner certaines données complexes du litige et de statuer en pleine connaissance de cause. Ce constat ressort d'un arrêt de la Cour de cassation où elle a décidé que le juge ne peut refuser d'évaluer le dommage pour lequel il a constaté l'existence en son principe, de sorte qu'il doit ordonner une mesure d'instruction pour procéder à cette évaluation⁹¹⁹. Une consultation ou une constatation ne paraissent même plus suffisantes pour établir la preuve de certains faits, puisque l'éclaircissement du juge requiert le plus souvent des investigations extrêmement poussées. La complexité du litige remplace donc les conditions de légitimité et d'utilité auxquelles est soumise l'instauration d'une expertise.

De plus, la difficulté pour une partie au procès de rapporter la preuve de ce qu'elle allègue peut parfois se présenter, cette dernière ne disposant de moyens suffisant pour

⁹¹⁶ C. BLERY et L. RASCHEL, « Droit à l'expertise: reconnaissance inavouée d'un nouvel accroc à la répartition des rôles du juge et des parties », Procédures 2011, focus n° 17.

⁹¹⁷ CPC, art. 263 : « L'expertise n'a lieu d'être ordonnée que dans le cas où des constatations ou une consultation ne pourraient suffire à éclairer le juge ».

⁹¹⁸ CPC, art. 145 : « 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 » ; Cass. com., 2 juin 1970, Bull. 1970, IV, n° 184 : en dehors des cas où la loi impose l'établissement de ce mode de preuve, l'expertise est un mode d'instruction facultatif pour le juge.

⁹¹⁹ Cass. civ., 3ème, 8 déc. 2009, n° 08-11.911, préc.

parvenir à accomplir sa tâche probatoire. Le droit à la preuve semble être la solution à cet inconvénient puisqu'il permet, au nom de la bonne administration de la justice et des intérêts de la défense du justiciable, de rétablir, grâce à l'intervention du juge, un équilibre au sein du procès⁹²⁰.

351. Réponse de la Cour de cassation. La première chambre civile de la Cour de cassation a répondu à la question de savoir si le droit à la preuve devait nécessairement entraîner l'obligation d'ordonner une mesure d'instruction. Dans un arrêt de rejet du 12 février 2014, elle a décidé que « *sous couvert de griefs non fondés de violation des articles 6, § 1er, de la Convention européenne des droits de l'homme et 9 du code de procédure civile ainsi que des exigences du droit de la preuve et de manque de base légale au regard de ces textes et de l'article 10 du code civil, le moyen ne tend qu'à remettre en discussion devant la Cour de cassation, les appréciations des juges du fond qui ont souverainement estimé, au vu des éléments de preuve qui leur étaient soumis qu'il n'y avait lieu d'ordonner l'audition des parties et d'un médecin* »⁹²¹. Il faudrait donc y comprendre que l'émergence du droit à la preuve ne peut être de nature à contraindre les juges du fond d'instaurer à la demande des parties une mesure d'instruction. Il en ressort que le justiciable ne bénéficie pas d'un droit à l'expertise absolu. La liberté d'appréciation souveraine du juge n'est dès lors pas remise en question par l'apparition du droit à la preuve.

352. Expertise obligatoire et raisons d'équité. Il résulte de la combinaison de cette jurisprudence et des propos précédemment tenus que l'expertise ne peut être obligatoirement ordonnée par le juge qu'en présence de deux hypothèses : tout d'abord lorsqu'elle est déclarée obligatoire ou de droit⁹²², et ensuite, dans le cas où le justiciable ne peut faire valoir ses intérêts de manière équitable au sens de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH et que la mesure d'expertise constitue en conséquence l'unique moyen pour lui de rapporter la preuve de ce qu'il allègue. L'expertise devra être nécessairement instaurée par le juge pour des raisons d'équité, lorsque le justiciable fait face à des difficultés dans l'administration de la preuve et que seule une expertise judiciaire est en mesure d'établir la véracité de ce qu'il allègue. Il ne s'agit pas pour le juge de pallier la carence de la partie, mais de constater que celle-ci est dans

⁹²⁰ A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, op. cit., p. 191, spéc. n° 228.

⁹²¹ Cass. civ., 1ère, 12 févr. 2014, n° 12-27.033, inédit.

⁹²² Ce qui a été vu précédemment dans le cadre du droit au juge en tant que support du droit à l'expertise judiciaire.

l'impossibilité manifeste de prouver ce qu'elle allègue⁹²³. Son droit au procès équitable, donc sa possibilité de voir sa cause raisonnablement entendue, doit alors être relevé pour pouvoir ordonner une telle mesure. *A contrario*, le prononcé d'une mesure d'instruction n'est pas obligatoire. Concernant l'arrêt du 12 février 2014 précédemment cité, la première chambre civile de la Cour de cassation avait en effet relevé que n'était pas fondé le grief de violation de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH par le demandeur, ce qui explique sans doute qu'elle ait affirmé que le droit à la preuve n'entraîne pas obligation de prononcer une mesure d'instruction. Les juges d'appel avaient considéré que « *si le tribunal peut entendre qu'il n'est pas facile dans un tel contexte de réunir des preuves, il est par contre invraisemblable que cela soit impossible* » et « *qu'il appartenait notamment à la requérante, si les faits qu'elle dénonce sont avérés d'en saisir la justice car leur gravité constitue incontestablement un délit* » et notamment de solliciter une enquête, ce que la Cour de cassation ne censure pas. Il faut entendre par là que dès lors qu'une atteinte à cette disposition est établie, alors le juge sera tenu d'organiser une expertise. C'est, du moins, le raisonnement mis en œuvre par la Cour EDH dans l'arrêt *H.F. contre Slovaquie* précité où elle a estimé que dans l'intérêt de la vérité, les juges du fond auraient dû instaurer une contre-expertise tel que cela avait été sollicité par la requérante en appel. La sévérité de la Cour de cassation à l'égard des juges n'est en définitive que la réalisation d'un objectif de protection du plaideur qui, alors que le développement croissant des droits fondamentaux prônent le procès équitable, voit ses intérêts lésés puisqu'il n'est pas mis en mesure de rapporter convenablement la preuve de ses allégations. Par contre, la juridiction européenne a précisé qu'une mesure d'expertise judiciaire n'a pas obligatoirement à être instaurée par les juges si les parties possèdent au préalable des éléments de preuves suffisants pour faire valoir leurs droits en justice⁹²⁴. Il n'était ainsi pas porté atteinte à l'égalité des armes dans ce cas.

⁹²³ **R. FRANK**, « L'examen biologique sous contrainte dans le cadre de l'établissement de la filiation en droit allemand », *Revue internationale de droit comparé*, 1992, p. 905 : le pouvoir souverain du juge quant à l'appréciation d'une mesure d'instruction doit pouvoir cesser « *lorsque le refus d'ordonner cette mesure fait obstacle à l'établissement d'un droit ou lorsqu'elle constitue l'unique moyen d'en rapporter la preuve* », à l'image d'autres droits européens.

⁹²⁴ CEDH (Chambre), *H. c. France*, 24 oct. 1989, préc., § 70 : « *La décision de ne pas prescrire d'expertise pourrait, de prime abord, prêter à critique dans une affaire relative à un traitement médical pratiqué au moyen d'un produit contesté. La Cour relève pourtant que le Conseil d'État se trouvait en possession des exposés des parties et des pièces fournies par elles au sujet, notamment, du séjour du requérant aux hospices civils de Strasbourg et des effets de la piqûre qui lui avait été administrée [...] Eu égard à l'ensemble de ces circonstances, le Conseil d'État pouvait s'estimer suffisamment éclairé pour être à même de trancher sur la base de l'instruction et du dossier. Le fait de ne pas avoir ordonné une expertise n'a pas dans ces conditions porté atteinte au droit du requérant à un procès équitable* ».

353. Il est clair que la formulation expresse du droit à la preuve constitue un argument de taille dans les discours des promoteurs du droit à l'expertise judiciaire. Bien avant la consécration du droit à la preuve, le recours à l'expertise de l'article 145 du code de procédure civile représentait déjà une forme d'avènement du droit à l'expertise (B).

B. L'ARTICLE 145 DU CODE DE PROCÉDURE CIVILE, EXPRESSION DU DROIT À L'EXPERTISE SUR LE FONDEMENT DU DROIT À LA PREUVE

354. Présentation. Les mesures d'instruction que les parties peuvent solliciter, en ce qu'elles les aident à alléguer leurs prétentions devant le juge, constituent une manifestation générale du droit à la preuve. L'article 145 du code de procédure civile se démarque toutefois parce qu'il représente une « *manifestation particulière* »⁹²⁵ de ce droit. Celui-ci dispose que « *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* ». Ce texte permet donc de voir organiser, sur requête ou en saisissant le juge des référés, des mesures d'instruction préventives dites « *in futurum* », c'est-à-dire avant toute instance au fond. Il s'agit d'une « *action en justice particulière car réduite à une perspective probatoire* »⁹²⁶. Dans le cadre des mesures d'instruction dont le juge devient de plus en plus dépendant⁹²⁷, il est tout à fait possible de solliciter une expertise judiciaire dès lors que les deux conditions requises pour l'instaurer sont réunies⁹²⁸ : la nécessité de conserver ou d'établir la preuve de faits dont l'issue du litige dépend et la potentialité d'un procès.

355. Insertion de l'expertise *in futurum* dans le droit à la preuve. L'expertise sollicitée sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile entre nécessairement dans le champ du droit à la preuve, et plus particulièrement dans son deuxième aspect, à savoir le droit d'obtenir des preuves. En témoigne le fait pour la haute juridiction d'insister,

⁹²⁵ I. DESPRES, *Les mesures d'instruction in futurum*, *op cit.*, p. 126, spéc. n° 178.

⁹²⁶ G. CHABOT, « Remarques sur la finalité probatoire de l'article 145 du nouveau code de procédure civile », D., 2000, p. 256.

⁹²⁷ J.-P. LACROIX-ANDRIVET, « Mesures d'instruction – droit interne », in S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile: droits interne et de l'Union européenne*, Dalloz Action, 2012-2013, p. 910, spéc. n° 342.12 : « On voit bien l'intention du législateur de limiter autant que faire se peut les mesures d'instruction [...] Force est malheureusement de constater qu'elles sont de plus en plus fréquentes dans la pratique, soit par confort, soit, de la part du juge, par crainte de ne pouvoir trancher le litige de manière heureuse sans le concours d'un technicien ».

⁹²⁸ Toutes deux forment la condition plus générale du « motif légitime » prévu par l'article 145 du code de procédure civile.

quand bien même le texte le prévoit, sur le fait que la procédure de l'article 145 du code de procédure civile n'est pas limitée à la conservation des preuves mais peut également « tendre à leur établissement »⁹²⁹. Au titre de ce principe, a été approuvée une cour d'appel d'avoir ordonné une mesure d'expertise complémentaire dès lors qu'une société, en rachetant deux autres, avait démontré un motif légitime « *d'être plus amplement informée* » sur des opérations de gestion antérieures à la cession⁹³⁰. Il faut toutefois être vigilant sur la portée de l'aide procurée par les expertises *in futurum*. Il y a lieu de constater que parfois, la mise en œuvre de l'article 145 du code de procédure civile va plus loin que le seul fait d'établir la preuve des faits dont dépend la solution du litige. Dans certains cas, il arrive en effet au juge de désigner un expert qui aurait pour mission de porter des appréciations juridiques, au risque de porter atteinte à l'article 238 alinéa 3 du code de procédure civile. Comme le relève à juste titre Monsieur Gérard CHABOT, les investigations confiées aux experts contiennent le plus souvent des chefs de mission dépassant la simple analyse des faits. Ainsi, dans le cadre des actions en responsabilité par exemple, il ne serait pas juridiquement correct de donner à l'expert la mission de porter un avis technique sur les responsabilités qui peuvent être engagées, ou de procéder à la recherche des éléments propres à justifier une indemnisation⁹³¹. En l'état de cette remarque, il convient en effet de ne pas dénaturer la fonction purement préventive de l'article 145 du code de procédure civile.

356. Autonomie de l'article 145 du code de procédure civile, facilitation du parcours probatoire. La particularité de cette disposition réside également dans le régime spécifique et autonome que la jurisprudence lui a attribué. Cette spécificité s'est en premier lieu manifestée par l'abandon de la condition d'urgence rattachée à la procédure des référés. En effet, dès 1979, la cour d'appel de Paris a admis que l'article 145 du code de procédure civile octroyait au juge des référés des pouvoirs qui lui étaient propres et qu'il n'incombait

⁹²⁹ Cass. civ., 2ème, 17 juin 1998, n° 95-10.563, Bull. civ. II, n° 200, p. 118 : D., 1998, p. 194 : « [...] *c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que la cour d'appel, qui a retenu exactement par motifs adoptés que la procédure prévue par l'article 145 du nouveau Code de procédure civile n'est pas limitée à la conservation des preuves et peut tendre aussi à leur établissement, a décidé, répondant aux conclusions, que la société JCA holding avait un motif légitime d'être plus amplement informée* » ; Cass. soc. 19 déc. 2012, n° 10-20.526 et 10-20.528, Bull. V, n° 341 : « [...] *la procédure prévue par l'article 145 du code de procédure civile n'étant pas limitée à la conservation des preuves et pouvant aussi tendre à leur établissement, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que la cour d'appel a retenu que les salariées justifiaient d'un motif légitime à obtenir la communication de documents nécessaires à la protection de leurs droits, dont seul l'employeur disposait et qu'il refusait de communiquer* ».

⁹³⁰ Cass. civ., 2ème, 17 juin 1998, n° 95-10.563, Bull. civ. II, n° 200, p. 118.

⁹³¹ G. CHABOT, « Remarques sur la finalité probatoire de l'article 145 du nouveau code de procédure civile », préc.

pas non plus au demandeur d'établir une quelconque urgence pour voir organiser une mesure d'instruction *in futurum*⁹³². Ensuite, le 7 mai 1982, à l'occasion de 3 arrêts, la Cour de cassation statuant en chambre mixte a en effet décidé que « *les dispositions de l'article 146 du Nouveau Code de procédure civile, relatives aux mesures d'instruction ordonnées au cours d'un procès, ne s'appliquent pas lorsque le juge est saisi d'une demande fondée sur l'article 145 du même Code* »⁹³³. Dans une autre affaire, la deuxième chambre a formulé ce même principe différemment en énonçant que « *l'article 146 du Code de procédure civile est sans application lorsque le juge est saisi sur le fondement de l'article 145 du même Code et que la mesure d'instruction sollicitée avant tout procès relève des seules dispositions de ce dernier texte* »⁹³⁴. Autrement dit, lorsqu'un justiciable sollicite une mesure d'instruction *in futurum*, son action n'a pas à répondre aux dispositions de l'article 146 alinéa 2 du code de procédure civile. Il n'est ainsi pas soumis à la prohibition tendant à ce qu'« *en aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve* »⁹³⁵. Cette différence entre les deux régimes s'explique naturellement par les temps d'application distincts des deux articles. En effet, si l'article 145 du code de procédure civile a vocation à être invoqué avant tout procès, l'article 146 concerne quant à lui les mesures d'instruction sollicitées en cours d'instance⁹³⁶. L'exclusion de l'article 146 du code de procédure civile lorsque le juge statue s'analyse nécessairement comme la

⁹³² CA, Paris, 10 janv. 1979 : Gaz. Pal., 1979, 1, p. 166 ; Rappelé par Cass. ch. mixte, 7 mai 1982, n° 79-11.814, Bull. ch. mixte, n° 2 : « [...] la Cour d'appel a justement retenu que, lorsqu'il statue en application de l'article 145 du Nouveau Code de procédure civile, le juge des référés n'est pas soumis aux conditions exigées par l'article 872 dudit code [lequel prescrit que dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de commerce peut, dans les limites de la compétence du tribunal, ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend] » et Cass. civ., 2ème, 15 janv. 2009, n° 08-10.771, Bull. civ. II, n° 15 : « [...] l'urgence n'est pas une condition requise pour que soient ordonnées sur requête des mesures d'instruction sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile ».

⁹³³ Cass. ch. mixte, 7 mai 1982, n° 79-11.814, 79-11.974 et 79-12.006, 3 esp., Bull. ch. mixte, n° 2 ; Cass. civ., 2ème, 10 juill. 2008, n° 07-15.369, Bull. civ. II, n° 179.

⁹³⁴ Cass. civ., 2ème, 10 mars 2011, n° 10-11.732, Bull. civ. II, n° 65.

⁹³⁵ Même si la Cour de cassation formule l'autonomie de l'article 145 du code de procédure civile à l'égard de l'article 146 de manière générale, il convient de relever que seul le second alinéa de cette disposition est concerné. L'alinéa 1er de l'article 146 du code de procédure civile, qui énonce que « *une mesure d'instruction ne peut être ordonnée sur un fait que si la partie qui l'allègue ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver* » doit être écarté de cette autonomisation. En effet, « *on voit mal pourquoi cette disposition, qui pose un "principe d'économie procédurale", devrait être écartée en présence d'une demande mesure d'instruction in futurum. Si la situation probatoire du justiciable est assez solide pour agir au fond, il ne tirera aucun profit du recours à l'article 145 du nouveau code de procédure civile ! N'ayant, à proprement parler, rien à "conserver" ou à "établir", il n'aura pas de raison de saisir le juge...* » (DESPRES, *Les mesures d'instruction in futurum*, op cit., p. 135, spéc. n° 191).

⁹³⁶ R. SCHULZ, « Procédure », obs. sous Cass. civ., 2ème, 11 avr. 2013, n° 11-19.419, inédit : RGDA, 1er oct. 2013, n° 2013-04, p. 1036.

reconnaissance d'un droit aux mesures probatoires⁹³⁷.

Cette forme de souplesse énoncée par la Cour de cassation simplifie la charge probatoire d'une partie qui sollicite une mesure d'expertise judiciaire. L'article 145 du code de procédure civile « *se suffit à lui-même* »⁹³⁸. Il devient une arme redoutable du demandeur afin d'exercer son droit à la preuve, redoutée par son adversaire⁹³⁹. En conséquence, le justiciable peut requérir l'instauration d'une expertise quand bien même il ferait preuve de carence dans l'administration de la preuve. La carence se définit ici comme le fait d'étayer ses allégations sur des moyens de preuve qui ne sont pas sérieux, pas précis ou qui sont peu pertinents. Dans un arrêt du 6 mars 2013, la cour d'appel de Rennes fait une application stricte de l'autonomie de l'article 145 du code de procédure civile⁹⁴⁰. À la suite d'un accident corporel du travail, un artisan couvreur sollicitait en référé l'organisation d'une expertise médicale *in futurum* afin de s'assurer que les garanties indemnitaires prévues par son contrat d'assurance pouvaient être mobilisées. Il produisait alors un certificat médical et l'attestation d'un employé présent sur les lieux que le juge des référés de premier degré a jugé insuffisants pour procéder à l'instauration d'une expertise, notamment parce que l'attestation de l'employé ne précisait pas la date de l'accident. Au titre de l'autonomie de l'article 145 du code de procédure civile, les juges du fond ont infirmé l'ordonnance rendue en première instance et ont retenu un motif légitime pour l'artisan de voir instaurer une mesure d'expertise, alors même que l'attestation versée aux débats n'indiquait pas la date de l'incident.

Cette décision mène à considérer que l'autonomisation du régime d'application des mesures d'instruction *in futurum* facilite l'accès à l'expertise judiciaire pour une partie à un litige. Elle démontre la portée réelle du droit à la preuve. Même si certains auteurs ont pu contester ce régime simplifié⁹⁴¹, il n'en demeure pas moins que celui-ci permet une réalisation du principe du procès équitable. En effet, la particularité de l'article 145 du code de procédure civile permet de rétablir l'équilibre entre les parties à l'instance, en ce que de manière générale le demandeur à la mesure d'expertise *in futurum* est en majorité la partie la plus

⁹³⁷ **I. DESPRES**, *Les mesures d'instruction in futurum*, *op cit.*, p. 133, spéc. n°188.

⁹³⁸ CA, Pau, 17 janv. 2011, n° 10/00894.

⁹³⁹ **M. JOCKEY**, « À propos de l'article 145 du Code de procédure civile : un outil moderne de l'accès à la preuve », LPA, 4 sept. 2017, n° 176, p. 29 : « *Il s'agit donc là d'un moyen de pression redoutable, tant psychologique que judiciaire* ».

⁹⁴⁰ CA, Rennes, 6 mars 2013, n° 12/02881.

⁹⁴¹ **H. SOLUS et R. PERROT**, *Droit judiciaire privé*, t. III, Sirey, 1961, p. 666, spéc. n° 787 : « [...] *s'il y a eu vraiment carence, on ne voit pas très bien pourquoi il serait possible d'obtenir du juge avant tout procès, une mesure d'instruction qui devrait être refusée en cours d'instance* ».

faible, c'est-à-dire celle qui peut faire preuve d'une carence légitime. De plus, cette souplesse n'est pas nécessairement appliquée à tous les contentieux. En témoigne la nécessité de préserver le secret des affaires dans les conflits de concurrence déloyale lorsqu'une mesure d'instruction est sollicitée, spécificité que la présente thèse détaillera ultérieurement.

CONCLUSION DU CHAPITRE

357. bouleversements. L'utilisation des droits fondamentaux procéduraux afin de prouver l'avènement d'un droit à l'expertise engendre un certain nombre de chamboulements. La force de ces droits, puisqu'ils ont vocation à protéger efficacement le justiciable lorsqu'il fait le choix de saisir la justice, engendre une transformation des règles relatives à l'expertise, notamment sur ses caractères facultatif et subsidiaire, mais également des règles procédurales civiles internes. La mobilisation du droit au juge, pour fonder un droit à l'expertise judiciaire, modifie ainsi le rôle du juge dans le procès et l'invite à accompagner le justiciable dans l'administration de la preuve. Alors qu'elle était autrefois une affaire des parties, la charge de la preuve tend à se retrouver partagée entre elles et le juge, pour des raisons d'équité, au risque pour ce dernier de se voir sanctionner, notamment pour déni de justice.

358. Développement du droit à la preuve. Ce constat se confirme par la consécration assez récente du droit à la preuve sur le fondement général de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH, dont l'une des composantes est le droit d'obtenir des preuves, en ce compris l'instauration d'une mesure d'expertise. Bien que le droit à la preuve soit récent dans le rang des droits fondamentaux procéduraux permettant la promotion du droit à l'expertise judiciaire, il avait vocation, avant sa reconnaissance expresse, à s'appliquer en pratique. C'est ce qu'illustre le régime particulier des mesures d'instruction *in futurum* qui facilite le travail probatoire du plaideur.

359. Interrogations relatives au droit au juge. Au vu de ces éléments, une question se pose. Le droit au juge, par le prisme de son pouvoir d'appréciation souverain, ne se retrouve-t-il pas menacé par la reconnaissance du droit à l'expertise judiciaire ? Cette question est pertinente pour deux raisons. Tout d'abord, il convient d'analyser le pouvoir d'appréciation du juge au regard du rapport d'expertise en lui-même. En effet, dans la plupart des cas, la pratique démontre que le juge fait siennes les conclusions de l'expert. Il a ensuite été expliqué que le droit au juge se compose d'un droit au bon juge, impliquant qu'il soit indépendant et impartial. Donc, l'attitude du juge tendant à suivre les résultats de l'expert de manière aveugle, parce qu'il a conscience que la matière dont il est question dans le litige dépasse ses compétences, n'entraîne-t-il pas une atteinte aux exigences d'impartialité et d'indépendance requises de lui ? Partant, n'y a-t-il pas une atteinte à l'affirmation selon

laquelle il est souverain dans l'appréciation des preuves qui lui sont présentées ? En outre, le fait pour la jurisprudence de faciliter l'instauration d'une mesure d'expertise sous couvert d'un droit à la preuve qui s'autonomise et la mise en œuvre de régimes de preuves particuliers n'amenuisent-ils pas le pouvoir d'appréciation du juge pour ordonner une mesure d'expertise, tout en sachant que celui-ci doit veiller au bon déroulement de l'instance ?

360. La réponse à ces questions est délicate dans la mesure où sont opposés les intérêts du justiciable de voir sa cause raisonnablement exposée devant une juridiction et les intérêts du juge qui doit conserver un rôle de stabilisateur du procès. Une forme de réponse se profile lorsqu'il est question d'étudier le droit à l'expertise judiciaire au regard des droits fondamentaux subjectifs, ceux-ci permettant au juge de garder la main sur le prononcé d'une mesure d'instruction (Chapitre 2).

CHAPITRE 2 : LA LIMITATION DU DROIT À L'EXPERTISE JUDICIAIRE PAR LES DROITS FONDAMENTAUX SUBJECTIFS

361. Influences des droits fondamentaux subjectifs sur l'expertise judiciaire. Les droits fondamentaux subjectifs, protégeant l'être humain tant sur son physique que sur sa personnalité, exercent nécessairement une influence sur la reconnaissance d'un droit d'accès à l'expertise judiciaire. Celle-ci se manifeste de trois manières.

Tout d'abord, un droit fondamental subjectif est de nature à promouvoir le droit d'accès à l'expertise judiciaire puisque le recours à cette mesure représente le seul moyen d'en assurer l'effectivité. C'est le cas des nombreuses expertises déclarées comme obligatoires par la loi. Parmi celles-ci, par exemple, l'article 662 du code civil qui rend obligatoire le recours à un expert dans le cadre d'une transformation sur un mur mitoyen par le propriétaire d'un terrain, afin de voir respecter le droit subjectif de propriété de son voisin, droit fondamental⁹⁴² consacré par la Déclaration des droits l'Homme et du Citoyen de 1789⁹⁴³ et les dispositions du code civil⁹⁴⁴. C'est également l'hypothèse du droit à l'expertise biologique en matière de filiation reconnue de droit au regard du principe impérieux de connaître ses origines, sous le prisme du droit au respect de la vie privée et familiale résultant de l'article 8 de la Conv. EDH, expertise dont l'instauration reste toutefois limitée par la possibilité pour le juge de relever un motif légitime de refus⁹⁴⁵. Il convient de préciser que la

⁹⁴² Cons. constit., 16 janv. 1982, n° 81-132 DC, cons. n° 16 : « *Considérant que, si postérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée à la fois par une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux et par des limitations exigées par l'intérêt général, les principes mêmes énoncés par la Déclaration des droits de l'homme ont pleine valeur constitutionnelle tant en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique et qui est mis au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression, qu'en ce qui concerne les garanties données aux titulaires de ce droit et les prérogatives de la puissance publique ; que la liberté qui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration, consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre* » ; Cons. constit., 9 avr. 1996, n° 96-373 DC.

⁹⁴³ DDHC, art. 2 : « *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression* » ; art. 17 : « *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ».

⁹⁴⁴ C. civ., art. 544 : « *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ».

⁹⁴⁵ Cass. civ., 1ère, 28 mars 2000, n° 98-12.806 : Bull. civ. I, n° 103 : D., 2000, jur. p. 731, note T. GARÉ, p. 1427, obs. H. GAUMONT-PRAT, et p. 2868, obs. C. DESNOYER ; RTD civ., 2000, p. 304, obs. J. HAUSER ; LPA, 27 nov. 2000, p. 13, note C. DABURON ; LPA, 5 sept. 2000, p. 8, note N. NEVEJANS-BATAILLE ; JCP, 2000, II, n° 10409, concl. C. PETIT, note M.-C. MONTSALLIER-SAINT MLEUX ; JCP, 2000, I, n° 253, n° 11, obs. C. BYK ; Dr. Fam., 2000, comm. n° 72, note P. MURAT ; RJPF, 2000, n° 5, p. 23, comm. J. HAUSER ; Defrénois, 2000, art. 37194, p. 769, obs. J. MASSIP ; JCP 2001, I, n° 362, n° 21, obs. L. CADIET ; JCP, 2001, I, n° 332, n° 2, obs. Y. FAVIER : cet arrêt a été rendu dans le cadre d'une action en

préservation d'un droit subjectif peut aussi conduire à la promotion d'un accès à l'expertise sans que celle-ci soit judiciairement ordonnée. En témoigne la possibilité pour le comité social et économique d'une entreprise, sur le fondement de l'article L. 2315-94 du code du travail, de faire appel à un expert habilité lorsqu'un risque grave, identifié et actuel, révélé ou non par un accident du travail, une maladie professionnelle ou à caractère professionnel est constaté dans l'établissement ou en cas d'introduction de nouvelles technologies ou de projet important modifiant les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail, prévus au 4° de l'article L. 2312-8⁹⁴⁶. L'instauration d'une telle mesure tend nécessairement à assurer le droit à la vie, à la santé et à l'intégrité physique des salariés, entrant dans le champ d'application de la Conv. EDH.

Ensuite, la nécessité de préserver un droit subjectif peut justifier qu'il soit renoncé au recours imposé à une expertise judiciaire pour certaines actions. En témoigne l'abandon du caractère obligatoire de l'expertise en matière de transsexualisme⁹⁴⁷. En effet, la Cour de cassation, sous la pression exercée par la Cour EDH⁹⁴⁸, autorisait les personnes transsexuelles

contestation de reconnaissance de paternité.

⁹⁴⁶ **G. LOISEAU**, « Le comité social et économique », *Droit social*, 2017, p. 1044.

⁹⁴⁷ À propos de la définition du transsexualisme : Un Rapport de la Haute Autorité de Santé de novembre 2009 relatif à la situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France fait état de la difficulté d'apporter une définition complète au terme (Rapp. de la Haute Autorité de Santé de novembre 2009 relatif à la situation actuelle et perspectives d'évolution de la prise en charge médicale du transsexualisme en France, site interne de la Haute Autorité de Santé), mais relève les deux conceptions émanant du Conseil de l'Europe et de la Cour EDH. Le Conseil de l'Europe définit ainsi le transsexualisme comme le syndrome « *caractérisé par une personnalité double, l'une physique, l'autre psychique, la personne transsexuelle ayant la conviction profonde d'appartenir à l'autre sexe, ce qui l'entraîne à demander que son corps soit "corrigé" en conséquence* » (Ass. Parl. du Conseil de l'Europe, recomm. n° 1117 (1989) relative à la condition des transsexuels, cons. n° 1) et la Cour EDH envisage les transsexuels comme « *les personnes qui, tout en appartenant physiquement à un sexe, ont le sentiment d'appartenir à un autre* » et qui « *essaient souvent d'accéder à une identité plus cohérente et moins équivoque en se soumettant à des soins médicaux et à des interventions chirurgicales afin d'adapter leurs caractères physiques à leur caractère psychique* », de sorte que « *les transsexuels ainsi opérés forment un groupe assez bien déterminé et déterminable* » (Point I – B, obs. de l'art. 8, de l'aff. CEDH (Plénière), *Rees c. Royaume-Uni*, 10 oct. 1986, req. n° 9532/81) ; **J. MASSIP**, « Le transsexualisme : état de la question », *Defrénois*, 15 sept. 1992 - n° 17, p. 1009 : le transsexualisme se manifeste, chez une personne physique, par une contradiction affirmée entre le sexe apparent et le sexe psychologique. Autrement dit, il s'agit, a priori, pour un individu de sentir qu'il appartient au sexe opposé et de subir un traitement médical et/ou des interventions chirurgicales nécessaires pour appartenir définitivement à ce sexe. Ces considérations ont nécessairement une incidence sur la notion de « sexe », qui n'est dès lors plus cantonnée à des données purement biologiques, mais doit également prendre en compte une dimension psychologique, basée sur le comportement social de l'individu.

⁹⁴⁸ CEDH (Plénière), *B. c. France*, 25 mars 1992, *op. cit.*, § 63 : la Cour retenait que le fait pour l'État français de ne permettre la modification des prénom et sexe du transsexuel sur son état civil plaçait celui-ci dans « *une situation globale incompatible avec le respect dû à sa vie privée* » résultant de l'article 8 de la Conv. EDH, créant de ce fait une « *rupture du juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu* ». Cette condamnation a motivé une décision de l'assemblée plénière de la Cour de cassation décidant que « *lorsque, à la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique la rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son*

à faire procéder à la modification de la mention de leur sexe sur leur état civil, mais à la condition d'établir la réalité du syndrome transsexuel dont elles se prévalaient au moyen d'une expertise judiciaire⁹⁴⁹. Cette mesure s'avérait d'une part trop contraignante puisque le refus de se soumettre à une mesure d'instruction judiciaire ne permettait pas d'aboutir à la modification de leur sexe à l'état civil⁹⁵⁰, et d'autre part très intrusive sur les plans physique et moral, de sorte que les personnes la subissant revendiquaient le respect de leur intimité et de leur vie privée⁹⁵¹. C'est ainsi qu'à l'issue de la réforme J-21 de modernisation de la justice, le recours à une expertise judiciaire en vue de la modification de la mention du sexe à l'état civil a été clairement abandonné, l'article 61-5 nouveau du code civil, créé par l'article 56 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016⁹⁵², énonçant que toute personne « *qui démontre par une réunion suffisante de faits, dont la preuve peut être rapportée par tous moyens, que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue peut en obtenir la modification* »⁹⁵³.

Enfin les droits fondamentaux subjectifs sont susceptibles de limiter le droit d'accès à l'expertise judiciaire. Ce constat s'illustre notamment par la question du consentement à une expertise biologique dès lors que la mesure à vocation à être pratiquée sur le corps de la

comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son État civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence » ceci avant de préciser que le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes ne pouvait faire obstacle à une telle modification (Cass., Ass. Pl., 11 déc. 1992, n° 91-11.900, Bull. A.P., n° 13, p. 27).

⁹⁴⁹ Cass., Ass. Pl., 11 déc. 1992, n° 91-12.373, Bull. A.P., n° 13, p. 27.

⁹⁵⁰ Cass. civ., 1ère, 7 juin 2012, n° 10-26.947, Bull. civ. I, n° 123 : D., 2012, p. 1648, note F. VIALLA ; AJ fam., 2012, p. 405, obs. G. VIAL ; RTD civ., 2012, p. 502, obs. J. HAUSER : a été approuvée la décision des juges du fond de refuser la rectification de la mention du sexe dans l'acte de naissance du demandeur au motif que ce dernier avait opposé « *un refus de principe à l'expertise ordonnée par les premiers juges* ».

⁹⁵¹ F. VIALLA, « Iphis ou Atalante », in *Regard croisés sur le genre, Les assises du corps transformé*, Les Études Hospitalières, 2010, p. 244 ; CNCDH, Avis sur l'identité de genre et sur le changement de la mention de sexe à l'état civil, Ass. pl. du 27 juin 2013, § 19, site internet de la CNCDH, http://www.cncdh.fr/sites/default/files/27.06.13_avis_sur_lidentite_de_genre_et_sur_le_changement_de_la_mention_de_sexe_a_letat_civil.pdf : La Commission considère que les temps de mise en œuvre et de déroulement de l'expertise judiciaire plaçaient les personnes transsexuelles dans des situations discriminatoires et dans la difficulté de mener une vie quotidienne normale, notamment en matière d'emploi, de logement, d'attribution de droits sociaux, conduisant dès lors à une atteinte à leur dignité.

⁹⁵² Disposition jugée conforme à l'article 66 de la Constitution et au principe de sauvegarde de la dignité humaine par la décision n° 2016-739 DC du 17 nov. 2016 du CC.

⁹⁵³ En plus d'y voir dans cette modernisation une harmonisation des conceptions françaises et européennes en matière de transsexualisme, il faut admettre que le requérant au changement de sexe sur son état civil voit par conséquent le régime de la procédure de changement de sexe sur son acte de naissance facilité. En effet, il peut soumettre au président du tribunal de grande instance toute preuve légalement acceptable tels que des témoignages, attestations et documents médicaux comme des certificats psychiatriques ou d'opération chirurgicales démontrant que son sexe ne correspond plus à celui indiqué sur son acte civil d'origine. Cependant, pour emporter la conviction du juge, il lui faudra, conformément à ce qu'indique l'article 61-5 du code civil, rapporter cette preuve de manière « suffisante », ce qui laisse sous-entendre que les moyens de preuve soumis aux débats soient parfaitement précis et explicites. A la lecture de cette disposition, exigeant une réunion de « *faits* », un élément de preuve isolé ne saurait suffire pour attester de la réalité du changement de sexe.

personne et touche en conséquence à son intégrité physique et à son intimité⁹⁵⁴. En outre, cette restriction opérée par les droits fondamentaux subjectifs intervient dans la problématique du droit au secret relevant de l'article 8 de la Conv. EDH. C'est ainsi que dans le cadre d'une expertise médicale en matière civile, il est de jurisprudence constante que le juge ne peut obliger un médecin à transmettre à l'expert des informations couvertes par le secret médical, et ce sans l'accord de la personne concernée par la mesure⁹⁵⁵. L'entrée du secret des affaires dans la mise en œuvre des motifs légitimes de ne pas procéder à une mesure d'instruction *in futurum*⁹⁵⁶ en est également une bonne illustration.

362. Particularité et plan. Il est nécessaire d'insister sur la situation particulière dans laquelle s'insèrent l'expertise biologique en matière de droit de la filiation et l'expertise *in futurum* confrontée au secret des affaires. Dans ces deux domaines, un droit à l'expertise est reconnu, que ce soit sur le fondement du droit de connaître ses origines et du droit à la preuve pour le premier et sous l'angle unique du droit à la preuve pour le second. Toutefois, ce droit à l'expertise se retrouve directement freiné par la mise en œuvre d'un motif légitime. De plus, le conflit entre le droit à la preuve et le droit subjectif au respect de la vie privée et familiale qui en résulte a conduit la jurisprudence à recourir à la tendance du contrôle de proportionnalité. Ce dernier représente un outil indispensable pour apprécier deux droits de nature équivalente et trouver un juste équilibre entre eux. Il convient, dès lors, d'envisager le caractère ambivalent du droit à l'expertise biologique en matière de filiation (Section 1), avant d'envisager le secret des affaires face à l'expertise *in futurum* (Section 2).

⁹⁵⁴ Dans le cadre de l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne et de l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques, l'article 16-11 du code civil exige que le consentement de l'intéressé soit préalablement et expressément recueilli ; Il en est de même en matière d'imagerie cérébrale où l'article 16-14 code civil impose de recueillir le consentement exprès de la personne faisant l'objet d'un tel examen lorsqu'il est établi dans le cadre d'une expertise judiciaire.

⁹⁵⁵ Cass. civ., 1ère, 15 juin 2004, n° 01-02.338, Bull. civ. I, n° 171, p. 142 : « [...] si le juge civil a le pouvoir d'ordonner à un tiers de communiquer à l'expert les documents nécessaires à l'accomplissement de sa mission, il ne peut, en l'absence de disposition législative spécifique, contraindre un médecin à lui transmettre des informations couvertes par le secret lorsque la personne concernée ou ses ayants droits s'y sont opposés » ; Cass. civ., 1ère, 17 juin 1999, n° 08-12.742, Bull. civ. I, n° 128 : « [...] le juge civil ne peut, en l'absence de disposition législative spécifique l'y autorisant, ordonner une expertise judiciaire en impartissant à l'expert une mission qui porte atteinte au secret médical sans subordonner l'exécution de cette mission à l'autorisation préalable du patient concerné, sauf à tirer toutes conséquences du refus illégitime ».

⁹⁵⁶ Cass. civ., 2ème, 7 janv. 1999, n° 95-21.934, Bull. civ. II, n° 4, p. 3 : « [...] le secret des affaires ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile, dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées ».

SECTION 1. L'AMBIVALENCE DU DROIT À L'EXPERTISE BIOLOGIQUE EN MATIÈRE DE FILIATION

363. Le terme d'« expertise biologique » doit être compris dans un sens assez large. Cette mesure consiste à pratiquer un examen sur le corps d'un individu, vivant ou décédé, afin de prélever des données biologiques dont l'étude permet d'établir une réalité sur des résultats considérés comme fiables puisque scientifiques. L'expertise biologique comprend des examens variés allant de l'identification d'un individu par empreintes génétiques à l'examen comparé des sangs, en passant par une simple prise de sang ou encore un prélèvement sur une personne décédée. C'est au sein du droit de la filiation que l'expertise biologique présente un intérêt particulier, puisqu'elle va permettre d'établir la paternité ou la maternité d'un individu afin que son enfant et/ou l'autre parent fasse valoir les droits qui découlent de cette reconnaissance. La mesure entre ainsi dans le cadre de l'application de l'article 310-3 alinéa 2 du code civil qui prévoit que « *la filiation se prouve et se conteste par tous moyens* ». Cette liberté de la preuve en matière de filiation s'explique par la valeur que la Cour EDH confère au droit pour tout individu de connaître ses origines et qui entre, selon elle, dans le champ de l'article 8 de la Conv. EDH relatif au respect de la vie privée et familiale. Le droit fondamental au respect de la vie privée constitue donc la référence principale ayant mené la Cour de cassation à sacraliser le droit à l'expertise biologique en matière de filiation (§ 1). Toutefois, ce caractère *a priori* absolu a été limité (§ 2).

§ 1. LA SACRALISATION DU DROIT À L'EXPERTISE BIOLOGIQUE EN MATIÈRE DE FILIATION

364. La sacralisation du droit à l'expertise biologique dans le cadre d'une action en filiation passe par deux étapes bien définies. Tout d'abord, ce droit, longtemps revendiqué par la doctrine, a été consacré par la jurisprudence (A), avant d'être, par la suite, fondamentalisé conformément aux droits fondamentaux subjectifs de la Conv. EDH (B).

A. LA CONSÉCRATION DU DROIT À L'EXPERTISE BIOLOGIQUE EN MATIÈRE DE FILIATION

365. La consécration du droit à l'expertise biologique dans le cadre d'une action en filiation résulte d'un revirement de jurisprudence exercé par la Cour de cassation (1), dont il

convient d'étudier la portée et l'étendue (2).

1. Un revirement jurisprudentiel significatif

366. L'édiction du principe d'une expertise biologique de droit. Le droit à l'expertise biologique dans le cadre de la filiation, dont Jean HAUSER annonçait déjà la nécessité en 1993⁹⁵⁷, a été consacré par un arrêt de la première chambre civile du 28 mars 2000 avec un attendu non équivoque : « [...] l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder »⁹⁵⁸. Ce principe, réaffirmé le 30 mai suivant⁹⁵⁹, a été entériné par un arrêt rendu en assemblée plénière le 23 novembre 2007⁹⁶⁰, de quoi apporter un caractère acquis à la solution. Ces décisions mettent un terme définitif à l'ancienne conception de la Cour de cassation considérant que l'instauration d'une expertise biologique ne liait pas les juges du fond et restait soumise à leur pouvoir souverain d'appréciation⁹⁶¹. En effet, à l'époque, le prononcé d'une telle expertise obéissait ainsi aux conditions traditionnelles d'instauration d'une mesure d'instruction. Ainsi, si le juge était saisi sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, il devait relever l'existence d'un motif légitime pour organiser une mesure d'expertise biologique *in futurum*. Dans le cadre d'une action au fond il appartenait au justiciable de répondre aux conditions de l'article 146 du code de procédure civile, à savoir qu'une telle mesure ne pouvait être ordonnée que s'il ne disposait pas d'éléments suffisants pour prouver les faits qu'il allègue, sous l'égide du principe selon lequel « *en aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence d'une partie dans l'administration de la preuve* »⁹⁶². Il revenait

⁹⁵⁷ J. HAUSER, « La preuve biologique, reine des preuves ? », RTD civ., 1993, p. 811.

⁹⁵⁸ Cass. civ., 1ère, 28 mars 2000, n° 98-12.806, préc. : cet arrêt a été rendu dans le cadre d'une action en contestation de reconnaissance de paternité.

⁹⁵⁹ Cass. civ., 1ère, 30 mai 2000, n° 98-16.059, inédit : D., 2001, somm. p. 976, et nos obs., p. 1427, obs. H. GAUMONT-PRAT, et p. 2868, obs. C. DESNOYER ; Dr. Fam., 2000, comm. n° 108, note P. MURAT ; JCP 2000, II, n° 10410, note T. GARÉ ; JCP 2001, I, n° 362, n° 21, obs. L. CADIET ; JCP, 2001, I, n° 332, n° 2, obs. Y. FAVIER.

⁹⁶⁰ Cass., Ass. plén., 23 nov. 2007, n° 05-17.975 et 06-10.039, Bull. A.P., n° 8.

⁹⁶¹ Cass. civ., 1ère, 16 juin 1998, n° 96-17.819, inédit : « Mais attendu que c'est souverainement que la cour d'appel a apprécié la valeur de la présomption pouvant résulter du refus de Marie-Odile et Jean-Claude X... de se soumettre à l'expertise sanguine ordonnée par le tribunal et décidé que ce refus des enfants, qui eux-mêmes ne connaissent pas la vérité biologique, ne pouvait suffire à asseoir sa conviction d'une non-paternité de M. X... en l'absence du moindre élément extrinsèque » ; Cass. civ., 1ère, 5 janv. 1999, n° 96-17.216, inédit : « Mais attendu que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que, par motifs propres et adoptés, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de s'expliquer sur la portée qu'elle accordait à chacun des éléments de preuve qui lui étaient soumis, a décidé que l'examen comparé des sangs, simple moyen de preuve au fond, n'était pas obligatoire pour le juge, les débats et les documents fournis établissant que l'auteur de la reconnaissance est bien le père de l'enfant ».

⁹⁶² CPC, art. 146, al. 2.

également à celui qui contestait sa paternité, par exemple, de rapporter lui-même la preuve du caractère mensonger de la reconnaissance.

Il faut toutefois préciser que préalablement à la réforme effectuée par la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le Juge aux Affaires Familiales⁹⁶³, l'expertise biologique en filiation n'était obligatoirement ordonnée par les juges du fond que lorsqu'elle était sollicitée en défense, au titre d'une fin de non-recevoir⁹⁶⁴.

367. Harmonisation. La solution de la Cour de cassation du 28 mars 2000 permet aussi d'harmoniser le régime de l'expertise biologique français avec celui de ses voisins européens qui prévoient expressément dans leurs codes de procédure civile le recours obligatoire ou non par le juge à l'expert biologique. C'est notamment le cas en Allemagne, où l'article 372 du code de procédure civile enjoint au juge de rechercher et de faire rechercher par le biais d'une expertise la filiation d'un individu lorsqu'une action en la matière est engagée. L'article 20 du *Family Law Reform Act* de 1969 permet au juge anglais d'ordonner des examens sanguins ou génétiques pour déterminer si une partie au procès est la mère ou le père d'un enfant⁹⁶⁵.

368. Le principe jurisprudentiel selon lequel l'expertise biologique est de droit en matière de filiation est d'une importance primordiale, de sorte qu'il y a lieu de s'interroger sur sa portée et son étendue (2).

2. Portée et étendue d'une jurisprudence capitale

369. Domaine d'application du droit à l'expertise biologique. Le droit à la preuve biologique, aussi désigné sous l'expression de « vérité biologique »⁹⁶⁶, se retrouve consacré par la jurisprudence. La généralité de la solution de la Cour de cassation permet également

⁹⁶³ v. **B. LE MINTIER**, *Présentation de la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le Code civil relative à l'État civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le Juge aux Affaires Familiales*, Revue juridique de l'Ouest, 1994, Vol. 7, n° 1, p. 1.

⁹⁶⁴ la loi n° 93-22 du 8 janv. 1993 (D. 1993, lég. p. 179) marque la suppression des fins de non-recevoir dans le cadre des actions en recherche de paternité et à fins de subsides.

⁹⁶⁵ Site internet de « UK Legislation », <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1969/46/part/III>

⁹⁶⁶ **H. GAUMONT-PRAT**, « L'expertise biologique en droit de la filiation », D. 2001, p. 1427 ; Commentaire, Décision n°2011-173 QPC du 30 septembre 2011, M. Louis C. et autres, (Conditions de réalisation des expertises génétiques sur une personne décédée à des fins d'actions en matière de filiation), site internet du conseil constitutionnel : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2011173QPCccc_173qpc.pdf

d'affirmer que ce droit est reconnu à la mère de l'enfant, à celui qui prétend être le père de ce dernier, à celui qui conteste sa paternité, mais aussi à l'enfant mineur ou à la personne majeure elle-même. Une limite se présente toutefois concernant le type d'action à exercer par le justiciable⁹⁶⁷. En effet, la Cour de cassation considère que ne peuvent être portées devant le juge des référés, sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, les actions en test par empreintes génétiques⁹⁶⁸ et en examen comparé des sangs⁹⁶⁹. Ces prohibitions visent en effet à prévenir l'installation d'expertises dites « de curiosité »⁹⁷⁰, qui n'entraîneraient aucune action devant les juridictions du fond de la part de ceux qui les solliciteraient. Il y a lieu de noter également que les arrêts de la haute juridiction précités ont été rendus au visa des articles 339 et l'ancien 311-12 du code civil⁹⁷¹, ensemble l'article 146 du nouveau code de procédure civile, de sorte qu'il est dérogé, dans le domaine du droit de la filiation, au strict principe prévoyant qu'« *en aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve* ». En plus de conférer à l'expertise biologique un caractère spécifique, la jurisprudence participe à sa sacralisation, ce qui fait perdre au juge une partie de son pouvoir d'appréciation souverain.

370. Application du droit à l'expertise biologique à d'autres actions. Les arrêts fondateurs du droit à l'expertise biologique concernent certes des actions en contestation de reconnaissance de paternité, mais leurs attendus sont éloquentes : l'expertise biologique est de droit « *en matière de filiation* ». La généralité de la solution laisse donc entendre que l'expertise biologique peut être instaurée dans le cadre d'actions relative au droit de la

⁹⁶⁷ Précision étant faite que le juge de la mise en état peut ordonner une telle expertise : Cass. civ., 1ère, 28 nov. 2007, n° 06-19.157, Bull. civ., I, n° 371 : Procédures, 2008, comm. n° 49, obs. DOUCHY-LOUDOT.

⁹⁶⁸ Cass. civ., 1ère, 8 juin 2016, n° 15-16.696, arrêt n° 1485 : D., 2016, p. 1310 ; AJ fam., 2016, p. 388, obs. M. SAULIER ; RTD civ., 2016, p. 597, obs. J. HAUSER.

⁹⁶⁹ Cass. civ., 1ère, 12 juin 2018, n° 17-16.793, arrêt n° 593 : AJ fam., 2018, p. 397, obs. J. HOUSIER, Gaz. Pal., 17 juill. 2018, n° 26, p. 24, obs. G. HILGER : « *Attendu que, dès lors que les expertises biologiques en matière de filiation poursuivent une même finalité et présentent, grâce aux évolutions scientifiques, une fiabilité similaire, cette jurisprudence doit être étendue aux examens comparés des sangs* »

⁹⁷⁰ J. HAUSER, « Du droit à l'expertise biologique et de l'action judiciaire : une action en référé ne suffit pas », obs. sous Cass. civ., 1ère, 8 juin 2016, n° 15-16.696 : RTD civ., 2016, p. 597 : « *Il faut reconnaître que la solution inverse eût à peu près vidé de son sens l'exigence de l'article 16-11 puisqu'il aurait suffi d'une simple demande en référé, sans action s'ensuivant au fond, pour obtenir une expertise de curiosité. Seulement, il y a belle-lurette que cette condition est, en fait, discutée et contournée. D'abord sa suppression permettrait sans doute d'éviter des contentieux inutiles dont l'issue n'est pas discutable, si le résultat est négatif. Ensuite on sait bien qu'on peut faire effectuer tous ces tests par simple usage d'un site internet et pour des sommes raisonnables dans les pays qui n'ont pas ces exigences, ce qui fait que les expertises de curiosité ont lieu quand même. La vérité peut faire du mal et l'obscurité du bien mais le doute ne fait pas de bien non plus. Quant à ressusciter le mystère de la procréation, on en est bien loin, et il y a beaucoup plus grave que de donner éventuellement au juge des référés la compétence pour satisfaire la curiosité !* ».

⁹⁷¹ Disposition abrogée par l'art. 18 de l'ord. n° 2005-759 du 4 juillet 2005, publiée au JORF le 6 juillet 2005, et entrée en vigueur le 1er juillet 2006.

filiation autres que celle relative à la contestation de paternité. Dans de nombreux arrêts, la Cour de cassation a ainsi appliqué sa célèbre solution à l'action à fin de subsides⁹⁷², à l'action en rétablissement de la présomption de paternité légitime⁹⁷³, ou encore à l'action en désaveu de paternité légitime⁹⁷⁴, de sorte que la preuve biologique couvre l'ensemble du droit de la filiation⁹⁷⁵, à l'exception de l'action en constatation de la possession d'état d'enfant naturel prévue à l'article 317 du code civil et pour laquelle l'expertise biologique est exclue⁹⁷⁶. En revanche, en matière de possession d'état, la Cour de cassation est ferme : « *il ne peut y avoir lieu à prescription d'une expertise biologique* »⁹⁷⁷, ce qui s'explique par le fait qu'une situation sociologique ne peut s'établir par une analyse biologique⁹⁷⁸.

371. Cas particulier de la recherche de paternité. Une question s'est cependant posée à propos de l'action en recherche de paternité. En effet, aux termes de l'ancien article 340 alinéa 2 du code civil, la preuve en la matière ne pouvait être rapportée que s'il existait des présomptions ou indices graves de paternité. Dès lors, comme la preuve n'était pas libre mais adminiculaire, le juge devait-il obligatoirement faire droit à une demande d'expertise biologique ou constater au préalable l'existence de tels adminicules ? La Cour de cassation, au visa de l'ancien article 340, a déclaré, dans un arrêt du 8 janvier 2002, que dans le cadre de l'action en recherche de paternité, l'expertise biologique est de droit, de sorte que cette action n'est pas soumise à la démonstration de présomptions ou d'indices graves lorsqu'une telle mesure d'instruction est formulée⁹⁷⁹. Deux arrêts du 12 mai 2004 et du 14 juin 2005 sont

⁹⁷² CA, Paris, 22 févr. 2001, D., 2001, IR, p. 982 ; RTD civ., 2001, p. 574, obs. J. HAUSER ; Civ. 1ère, 6 déc. 2005, n° 05-11.150, Bull. civ. I, n° 478 ? p. 402.

⁹⁷³ Cass. civ., 1ère, 29 mai 2001, n° 99-21.830, Bull. civ. I, n° 152, p. 99 ; D., 2002, p. 1588, note D. COCTEAU-SENN, et somm. p. 2018, obs. F. GRANET.

⁹⁷⁴ Cas. civ. 1ère, 9 déc. 2003, n° 02-10.097, inédit.

⁹⁷⁵ **M. MIGNOT**, « L'accès à la preuve scientifique dans le droit de la filiation », Revue de la recherche juridique, droit prospectif, 2003, n° 2, p. 667.

⁹⁷⁶ Cass. civ., 1ère, 6 déc. 2005, n° 03-15.588, Bull. civ. I, n° 476, p. 400 ; D., 2006, IR 99 ; RTD civ., 2006, p. 98, obs. J. HAUSER : « [...] *en matière de constatation de possession d'état, la preuve s'établit par tous moyens, de sorte que l'expertise biologique n'est pas de droit* » ; Cass. civ., 1ère, 16 juin 2011, n° 08-20.475, Bull. civ. I, n° 116 : « *Attendu qu'en matière de constatation de possession d'état, il ne peut y avoir lieu à prescription d'une expertise biologique* » ; **C. SIFFREIN-BLANC**, « Pas d'expertise biologique en matière de constatation de possession d'état », Dalloz actu., 27 juin 2011.

⁹⁷⁷ Cass. civ., 1ère, 16 juin 2011, n° 08-20.475, Bull. civ. I, n° 116 : D., 2011, p. 1757, obs. C. SIFFREIN-BLANC ; D., 2012, p. 308, obs. H. GAUMONT-PRAT, et D., 2012, p. 1033, obs. M. DOUCHY-LOUDOT ; AJ fam., 2011, p. 376, obs. F. CHÉNEDÉ ; RTD civ., 2011, p. 524, obs. J. HAUSER ; Dr. Fam., 2011, comm. n° 150, note C. NEIRINCK ; RJPF, 2011-10/42, obs. T. GARÉ ; v. égal. Cass. civ., 1ère, 6 déc. 2005, n° 03-15.588, Bull. civ. I, n° 476 : « *en matière de constatation de possession d'état, la preuve s'établit par tous moyens, de sorte que l'expertise biologique n'est pas de droit* ».

⁹⁷⁸ **F. GRANET-LAMBRECHTS**, « Droit de la filiation », D., 2012, p. 1432.

⁹⁷⁹ Cass. civ., 1ère, 8 janv. 2002, n° 99-14.195, inédit : D., 2002, p. 2023, obs. F. GRANET ; Defrénois, 2002, p. 690, obs. J. MASSIP.

venus conforter cette solution⁹⁸⁰. En effet, la première chambre civile de la Cour de cassation, dans ces deux solutions, rappelant le caractère obligatoire de l'expertise biologique, a censuré les juges du fond qui avaient refusé de faire droit à une telle mesure sous prétexte « *que n'étaient pas réunis les présomptions et indices graves permettant de déclarer l'action recevable* ». Cette solution témoigne de l'abandon de l'exigence de présenter au juge des présomptions et indices graves dans le cadre de la recherche en paternité⁹⁸¹, abandon confirmé par l'abrogation de l'article 340 du code civil par l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation.

372. Le droit à l'expertise biologique est d'autant plus essentiel qu'il a été fondamentalisé sur le fondement du droit au respect de la vie privée et familial, droit fondamenta subjectif découlant de l'article 8 de la Conv. EDH (B).

B. LA FONDAMENTALISATION DU DROIT À L'EXPERTISE BIOLOGIQUE EN MATIÈRE DE FILIATION

373. Le caractère fondamental du droit à l'expertise biologique se déduit de la jurisprudence de la Cour EDH qui fait de la vérité biologique un intérêt primordial pour tout être humain. Toutes les décisions en la matière rattachent la vérité biologique au droit fondamental au respect de la vie privée et familiale prévu à l'article 8 § 1 de la Conv. EDH, avant d'en détailler la valeur (1). La conception de la Cour EDH au regard du droit de connaître ses origines a conduit au renforcement de l'intérêt de l'enfant dans les affaires relatives à la filiation, empreintes d'un élément d'extranéité et dans lesquelles une expertise était sollicitée (2).

1. Le déploiement du droit au respect de la vie privée et familiale, fondement du droit à l'expertise biologique

374. Rattachement à l'article 8 de la Conv. EDH. L'article 8 § 1 de la Conv. EDH *in limine* prévoit en effet que « *toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale [...]* ». Il est évident que les actions relatives à la filiation, en ce qu'elles intéressent la matière

⁹⁸⁰ Cass. civ., 1ère, 12 mai 2004, n° 02-16.152, inédit ; Cass. civ., 1ère, 14 juin 2005, n° 04-15.445, Bull.civ. I, n° 251, p. 213.

⁹⁸¹ **F. GRANET-LAMBRECHTS**, « Caractère obligatoire de l'expertise biologique », D. 2004, p.1419 ; **T. GARÉ**, « L'expertise biologique peut servir à démontrer la recevabilité d'une action en recherche de paternité naturelle », Revue juridique personnes et famille, 2004, p. 23.

familiale, entrent dans le champ de cette disposition. C'est en ce sens que s'est dirigée la Cour EDH en 1984 dans l'arrêt *Rasmussen contre Danemark* en approuvant la thèse émise par le requérant, à savoir que le fait de faire déterminer son statut familial entraine dans le cadre du droit au respect de la vie privée et familiale⁹⁸². Dans la continuité de cette décision, les juges européens ont eu l'occasion de préciser que la notion de « vie familiale » résultant de l'article 8 § 1 de la Conv. EDH ne concernait pas seulement les relations fondées sur un lien marital, mais aussi d'autres liens familiaux présentant une constance suffisante⁹⁸³ et que le droit de la filiation devait permettre de s'appliquer tant pour les actions relatives à l'établissement de paternité que pour les actions concernant sa contestation⁹⁸⁴. Dès lors, aucune disposition interne ne doit limiter voire exclure ce droit de voir établie sa filiation. Aux termes de l'arrêt *Pascaud contre France* du 16 juin 2011, l'État français a ainsi été condamné pour violation de l'article 8 § 1 de la Conv. EDH dans la mesure où les contraintes juridiques internes, à savoir la nécessité de recueillir le consentement de la personne expertisée pour pratiquer une expertise *post mortem* (ce qui soulève des difficultés pratiques en l'absence d'accord ou de refus manifesté du vivant de la personne) empêchaient la requérante de connaître l'identité de son véritable père⁹⁸⁵.

375. Dimension psychologique du droit de connaître ses origines. Les juges de la Cour EDH confèrent aux actions relatives à la filiation une dimension psychologique puisqu'ils font entrer dans le champ du droit au respect de la vie privée et familiale la nécessité pour chaque individu de connaître son ascendance⁹⁸⁶, ce qui possède, selon eux, une incidence sur le développement de sa personnalité⁹⁸⁷ et sur la possibilité pour lui de nouer des relations avec ses semblables⁹⁸⁸, et ce peu importe l'âge du requérant à l'action⁹⁸⁹. Cette valeur psychologique attachée à l'article 8 § 1 de la Conv. EDH revêt une importance particulière pour la juridiction européenne dans la mesure où doit également être pris en

⁹⁸² CEDH (Chambre), *Rasmussen c. Danemark*, 28 nov. 1984, req. n° 8777/79, série A, n° 87, p.13, §§ 30 et 33 ; CEDH (Quatrième Section), *Mikulić c. Croatie*, 7 déc. 2000, req. n° 53176/99, CEDH 2002-I, § 51.

⁹⁸³ CEDH (Chambre), *Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994, req. n° 16969/90, série A, n° 290, pp. 17-18, § 44 ; CEDH (Chambre), *Kroon et autres c. Pays-Bas*, 27 oct. 1994, req. n° 18535/91, série A, n° 297-C, pp. 55-56, § 30 : dans cet arrêt, la Cour a considéré que un enfant issu d'une relation hors mariage mais qui était stable s'insère de plein droit dans la « cellule familiale » résultant de l'article 8 § 1 de la Conv. EDH dès sa naissance et par le fait même de celle-ci.

⁹⁸⁴ CEDH (Chambre), *Kroon et autres c. Pays-Bas*, 27 oct. 1994, préc., § 35.

⁹⁸⁵ CEDH (Cinquième Section), *Pascaud c. France*, 16 juin 2011, req. n° 19535/08, § 65.

⁹⁸⁶ CEDH (Troisième Section), *Jäggi c. Suisse*, 13 juill. 2006, req. N° 58757/00 : RTD civ. 2006, p. 727, obs. J.-P. MARGUÉNAUD, § 48.

⁹⁸⁷ CEDH (Chambre), *Gaskin c. Royaume-Uni*, 7 juill. 1989, req. n° 10454/83, série A, n° 160, p. 16, § 39.

⁹⁸⁸ CEDH (Chambre), *Niemietz c. Allemagne*, 16 déc. 1992, req. n° 13710/88, série A, n° 251-B, pp. 33-34, § 29.

⁹⁸⁹ CEDH (Troisième Section), *Jäggi c. Suisse*, 13 juill. 2006, *op. cit.*, § 60.

compte l'intérêt de l'« enfant » de connaître ses origines⁹⁹⁰. Dans l'arrêt *Mandet contre France* du 14 janvier 2016, la Cour EDH a d'ailleurs conclu à l'absence de violation du droit au respect de la vie privée et familiale par les juridictions internes, qui, en modifiant le lien de filiation d'un enfant qui estimait qu'une autre personne était son père, avaient « *placé l'intérêt supérieur de l'enfant au cœur de leurs considérations* »⁹⁹¹. Cette solution des juridictions internes s'était en effet justifiée par l'intérêt pour cet enfant de connaître ses véritables origines.

376. La valeur attachée au droit de connaître ses origines par les juges internes, sous l'influence des décisions de la Cour EDH, sous ses diverses dimensions, explique certainement que dans les conflits internationaux relatifs à la filiation, la Cour de cassation procède à un renforcement de l'intérêt de l'enfant (2).

2. Le renforcement de l'intérêt de l'enfant dans les conflits internationaux relatifs à la filiation

377. Exception d'ordre public international. L'importance reconnue à la nécessité pour tout individu de connaître ses origines a mené les juridictions internes à faire usage de l'exception d'ordre public international dans le cadre de litiges internationaux relatifs à la filiation. Au titre de ce principe, les tribunaux se voient offerts la possibilité, dans les conflits impliquant des éléments d'extranéité, d'écarter la loi étrangère applicable lorsqu'ils la considèrent comme contraire à l'ordre public international français. En d'autres termes, la loi étrangère doit être écartée au bénéfice de la loi française si elle prive l'enfant du droit d'établir sa filiation. Ce pouvoir a été reconnu par la Cour de cassation en 1993 sous les termes suivants : « *si les lois étrangères qui prohibent l'établissement de la filiation naturelle ne sont, en principe, pas contraires à la conception française de l'ordre public international, il en est autrement lorsque ces lois ont pour effet de priver un enfant français ou résidant habituellement en France du droit d'établir sa filiation* » et, dans un tel cas, « *cet ordre public s'oppose à l'application de la loi étrangère normalement compétente* »⁹⁹².

⁹⁹⁰ J. HAUSER, « L'expertise biologique et l'intérêt de l'enfant », RTD civ., 2016, p. 830.

⁹⁹¹ CEDH (Cinquième Section), *Mandet c. France*, 14 janv. 2016, req. n° 30955/12, §§ 56-57.

⁹⁹² Cass. civ., 1ère, 10 févr. 1993, n° 89-21.997, Bull. civ. I, n° 64, p. 42 : D., 1994, p. 66, note J. MASSIP.

378. Règle de conflit de l'article 311-14 du code civil et application de la loi étrangère contraire en matière d'expertise biologique. L'exception d'ordre public international a eu vocation à s'appliquer dans diverses litiges de filiation contenant des éléments d'extranéité au sein desquels une expertise biologique entrainait en jeu. L'article 311-14 du code civil prévoit que la filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant. Une loi étrangère qui serait applicable peut tout à fait prévoir une mesure d'expertise afin de permettre l'établissement ou l'anéantissement d'un lien de filiation. Cependant, contrairement au régime français qui prévoit que l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, certaines lois étrangères instaurent des régimes plus restrictifs. C'est ce que met en évidence la Cour de cassation dans plusieurs de ses arrêts. Il ressort d'une décision du 26 octobre 2011 qu'une mère de nationalité ivoirienne avait sollicité une expertise génétique pour faire établir la paternité d'un homme qu'elle estimait être le père de son fils adultérin, né en France⁹⁹³. L'homme dont elle revendiquait la paternité était marié avec une autre femme à la naissance de l'enfant. Selon l'article 311-14 du code civil, la loi ivoirienne avait vocation à s'appliquer. Conformément aux articles 22 et 27 du code de la famille ivoirien qui prévoient qu'un enfant ne sera jamais admis à la recherche de la paternité dans le cas où le père présumé est marié avec une autre femme au moment de la naissance de l'enfant adultérin⁹⁹⁴, la demande d'expertise aurait dû être rejetée par les juges du fond. Tel n'a pas été le cas, ces derniers faisant droit à la mesure au motif que les dispositions ivoiriennes en matière d'établissement de la filiation portaient atteinte à l'ordre public international français puisqu'elles privaient l'enfant de son droit d'établir sa filiation paternelle. L'exception d'ordre public international a également été appliquée dans un arrêt récent du 27 septembre 2017⁹⁹⁵ aux termes duquel la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel ayant déclaré recevable une demande d'expertise biologique au motif que la loi camerounaise, prévoyant que l'action en recherche de paternité est irrecevable lorsque pendant la période légale de conception la mère a été d'une inconduite notoire⁹⁹⁶, était contraire à l'ordre public international français.

⁹⁹³ Cass. civ., 1^{ère}, 26 oct. 2011, n° 09-71.369, Bull. civ. I, n° 182.

⁹⁹⁴ Cette loi a vocation à préserver les intérêts de l'épouse victime de l'adultère et ses enfants légitimes.

⁹⁹⁵ Cass. civ., 1^{ère}, 27 sept. 2017, n° 16-19.654, arrêt n° 1010 : LPA, 31 janv. 2018, n° 23, p. 12, obs. P.-L. NIEL et M. MORIN, « L'ordre public de proximité en matière de filiation à l'épreuve des droits fondamentaux dédiés à l'intérêt de l'enfant et à son droit à l'identité ».

⁹⁹⁶ Ce qui était le cas en l'espèce : le 2 août 2012, Mme X, de nationalité camerounaise, a donné naissance, en France, à l'enfant Justin X ; qu'agissant tant en son nom qu'en celui de son fils, elle a assigné en recherche de paternité M. Y, de nationalité suédoise ; que celui-ci a soutenu que l'action était irrecevable, au regard du droit camerounais applicable, compte tenu de l'inconduite notoire de la mère.

379. Analyse de la jurisprudence. Il va sans dire que dans les exemples jurisprudentiels précités, les juges s'inspirent largement de la conception européenne du droit de la filiation qui met en avant l'intérêt primordial de l'enfant de connaître ses origines. L'exception d'ordre public international contribue dès lors à valoriser le droit fondamental plus général au respect de la vie privée et familiale, dans lequel est inséré le droit de voir établie sa filiation. Cette jurisprudence est surtout intéressante au niveau probatoire. En effet, d'une part, en faisant usage de l'exception d'ordre public international, les juges facilitent l'établissement de la paternité pour la mère de l'enfant qui, du fait de sa loi personnelle, se voyait *a priori* opposer des restrictions à l'instauration d'une mesure d'expertise. D'autre part, cette jurisprudence permet une promotion totale du principe selon lequel l'expertise est de droit en matière de filiation, parce qu'il semble, dans les deux arrêts précités, que les juges aient ordonné l'instauration d'une expertise sans même s'intéresser à la mission qu'était la leur de rechercher, s'il y a lieu, un motif légitime de ne pas l'instaurer. Le caractère contraire de la loi étrangère à l'ordre public international français a suffi à ce qu'ils déclarent l'expertise recevable. Cette atteinte suffit-elle alors à se passer de cette condition jurisprudentielle ? Dans l'affirmative, le droit d'accès à l'expertise est pleinement affirmé.

380. La force du droit à l'expertise biologique en matière de droit de la filiation se ressent par le biais de son support, à savoir le droit au respect de la vie privée prévu par la Conv. EDH. En effet, l'article 8 de la Convention a permis de mieux saisir l'importance d'un tel droit, surtout parce qu'il se rattache avant toute chose au justiciable en tant qu'être humain. Cette conception implique nécessairement que le droit à l'expertise biologique, auquel il est nécessaire pour les juges d'être attentifs, réponde à des conditions particulières qui pour la plupart sont strictes. Cela conduit à envisager les limitations du droit à l'expertise biologique (§ 2).

§ 2. LES LIMITATIONS DU DROIT À L'EXPERTISE BIOLOGIQUE EN MATIÈRE DE DROIT DE LA FILIATION

381. Perçu *a priori* comme absolu, le droit à l'expertise biologique se retrouve limité car il peut faire face à des limites légales ou pratiques, mais aussi parce qu'il implique un examen de la personne humaine. En ce sens, ce droit est restreint par la possibilité pour le juge d'opposer un motif légitime conduisant au refus de son prononcé (A) et/ou par l'absence

de consentement de l'intéressé (B).

A. LE MOTIF LÉGITIME DE NE PAS PROCÉDER À L'EXPERTISE BIOLOGIQUE

382. La Cour de cassation reconnaît elle-même le caractère non absolu du droit à l'expertise biologique puisqu'aux termes de l'arrêt fondateur du 28 mars 2000, elle admet que cette dernière n'a pas à être organisée si le juge relève « *un motif légitime de ne pas y procéder* ». Il convient de préciser la notion de motif légitime dans le cadre de l'instauration d'une expertise biologique (1) avant d'opérer une classification des divers motifs légitimes (2). Enfin, la tendance moderne du juge à procéder à un contrôle de proportionnalité a conduit la jurisprudence à rechercher un équilibre entre le motif légitime de ne pas procéder à une expertise biologique et le droit de connaître ses origines reconnu par la Conv. EDH (3).

1. La notion de motif légitime

383. Définition. Le motif légitime est une exception au caractère obligatoire de l'expertise biologique. Il constitue ainsi la raison valable, un argument cohérent qui offre au juge la possibilité de rejeter une demande d'expertise biologique. L'initiative qui lui a été offerte par la Cour de cassation de relever un motif légitime lui rend, d'une certaine manière, son pouvoir d'appréciation.

384. Interrogation. Mais le pouvoir d'appréciation s'était-il pour autant définitivement volatilisé en matière d'actions relatives à la filiation à partir de l'arrêt de la haute juridiction du 28 mars 2000 ? Une doctrine minoritaire considère en effet que le pouvoir arbitraire du juge, en ce qu'il était souverain pour apprécier l'opportunité d'une mesure d'instruction, n'a pas disparu. Celui-ci n'aurait pas été « chassé » mais seulement « déplacé » par la formule « *sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder* »⁹⁹⁷, de sorte que la consécration jurisprudentielle du droit à l'expertise biologique ne constitue pas un progrès majeur. Cette conception paraît convaincante dans la mesure où l'instauration d'un « motif légitime » démontre automatiquement que le droit à la vérité biologique n'est pas absolu. Il convient toutefois d'admettre que la limite posée par la jurisprudence n'enlève pas au droit à l'expertise biologique la spécificité qui caractérise son prononcé. D'une part, parce qu'une telle solution déroge à l'application de l'article 146 alinéa 2 du code de procédure civile

⁹⁹⁷ T. GARÉ, « L'expertise biologique est de droit en matière de filiation », D. 2000, p. 731.

prévoyant qu'une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve⁹⁹⁸. D'autre part, parce que la démonstration du « motif légitime » concernant les mesures d'instruction en référé ou sur requête diffère totalement de la détermination du motif légitime en matière d'expertise biologique. Si dans la première, elle appartient aux demandeurs, elle relève du juge pour la seconde. En effet, dans le cadre d'une expertise sollicitée conformément à l'article 145 du code de procédure civile, il revient au demandeur à la mesure d'établir un motif légitime pour l'instaurer. En revanche, relativement à l'expertise biologique, le justiciable la requérant peut se prévaloir du principe « *l'expertise biologique est de droit* » pour obtenir son instauration, tout en démontrant l'intérêt que l'organisation d'une telle mesure possède pour lui, et il reviendra au juge de rapporter un motif légitime en cas de refus. A ce titre, la jurisprudence fait obligation à ce dernier de motiver son rejet et de fournir dans sa décision les éléments qui ont conduit à caractériser un motif légitime de ne pas procéder à l'expertise⁹⁹⁹.

385. Motif légitime et abus procéduraux. Il convient d'insister sur le fait que l'intervention du juge dans l'application du droit à l'expertise biologique s'avère réellement nécessaire, et il n'est pas concevable que celui-ci s'efface totalement dans l'instauration d'une mesure aussi grave que celle-ci. Il ne faut pas que l'usage de ce droit à l'expertise par le justiciable dégénère en un abus de sa part et amène à des saisines du juge dépourvues d'utilité ou ayant pour but de satisfaire sa curiosité. Ceci permet avant toute chose de préserver les données du procès équitable : certaines expertises pourraient s'inscrire dans la durée et porter atteinte au principe du délai raisonnable ou à celui de l'égalité des armes.

386. La jurisprudence a eu l'occasion de donner diverses illustrations de motifs légitimes de ne pas procéder à une mesure d'expertise biologique. Autant de motifs qui nécessitent qu'ils soient classifiés (2).

⁹⁹⁸ Cass. civ., 1ère, 14 juin 2005, n° 03-12.641, Bull. civ. I, n° 253, p. 214 : Manque de base légale l'arrêt qui, pour rejeter une demande d'expertise biologique, relève, alors que l'expertise biologique est de droit en matière d'action à fins de subsides, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder, qu'il n'est justifié d'aucun élément probant, sans caractériser le motif légitime justifiant qu'il ne soit pas fait droit à la mesure d'instruction sollicitée de nature à établir la preuve, qui peut être faite par tous moyens, de relations intimes durant la période légale de conception. La cour d'appel avait ainsi fait application de l'article 146 du code de procédure civile. Les juges du fond avaient en effet jugé, dans le cadre d'une action à fin de subsides, « *qu'une mesure d'instruction, et notamment une expertise médicale, ne peut venir pallier [la] carence [d'une partie] à en rapporter la preuve* ».

⁹⁹⁹ Cass. civ., 1ère, 8 janv. 2002, n° 99-14.195, inédit : D., 2002, p. 2023, obs. F. GRANET ; Cons. constit., QPC, 30 sept. 2011, déc. n° 2011-173 : « *La dernière phrase du cinquième alinéa de l'article 16-11 du code civil est conforme à la Constitution* ».

2. L'illustration des motifs légitimes conduisant au refus d'une expertise biologique

387. Nécessité d'opérer une classification. La jurisprudence en matière de motifs légitimes permettant de refuser l'instauration d'une expertise biologique est foisonnante. L'étude de ces décisions, qui fait état d'un véritable « feuilleton des motifs légitimes »¹⁰⁰⁰, invite ainsi à les classer dans des catégories spécifiques. Cette classification a notamment été rendue possible par sept arrêts de la première chambre civile de la Cour de cassation du 14 juin 2005 qui se sont attardés sur la notion même de « motif légitime ». Une autre catégorie s'est profilée à la lecture des dispositions du code civil, celle des prohibitions légales de recours aux expertises biologiques. Il devient ainsi nécessaire de distinguer quatre catégories de motifs légitimes : les restrictions légales (a), l'impossibilité manifeste d'exercer la mesure d'expertise (b), le caractère superfétatoire de la mesure (c), et le caractère abusif de la demande d'expertise (d).

a. Les restrictions légales de procéder à une mesure d'expertise biologique

388. Variété des interdictions légales. Il existe plusieurs cas pour lesquels le code civil interdit expressément de recourir à une mesure d'expertise biologique. La plus connue de ces interdictions réside dans l'article 16-11 alinéa 5 du code civil qui, appliqué de manière stricte par la jurisprudence¹⁰⁰¹, prohibe l'identification par empreintes génétiques après le décès de l'individu si celui-ci n'avait pas consenti à cette identification de son vivant. Cette interdiction trouve sa raison principale dans le respect dû au corps mort. Autre exemple, l'article 310-2 du code civil qui dispose qu'est irrecevable l'action en établissement de filiation d'un enfant qui serait né d'un inceste¹⁰⁰². En effet, comme la filiation est déjà établie à l'égard de l'un des parents, elle ne peut l'être à l'égard de l'autre. Selon Nathalie

¹⁰⁰⁰J. HAUSER, « Expertise biologique : le feuilleton des “ motifs légitimes ” », RTD Civ., 2005, p. 376, obs. sous civ. 1ère, 3 nov. 2004.

¹⁰⁰¹Cass. civ., 1ère, 2 avr. 2008, n° 06-10.256, Bull. civ. I, n° 101 : AJ fam., 2008, p. 209 : « Mais attendu que l'article 16-11 du code civil, dans sa rédaction issue de la loi n°2004-800 du 6 août 2004, selon lequel sauf accord exprès de la personne manifesté de son vivant, aucune identification par empreintes génétiques ne peut être réalisée après sa mort, est immédiatement applicable aux situations en cours ; qu'ayant relevé que la preuve du consentement de M. Y à ce que les échantillons déposés auprès du CECOS, dans un but d'autoconservation puissent servir à son identification par empreintes génétiques, n'était pas rapportée, et que celui-ci n'avait pas exprimé de son vivant son accord pour une expertise génétique quels qu'en soient le procédé et la forme, la cour d'appel n'a pu qu'en déduire que la demande de Mme X devait être écartée ».

¹⁰⁰²Cass. civ., 1ère, 6 janv. 2004, n° 01-01.600, Bull. civ. I, n° 2, p. 2 : « [...] en statuant ainsi, alors que la requête en adoption présentée par M. Y... contrevient aux dispositions d'ordre public édictées par l'article 334-10 du Code civil interdisant l'établissement du double lien de filiation en cas d'inceste absolu, la cour d'appel a violé [l'article 334-10 du code civil] ».

GLANDIER-LESCURE, ceci vise avant tout la sauvegarde de la construction juridique de la famille¹⁰⁰³. Pourtant, dans d'autres pays européens l'établissement de la filiation à l'égard des deux parents est autorisé, quand bien même leurs législations interdisent le mariage entre personnes de la même famille¹⁰⁰⁴, ce qui laisse s'interroger sur le caractère proportionné de cette impossibilité de filiation¹⁰⁰⁵. La même prohibition s'opère dans le cadre de l'établissement de la filiation d'un enfant né non-viable, selon l'article 318 du code civil. L'article 320 du code civil quant à lui prévoit le cas où l'établissement d'une autre filiation est interdit tant que celle légalement établie n'a pas été contestée en justice. Enfin, il convient de citer l'article 311-19 du code civil interdisant la recherche de la filiation biologique pour l'enfant qui serait issu d'une procédure médicalement assistée avec tiers donneur. Il était nécessaire que la loi prévoit expressément ces limites, au regard de la gravité des situations qu'elles représentent.

389. Cas particulier de la prescription de l'action en filiation. L'acquisition de la prescription constitue un motif légitime dont les juges peuvent se prévaloir pour ne pas faire droit à une demande d'expertise biologique. La Cour de cassation prévoit que la mise en place d'une prescription dans le cadre des actions relatives à la filiation constitue certes une ingérence dans l'exercice par un justiciable de son droit au respect de sa vie privée et familiale, conformément à l'article 8 de la Conv. EDH, mais qu'elle est légitime dans la mesure où elle protège les droits et libertés des tiers ainsi que la sécurité juridique¹⁰⁰⁶. En effet, il s'agit d'éviter les actions en établissement de filiation motivées par des intérêts autres que celui pour un individu de voir reconnaître ses origines. La question de la prescription de l'action en filiation est prévue par l'article 321 du code civil qui énonce le principe général selon lequel « *sauf lorsqu'elles sont enfermées par la loi dans un autre délai, les actions relatives à la filiation se prescrivent par dix ans à compter du jour où la personne a été privée*

¹⁰⁰³ N. GLANDIER-LESCURE, *L'inceste en droit français contemporain*, th., 2006, PU Aix-Marseille.

¹⁰⁰⁴ S. PERRIN, « La filiation de l'enfant issu d'un inceste absolu : vers la fin d'une discrimination ? », Dr. Fam., 2010, ét. n° 16 ; S. PERRIN, « Établissement de la filiation par le sang au regard de la jurisprudence de la CEDH », AJ fam., 2012, p. 23.

¹⁰⁰⁵ F. VASSEUR-LAMBRY, *La famille et la Convention européenne des droits de l'homme*, L'Harmattan, 2000, n° 373.

¹⁰⁰⁶ Cass. civ., 1ère, 6 juill. 2016, n° 15-19.853, arrêt n° 806 : « *si l'application d'un délai de prescription ou de forclusion, limitant le droit d'une personne à faire reconnaître son lien de filiation paternelle, constitue une ingérence dans l'exercice du droit au respect de sa vie privée et familiale garanti à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la fin de non-recevoir opposée aux consorts X...est prévue à l'article 333 du code civil et poursuit un but légitime, en ce qu'elle tend à protéger les droits et libertés des tiers ainsi que la sécurité juridique* ».

de l'état qu'elle réclame, ou a commencé à jouir de l'état qui lui est contesté »¹⁰⁰⁷.

b. L'impossibilité manifeste de pratiquer une expertise biologique

390. Pluralité d'impossibilités. Pour caractériser un motif légitime, le juge du fond peut également constater que l'expertise biologique sollicitée est impossible à diligenter pour des raisons purement pratiques. Les divers arrêts en la matière démontrent la variété de situations entrant dans cette catégorie. C'est ainsi qu'a été relevé un motif légitime de refuser l'expertise biologique lorsque le père de l'enfant refuse de le présenter à l'expert¹⁰⁰⁸, ou encore du fait du décès du père allégué, de la non démonstration de la conservation d'un échantillon de sang permettant un examen comparé et du refus de l'administrateur *ad hoc* de l'enfant quant à une exhumation du corps du défunt¹⁰⁰⁹.

L'impossibilité manifeste de diligenter une expertise biologique se caractérise aussi par l'absence de localisation du défendeur à l'action¹⁰¹⁰. Dès lors, constitue un motif légitime de ne pas procéder à la mesure d'expertise biologique sollicitée le fait pour l'auteur de la reconnaissance de paternité de l'enfant de faire l'objet d'un procès-verbal de recherches infructueuses¹⁰¹¹. Cette solution s'étend également à l'impossibilité de déterminer le domicile de l'enfant¹⁰¹². La Cour de cassation a en effet confirmé l'arrêt d'une cour d'appel qui avait retenu que l'expertise biologique serait « impossible à mettre en œuvre, dès lors que le domicile de l'enfant n'est pas connu (serait au Kenya), sa mère étant domiciliée en Chine ».

391. Obligation de motivation. Dans tous les cas, il revient bien évidemment aux juges du fond de caractériser de la manière la plus précise cette impossibilité manifeste de procéder à une expertise biologique. Dans un arrêt du 14 juin 2005, une telle motivation s'est présentée, la cour d'appel ayant considéré « qu'une expertise biologique serait vouée à l'échec en raison tant de l'absence de localisation de M. Y... que de l'impossibilité, à défaut d'éléments produits par la mère, de pratiquer cet examen, sur un tiers afin de pouvoir exclure

¹⁰⁰⁷L'article 321 du code civil poursuit en déclarant qu'« à l'égard de l'enfant, ce délai est suspendu pendant sa minorité ».

¹⁰⁰⁸Cass. civ., 1ère, 14 févr. 2006, n° 05-11.669, inédit : la cour d'appel a, à bon droit, déclaré que cette attitude permettait de reconnaître la vraisemblance de la paternité de cette personne.

¹⁰⁰⁹Cass. civ., 1ère, 25 avr. 2007, n° 06-13.872, Bull. civ. I, n° 163.

¹⁰¹⁰CA, Pau, 2ème ch., sect. 2, 15 avr. 2013, n° 11/04015 : v. également Cass. civ., 1ère, 14 juin 2005, n° 03-19.582, Bull. civ. I, n° 250, p. 212.

¹⁰¹¹Cass. civ., 1ère, 3 janv. 2006, n° 04-14.904, inédit : Gaz. Pal., 25-29 août 2006, pan. 22.

¹⁰¹²Cass. civ., 1ère, 11 oct. 2017, n° 16-23.104, inédit : Gaz. Pal., 9 janv. 2018, n° 1, p. 76, « L'impossibilité de déterminer le domicile de l'enfant : motif légitime de ne pas procéder à l'expertise biologique », obs. N. NÍ GHAIRBHIA.

*la paternité de M. Y... »*¹⁰¹³.

c. Le caractère superfétatoire de la mesure d'expertise biologique

392. Caractère superfétatoire et inutilité de la mesure. Considérer une mesure d'expertise comme superfétatoire revient à relever son inutilité à l'égard des parties. En effet, il arrive que le juge du fond saisi d'une demande d'expertise biologique, la refuse parce qu'il considère que les éléments qui lui sont rapportés et/ou les faits qui lui sont présentés suffisent à établir ou exclure la paternité ou la maternité d'un individu, sans qu'il soit nécessaire de recourir à une telle mesure¹⁰¹⁴. Une telle catégorie présente un intérêt non négligeable dans la mesure où elle vise à faire l'économie d'une expertise et de ne pas poursuivre une action en filiation dont la solution est factuellement établie. Deux arrêts de la Cour de cassation du 14 juin 2015 sont assez significatifs à ce sujet. Dans le premier, en matière de contestation de reconnaissance de paternité, la haute juridiction a approuvé les juges du fond qui avaient relevé l'inutilité d'une mesure d'expertise du fait d'une filiation évidente, la femme ayant fréquemment visité son conjoint détenu au parloir d'une prison durant la période légale de conception et l'enfant ayant été autorisé à voir son père en détention¹⁰¹⁵. Ces éléments suffisaient en effet à voir établie la paternité du père, de sorte qu'elle ne pouvait pas être contestée par la demanderesse. Dans la seconde espèce, la première chambre civile a approuvé la cour d'appel qui avait relevé l'existence d'une possession d'état conforme au titre de naissance, engendrant l'irrecevabilité de l'action en contestation de paternité et la demande d'expertise sanguine s'y rattachant¹⁰¹⁶. Il faut également relever la netteté dont fait preuve la Cour de cassation dans un arrêt du 24 septembre 2002 dans lequel elle a reconnu que « *les juges du fond ont estimé que les présomptions et indices graves qu'ils avaient relevés étaient suffisants en eux-mêmes pour établir la paternité de Marino Z..., sans qu'il soit nécessaire de rechercher d'autres éléments de preuve et notamment de faire droit à la demande d'expertise, superfétatoire en l'occurrence ; qu'ils ont ainsi caractérisé le motif légitime de ne pas y*

¹⁰¹³Cass. civ. 1ère, 14 juin 2005, n° 03-19582, Bull. civ. I, n° 250.

¹⁰¹⁴À ce titre, dans Cass. civ., 1ère, 5 févr. 2002, n° 00-11.249, inédit, la première chambre civile a approuvé les juges du fond qui ont « *ont estimé que la preuve de la paternité de E... X... résultait de tous les éléments de fait, non sérieusement contredits, versés aux débats, sans qu'il soit nécessaire d'ordonner une mesure d'instruction* » et « *que l'expertise génétique ne constituait donc pas un moyen de preuve déterminant dans le cas d'espèce* » ; v. également **D. BOURGAULT-COUDEVILLE**, « Garde-fou à l'expertise biologique », D., 2003, p. 658.

¹⁰¹⁵Cass. civ., 1ère, 14 juin 2005, n° 03-19.582, Bull. civ. I, n° 250, p. 212.

¹⁰¹⁶Cass. civ., 1ère, 14 juin 2005, n° 02-18.654, Bull. civ. I, n° 252, p. 213.

satisfaire »¹⁰¹⁷. Les éléments présentés au juge doivent être suffisants pour emporter sa conviction, ce qui signifie qu'un motif légitime ne peut se caractériser avec un seul et unique fait. A ce titre, la Cour de cassation a censuré les juges d'appel s'étant fondé uniquement sur l'aveu du prétendu père d'avoir cohabité avec la mère de l'enfant durant la période légale de conception, pour le condamner au paiement de subsides¹⁰¹⁸.

D'autres solutions admettent que l'expertise biologique sollicitée est inutile dès lors qu'une mesure précédente avait permis d'obtenir des résultats probants. C'est ainsi qu'une cour d'appel a, à bon droit, considéré qu'un examen ADN n'était pas utile du fait des résultats fiables relevés par l'examen des sangs demandé à un juge des référés¹⁰¹⁹. C'est aussi le cas lorsque la preuve de la filiation a préalablement été effectuée par un test génétique réalisé à l'étranger¹⁰²⁰.

Enfin, le caractère superfétatoire de la mesure peut résider dans l'absence de contestation de sa paternité par le défendeur à l'action pendant un certain temps. En témoigne un arrêt de la première chambre civile du 30 septembre 2009 où il est admis que les juges du fond ont valablement considéré que « *M. Jules X... n'a pas contesté sa paternité pendant plus de 60 ans et a déclaré, en octobre 2004, au notaire rédacteur de la donation que Mme Marie X... était sa fille, d'autre part, qu'il a reconnu avoir eu au moins une relation sexuelle avec la mère de celle ci* », de sorte que le motif légitime de refus est caractérisé¹⁰²¹. Le désintérêt de l'époux dans une procédure de contestation de paternité ainsi que le fait qu'il ne cachait pas être le père de l'enfant suffit également à refuser d'ordonner une expertise biologique selon la cour d'appel de Paris¹⁰²².

d. Le caractère abusif de la mesure d'expertise biologique

393. Expertise contraire à la vérité biologique. Le justiciable peut se voir opposer un refus d'instauration d'une mesure d'expertise biologique lorsque le juge relève que cette demande poursuit un but contraire à la vérité biologique ou purement dilatoire. Ainsi, la haute

¹⁰¹⁷Cass. civ., 1ère, 24 sept. 2002, n° 00-22.466, Bull. civ. I, n° 216, p. 167 ; **D. COCTEAU-SENN**, « Motif légitime de refus d'une expertise biologique », D., 2003, p. 1793.

¹⁰¹⁸Cass. civ., 1ère, 6 déc. 2005, n° 05-11.150, Bull. civ. I, n° 478, p. 402.

¹⁰¹⁹Cass. civ., 1ère, 12 juin 2001, n° 98-21.796, Bull. civ. I, n° 169, p. 110 : D., 2001, p. 2089 ; RTD civ., 2001, p. 574, obs. J. HAUSER ; v. également Cass. civ. 1ère, 6 mai 2003, n° 01-15.904, inédit : la Cour de cassation a reconnu que les juges du fond avaient souverainement estimé que l'instauration d'une expertise complémentaire selon la technique d'empreintes génétiques demeurerait inutile alors que l'analyse comparée des sangs préalablement ordonnée avait révélé un taux de probabilité très élevé, à savoir 99,998 %.

¹⁰²⁰Cass. civ., 1ère, 29 févr. 2012, n° 11-12.460, inédit.

¹⁰²¹Cass. civ., 1ère, 30 sept. 2009, n° 08-18.398, Bull. civ. I, n° 197.

¹⁰²²CA, Paris, 1ère ch., 8 nov. 2001, n° 1999/15366 : AJ fam., 2002, p. 30.

juridiction a considéré qu'une cour d'appel avait correctement exercé son pouvoir souverain d'appréciation en refusant une expertise biologique sollicitée par le défendeur à l'action en recherche de paternité, lequel s'était soustrait à l'expertise ordonnée en première instance. Les juges du fond avait, à juste titre, considéré cette demande d'expertise comme « *manifestement dilatoire* »¹⁰²³.

La même solution a été appliquée à une demande en annulation de reconnaissance de paternité exercée par la fille du défendeur, lequel ne contestait pas sa paternité. La juridiction d'appel avait en effet exactement relevé que cette action n'était « *causée que par un intérêt strictement financier* » de la demanderesse¹⁰²⁴.

394. La variété des motifs légitimes permettant au juge de refuser l'instauration d'une mesure d'expertise biologique en droit de la filiation démontre que ce droit n'est pas absolu. Un tel constat peut dès lors constituer un obstacle pour le justiciable, qui revendique nécessairement le caractère fondamental du droit de connaître ses origines conformément à l'article 8 de la Conv. EDH. Un conflit existe dès lors entre le motif légitime de ne pas ordonner une expertise biologique et le droit au respect de la vie privée et familiale, de sorte que la Cour de cassation exige des juges du fond qu'ils procèdent, dans certains cas, à un contrôle de proportionnalité (3).

3. L'entrée des motifs légitimes dans la mise en œuvre d'un contrôle de proportionnalité

395. Nécessité du contrôle de proportionnalité, point de départ de l'exigence. L'influence des exigences européennes relatives la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité, impliquant de trouver un équilibre entre deux principes de nature équivalente, n'épargne pas le droit de la filiation. En effet, la Cour de cassation a invité les juges du fond à procéder à une telle recherche dans le cadre d'un conflit entre un principe relevant d'un motif légitime permettant de refuser l'instauration d'une mesure d'expertise biologique et le droit au respect de la vie privée dont se prévalait le demandeur. Cette exigence trouve son amorce dans un arrêt de cassation du 10 juin 2015 relatif à une action en contestation de paternité dans le cadre d'une possession d'état¹⁰²⁵. Un individu souhaitait

¹⁰²³Cass. civ., 1ère, 14 juin 2005, n° 03-19.325, Bull. civ. I, n° 255, p. 215.

¹⁰²⁴Cass. civ., 1ère, 30 sept. 2009, n° 08-18.398, Bull. civ. I, n° 197.

¹⁰²⁵Cass. civ., 1ère, 10 juin 2015, n° 14-20.790, inédit : Philippe X..., né le 20 septembre 1992 de Mme Y..., a été inscrit à l'état civil comme étant le fils de M. Auguste X..., son époux ; que le 24 juin 2010, Mme Y..., divorcée depuis 2006, s'est remariée avec Claude Z... ; qu'elle a, le 10 novembre 2011, saisi le ministère

contester une filiation établie par possession d'état ainsi que procéder à une expertise biologique sur les héritiers de la personne qu'il estimait être son véritable père, décédé. La demande d'expertise, consistant en un examen comparé des ADN, a été initiée par le ministère public conformément à l'article 333 alinéa 2 du code civil. Au regard de cette disposition, ce dernier était en effet seul compétent pour contester la filiation puisque la possession d'état conforme au titre a duré plus de cinq ans depuis la naissance ou la reconnaissance de l'enfant¹⁰²⁶. La cour d'appel avait rejeté la demande d'examen ADN soumise par le ministère public aux motifs que ce dernier ne rapportait pas la preuve d'indices rendant invraisemblable la filiation contestée ou d'une fraude, conditions requises par l'article 336 du code civil¹⁰²⁷ et que la contestation de la filiation concernait des intérêts privés familiaux et ne portait pas atteinte à l'ordre public. Comme l'action du ministère public était irrecevable, la cour d'appel relevait, en définitive, un motif légitime d'écoulement de la prescription prévu par l'article 321 du code civil, et caractérisé par la juridiction de premier degré, pour ne pas faire droit à l'expertise biologique. La première chambre civile de la Cour de cassation a censuré les juges du fond qui, selon elle, auraient du « *répondre aux conclusions de Mme Z...- Y... et de MM. Philippe et Auguste X..., qui faisaient valoir qu'un juste équilibre devait être ménagé, dans la mise en œuvre de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, entre le droit revendiqué par M. Philippe X... de voir établir sa filiation biologique et les intérêts de Mmes Z..., filles de Claude Z..., qui opposaient un refus à ce qu'il hérite de ce dernier* ».

Par cet arrêt, il faut comprendre que la haute juridiction occulte, de manière volontaire, la question de la prescription en instaurant un contrôle de proportionnalité sur un autre terrain, celui du refus des héritiers du père biologique à voir que le demandeur ne soit déclaré héritier. En d'autres termes, les juges de cassation, en ce qu'ils détournent une problématique aussi importante que celle de la prescription, laissent subsister une action qui était pourtant éteinte au regard de la loi, et participent à la promotion du droit à l'enfant de connaître ses origines¹⁰²⁸. Cet arrêt constitue les prémisses de l'organisation d'un contrôle de

public afin qu'il agisse en contestation de la paternité de M. X..., la possession d'état de Philippe X..., conforme à son titre de naissance, ayant duré plus de cinq ans.

¹⁰²⁶Il est par ailleurs opportun de s'interroger sur la persistance de cette règle de prescription. En effet, « *À quoi bon maintenir un délai de prescription si, une fois écoulé, celui-ci peut être contourné par le biais d'une action intentée par le ministère public ?* » (M. SAULIER, « La preuve de la paternité face au refus de l'expertise génétique par l'enfant », obs. sous CEDH (Première Section), *Bagniewski c. Pologne*, 31 mai 2018, req. n° 28475/14, AJ fam., 2018, p. 398).

¹⁰²⁷C. civ., art. 336 : « *La filiation légalement établie peut être contestée par le ministère public si des indices tirés des actes eux-mêmes la rendent invraisemblable ou en cas de fraude à la loi* ».

¹⁰²⁸E. KERCKHOVE, « Droits de l'enfant : chronique d'actualité législative et jurisprudentielle n° 13 (Se

proportionnalité en matière d'expertise biologique dans le cadre du droit de la filiation.

396. Application effective du contrôle de proportionnalité en matière d'expertise biologique. La Cour de cassation a étendu l'exigence du contrôle de proportionnalité qu'elle exige dans le cadre du droit de la filiation à la demande d'instauration d'une expertise biologique. En ce sens, elle requiert des juges du fond qu'ils recherchent un juste équilibre entre l'intérêt pour le requérant de voir établie sa filiation par une expertise sur le fondement de l'article 8 de la Conv. EDH et le motif légitime de refuser une telle mesure. C'est ce qui ressort d'un arrêt de rejet du 6 juillet 2016, résultat d'une procédure où les requérants avaient considéré que les règles de prescription en matière de droit de la filiation portaient une atteinte disproportionnée à leur droit au respect de la vie privée et familiale puisqu'ils étaient dans l'impossibilité de faire établir, au travers de celle de leur père décédé, leur ascendance¹⁰²⁹. Aux termes de sa décision, la haute juridiction valide le fait pour la cour d'appel d'avoir fait prévaloir, pour refuser l'expertise sollicitée, les motifs légitimes selon lesquels l'instauration de la mesure faisait face à l'interdiction légale résidant en l'acquisition de la prescription et possédait un caractère abusif, puisque motivé par un intérêt purement patrimonial des demandeurs¹⁰³⁰. Aucune disproportion n'a été constatée par les juges du fond qui avaient bien pris en compte la teneur du droit au respect de la vie privée et familiale de ces derniers garanti à l'article 8 de la Conv. EDH. Mais, en l'état de ce qu'ils avaient énoncé, cette disposition ne pouvait pas triompher dans la mise en balance des intérêts, d'autant plus que la Cour de cassation a précisé que « *l'application d'un délai de prescription limitant le droit d'une personne à faire reconnaître son lien de filiation paternelle [...] poursuit un but légitime, en ce qu'elle tend à protéger les droits et libertés des tiers ainsi que la sécurité juridique* ».

Le contrôle de proportionnalité a également été appliqué dans le cadre du motif légitime de refuser une expertise biologique résultant de la restriction prévue à l'article 320 du code civil qui énonce que « *tant qu'elle n'a pas été contestée en justice, la filiation légalement établie fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation qui la contredirait* »¹⁰³¹.

partie) », LPA, 7 déc. 2016, n° 244, p. 4, chron. sous plusieurs arrêts dont Cass. civ., 1ère, 10 juin 2015, n° 14-20.790, inédit.

¹⁰²⁹Cass. civ., 1ère, 6 juill. 2016, n° 15-19.853, préc.

¹⁰³⁰Cass. civ., 1ère, 6 juill. 2016, n° 15-19.853, préc.

¹⁰³¹Cass. civ., 1ère, 5 oct. 2016, n° 15-25.507, arrêt n° 1061 : Mme X... épouse Y... est née le 9 février 1946 de Mme Z... et a été reconnue le 30 juin 1965 par Roger X..., qui l'a légitimée par son mariage avec sa mère le même jour ; que ce dernier est décédé le 12 juillet 2001 ; que, le 25 novembre 2005, Mme Y... a été reconnue par Robert A..., lequel est décédé le 13 mai 2006 ; qu'un jugement irrévocable du 20 novembre 2007 a déclaré irrecevable comme prescrite la contestation de la reconnaissance de Roger X... formée par Mme Y... et sa mère et a annulé la reconnaissance de paternité effectuée par Robert A... ; que, par acte du 29 juillet

Les juges d'appel ont en effet observé qu'aucune disproportion à l'égard de l'article 8 de la Conv. EDH n'était constituée dans la mesure où la filiation de la demanderesse était déjà établie à l'égard d'un autre défunt (ce qui avait déjà donné lieu à un jugement irrévocable du 20 novembre 2007 ayant déclaré irrecevable car prescrite la contestation de la reconnaissance de paternité de ce défunt), dont elle a hérité, sans être remis en cause par qui que ce soit et que cette dernière n'a pas exercé d'action en contestation de paternité dans le délai de trente ans à compter de sa majorité comme le prévoit la loi pour « *mettre sa situation juridique en conformité avec la réalité biologique* ». L'expertise était donc, à bon droit, déclarée irrecevable. Un auteur a dénoncé cette décision, considérant qu'elle porte atteinte au principe d'autorité de la force jugée qui irriguait le jugement du 20 novembre 2007 précité¹⁰³². En effet, le contournement opéré par l'instauration d'un contrôle de proportionnalité ne saurait aller à l'encontre de règles procédurales essentielles. Il convient de rappeler qu'il en était de même dans l'arrêt du 10 juin 2015 précité qui avait rendu nécessaire un contrôle de proportionnalité pour détourner la règle ferme de prescription en matière de possession d'état.

397. Conséquences. Il ressort de l'ensemble de ces jurisprudences que désormais, lorsque le juge relève un motif légitime pour ne pas faire droit à une expertise biologique en matière de droit de la filiation, il doit motiver celui-ci à la lumière d'un contrôle de proportionnalité impliquant qu'il prenne en compte le droit du demandeur à la mesure de connaître ses origines. Il faudrait donc en conclure que le motif légitime doit désormais s'apprécier au regard du droit au respect de la vie privée. La sécurité juridique matérialisée par les motifs légitimes de refus d'une expertise entre donc en conflit avec le droit au respect de la vie privée et familiale¹⁰³³, opposition également observée par la Cour EDH¹⁰³⁴. Même si,

2011, Mme Y... a assigné les enfants de Robert A... (les consorts A...) sur le fondement de l'article 327 du code civil, afin que soit ordonnée une expertise biologique et que sa filiation avec Robert A... soit établie.

¹⁰³² J. HOUSIER, « Le droit de la filiation à l'épreuve du contrôle de proportionnalité... » Que Dieu nous garde du bon vouloir des magistrats ! » », obs. sous Cass. civ., 1ère, 5 oct. 2016, n° 15-25.507, arrêt n° 1061 : AJ fam., 2016, p. 543.

¹⁰³³ J. WASZEK, « Nouvelle application du contrôle de proportionnalité au droit de la filiation : la sécurité juridique l'emporte sur la vérité biologique », obs. sous Cass. civ., 1ère, 5 oct. 2016, n° 15-25.507, arrêt n° 1061 : Gaz. Pal., 3 janv. 2017, n° 1, p. 76.

¹⁰³⁴ CEDH (Quatrième Section), *Călin et autres c. Roumanie*, 19 juill. 2016, req. n° 25057/11, 34739/11 et 20316/12, § 92 : « Pour dire si l'article 8 de la Convention a ou non été observé, la Cour doit non seulement mesurer les intérêts de l'individu à l'intérêt général de la collectivité prise dans son ensemble, mais encore peser les intérêts privés concurrents en jeu. [...] D'un côté, il y a le droit à la connaissance de ses origines qui trouve son fondement dans l'interprétation extensive de la notion de vie privée. Les personnes qui se trouvent dans la situation des requérants ont un intérêt vital, défendu par la Convention, à obtenir les informations qui leur sont indispensables pour découvrir la vérité sur un aspect important de leur identité personnelle et dissiper toute incertitude à cet égard. D'un autre côté, on ne saurait nier l'intérêt d'un père présumé à être à l'abri de plaintes tardives se rapportant à des faits qui remontent à de nombreuses années.

du fait de ces décisions, l'impératif de motivation du juge s'alourdit, son pouvoir souverain d'appréciation en matière de droit de la filiation se retrouve mieux affirmé, tandis que le droit à l'expertise biologique devient moins absolu.

398. Si les juges saisis ne relèvent aucun motif légitime permettant de faire obstacle à l'instauration d'une expertise biologique, la mesure sera ainsi organisée. Mais là encore le demandeur à l'expertise peut voir son action limitée par le refus de la personne sur qui la mesure doit être pratiquée. C'est la question du consentement de l'intéressé à l'expertise biologique (B).

B. LE CONSENTEMENT NÉCESSAIRE DE L'INTÉRESSÉ À L'EXPERTISE BIOLOGIQUE

399. La mise en œuvre d'une expertise biologique induit nécessairement qu'il soit porté une atteinte à l'intégrité physique de la personne concernée par la mesure. Au nom du principe d'inviolabilité du corps humain¹⁰³⁵, et eu égard au caractère grave de l'expertise biologique, il est exigé que le consentement de l'intéressé soit recueilli pour réaliser un examen comparé des sangs. Pour l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques, l'article 16-11 alinéa 5 du code civil prévoit de manière ferme que cette identification est subordonnée au consentement exprès de l'intéressé. Cette règle engendre qu'en cas de veto exprimé par la personne devant être expertisée, la mesure d'expertise ne pourra pas être diligentée. Il s'agit ainsi d'un nouvel obstacle au caractère obligatoire de l'expertise biologique. Cette fois-ci, cette limite se place sur le terrain de l'assentiment des parties et non plus sur la possibilité pour le juge de relever un motif légitime de refuser la mesure. En pratique, la question relative au consentement à une expertise biologique pose deux difficultés majeures : celle de l'expertise *post-mortem* (1) et celle des conséquences d'un refus par l'intéressé (2).

Enfin, outre les intérêts concurrents qui viennent d'être évoqués peuvent entrer en jeu d'autres intérêts, par exemple ceux de tiers, pour l'essentiel la famille du père présumé, et l'intérêt général avec la sécurité juridique ».

¹⁰³⁵V. MIRABAIL, « Les obstacles juridiques à la recherche de la vérité biologique en matière de filiation : discordances et anachronismes », D. 2000, p. 146 ; C. DABURON, « Le nouveau poids de l'expertise sanguine en matière de filiation », obs. sous Cass. civ., 1ère, 28 mars 2000, n° 98-12.806, Bull. civ. I, n° 103, p. 69 ; LPA, 27 nov. 2000, n° 236, p. 13.

1. L'expertise post-mortem

400. Principe. L'expertise *post-mortem*, qui consiste à pratiquer un prélèvement sur un corps mort en vue d'une expertise biologique, fait débat dans la mesure où est concernée l'intégrité des cadavres¹⁰³⁶. A cet égard, depuis la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique¹⁰³⁷, le code civil prévoit qu'en matière de relevé d'empreintes génétiques, sauf accord exprès de la personne manifesté de son vivant, aucune identification ne peut être réalisée après son décès¹⁰³⁸. Le consentement écrit de l'intéressé effectué de son vivant constitue donc, *a priori*, l'unique moyen de pouvoir recourir à une expertise biologique sur son cadavre en matière de filiation.

Cette disposition est une réaction législative face à l'affaire *Montand* du 6 novembre 1997¹⁰³⁹, dans laquelle les juges d'appel s'étaient fondés sur l'ancien article 16-11 du code civil et sur le principe de certitude biologique pour permettre l'exhumation du corps d'Yves Montand afin d'établir son absence de paternité à l'égard de la requérante. Il se trouvait qu'à l'époque, l'article 16-11 ne prévoyait que le consentement de la personne intéressée à un examen ADN de son vivant, et restait silencieux en cas de décès.

401. Opposition fondamentale. Cependant, l'article 16-11 du code civil, récemment contesté du fait de son caractère très restrictif¹⁰⁴⁰, met en opposition deux notions fondamentales : le droit au respect des morts découlant du code civil et le droit à l'établissement de sa filiation dépendant de l'article 8 de la Conv. EDH relatif au droit au respect de la vie privée et familiale.

Alors que le Conseil Constitutionnel affichait une certaine prudence, dans une décision du 30 septembre 2011¹⁰⁴¹, en relevant qu'il ne lui appartenait pas « *de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, du respect dû au corps humain* » de sorte qu'il a considéré l'article 16-11 du code civil conforme à la Constitution française, la Cour EDH quant à elle, dans l'arrêt *Pascaud contre France* du 16 juin 2011 condamnait le régime français de l'expertise *post-mortem*. En effet, dans le cadre de

¹⁰³⁶L'article 16-1-1 du code civil énonce en effet que « *le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort* » et que « *les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence* ».

¹⁰³⁷Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique, art. 5, I, 1°.

¹⁰³⁸C. civ., art. 16-11 al. 2 *in fine*.

¹⁰³⁹CA, Paris, 6 nov. 1997, D. 1998, jurispr. p. 122, note MALAURIE.

¹⁰⁴⁰P. HILT, « Pour une réécriture de l'article 16-11 du code civil », RTD Civ. 2017, p. 27.

¹⁰⁴¹C. civ., QPC, 30 sept. 2011, déc. n° 2011-173.

l'impossibilité pour un enfant de voir établie sa filiation biologique, la Cour a conclu à une violation de l'article 8 de la Conv. EDH car selon elle les personnes voulant établir leur ascendance ont un intérêt vital à le faire pour parvenir à la vérité sur « *un aspect important de leur identité personnelle* »¹⁰⁴². De la sorte, les contraintes juridiques d'un État membre ne sauraient primer sur la réalité biologique, ce qui ne permettait pas à la cour d'appel en l'espèce de se fonder sur l'absence de consentement du père présumé et sur le fait que le requérant n'avait plus de famille pour obtenir un consentement *post-mortem*, alors même que les résultats d'un examen ADN constituait une preuve déterminante de son allégation¹⁰⁴³. Ainsi, les intérêts du père présumé décédé ont prévalu sur le droit du demandeur de connaître ses origines et de les voir reconnues, droit ne cessant pas avec l'âge rappelle la Cour EDH¹⁰⁴⁴. Cette décision met donc en opposition la Cour EDH et l'État français sur le régime de l'expertise génétique *post-mortem*, le Conseil Constitutionnel ayant, trois mois plus tard, validé les termes de l'article 16-11 alinéa 2 du code civil¹⁰⁴⁵.

402. Données actuelles. Malgré la condamnation exercée par la Cour EDH, qui, sans l'admettre expressément, consacre un véritable droit à l'expertise génétique, le législateur n'a pas encore prévu une modification du régime de l'expertise *post-mortem*. D'autant plus que la Cour de cassation a récemment refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité à l'égard de l'article 16-11 alinéa 5 au Conseil Constitutionnel au motif que « *la question posée ne présente pas de caractère sérieux dès lors que la disposition contestée ne prive pas une personne de son droit d'établir un lien de filiation avec un enfant ni de contester une paternité qui pourrait lui-être imputée* »¹⁰⁴⁶. Ceci alors que la Cour EDH, dans deux arrêts des 2 juin 2015 et 14 janvier 2016 où l'État défendeur était la France, a rappelé l'importance que revêt la possibilité pour un individu de connaître ses origines¹⁰⁴⁷. Malgré la résistance opérée par le législateur français, il convient toutefois de relever que le régime de l'expertise *post-mortem* relatif au consentement de l'intéressé a le mérite d'être modifié.

Le droit français, en considération de la conception européenne du droit à la réalité biologique, doit nécessairement assouplir les dispositions de l'article 16-11 alinéa 2 du code

¹⁰⁴² CEDH (Cinquième Section), *Pascaud c. France*, préc., § 62.

¹⁰⁴³ CEDH (Cinquième Section), *Pascaud c. France*, préc., § 68.

¹⁰⁴⁴ CEDH (Cinquième Section), *Pascaud c. France*, préc., § 65.

¹⁰⁴⁵ **G. VIAL**, « L'expertise génétique post mortem à l'épreuve du droit au respect de la vie privée et familiale », RDLF 2011, chron. n° 16, site internet de la Revue des Droits et Libertés Fondamentales.

¹⁰⁴⁶ Cass. civ., 1ère, 16 déc. 2016, n° 15-16.696, arrêt n° 1485.

¹⁰⁴⁷ CEDH (Cinquième Section), *Canonne c. France*, 2 juin 2015, req. n° 22037/13 ; CEDH (Cinquième Section), *Mandet c. France*, 14 janv. 2016, req. n° 30955/12.

civil, trop restrictives¹⁰⁴⁸. En effet, la condition du consentement de l'individu avant son décès montre ses limites. Très rares sont les hypothèses où un individu a manifesté de son vivant son accord à un prélèvement sur son cadavre, encore faudrait-il que les justiciables les plus aguerris soient au courant de cette règle. Dès lors, une expertise *post-mortem* est quasiment impossible et les chances pour un requérant de voir établi un lien de filiation avec une personne décédée sont extrêmement minces. Quand bien même la jurisprudence permet aux ayants-droit du défunt d'exprimer leur accord pour exercer une expertise biologique sur son corps mort¹⁰⁴⁹, cela n'est pas non plus suffisant. En effet, les actions en filiation interviennent le plus souvent dans un cadre successoral marqué par des conflits familiaux. L'accord des héritiers n'est alors pas souvent exprimé. Il existe une nécessité impérieuse pour tout être humain, sur le plan social et psychologique, de connaître ses origines, ce qui entre, et c'est devenu incontestable, dans le champ d'application du droit au respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la Conv. EDH. Cette considération doit en conséquence permettre d'établir une exception au principe de respect dû aux morts, en particulier lorsque l'atteinte portée au corps est minime. C'est d'ailleurs ce que les juges de la Cour EDH avaient admis dans l'arrêt *Jaggi contre Suisse*, en énonçant qu'en l'espèce la mesure de prélèvement d'ADN exercée sur un cadavre constituait « *une ingérence relativement peu intrusive* »¹⁰⁵⁰. Les techniques pour procéder à des expertises biologiques se modernisent et il est certain que les atteintes matérielles au corps peuvent se réduire considérablement.

Tous ces éléments conduisent à faire évoluer le régime de l'expertise *post-mortem* relativement au consentement de l'intéressé. Il faudrait alors, dans la continuité de ce que préconise Monsieur Patrice HILT, dans son article pour une réécriture de l'article 16-11 du code civil¹⁰⁵¹, modifier cette disposition et prévoir qu'une expertise *post-mortem* peut être pratiquée sur un cadavre en l'absence d'acceptation ou de refus de sa part de son vivant, à condition pour le juge de respecter le principe de proportionnalité prévue en la matière par la Cour EDH¹⁰⁵² et de mieux considérer l'intérêt du requérant à connaître ses origines.

403. Le cas particulier de l'expertise *post-mortem* envisagé, il convient de s'attarder

¹⁰⁴⁸ **P. HILT**, « Pour une réécriture de l'article 16-11 du code civil », préc. : « *Or cette disposition est particulièrement restrictive, là précisément où la Cour européenne des droits de l'homme souhaite au contraire une libéralisation* ».

¹⁰⁴⁹ Cass. civ., 1ère, 3 juill. 2001, n° 00-10.254 et 00-10.254, Bull. civ. I, n° 203 p. 129 : D., 2002, p. 2023.

¹⁰⁵⁰ CEDH (Troisième Section), *Jaggi c. Suisse*, préc., § 41.

¹⁰⁵¹ **HILT (P.)**, « Pour une réécriture de l'article 16-11 du code civil », préc.

¹⁰⁵² v. notamment CEDH (Cinquième Section), *Canonne c. France*, préc..

sur la seconde difficulté induite par la question du consentement de l'intéressé à la mesure d'expertise, à savoir les conséquences de son refus (2).

2. Les conséquences du refus par l'intéressé

404. Refus de se prêter à l'expertise biologique et pouvoir d'appréciation du juge.

Au nom du principe d'intégrité du corps humain résultant de l'article 8 de la Conv. EDH, nul n'est donc tenu de donner son accord à la pratique sur sa personne d'une expertise biologique, quand bien même la mesure aurait été organisée judiciairement. Dans l'arrêt *Mikulic contre Croatie*¹⁰⁵³, la Cour EDH exprime d'ailleurs ce principe sous forme de nuance. En effet, elle estime que les personnes sollicitant une expertise biologique ont « *un intérêt vital, défendu par la Convention, à obtenir les informations qui leur sont indispensables pour découvrir la vérité sur un aspect important de leur identité personnelle* », mais qu'il fallait « *garder à l'esprit que la nécessité de protéger les tiers peut exclure la possibilité de les contraindre à se soumettre à quelque analyse médicale que ce soit, notamment à des tests ADN* »¹⁰⁵⁴. Le droit à la preuve du demandeur peut donc se trouver face à un obstacle dans l'hypothèse du refus de son adversaire de procéder à la mesure d'instruction biologique. La question apparaît donc de savoir si ce refus exprimé joue ou non en la faveur du défendeur. Autrement dit, le juge peut-il tirer de ce refus un aveu ou un désaveu de paternité ou de maternité ? Il résulte de l'article 11 alinéa 1er du code de procédure civile, qui fait office de principe directeur du procès, que les parties à une instance sont tenues d'apporter leurs concours aux mesures d'instruction ordonnées, un refus permettant au juge d'en tirer « *toute conséquence* ». Le juge reste donc souverain dans l'interprétation du désaccord du défendeur.

405. Refus conjugué à des éléments extérieurs. À la lecture des décisions en la matière, il en résulte un régime d'interprétation du refus par le juge plutôt protecteur envers celui qui objecte à la mesure d'expertise. À ce titre, la Cour de cassation estime que le refus seul de l'individu ne peut permettre au juge de déduire ou d'exclure un lien de filiation. Si la première chambre civile de la Cour de cassation conçoit en effet qu'un lien de filiation peut être déduit du refus de se soumettre à une expertise¹⁰⁵⁵, c'est à la condition que ce refus soit

¹⁰⁵³ CEDH (Première Section), *Mikulic c. Croatie*, 7 févr. 2002, req. n° 53176/99 : RTD civ., 2002, p. 866.

¹⁰⁵⁴ CEDH (Première Section), *Mikulic c. Croatie*, préc., § 64.

¹⁰⁵⁵ Cass. civ., 1ère, 6 mars 1996, n° 94-13.015 : Bull. civ. I, n° 121 ; Cass. civ. 1ère, 31 janv. 2006, n° 05-12.876 : Bull. civ. I, n° 46.

conjugué à d'autres éléments de preuve qui permettent d'établir ce lien de filiation¹⁰⁵⁶. En d'autres termes, le juge ne pouvant plus compter sur les résultats d'une expertise biologique pour statuer sur l'action en filiation du fait d'un refus, devra se contenter des pièces versées à la procédure par les parties pour se former une conviction. Son rôle sera par conséquent de déterminer si ces indices présentent un caractère suffisamment probant afin de déclarer l'action en filiation recevable. A ainsi été approuvée une cour d'appel qui, pour exclure l'établissement d'un lien de filiation, a considéré « *qu'aucune des attestations versées aux débats ne mentionnaient de faits précis permettant d'affirmer que M. Y... et Mme X... entretenaient des relations intimes durant la période légale de conception, et qu'en l'absence d'éléments probants, le seul refus de se soumettre à une expertise sanguine n'établissait pas la nature des liens exigés par les textes pendant cette période pour recevoir l'action à fins de subsides* »¹⁰⁵⁷. Ce principe a récemment été rappelé dans un arrêt du 11 mai 2016 aux termes duquel la haute juridiction décidait que la cour d'appel « *a souverainement déduit de ces éléments [indices fournis par la demanderesse à l'action], conjugués au refus sans motif légitime de M. Y... de participer à l'expertise, que le lien de filiation entre ce dernier et A... X... était établi* »¹⁰⁵⁸. La mise en œuvre de ce principe a été approuvée par la Cour EDH, dans son arrêt *Canonne contre France*. Les juges indiquent en effet que les juridictions internes ne se sont pas fondées exclusivement sur le refus du requérant de se soumettre à l'expertise génétique qu'elles avaient ordonnée puisqu'elles ont pris en compte les écrits et déclarations de chacune des parties ainsi que des documents et témoignages pour établir la paternité de ce premier, de sorte que son refus « *n'est venu que conforter une conclusion déjà partiellement établie au vu de ces autres éléments* »¹⁰⁵⁹.

Le principe de corroboration du refus par des preuves extérieures a toutefois été confronté à celui du procès équitable dans des cas particuliers. Le premier de ces cas constitue l'un des moyens de l'arrêt du 11 mai 2016 précité. Le père présumé reprochait à la cour d'appel de l'avoir déclaré père de l'enfant sur la base des preuves versées par la mère alors que, domicilié à l'étranger, il lui était impossible de déférer à la convocation de l'expert en France. La Cour de cassation a estimé qu'il n'y avait pas eu atteinte aux dispositions de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH dans la mesure où le demandeur avait été représenté à

¹⁰⁵⁶Cass. civ., 1ère, 20 mars 2001, n° 98-18.932, inédit.

¹⁰⁵⁷Cass. civ., 1ère, 17 sept. 2003, n° 01-13.856, inédit : D., 2004, p. 1420, note F. GRANET-LAMBRECHTS ; D., 2004, p. 659, note J. MASSIP.

¹⁰⁵⁸Cass. civ., 1ère, 11 mai 2016, n° 15-18.312, inédit ; v. également **M. COURMONT-JAMET**, « Filiation : rappel de principes aujourd'hui acquis qui gouvernent l'expertise biologique », *op. cit.*

¹⁰⁵⁹CEDH (Cinquième Section), *Canonne c. France*, préc., § 33.

l'instance et qu'il n'avait fait aucune demande tendant à solliciter les autorités de son pays d'origine pour mettre en œuvre l'expertise biologique ordonnée.

Dans un autre arrêt du 12 juin 2013, le père présumé reprochait à la cour d'appel d'avoir prononcé sa paternité sur la base d'attestations ayant été établies par la mère et la cousine de la demanderesse. Là aussi, la Cour de cassation, rappelant le principe du pouvoir souverain des juges du fond quant à l'analyse de la valeur et la portée des éléments qui lui leur sont soumis, a décidé que ceux-ci n'avait pas porté atteinte au principe du procès équitable¹⁰⁶⁰. Cette solution se justifie d'autant plus que l'article 202 alinéa 2 du code de procédure civile précise que l'attestation mentionne le lien de parenté ou d'alliance de son auteur avec les parties, ce qui laisse au juge l'opportunité d'apprécier ou non sa légitimité.

406. Nécessité d'un refus légitime. Le régime relatif à l'assentiment de l'intéressé à procéder à une expertise démontre toutefois ses risques. En effet, un simple refus de l'intéressé à la mesure d'expertise peut conduire ce dernier à échapper à ses responsabilités¹⁰⁶¹. A ce titre, la jurisprudence fait preuve d'une certaine cohérence et invite le défendeur à justifier son refus, ce qui pourrait être de nature à écarter définitivement la présomption de paternité s'y afférant. En témoigne un arrêt de la première chambre civile du 11 juillet 2006 aux termes duquel la Cour de cassation a estimé que c'est à bon droit que la cour d'appel s'est fondée sur les attestations produites par la demanderesse, corroborées par des photographies du couple, pour confirmer la paternité d'un individu ayant refusé de se soumettre à une expertise biologique et qui « *ne justifiait d'aucun motif légitime* » de s'y soustraire¹⁰⁶².

407. Protection de l'intérêt supérieur de l'enfant suite à un refus de sa part. Si l'expertise biologique doit être pratiquée sur un enfant, la jurisprudence fait preuve d'une attention plus particulière en cas de refus de ce dernier. À la lecture des décisions de la Cour EDH à ce sujet, il convient de relever que dans la traditionnelle mise en balance des intérêts effectuée par les juges, l'intérêt de l'enfant prime sur le droit du demandeur à l'expertise de voir exclue ou établie sa filiation. Le principe de vérité biologique tant sacralisé par la jurisprudence s'amenuise donc lorsque l'enfant est « défendeur » à la demande d'expertise. Dans un arrêt du 31 mai 2018, la Cour EDH a tout d'abord considéré que

¹⁰⁶⁰Cass. civ., 1ère, 12 juin 2013, n° 12-19.569, Bull. civ. I, n° 120.

¹⁰⁶¹F. GRANET-LAMBRECHTS, « Droit de la filiation », D., 2007, p. 1460.

¹⁰⁶²Cass. civ. 1ère, 11 juill. 2006, n° 05-17.814 : Bull. civ. I, n° 385.

« l'apparition des tests ADN et la possibilité pour tout justiciable de s'y soumettre constituent une évolution sur le plan judiciaire, en ce que ces tests permettent d'établir avec certitude l'existence ou l'absence de liens biologiques entre différentes personnes »¹⁰⁶³. Elle a ensuite rappelé le principe déjà évoqué dans la décision *Mikulic contre Croatie* précitée que la nécessité de protéger les tiers permettait d'exclure la possibilité de les contraindre à se soumettre à des tests ADN, en insistant toutefois sur la particularité de cette règle lorsque le tiers concerné est un enfant¹⁰⁶⁴. Enfin, les juges ont conclu au fait que contraindre l'enfant à procéder à une expertise biologique est susceptible de porter atteinte à son droit au respect de sa vie privée et familiale et à affecter son équilibre émotionnel, dans un contexte où son état civil, qui était contesté, présentait pour lui une stabilité sur les plans psychologique et patrimonial¹⁰⁶⁵. La jurisprudence interne se rallie à la conception européenne en la matière. En effet, dans une décision du 24 octobre 2012, la Cour de cassation, insistant sur le fait que l'intérêt supérieur de l'enfant justifiait de mettre fin à une situation d'insécurité psychologique et juridique, a rejeté la contestation de paternité du demandeur alors que les juges du fond avaient constaté qu'aucun motif légitime ne venait au soutien du refus de l'enfant de se soumettre à l'expertise biologique ordonnée. En définitive, le droit à la preuve, matérialisé par la nécessité pour le père de voir exclue ou établie sa paternité, se retrouve plus difficilement mis en œuvre face au refus de l'enfant.

408. Le droit à l'expertise biologique se démarque donc pas son ambivalence. En effet, si les droits subjectifs au respect de la vie privée et à la connaissance de ses origines permettent de promouvoir un droit à l'expertise judiciaire pour tout justiciable, le motif légitime pour ne pas procéder à la mesure et le consentement de l'intéressé constituent des obstacles à une telle promotion. Les droits subjectifs deviennent le terrain d'une contradiction qui a des conséquences sur la force et la crédibilité du droit à l'expertise judiciaire. Un tel constat se ressent également dans le cadre du conflit entre le droit à l'expertise et le secret des affaires (Section 2).

¹⁰⁶³ CEDH (Première Section), *Bagniewski c. Pologne*, 31 mai 2018, req. n° 28475/14, § 54.

¹⁰⁶⁴ *Ibid.*

¹⁰⁶⁵ CEDH (Première Section), *Bagniewski c. Pologne*, préc., § 56.

SECTION 2. L'EXPERTISE JUDICIAIRE FACE AU SECRET DES AFFAIRES

409. Notion de « secret ». Omniprésent en droit, le terme vaste de « secret » ne possède pas de définition légale. L'article 226-13 du code pénal, qui sanctionne la violation du secret professionnel, donne toutefois quelques indications permettant de caractériser la notion. En effet cette disposition sanctionne pénalement « *la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire* ». Le secret se matérialise ainsi par une information à caractère confidentiel qui ne saurait être portée à la connaissance d'un tiers. Il apparaît donc un véritable droit au secret qui implique d'assurer la protection de la vie privée de la personne concernée par l'information confidentielle¹⁰⁶⁶. Ce principe de protection irrigue le droit tant dans les procédures civile et pénale, en témoigne le principe du secret des délibérés¹⁰⁶⁷, que dans la prise en compte des particuliers, c'est le cas notamment du droit au secret assuré à toute personne prise en charge par un professionnel de santé¹⁰⁶⁸. Autre qu'un droit visant à assurer le respect de l'intimité de la personne protégée, le secret représente également un devoir, imposant aux personnes qui ont eu connaissance d'une information confidentielle, majoritairement des professionnels, de ne pas la divulguer¹⁰⁶⁹.

410. Variétés de secret et preuve. Les droits de la preuve et à la preuve, en ce qu'ils impliquent la manifestation de la vérité par la collecte et la production de preuves diverses devant le juge, entrent directement en conflit avec la notion de secret¹⁰⁷⁰. Cette dernière se manifeste sous diverses formes, que ce soit *via* le secret médical¹⁰⁷¹, le secret des

¹⁰⁶⁶ **E. PIERROUX**, « Du regrettable art perdu du secret », *Gaz. Pal.*, 5 janv. 2016, n° 1, p. 23.

¹⁰⁶⁷ CPC, art. 448 : « *Les délibérations des juges sont secrètes* » ; CPP, art. 304, al. 1er : « *Le président adresse aux jurés, debout et découverts, le discours suivant : "Vous jurez et promettez [...] de conserver le secret des délibérations [...]"* ».

¹⁰⁶⁸ C. santé pub., art. L. 1110-4, I : « *Toute personne prise en charge par un professionnel de santé, un établissement ou service, un professionnel ou organisme concourant à la prévention ou aux soins dont les conditions d'exercice ou les activités sont régies par le présent code, le service de santé des armées, un professionnel du secteur médico-social ou social ou un établissement ou service social et médico-social mentionné au I de l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations la concernant* ».

¹⁰⁶⁹ **G. CORNU (dir.)**, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 12ème éd., 2018, v. *Secret*.

¹⁰⁷⁰ **R. BOUTY et J.-B. QUEGUINER**, « Introduction : secret et droit de la preuve », in « Le secret et le droit : morceaux choisis », LPA, numéro spécial, n° 226-227, 14 nov. 2016, p. 6 : **C. BLÉRY (inter.)**, « DROIT A LA PREUVE, DROIT AU SECRET : DEUX DROITS ANTAGONISTES », in CNEJITA, « Les Constats et Saisies à l'épreuve du secret », actes du colloque, mai 2015 : http://www.cnejita.org/wp-content/uploads/2016/10/Cnejita-Saisies-et-Constat-Actes-du-Colloque-de-mai-2015.pdf?rs_file_key=19069016757f667be8d5b2581386812

¹⁰⁷¹ C. santé pub., art. L. 1110-4, I, préc. ; **L. DAVENAS**, « Le secret médical et la preuve judiciaire », *D.* 2009, p. 2642.

correspondances¹⁰⁷², le secret bancaire¹⁰⁷³, le secret de fabrication¹⁰⁷⁴ ou encore le secret fiscal¹⁰⁷⁵. Tant de secrets que l'expert peut se voir opposés dans l'exercice de sa mission mais pour lesquels, une levée peut s'avérer nécessaire pour faire avancer le litige. Le refus de présenter une pièce à l'expert ou de lui communiquer une information dont pourrait dépendre la solution du litige contrevient nécessairement au droit processuel à la preuve et aux termes de l'article 11 du code de procédure civile prévoyant que « *les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction* »¹⁰⁷⁶. C'est en la matière que le juge possède un pouvoir conséquent puisque conformément à la combinaison des articles 3 et 155 du code de procédure civile, il veille à la bonne exécution des mesures d'instruction et en assure le contrôle. L'article 243 permet ainsi à l'expert de s'adresser au juge en cas de difficultés dans la communication de tous documents par les parties ou des tiers, lequel pourra ordonner la levée du secret professionnel lorsque les circonstances l'exigent. Le secret ne peut donc pas s'analyser en un droit subjectif absolu pouvant résister à l'application du droit à la preuve.

411. Particularité du secret des affaires. L'émergence du secret des affaires¹⁰⁷⁷ met en évidence le phénomène des pratiques anticoncurrentielles déloyales des entreprises qui sollicitent de plus en plus la justice afin d'obtenir des informations sur leurs concurrentes¹⁰⁷⁸. Cette question est d'autant plus intéressante qu'elle a connu des bouleversements récents, notamment en matière de détermination de la nature juridique et de volonté de protection du

¹⁰⁷²C. pén., art. 226-15 : « *Le fait, commis de mauvaise foi, d'ouvrir, de supprimer, de retarder ou de détourner des correspondances arrivées ou non à destination et adressées à des tiers, ou d'en prendre frauduleusement connaissance, est puni d'un an d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende. Est puni des mêmes peines le fait, commis de mauvaise foi, d'intercepter, de détourner, d'utiliser ou de divulguer des correspondances émises, transmises ou reçues par la voie des télécommunications ou de procéder à l'installation d'appareils conçus pour réaliser de telles interceptions* ».

¹⁰⁷³C. mon. fin., art. L. 511-33, al. 1er : « *Tout membre d'un conseil d'administration et, selon le cas, d'un conseil de surveillance et toute personne qui à un titre quelconque participe à la direction ou à la gestion d'un établissement de crédit ou d'un organisme mentionné au 5 de l'article L. 511-6 ou qui est employée par l'un de ceux-ci est tenu au secret professionnel* ».

¹⁰⁷⁴C. trav., art. L. 1127-1, al. 1er : « *Le fait pour un directeur ou un salarié de révéler ou de tenter de révéler un secret de fabrication est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30 000 euros* ».

¹⁰⁷⁵C. proc. fisc., art. L. 103 : « *L'obligation du secret professionnel, telle qu'elle est définie aux articles 226-13 et 226-14 du code pénal, s'applique à toutes les personnes appelées à l'occasion de leurs fonctions ou attributions à intervenir dans l'assiette, le contrôle, le recouvrement ou le contentieux des impôts, droits, taxes et redevances prévus au code général des impôts. Le secret s'étend à toutes les informations recueillies à l'occasion de ces opérations. Pour les informations recueillies à l'occasion d'un examen contradictoire de la situation fiscale personnelle, l'obligation du secret professionnel nécessaire au respect de la vie privée s'impose au vérificateur à l'égard de toutes personnes autres que celles ayant, par leurs fonctions, à connaître du dossier* ».

¹⁰⁷⁶À défaut le juge pourra tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus de leur part.

¹⁰⁷⁷C. GAVALDA, « Le secret des affaires », in Mél. René SAVATIER, Dalloz, 1965.

¹⁰⁷⁸S. PIERRE-MAURICE, « Secret des affaires et mesures d'instruction *in futurum* », D. 2002, p. 3131.

secret des affaires¹⁰⁷⁹. En effet, la directive n° 2016/943 du Parlement Européen et du Conseil du 8 juin 2016, indique aux termes de son article 2, que le secret des affaires englobe les divers savoir-faire¹⁰⁸⁰ et informations commerciales d'une entreprise, ce qui implique, toujours selon cette disposition « *une large gamme d'informations, qui va des connaissances technologiques aux données commerciales telles que les informations relatives aux clients et aux fournisseurs, les plans d'affaires et les études et stratégies de marché* »¹⁰⁸¹. L'article l'article L. 151-1 du code de commerce, créé par la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires¹⁰⁸², prévoit qu'est protégée au titre du secret des affaires toute information qui répond à trois critères : elle ne doit pas être généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité ; elle doit revêtir une valeur commerciale du fait de son caractère secret ; elle doit faire l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables pour en protéger le secret. La vie de l'entreprise forme ainsi le secret des affaires¹⁰⁸³, de sorte que ses activités professionnelles ou commerciales se retrouvent protégées par le droit fondamental au respect de la vie privée¹⁰⁸⁴. C'est la raison pour laquelle

¹⁰⁷⁹Rapp. du groupe de travail présidé par M. Claude Mathon, avocat général à la Cour de Cassation, « La protection du Secret des Affaires : Enjeux et propositions », 17 avr. 2009, site internet de Claude Mathon, http://www.claudemathon.fr/public/Secret_des_affaires_Rapport_final_17_avril_09.pdf ; Ass. Nat., prop. loi n° 3985 visant à sanctionner la violation du secret des affaires, 22 nov. 2011 ; Ass. Nat., prop. Loi, texte adopté n° 826 visant à sanctionner la violation du secret des affaires, 23 janv. 2012 ; **CCI DE RÉGION PARIS ILE-DE-FRANCE**, « La protection des secrets d'affaires dans l'Union européenne, Observations de la CCI Paris Ile-de-France sur la proposition de directive relative à la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites », rapp. présenté par Jérôme FRANTZ et adopté le 11 septembre 2014, site internet de la CCI de Paris Île-de-France : www.cci-paris-idf.fr/sites/default/files/etudes/pdf/documents/protection-secrets-affaires-rapport-frantz.pdf ; Parlement Européen et Conseil, prop. dir. sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, 28 nov. 2013 COM (2013) 813 final, 2013/0402 (COD), site internet d'EUR-Lex.

¹⁰⁸⁰v. Cass. civ. 3ème, 13 juill. 1966, n° 64-12.946, Bull. civ. III, n° 358 ; JCP 1967. II. 15131, note P. DURAND : le savoir-faire désigne, selon la Cour de cassation, les éléments résultant de l'expérience de l'entreprise constituant dès lors une avance technologique ou commerciale.

¹⁰⁸¹L'ensemble de ces informations participe en effet à la compétitivité de ces organismes, aux recherches et aux développements qu'ils mènent ainsi qu'à leurs performances liées à l'innovation.

¹⁰⁸²JORF, n° 0174 du 31 juillet 2018, décr. n° 2018-1126 du 11 décembre 2018 relatif à la protection du secret des affaires. Cette loi vise également à transposer en droit interne la directive n° 2016/943 du Parlement Européen et du Conseil du 8 juin 2016 ; Cette disposition définit le secret des affaires à partir des trois critères retenus par la directive ; S. PIÉDELIEVRE, « La loi du 30 juillet 2018 sur le secret des affaires », préc.

¹⁰⁸³**CCI DE RÉGION PARIS ILE-DE-FRANCE**, « La protection des secrets d'affaires dans l'Union européenne, Observations de la CCI Paris Ile-de-France sur la proposition de directive relative à la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites », préc., p. 6 : « *Plans marketing, recettes, procédés de fabrication, listes de clients, de fournisseurs, stratégies de marché, modalités de facturation, techniques de gestion du personnel, organisation juridique, financière... Nombreuses sont les informations qui sont gardées secrètes par les entreprises afin de préserver leur avantage compétitif sur un marché* ».

¹⁰⁸⁴CEDH (Grande Chambre), *Amann c. Suisse*, préc., § 65 ; CJCE (Troisième Chambre), *Varec SA c. État Belge* préc., § 48.

le Tribunal de première instance des Communautés Européennes a considéré que la divulgation de ces informations au public ou leur transmission à un sujet de droit différent de celui qui a fourni l'information peut gravement léser les intérêts de l'entreprise¹⁰⁸⁵, dangers plus amplement détaillés dans l'article 4 de la directive du 8 juin 2016. En effet, ceux-ci consistent en « *des pratiques malhonnêtes [...] qui visent l'appropriation illicite de secrets d'affaires, tels que le vol, la copie non autorisée, l'espionnage économique ou le non-respect d'exigences de confidentialité* » de nature à compromettre « *la possibilité légitime pour les détenteurs de ce secret d'affaires de bénéficier des avantages liés au statut de précurseur tirés de leur travail lié à l'innovation* ». Par ailleurs, l'accord international sur les droits de propriété intellectuelle du 15 avril 1994, texte à partir duquel les institutions européennes se sont inspirées pour tenter de « définir » le secret des affaires dans la directive, invite, aux termes de son article 39.2, les États signataires à adopter une législation protectrice vis-à-vis des secrets de l'entreprise. C'est ce que l'État français a finalement fait par la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires¹⁰⁸⁶.

412. Secret des affaires et mesures d'instruction *in futurum*. À l'instar des autres formes de secret, le secret des affaires n'est pas absolu¹⁰⁸⁷. Celui-ci peut en effet se heurter à des nécessités procédurales, et particulièrement à la procédure de l'expertise avant dire droit prévue à l'article 145 du code de procédure civile¹⁰⁸⁸. Cette disposition permet en effet à tout justiciable, sur requête ou en référé, d'obtenir l'organisation d'une mesure d'instruction s'il

¹⁰⁸⁵ TPICE, *Postbank c. Commission*, 18 sept. 1996, aff. T-353/94, RTD eur. 1997. 459, chron. J.-B. BLAISE et L. IDOT.

¹⁰⁸⁶ L'article L. 151-4 du code de commerce, résultant de cette loi, prévoit que l'obtention d'un secret des affaires est illicite lorsqu'elle est réalisée sans le consentement de son détenteur légitime et qu'elle résulte : 1°, d'un accès non autorisé à tout document, objet, matériau, substance ou fichier numérique qui contient le secret ou dont il peut être déduit, ou bien d'une appropriation ou d'une copie non autorisée de ces éléments et 2°, de tout autre comportement considéré, compte tenu des circonstances, comme déloyal et contraire aux usages en matière commerciale. L'article L. 151-5 indique également dans son premier alinéa que l'utilisation ou la divulgation d'un secret des affaires est illicite lorsqu'elle est réalisée sans le consentement de son détenteur légitime par une personne qui a obtenu le secret dans les conditions mentionnées à l'article L. 151-4 ou qui agit en violation d'une obligation de ne pas divulguer le secret ou de limiter son utilisation, et dans son second alinéa, que la production, l'offre ou la mise sur le marché, de même que l'importation, l'exportation ou le stockage à ces fins de tout produit résultant de manière significative d'une atteinte au secret des affaires sont également considérés comme une utilisation illicite lorsque la personne qui exerce ces activités savait, ou aurait dû savoir au regard des circonstances, que ce secret était utilisé de façon illicite au sens du premier alinéa. Enfin, l'article L. 151-6 précise que l'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret des affaires est aussi considérée comme illicite lorsque, au moment de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation du secret, une personne savait, ou aurait dû savoir au regard des circonstances, que ce secret avait été obtenu, directement ou indirectement, d'une autre personne qui l'utilisait ou le divulguait de façon illicite au sens du premier alinéa de l'article L. 151-5.

¹⁰⁸⁷ D. MARTIN, « Le secret d'affaires, notion en devenir », LPA, 31 juill. 2015, n° 152, p. 4.

¹⁰⁸⁸ C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER et S. GUINCHARD, *Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil*, Précis Dalloz, 34ème éd., 2018, pp. 492-493, spéc. n° 631.

existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de fait dont pourrait dépendre la solution du litige. Autant rappeler que l'article 145 du code de procédure civile est une manifestation du droit à la preuve et, en conséquence, du droit à l'expertise judiciaire. Il est alors possible pour le plaideur d'obtenir des pièces confidentielles susceptibles de lui conférer des informations sur son concurrent, ce qui représente un risque d'immixtion de la part de ce premier, qui n'est d'autant plus pas dans l'obligation d'engager ultérieurement une action au fond. L'expertise organisée permet ainsi une divulgation facilitée des informations confidentielles d'une entreprise. L'article 145 du code de procédure civile se retrouve instrumentalisé, faisant du procès le lieu privilégié de la divulgation d'information pourtant couvertes par le secret des affaires¹⁰⁸⁹. C'est une difficulté qui s'étend au delà de l'expertise précontentieuse puisqu'elle concerne également l'expertise judiciaire prononcée par le juge du fond. En l'état de ce constat, qui révèle un conflit entre le droit à la preuve et le droit au secret des affaires, il est nécessaire de situer la place de ce dernier dans la procédure d'expertise judiciaire. Les dispositions légales semblent en effet vouloir donner une force spécifique au secret des affaires qui pourrait ainsi constituer un obstacle à l'instauration de mesures probatoires. Pour autant, cette force tend à se retrouver amoindrie en présence d'une expertise *in futurum*. En découle un conflit permanent entre le droit à l'expertise judiciaire et le secret des affaires. Cette confrontation est d'autant plus visible que la jurisprudence a été amenée à se prononcer sur le caractère non absolu du secret des affaires en matière d'expertise *in futurum* (§ 1). Toutefois, le secret des affaires est une notion en essor, et face aux conflits judiciaires qui impliquent de plus en plus d'entreprises, il est devenu indispensable d'assurer sa protection, particulièrement lorsqu'une expertise judiciaire est sollicitée dans le cadre d'un procès (§ 2).

§ 1. LE CARACTÈRE NON ABSOLU DU SECRET DES AFFAIRES EN MATIÈRE D'EXPERTISE *IN FUTURUM*

413. L'absence d'autonomie du secret des affaires, lorsqu'il est invoqué comme moyen de défense contre l'instauration d'une mesure d'expertise *in futurum*, a rapidement été reconnue (A). Considérer qu'opposer le secret des affaires n'est pas un empêchement dirimant face à une mesure d'expertise avant dire droit revient par conséquent à l'établir en tant que critère d'application du motif légitime requis par l'article 145 du code de procédure civile (B).

¹⁰⁸⁹N. FRICERO, Dr. et proc. 2006, p. 216, obs. sous Cass. civ., 2ème, 8 févr. 2006, n° 05-14.198, Bull. civ. II, n° 44.

A. LA RECONNAISSANCE DE L'ABSENCE D'AUTONOMIE DU SECRET DES AFFAIRES

414. Précédents. Bien qu'ayant reconnu l'importance du secret dans le domaine particulier des affaires, la jurisprudence ne l'a jamais établi en tant que facteur de refus autonome d'une expertise avant dire droit. En effet, dans plusieurs de leurs décisions, la Cour de cassation et les juges du fond considèrent certes que l'instauration d'une expertise « *mettrait inmanquablement [la société requérant la mesure] en possession des secrets de fabrication de la partie adverse* »¹⁰⁹⁰, est attentatoire au secret des affaires pour l'entreprise qui la subit¹⁰⁹¹ ou « *permettrait à la société [...] de connaître, malgré le secret des affaires, la structure commerciale de sa concurrente* », mais lorsqu'elles refusent ces mesures, elles le motivent sous le prisme de l'absence d'un motif légitime, et non pas du seul fait du principe du secret des affaires. Ce dernier ne constitue ainsi pas un obstacle absolu et sacré à l'instauration d'une expertise avant dire droit, mais est inclus dans l'appréciation traditionnelle par les juges du motif légitime¹⁰⁹².

415. Formulation du caractère non absolu du secret des affaires et promotion du droit à l'expertise. Un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 7 janvier 1999 est venu poser expressément le principe selon lequel « *le secret des affaires ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile* »¹⁰⁹³. Cette solution l'exprime sans ambiguïté : le secret des affaires n'est pas un moyen de défense autonome permettant à une partie de voir rejeter de manière systématique une demande d'expertise formulée par son adversaire et qui pourrait lui être préjudiciable. En d'autres termes, ce principe ne peut empêcher à lui seul l'application de l'article 145 du code de procédure civile. Tout l'intérêt de cette disposition spécifique serait renié si la solution inverse l'emportait. En admettant que le secret des affaires ne constitue pas une limite infranchissable à l'organisation d'une mesure d'expertise avant dire droit, cette solution promeut implicitement, et dans une certaine mesure, le droit à l'expertise. Par ailleurs, cet arrêt, confirmé depuis¹⁰⁹⁴, ne fait que conformer le traitement du secret des

¹⁰⁹⁰Cass. civ., 2ème, 14 mars 1984, n° 82-16.076, Bull. civ. II, n° 49 : RTD civ., 1984, p. 562, obs. R. PERROT.

¹⁰⁹¹CA, Versailles, 22 mars 2018, n° 18/00062.

¹⁰⁹²S. PIERRE-MAURICE, « Secret des affaires et mesures d'instruction *in futurum* », préc.

¹⁰⁹³Cass. civ. 2ème, 7 janv. 1999, n° 95-21.934, préc.

¹⁰⁹⁴Cass., soc., 19 déc. 2012, n° 10-20.526, Bull. civ. V, n° 341 ; Cass., com., 22 mars 2017, n° 15-25.151.

affaires à celui opéré pour le secret professionnel¹⁰⁹⁵ ou encore pour le secret médical¹⁰⁹⁶ face à l'instauration d'une mesure d'expertise. L'attendu de l'arrêt de la Cour de cassation relatif au secret des affaires a ensuite été repris par la chambre sociale de la Cour de cassation pour l'appliquer au principe du respect de la vie personnelle du salarié¹⁰⁹⁷.

Par sa décision, la Cour de cassation participe à une « désacralisation » du principe du secret des affaires que plusieurs auteurs avaient érigé en tant qu'obstacle absolu à l'organisation d'une mesure d'instruction *in futurum*¹⁰⁹⁸. La perception du caractère autonome du secret des affaires était d'autant plus renforcée qu'en matière administrative, le Conseil d'État considère que l'administration ne peut être tenue, pour l'exécution des mesures d'instruction ordonnées par le juge des référés, de communiquer des pièces couvertes par un secret protégé par la loi, tel le secret des affaires, sans l'autorisation de celui dans l'intérêt duquel le secret a été édicté, qu'il s'agisse de pièces n'émanant pas de l'administration mais qu'elle détient ou de pièces émanant de l'administration ou d'un organisme de contrôle dépendant de l'État¹⁰⁹⁹.

416. L'absence d'autonomie du secret des affaires ne signifie pas qu'il ne sera pas pris en compte par le juge lorsqu'une partie sollicite devant lui une expertise avant dire droit au titre de l'article 145 du code de procédure civile. Il n'est en effet pas dénué de valeur puisque

¹⁰⁹⁵Cass. com., 14 nov. 1995, n° 94-13.361 : « [...] l'expertise ordonnée, dont la mission était parfaitement définie, tendait bien à établir, avant tout procès, la preuve des faits nécessaires à la solution d'un tel litige, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, a décidé à bon droit, que, les commissaires aux comptes ne pouvant invoquer le secret professionnel auquel ils sont tenus dans l'intérêt de la société bénéficiaire pour faire obstacle à toute action en responsabilité dirigée contre eux, la mesure d'instruction, qui leur enjoignait de produire les documents permettant de rechercher s'ils avaient assuré leurs fonctions au sein de la société VEV avec la diligence et la prudence requises, était légalement admissible ».

¹⁰⁹⁶Cass. civ., 1ère, 18 mars 1997, n° 95-12.576 : précision étant faite que lorsque l'expertise ordonnée implique l'accès à des informations couvertes par le secret médical, il appartient au juge de prescrire des mesures efficaces pour éviter toute infraction entraînant la divulgation des informations de nature confidentielle.

¹⁰⁹⁷Cass. soc. 23 mai 2007, n° 05-17.818, Bull. 2007, V, n° 84 : « Attendu que le respect de la vie personnelle du salarié ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du nouveau code de procédure civile dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées [...] Attendu que pour rétracter l'ordonnance [autorisant un huissier de justice à accéder aux données contenues dans l'ordinateur mis par elle à la disposition du salarié] et annuler le procès-verbal dressé par l'huissier, la cour d'appel retient que la mesure d'instruction sollicitée et ordonnée a pour effet de donner à l'employeur connaissance de messages personnels émis et reçus par le salarié et en déduit qu'elle porte atteinte à une liberté fondamentale et n'est pas légalement admissible ; Qu'en statuant ainsi, alors que l'employeur avait des motifs légitimes de suspecter des actes de concurrence déloyale et qu'il résultait de ses constatations que l'huissier avait rempli sa mission en présence du salarié, la cour d'appel a violé les textes susvisés » ; Cass. soc., 19 déc. 2012, n° 10-20.526 10-20.528, Bull. 2012, V, n° 341.

¹⁰⁹⁸M. JEANTIN, Procédure civile, J.-Cl., fasc. 634, n° 109 ; M.-A. BATUT, « Les mesures d'instruction *in futurum* », Rapport de la Cour de cassation, 1999, La documentation française, 2000, p. 99.

¹⁰⁹⁹CE, 9/10 SSR, 4 juill. 2001, n° 202420 ; CE, 9/10 SSR, 4 juill. 2001, n° 207090.

selon la Cour de cassation, il est un élément d'appréciation du motif légitime de l'expertise *in futurum* (B).

B. LE SECRET DES AFFAIRES, ÉLÉMENT D'APPRÉCIATION DU MOTIF LÉGITIME DE L'EXPERTISE *IN FUTURUM*

417. Le secret des affaires, un « paramètre » du motif légitime¹¹⁰⁰. L'attendu de l'arrêt du 7 janvier 1999 précité indique que le secret des affaires ne permet pas en soi de s'opposer à l'instauration d'une mesure d'expertise avant dire droit « *dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées* ». Cette expression rappelle certes tout l'intérêt de l'article 145 du code de procédure civile, à savoir la caractérisation par le juge d'un motif légitime pour instaurer une mesure d'instruction, mais elle sous-entend que le secret des affaires peut constituer un élément d'appréciation de cette légitimité. Le droit à l'expertise judiciaire, déduit de l'article 145 du code de procédure civile, se retrouve donc limité par la notion de motif légitime, au même titre que pour l'expertise biologique. Une partie pourra ainsi utiliser le secret comme un « argument » tendant à prouver l'absence de motif légitime de son concurrent, se matérialisant par la préservation impérative de la confidentialité de ses affaires¹¹⁰¹. À l'inverse, ce principe commande au plaideur requérant une expertise *in futurum* d'établir la réelle nécessité de la mesure, ce qui implique d'une part qu'il fasse preuve de loyauté, et d'autre part que le juge exerce un contrôle particulier. En d'autres termes, demandeur comme juge doivent s'assurer de l'accomplissement des deux conditions résultant du motif légitime et exigées par la Cour de cassation : la potentialité d'un procès et l'établissement de la preuve des faits invoqués¹¹⁰².

418. La potentialité d'un procès. Le juge doit déterminer que le demandeur à l'expertise *in futurum* ne sollicite pas la mesure pour accaparer les pièces secrètes de l'entreprise concurrente ou pratiquer une concurrence déloyale¹¹⁰³, en dehors de toute volonté sérieuse d'agir ultérieurement en justice. La particularité du secret des affaires explique certainement qu'il soit ainsi dérogé à la solution jurisprudentielle énonçant qu'il ne peut être

¹¹⁰⁰ S. PIERRE-MAURICE, « Secret des affaires et mesures d'instruction *in futurum* », préc.

¹¹⁰¹ F.-X. LUCAS, « Expertise *in futurum* et secret des affaires », note sous Cass. civ. 2ème, 7 janv. 1999, n° 95-21.934, Bull. civ. II, n° 4, Bull. Joly Sociétés, 1er juin 1999, n° 6, p. 666.

¹¹⁰² Cass. com., 6 mai 1986, n° 84-16.160, Bull. IV, n° 85 ; Cass. civ. 1ère, 11 juin 1991, n° 90-13.773, inédit ; Cass. com., 14 nov. 1995, n° 94-13.361, Bull. IV, n° 263.

¹¹⁰³ Comportement constitutif d'une faute selon la jurisprudence : CA, Rouen, 2ème ch., 24 avr. 1997.

imposé au demandeur d'indiquer au stade de l'instance en référé fondée sur l'article 145 du code de procédure civile s'il engagera un procès¹¹⁰⁴. C'est ainsi que selon la Cour de cassation, les juges du fond ont, à bon droit et dans l'exercice de leur pouvoir souverain d'appréciation, rejeté une demande d'expertise formulée par une entreprise dans la mesure où elle n'établissait pas l'existence d'un litige potentiel susceptible de l'opposer à la société concurrente¹¹⁰⁵. *A contrario*, la cour d'appel de Paris a jugé que dans le cadre d'une action en contrefaçon d'un brevet et de concurrence déloyale, une société justifiait d'un motif légitime à ce que soit analysée par un expert la chambre de données comprenant les résultats issus de copies de disques durs d'une entreprise concurrente afin de rechercher et rapporter la preuve des actes allégués avant tout procès au fond, instance dont la potentialité est manifeste, étant relevé que cette mesure *in futurum* permet de préserver, dans le respect du principe de la contradiction, les droits et intérêts des parties appelantes¹¹⁰⁶. Il en ressort que le demandeur à la mesure rapporte la preuve manifeste d'un litige éventuel devant les juges saisis sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile.

419. Nécessité d'établir la preuve des faits invoqués. Le motif légitime ne saurait être caractérisé lorsque la partie requérant l'instauration d'une expertise avant dire droit possède au préalable des éléments de preuve suffisants pour entamer une action en justice ultérieure, même si la jurisprudence est assez souple à ce sujet. L'importance rattachée au secret des affaires explique que les juridictions fassent preuve de rigueur sur cette condition. La Cour de cassation avait considéré comme inutile le recours à un expert sur le fondement de l'article 145 du code de procédure dès lors que la société demanderesse avait déjà fait procédé à plusieurs constats, interrogé plusieurs personnes et qu'il lui était aisé de repérer tous les panneaux publicitaires de son adversaire¹¹⁰⁷. Reconnaître la suffisance des éléments de preuves déjà en possession du demandeur vise évidemment la préservation du secret des affaires. La vraisemblance des faits invoqués par le demandeur doit être également caractérisée. Ainsi, a été approuvée une cour d'appel ayant rejeté pour absence de motif légitime une expertise avant dire droit dès lors que, selon elle, « *rien ne laisse supposer* » que les accords n'avaient pas été respectés par le défendeur jusqu'à leur date d'expiration, dans le cadre d'une éventuelle action en violation d'un pacte de non concurrence¹¹⁰⁸.

¹¹⁰⁴CA, Paris, 5 févr. 1986, Gaz. Pal., 1986, 1, p. 244.

¹¹⁰⁵Cass. civ., 2ème, 5 févr. 2009, n° 08-11.626, inédit.

¹¹⁰⁶CA, Paris, pôle 1, 20 nov. 2015, n° 14/21712.

¹¹⁰⁷Cass. com., 18 févr. 1986, n° 84-10.620, Bull. IV, n° 26, p. 23.

¹¹⁰⁸Cass. civ., 2ème, 14 mars 1984, n° 82-16.076, préc.

La formulation du caractère non absolu du secret des affaires, lorsqu'une expertise *in futurum* est sollicitée, ne signifie pas pour autant que celui-ci ne bénéficie pas d'une protection spécifique. La nécessité pour les entreprises de voir leurs intérêts préservés a conduit le législateur, par la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018, à établir un régime de préservation du secret des affaires lorsqu'une mesure d'instruction est formulée et, le cas échéant, instaurée. Les garanties prévues par cette loi mettent en évidence le rôle du juge dans la protection du secret des affaires (§ 2).

§ 2. LE RÔLE DU JUGE DANS LA PROTECTION DU SECRET DES AFFAIRES FACE À UNE DEMANDE D'INSTAURATION D'UNE EXPERTISE

420. L'intervention du juge dans la protection du secret des affaires doit se manifester à deux égards. D'une part, lorsqu'il procède à l'instauration d'une expertise judiciaire, il lui revient, afin de préserver les intérêts de l'entreprise partie à la procédure, de faire usage des garanties offertes par les dispositions de la loi du 30 juillet 2018. De telles garanties doivent suivre le principe selon lequel « *le secret des affaires n'autorise pas d'autres mesures que celles strictement nécessaires à l'établissement de faits précis dont la preuve est recherchée* »¹¹⁰⁹. Ces moyens de préservation interviennent ainsi *a posteriori*, c'est-à-dire à l'issue du prononcé de l'expertise (A). D'autre part, il convient de relever que l'expertise judiciaire, en tant que mesure d'instruction la plus aboutie et profondément encadrée, possède un caractère sécurisant. Il est alors proposé de l'ériger en tant que mesure de substitution préventive permettant d'assurer le respect du secret des affaires (B).

A. UNE PROTECTION *A POSTERIORI* PAR LA MISE EN PLACE DE MOYENS DE PRÉSERVATION DU SECRET DES AFFAIRES

421. La loi du 30 juillet 2018, dont les dispositions ont été déclarées conformes à la Constitution¹¹¹⁰, a consacré au sein du titre V du code de commerce un chapitre III intitulé « *Des mesures générales de protection du secret des affaires devant les juridictions civiles ou commerciales* ». Ce chapitre, dont l'objectif est de garantir la protection du caractère confidentiel du secret des affaires sur un plan procédural¹¹¹¹, contient les articles L. 153-1 et

¹¹⁰⁹CA, Paris, 14ème ch., 2 juin 1999, n° 023375.

¹¹¹⁰Cons. constit., 26 juill. 2018, n° 2018-768 DC, *Loi relative à la protection du secret des affaires*.

¹¹¹¹Ass. Nat., prop. loi n° 675 portant transposition de la directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, 19 févr. 2018.

L. 153-2 du code de commerce qui prévoient deux types de garanties : des mesures d'aménagement de l'expertise (1) ainsi qu'une obligation de confidentialité (2).

1. Les mesures d'aménagement de l'expertise résultant de l'article L. 153-1 du code de commerce

422. Présentation de la disposition. L'article L. 153-1 du code de commerce énonce que « *Lorsque, à l'occasion d'une instance civile ou commerciale ayant pour objet une mesure d'instruction sollicitée avant tout procès au fond ou à l'occasion d'une instance au fond, il est fait état ou est demandée la communication ou la production d'une pièce dont il est allégué par une partie ou un tiers ou dont il a été jugé qu'elle est de nature à porter atteinte à un secret des affaires, le juge peut, d'office ou à la demande d'une partie ou d'un tiers, si la protection de ce secret ne peut être assurée autrement et sans préjudice de l'exercice des droits de la défense :*

- *1° Prendre connaissance seul de cette pièce et, s'il l'estime nécessaire, ordonner une expertise et solliciter l'avis, pour chacune des parties, d'une personne habilitée à l'assister ou la représenter, afin de décider s'il y a lieu d'appliquer des mesures de protection prévues au présent article ;*
- *2° Décider de limiter la communication ou la production de cette pièce à certains de ses éléments, en ordonner la communication ou la production sous une forme de résumé ou en restreindre l'accès, pour chacune des parties, au plus à une personne physique et une personne habilitée à l'assister ou la représenter ;*
- *3° Décider que les débats auront lieu et que la décision sera prononcée en chambre du conseil ;*
- *4° Adapter la motivation de sa décision et les modalités de la publication de celle-ci aux nécessités de la protection du secret des affaires ».*

Ce texte vise ainsi à assurer la sauvegarde d'une pièce couverte par le secret des affaires dont une partie ou un tiers fait état au cours des débats. Il suppose ainsi un « encadrement de l'instance »¹¹¹² de nature à préserver le secret des affaires. Toutefois, l'alinéa 1er de l'article L. 153-1 du code de commerce subordonne la mise en œuvre de ces aménagements procéduraux à de multiples conditions. Il faut tout d'abord se trouver dans le cadre d'une instance en référé ou au fond devant une juridiction civile ou commerciale au sein de laquelle

¹¹¹² **M. DHENNE**, « La loi n° 2018-670 du 20 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires », D., 2018, p. 1817.

une mesure d’instruction effectuée par un technicien est sollicitée. Il peut donc s’agir par exemple d’une demande formulée au titre de l’article 145 du code de procédure civile devant le juge des référés du tribunal de grande instance, au titre du dernier alinéa de l’article 771 du code de procédure civile devant le juge de la mise en état, ou encore au titre de l’article 865 alinéa 1er du code de procédure civile devant le juge chargé de l’instruction de l’affaire du tribunal de commerce. Ensuite, il est nécessaire que le procès implique d’une part une demande de production ou de communication d’une pièce ou bien l’indication par une partie d’une pièce qui, d’autre part, est soit déclarée par le juge comme de nature à porter atteinte au secret des affaires, soit alléguée comme tel par une partie ou un tiers. La situation dans laquelle un tiers intervient à l’instance, afin d’indiquer qu’une pièce sollicitée ou produite aux débats est couverte par le secret des affaires, est récurrente. C’est ce qu’illustre un arrêt de la Cour de cassation du 22 juin 2017¹¹¹³. En l’espèce, dans le cadre d’une action en concurrence déloyale, deux sociétés d’assurances avaient assigné un de leurs anciens salariés afin de demander la communication de pièces permettant de retracer ses nouvelles activités d’agent général et de courtier en assurances dans une autre société d’assurance. Cette dernière, tiers à la procédure, était intervenue à l’instance en soutenant que la communication de pièces sollicitée attentait à leurs secrets d’affaires en permettant la divulgation d’informations confidentielles sur leur portefeuille de clientèle et leur politique tarifaire. Enfin, il est indispensable que la protection du secret ne puisse être assurée d’une autre manière que par les mesures d’aménagement prévues par l’article L. 153-1 du code de commerce, ce qui fait part du caractère subsidiaire de cette disposition, et sans préjudice des droits de la défense des parties à l’instance. Ce texte s’avère très protecteur car les mesures d’aménagement qui y sont prévues peuvent être sollicitées par les parties ou un tiers ou ordonnées d’office par le juge saisi de l’affaire.

423. Diversité des mesures. Dès lors que l’ensemble des conditions édictées par l’alinéa 1er de l’article L. 153-1 du code de commerce sont remplies, le juge peut prononcer les diverses mesures contenues dans la suite du texte. Le renforcement de la confidentialité des débats en permettant des audiences dans la chambre du conseil ainsi que le fait pour le juge d’adapter la motivation de sa décision et les modalités de sa publication aux nécessités de la sauvegarde du secret des affaires conduisent nécessairement à la protection des intérêts des détenteurs d’un secret des affaires. Aussi, il est possible que le juge décide de limiter la

¹¹¹³Cass. civ., 1ère, 22 juin 2017, n° 15-27.845, Publié au bulletin.

communication ou la production de la pièce couverte par le secret des affaires à certains de ses éléments, en ordonner la communication ou la production sous une forme de résumé ou en restreindre l'accès, pour chacune des parties, au plus à une personne physique et une personne habilitée à l'assister ou la représenter. Ces mesures participent à la création, au sein du procès, de « cercles de confidentialité » au sein du procès, conformément à la formule employée par les sénateurs¹¹¹⁴. En réalité, le législateur a codifié un principe déjà énoncé par la jurisprudence¹¹¹⁵. La chambre commerciale de la Cour de cassation a ainsi jugé qu' « *il appartient au juge chargé du contrôle des mesures d'instruction, en cas de difficulté relative à une demande de production de pièces entre les mains de l'expert désigné, de déterminer les documents devant être communiqués à l'expert et aux parties* »¹¹¹⁶. Elle a alors considéré que c'est à bon droit que les juges du fond ont ordonné la communication de l'intégralité du protocole au juge chargé du contrôle de l'expertise, à charge pour lui d'en extraire les dispositions nécessaires à l'accomplissement de sa mission par l'expert, seules communiquées aux parties mises en mesure de les commenter. Il en résulte, toujours selon cet arrêt, que ces mesures ont été « *seules susceptibles de concilier le secret des affaires envers un adversaire et concurrent et le droit à la preuve* » de la partie ayant sollicité l'expertise.

424. Lacune. Il serait souhaitable de prévoir à l'article L. 153-1 du code de commerce la possibilité pour le juge d'encadrer la mission du technicien exécutant une mesure d'instruction afin que celui-ci assure la préservation du secret des affaires au cours de ses investigations. Ces mesures, proposées par la doctrine, peuvent résider dans la rédaction et dans la remise d'un rapport complet pour le juge et d'un rapport expurgé pour les parties¹¹¹⁷,

¹¹¹⁴ Rapport sur la proposition de loi, adoptée, par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, portant transposition de la directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites (n°388), n° 419, site internet du Sénat : <http://www.senat.fr/rap/117-419/117-4197.html#toc76>

¹¹¹⁵ Illustration pour une mesure de constat : T. com. Nanterre, ord. de référé., 24 juin 2011, *Carrefour c. Casino* : dans le cadre de la mise en place d'un constat informatique sollicité par une enseigne de la grande distribution à l'encontre d'une de ses concurrentes dans une affaire de prise de contrôle de parts de marchés étrangers, le juge des référés a limité les mesures à plus de 20 courriers et 3 mots-clés en objet de recherches, alors que le demandeur sollicitait que la mesure porte sur dix cadres dirigeants de sa concurrente et sur plus de 50 mots clés. Cette limitation visait à la préservation du secret des affaires selon le tribunal.

¹¹¹⁶ Cass. com., 22 mars 2017, n° 15-25.151, arrêt n° 428.

¹¹¹⁷ **B. CHARLIER-BONATTI**, « Procédures en matière commerciale et le secret des affaires », CCE, mai 2014, étude n° 8 : Le juge ordonnant l'expertise « *Lorsque les mesures d'instruction ordonnées par le juge conduiraient, selon les parties, à la révélation d'informations relevant du secret des affaires, le juge chargé du suivi des mesures d'instruction peut, après avoir apprécié le caractère effectivement confidentiel de certains éléments, inviter l'expert à rédiger un rapport complet et un rapport expurgé. Le rapport complet comportera toutes les pièces communiquées par les parties et les conclusions de l'expert sur les éléments couverts par le secret des affaires. Ce rapport sera déposé au greffe du tribunal. Le rapport expurgé, occultant les pièces et références relevant limitativement du secret des affaires, sera destiné aux parties. Il*

ou en un séquestre des pièces couvertes par le secret des affaires chez un huissier instrumentaire¹¹¹⁸. De telles initiatives s'inscrivent dans le but d'éviter les mesures dites de « perquisition civile »¹¹¹⁹.

425. Remarques sur l'article L. 153-1, 1° du code de commerce. Cette disposition pose quelques difficultés d'interprétation. Elle prévoit en effet que le juge peut, dans le cas où il est fait état ou sollicitée la communication ou la production d'une pièce couverte par le secret des affaires, « *prendre connaissance seul de cette pièce et, s'il l'estime nécessaire, ordonner une expertise et solliciter l'avis, pour chacune des parties, d'une personne habilitée à l'assister ou la représenter, afin de décider s'il y a lieu d'appliquer des mesures de protection prévues au présent article* ». Deux significations peuvent être envisagées.

En premier lieu, il peut être envisagé que cette disposition offre la possibilité au juge, après avoir pris connaissance seul de la pièce litigieuse et s'il l'estime nécessaire, d'ordonner une expertise afin de procéder à une analyse de cette pièce et de décider en conséquence, avec l'accord des représentants des parties au procès, s'il y a lieu d'appliquer des mesures de protection prévues par le reste de l'article L. 153-1 du code de commerce. Cette interprétation a été permise dans la mesure où la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion sur de la proposition de loi, modifiée par le Sénat, relative à la protection du secret des affaires, proposait la rédaction suivante de l'article

appartiendra alors au juge d'organiser le débat contradictoire sur le rapport de l'expert. Pour ce faire, il pourra autoriser les seuls avocats des parties, liés par le secret professionnel, à prendre connaissance du rapport non expurgé déposé au greffe, sans en prendre copie, à charge pour eux de s'interdire de dévoiler à leurs clients respectifs ou dans leurs conclusions les informations couvertes par le secret des affaires. De telles mesures exceptionnelles doivent permettre de concilier le respect du principe du contradictoire et celui du secret des affaires ».

¹¹¹⁸ **M. FOULON et Y. STRICKLER**, « Requête *in futurum* et protection du futur détenteur », *Gaz. Pal.* 8-9 mars 2013, p. 17.

¹¹¹⁹ Pour une illustration du souci de la jurisprudence d'éviter les mesures de perquisition civile, notamment dans le cadre de la saisine du juge des requêtes : *Cass. civ. 2ème*, 5 janv. 2017, n° 15-27.526, inédit : *RTD civ.*, 2017, p. 491, obs. N. CAYROL : « la cour d'appel, qui a relevé que les mesures d'investigation ordonnées s'apparentaient à une véritable perquisition civile de la société IBM en ce qu'elle impliquait la mobilisation de nombreux membres de la société, la mise à disposition de ses équipements et matériels tels imprimantes, photocopieurs ou scanners sur une durée illimitée qui pouvait être de plusieurs jours ou de plusieurs mois, que pour un grand nombre de mots clés, il n'était pas précisé en quoi ils pouvaient être pertinents s'agissant notamment de la plupart des noms de personnes mentionnés au point 2. 1. 1 de l'ordonnance sur requête, que l'utilisation de termes génériques et vagues relatifs au champ lexical de l'emploi ou encore aux projets confidentiels « Nice » ou « Generali » étaient susceptibles de renvoyer à un grand nombre de documents sans rapport avec le litige, que l'utilisation à titre de mots clés sans aucune restriction du nom de quinze entreprises qui n'étaient pas seulement des clientes de la société CSC mais également de la société IBM pouvait conduire à un audit de son activité commerciale et que certaines des recherches étaient à mener sur l'ensemble du système d'information de la société IBM y compris les sauvegardes, en a exactement déduit que la mission de l'huissier de justice n'était pas proportionnée à l'objectif poursuivi ni suffisamment circonscrite et limitée dans le temps ».

L. 153-1, 1° du code de commerce : « *Prendre connaissance seul de cette pièce afin de décider, s'il l'estime nécessaire, de limiter sa communication ou sa production à certains de ses éléments, d'en ordonner la communication ou la production sous une forme de résumé ou d'en restreindre l'accès, pour chacune des parties, au plus à une personne physique et une personne habilitée à l'assister ou la représenter* »¹¹²⁰. Si cette interprétation venait à être retenue, une question se poserait quant au paiement du coût de l'expertise : la consignation et le paiement définitif de la mesure pèseront-ils sur le demandeur ou son adversaire ? Cette interrogation est importante dans la mesure où le défaut de versement de la consignation par la partie condamnée à y procéder entraîne nécessairement la caducité de la désignation de l'expert. Il est à penser que le pouvoir souverain du juge en la matière doit s'appliquer.

En second lieu, il peut être considéré que l'article L. 153-1, 1° du code de commerce s'appliquerait dans l'hypothèse où la mesure d'instruction sollicitée originairement par une partie devant une juridiction civile ou commerciale, et dont le déroulement est susceptible de porter atteinte au secret des affaires de son adversaire, est une expertise. Ce n'est qu'après examen de la pièce par ses soins que le juge déciderait de procéder à l'instauration de l'expertise réclamée et de lui appliquer les garanties de protection offertes par l'article L. 153-1 du code de commerce. Ce texte n'aurait dès lors pas vocation à être mis en œuvre si une autre mesure d'instruction réalisée par un technicien est demandée. Si tel est l'esprit de cette disposition, cela reviendrait à limiter profondément la protection voulue par l'ensemble de l'article L. 153-1 du code de commerce. Même si l'expertise constitue la majorité des mesures d'instruction sollicitées dans le cadre des actions en concurrence déloyale ou impliquant des informations couvertes par le secret des affaires, il n'y a pas lieu de négliger les autres, qui peuvent présenter une certaine efficacité, particulièrement en termes de coût et de délais. Il est ainsi proposé une rédaction de l'article L. 153-1, 1° dans les termes suivants : « *Prendre connaissance seul de cette pièce et, s'il l'estime nécessaire, ordonner une expertise **ou toute autre mesure d'instruction exécutée par un technicien** et solliciter l'avis, pour chacune des parties, d'une personne habilitée à l'assister ou la représenter, afin de décider s'il y a lieu d'appliquer des mesures de protection prévues au présent article* ».

426. L'instauration d'une obligation de confidentialité à l'égard de toute personne ayant accès à une pièce couverte par le secret des affaires constitue la seconde garantie de

¹¹²⁰ Texte de la commission de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion sur de la proposition de loi, modifiée par le Sénat, relative à la protection du secret des affaires (n° 893), n° 506, site internet du Sénat, <https://www.senat.fr/leg/pp117-506.pdf>

protection du secret des affaires initiée par la loi du 30 juillet 2018 (2).

2. L'obligation de confidentialité résultant de l'article L. 153-2 du code de commerce

427. Présentation. L'article L. 153-2 alinéa 1er du code de commerce énonce que « *Toute personne ayant accès à une pièce ou au contenu d'une pièce considérée par le juge comme étant couverte ou susceptible d'être couverte par le secret des affaires est tenue à une obligation de confidentialité lui interdisant toute utilisation ou divulgation des informations qu'elle contient* ». Cette disposition s'avère très protectrice. D'une part, elle insiste sur le fait que « toute personne » est soumise à une obligation de confidentialité dès lors qu'elle a pu accéder, dans le cadre d'un procès, à des pièces couvertes par le secret des affaires, ce qui regroupe une large catégorie d'individus. La confidentialité s'impose donc à l'expert qui aurait été chargé par une juridiction civile ou commerciale de procéder à des investigations impliquant l'accès à une pièce couverte par le secret des affaires¹¹²¹. Cet impératif s'étend aussi au sapiteur ainsi qu'au collaborateur auxquels l'expert peut avoir fait appel dans le cadre de ses investigations. D'autre part, l'article L. 153-2 alinéa 1er définit ce qu'implique l'obligation de confidentialité, à savoir l'interdiction de toute utilisation ou divulgation des informations contenues par la pièce. L'ensemble de ces précisions permet, en définitive, d'exercer de manière plus efficace l'action en responsabilité civile délictuelle résultant d'une atteinte à l'obligation de confidentialité. Il faudra en effet que la partie lésée prouve que la faute commise par l'expert consiste en une utilisation ou en une divulgation des informations contenues par la pièce. La protection produite par l'article L. 153-2 est renforcée dans la mesure où son dernier alinéa prévoit que l'obligation de confidentialité perdure à l'issue de la procédure.

428. Condition particulière. L'obligation de confidentialité est toutefois subordonnée à la condition selon laquelle le juge considère que la pièce est couverte ou est susceptible d'être couverte par le secret des affaires. Il faut ainsi que le caractère secret ou potentiellement secret de la pièce soit reconnu par celui-ci dans une décision. C'est ici que son rôle présente une importance particulière. Par conséquent, lorsqu'une juridiction civile ou commerciale fait droit à une demande d'expertise judiciaire, il lui reviendra de préciser, dans la motivation et le

¹¹²¹ Il convient de préciser que l'article L. 153-2, alinéa 3 du code de commerce indique que « *les personnes ayant accès à la pièce ou à son contenu ne sont liées par cette obligation ni dans leurs rapports entre elles ni à l'égard des représentants légaux ou statutaires de la personne morale partie à la procédure* ».

dispositif de sa décision que la pièce est couverte ou susceptible d'être couverte par le secret des affaires. Ce n'est que le cas échéant que l'expert se retrouvera soumis à l'obligation de confidentialité résultant de l'article L. 153-2 alinéa 1er du code de commerce.

429. Pluralité de sanctions. L'obligation de confidentialité prévue par la loi du 30 juillet 2018, dont le non-respect par celui qui y est tenu entraîne la mise en œuvre de sa responsabilité civile, se superpose ainsi à l'obligation au secret professionnel prévu à l'article 226-13 du code pénal¹¹²², dont l'atteinte engendre la responsabilité pénale de celui qui y est assujetti. En conséquence, la violation du secret des affaires par l'expert peut conduire à ce que soient prononcées à son encontre des sanctions civiles et pénales. La possibilité de consacrer une sanction pénale spécifique à l'atteinte au secret des affaires avait été évoquée au cours des débats parlementaires, mais il a été décidé d'y réfléchir ultérieurement¹¹²³. La loi relative à la protection du secret des affaires exerce enfin une influence sur la mise en œuvre de l'article 244 alinéa 3 du code de procédure civile interdisant à l'expert « *de révéler les autres informations dont il pourrait avoir connaissance à l'occasion de l'exécution de sa mission* ». Les « autres informations » visent notamment celles couvertes par le secret des affaires. Il s'agit en définitive de protéger les parties à la procédure d'une révélation par l'expert des informations contenues dans une pièce couverte par le secret des affaires, alors que l'examen de cette pièce n'entre pas dans le cadre d'aucune mission que le juge a confiée au professionnel.

430. La nécessité de préservation du secret des affaires dans les instances civiles et commerciales doit conduire à prévoir d'autres garanties de protection de ce secret. C'est dans cet objectif que s'inscrit la mesure d'expertise judiciaire de substitution (B).

¹¹²²C. pén., art. 226-13 : « *La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende* ».

¹¹²³Comptes rendus des commissions mixtes paritaires, 24 mai 2018, Commission mixte paritaire sur la proposition de loi relative à la protection du secret des affaires, site internet du Sénat : <https://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20180521/cmp.html#toc2>

B. UNE PRÉSERVATION PRÉVENTIVE DU SECRET DES AFFAIRES : LA PROMOTION DE L'EXPERTISE JUDICIAIRE EN TANT QUE MESURE DE SUBSTITUTION

431. Dangers des demandes de communication et de production de pièces. Le fait pour une juridiction civile ou commerciale de faire droit à la demande d'une partie tendant à voir condamner son adversaire ou un tiers à lui communiquer ou à produire une pièce présente un risque. Celui-ci réside dans l'accès direct par le demandeur aux pièces détenues par son concurrent et susceptibles d'être couvertes par le secret des affaires. Si ces demandes sont formulées en référé, le danger s'intensifie puisque le requérant peut faire le choix, après avoir obtenu la communication des pièces souhaitées, de ne pas exercer ultérieurement une action au fond. La procédure initiée par celui-ci devient alors un instrument permettant l'obtention ou la divulgation du secret des affaires. Ainsi, les dispositions du code de procédure civile relatives à la communication des pièces par une partie ou un tiers¹¹²⁴ peuvent entrer en conflit avec le besoin de protéger le secret des affaires. L'obligation de confidentialité découlant de l'article L. 153-2 du code de commerce applicable à toute personne ayant accès à une pièce ou au contenu d'une pièce couverte par le secret des affaires s'avère cette fois-ci insuffisante. En effet, cette disposition prévoit une sanction pour toute personne qui utilise ou divulgue des informations confidentielles uniquement sur le plan civil, et pas d'un point de vue pénal.

Face à ce problème, il convient d'affirmer que les mesures d'instruction réalisées par un technicien conduisent à la préservation du secret des affaires puisque ce technicien est un tiers soumis au secret professionnel¹¹²⁵. La mesure d'expertise, en ce qu'elle implique de surcroît une analyse plus complète des pièces, s'inscrit parfaitement dans ce constat. Il est certain que l'expert obtiendra plus facilement la confiance de la partie défenderesse condamnée à lui communiquer des pièces sensibles. En conséquence, il devrait être possible pour le juge de remplacer une demande de communication ou de production de pièces par une mesure d'instruction prévue dans le code de procédure civile.

¹¹²⁴ Les articles 132 et suivants du code de procédure civile prévoient le régime de la communication des pièces entre les parties et les articles 138 et suivants du code de procédure civile prévoient celui de l'obtention des pièces détenues par un tiers. La production des pièces détenues par une partie est régie par l'article 142 du code de procédure civile qui renvoie aux articles 138 et 139 du code.

¹¹²⁵ Le technicien est également soumis au respect du secret tel que prévu par les articles 244 alinéa 3 et 247 du code de procédure civile, ainsi qu'à une obligation de confidentialité selon la loi relative à la protection du secret des affaires.

432. Illustration : un arrêt de la Cour de cassation du 22 juin 2017¹¹²⁶. En pratique, la demande de remplacement d'une communication de pièces par une mesure d'expertise avait déjà été traitée par la Cour de cassation, dans une décision du 22 juin 2017 aux termes de laquelle elle invitait les juges du fond à procéder à un contrôle de proportionnalité entre le droit à la preuve du requérant devant établir des actes de concurrence déloyale et la protection du secret des affaires de son adversaire¹¹²⁷. En l'espèce, considérant qu'un ancien agent général ayant travaillé pour elles se livrait à des actes de concurrence déloyale, les sociétés Allianz avaient obtenu, à la suite d'une procédure de référé, la communication de pièces permettant de retracer ses nouvelles activités d'agent général et de courtier en assurances chez la société GAN Assurances. Dans le cadre d'un appel formé par cet agent général, les sociétés GAN étaient intervenues volontairement à l'instance afin de soutenir que la communication forcée ordonnée en première instance portait atteinte à leurs secrets d'affaires. Elles indiquaient notamment que cette délivrance de pièces permettrait la divulgation d'informations confidentielles tant sur leur portefeuille de clientèle que sur leur politique tarifaire. C'est pourquoi elles sollicitaient que cette mesure soit substituée par une mesure d'expertise judiciaire, puisque l'expert désigné, soumis au respect du secret professionnel, assurerait une protection plus efficace du secret des affaires. Les juges du fond ont rejeté cette demande en considérant que *« ni le secret d'affaires ni la circonstance qu'elles soient propriétaires du "fichier clients" constitué par leur agent général ne suffisent à justifier, au regard de la manifestation de la vérité, qu'elles s'opposent à la production en justice d'éléments de preuve que les sociétés Allianz ne peuvent obtenir par leurs propres moyens et qui sont nécessaires à l'appréciation de l'existence et, le cas échéant, de l'ampleur d'un détournement de clientèle permettant de qualifier une concurrence déloyale »*. Cette solution paraissait classique¹¹²⁸ puisqu'elle s'inspirait de l'arrêt de la Cour de cassation du 7 janvier 1999¹¹²⁹ affirmant le caractère non absolu du secret des affaires dans la mise en œuvre de mesures d'instruction *in futurum*.

Au visa des articles 10 et 145 du code de procédure civile, la Cour de cassation casse et annule l'arrêt de la cour d'appel au motif qu'il appartenait au juge du fond, avant de refuser

¹¹²⁶Cass. civ., 1ère, 22 juin 2017, n° 15-27.845, préc.

¹¹²⁷S. PELLET, « Le principe de proportionnalité au secours du secret des affaires ! », note sous Cass. civ., 1ère, 22 juin 2017, n° 15-27845, L'ESSENTIEL Droit des contrats, 1er sept. 2017, n° 8, p. 5.

¹¹²⁸G. GOFFAUX CALLEBAUT, « Le secret des affaires enfin pris en compte face aux mesures d'instruction *in futurum* », note sous Cass. civ., 1ère, 22 juin 2017, n° 15-27.845, Bull. Joly Sociétés, 1er nov. 2017, n° 11, p. 18.

¹¹²⁹Cass. civ, 2ème, 7 janv. 1999, n° 95-21.934, préc.

l'expertise sollicitée par les compagnies GAN, de rechercher si cette mesure n'était pas mieux proportionnée au droit des sociétés Allianz d'établir la preuve de concurrence déloyale alléguée et à la préservation du secret d'affaires des compagnies GAN. Cette solution n'est pas sans rappeler celle du 5 avril 2012¹¹³⁰, précisée par une décision du 25 février 2016¹¹³¹, consacrant le droit à la preuve et instaurant par la même occasion un contrôle de proportionnalité entre ce droit à la preuve et un droit subjectif auquel une atteinte pourrait être portée. Il revient ainsi aux juges du fond de rechercher un équilibre, une conciliation¹¹³², entre une éventuelle atteinte au secret des affaires et le droit à la preuve, matérialisé par la nécessité de préserver ou d'établir des preuves avant un procès. De plus, lorsque la Cour de cassation énonce qu'il « incombe » au juge de « rechercher » cet équilibre entre le secret des affaires et le droit à la preuve, elle lui impose de motiver son choix¹¹³³.

Dans un arrêt du 1er février 2018, la cour d'appel de Douai, juridiction à laquelle a été renvoyée l'affaire par la Cour de cassation a su relever le caractère protecteur d'une mesure d'expertise. C'est ainsi qu'elle a décidé que *« dès lors que l'expertise confiée à un tiers soumis au secret professionnel est proportionnée au droit des sociétés Allianz d'établir la preuve d'actes de concurrence interdite ou déloyale attribués à l'agent général et à la préservation des secrets d'affaires des sociétés Gan, il convient de l'ordonner au lieu et place de la communication de pièces sollicitée »*¹¹³⁴. Les juges du fond exercent désormais le contrôle de proportionnalité requis par la Cour de cassation. En témoigne un arrêt du 23 mars 2018 aux termes duquel la cour d'appel de Paris a décidé qu'une demande d'injonction de communication *« relève d'une juste proportion entre les intérêts antagonistes des deux parties tenant d'une part au secret des affaires et d'autre part au droit à la preuve »*¹¹³⁵. La juridiction a en effet considéré que la nature des documents sollicités et l'année de leur rédaction ne permettaient pas de porter atteinte au secret des affaires d'une entreprise partie à

¹¹³⁰Cass. civ., 1ère, 5 avr. 2012, n° 11-14.177, préc.

¹¹³¹Cass. civ., 1ère, 25 févr. 2016, n° 15-12.403, préc. : la première chambre civile y énonce que *« le droit à la preuve ne peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie privée qu'à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi »*.

¹¹³²**R. SCHULZ**, « Référé expertise : motif légitime, caractère légalement admissible de la mesure et contrôle de la proportionnalité », note sous Cass. civ., 1ère, 22 juin 2017, n° 15-27.845, RGDA, 1er oct. 2017, n° 10, p. 529.

¹¹³³**M. KEBIR**, « Mesures d'instruction *in futurum* et secrets d'affaires : contrôle de proportionnalité », note sous Cass. civ., 1ère, 22 juin 2017, n° 15-27.845, préc. : Dalloz actu., 7 juill. 2017.

¹¹³⁴CA, Douai, 1er février 2018, ch. 1, section 2, n° 17/04863 : *« [...] une mesure d'expertise judiciaire confiée à un tiers soumis au secret professionnel chargé d'analyser les portefeuilles de clientèle Allianz et Gan, de les comparer et de dresser une liste des clients communs est proportionnée au droit des sociétés Allianz Iard et Allianz Vie d'établir la preuve d'actes de concurrence interdite ou déloyale attribués à l'agent général et à la préservation des secrets d'affaires des sociétés Gan Iard et Groupama Gan Vie »*.

¹¹³⁵CA, Paris, 23 mars 2018, pôle 1, ch. 8, n° 17/14613.

l'instance.

433. Originalité de l'arrêt du 22 juin 2017. La spécificité de cet arrêt réside dans ce que le droit à la preuve se manifeste sous l'angle d'une mesure d'instruction de substitution sollicitée par une partie ayant exercé une intervention volontaire à l'instance en appel. Le droit à la preuve n'est ainsi pas envisagé au regard du demandeur initial qui sollicite de lui-même l'obtention d'une preuve, mais vis-à-vis du défendeur qui lui propose un autre moyen de preuve, plus adapté à ses intérêts.

434. Promotion du droit à l'expertise et du secret des affaires. L'instauration jurisprudentielle du contrôle de proportionnalité en matière de secret des affaires conduit à relever de nouveau la pertinence d'un droit à l'expertise judiciaire en droit positif. Cet arrêt ne fait que promouvoir ce dernier puisque le contrôle de proportionnalité exigé par la Cour de cassation impose aux juges du fond de s'interroger sur la pertinence d'une expertise au regard de l'établissement d'actes de concurrence interdite voire déloyale et de respect du secret des affaires. L'expertise constitue donc l'élément déterminant de l'action en concurrence déloyale ultérieurement exercée par les demandeurs, laquelle s'exercerait dans le respect renforcé du secret des affaires¹¹³⁶. C'est donc également le secret des affaires qui se retrouve valorisé par l'instauration du contrôle de proportionnalité. Celui-ci bénéficie, par le biais de cette mise en balance des intérêts, d'une protection plus efficace.

435. Proposition finale. Il est ainsi proposé d'ériger les mesures d'instruction en mesure de substitution à une demande de communication ou de production de pièces lorsque le secret des affaires d'une partie à l'instance est en jeu. Dès lors, le code de commerce devrait prévoir, dans ses articles relatifs au secret des affaires, la disposition suivante : « *Si, dans le cadre d'une instance civile ou commerciale, une partie sollicite la communication ou la production d'une pièce dont il est allégué par l'autre partie ou un tiers ou dont il a été jugé qu'elle est de nature à porter atteinte à un secret des affaires, le juge peut, à la demande d'une partie ou d'un tiers, et après un examen des intérêts antinomiques en présence, remplacer la demande de communication ou de production de la pièce par l'instauration d'une mesure d'instruction réalisée par un technicien* ». Cette possibilité ne saurait faire

¹¹³⁶ **H. BARBIER**, « Quand les secrets des affaires ou de la vie privée ont raison des mesures d'instruction *in futurum* », obs. sous Cass. civ., 1ère, 22 juin 2017, n° 15-27.845, préc. et Cass. civ., 2ème, 17 mars 2016, n° 15-11.412, bulletin d'information 2016, n° 846, II, n° 1050 : RTD civ., 2017, p. 661.

l'objet d'un prononcé d'office par le juge. Il est nécessaire que ce soit les parties qui l'invitent à procéder à une substitution. En effet, si le juge venait à prononcer de lui-même le remplacement d'une demande de communication ou de production de pièces par une mesure d'instruction, compliquée serait la tâche pour lui de désigner la partie sur laquelle pèserait le financement de la mesure. Dans ce cas, il devrait être ajouté à la disposition proposée la formulation suivante : « *Dans le cas où le juge constate qu'une demande de communication ou de production de pièce est susceptible de porter atteinte au secret des affaires d'une partie ou d'un tiers, il peut proposer aux parties de remplacer cette demande par l'instauration d'une mesure d'instruction réalisée par un technicien* ». La proposition effectuée par le juge permettrait donc aux parties de discuter de l'opportunité d'un remplacement et notamment de discuter du financement de la mesure d'instruction. Enfin, en tout état de cause, cela n'empêchera pas le juge d'assortir au prononcé de la mesure d'instruction de substitution les garanties offertes par l'article L. 153-1 du code de commerce.

CONCLUSION DU CHAPITRE

436. Un droit à l'expertise judiciaire non absolu. Il est difficile d'admettre l'existence d'un droit à l'expertise judiciaire absolu lorsqu'il est envisagé à la lumière des droits fondamentaux subjectifs. Le droit au respect de la vie privée et familiale, principale garantie substantielle concernée par cette étude, illustre ce constat et offre un contraste original. En effet, il est intéressant de relever qu'il constitue à la fois un support et un obstacle pour la reconnaissance d'un droit à l'expertise judiciaire. En témoigne le droit à l'expertise biologique en matière de filiation, lequel est consacré par la jurisprudence sur le fondement de l'article 8 de la Conv. EDH, et peut se retrouver limité dans l'hypothèse où l'adversaire du requérant fait prévaloir, à son tour, le droit au respect de sa vie privée.

437. L'utilité du contrôle de proportionnalité. L'étude des rapports entre expertise judiciaire et droits fondamentaux subjectifs a mis en évidence l'importance du contrôle de proportionnalité en la matière. Eu égard à l'importance que la jurisprudence lui confère, il est possible d'affirmer que celui-ci aura tendance à se généraliser lors d'une confrontation entre le droit à la preuve et le droit au respect de la vie privée et familiale, en d'autres termes lors d'un conflit entre un droit procédural et un droit subjectif. Et ce ne sera que s'il triomphe après la mise en œuvre de cet examen que le droit à l'expertise judiciaire pourra être considéré comme effectif. Ce contrôle de proportionnalité se manifeste à plusieurs égards. La première manifestation de ce contrôle est explicite, puisque la jurisprudence exige du juge de procéder à un tel examen. C'est le cas en matière de respect du secret des affaires dans la mesure où le recours au contrôle de proportionnalité permet la mise en œuvre d'une mesure d'expertise de substitution davantage protectrice du secret. L'importance du contrôle est renforcée dans la mesure où, en matière d'expertise biologique, il peut s'appliquer même lorsque la mesure a été préalablement refusée par le juge pour un motif légitime. La deuxième manifestation du contrôle est plus implicite et découle du concept d'« intérêt légitime » de ne pas procéder à une mesure d'instruction biologique. Il est évident qu'en étant amené à se prononcer sur la légitimité de l'instauration d'une mesure d'expertise biologique ou d'une mesure d'instruction susceptible de porter atteinte au secret des affaires, le juge va opérer une forme d'examen et peser des intérêts contradictoires.

438. Préoccupations législatives. L'étude de l'expertise judiciaire au regard des droits fondamentaux subjectifs a également révélé le souci du législateur de voir assurer le respect de ces derniers lorsqu'une mesure d'instruction est sollicitée et organisée. Les textes récents relatifs à la protection du secret des affaires s'efforcent en effet de concilier le droit à l'expertise et le respect de la vie privée en offrant des garanties procédurales efficaces. L'approfondissement de la question a en définitive permis de faire ressortir le caractère protecteur de la mesure d'expertise judiciaire.

CONCLUSION DU TITRE 1

439. Un droit à l'expertise variable. À l'issue de cette étude, il est possible d'affirmer que le droit à l'expertise judiciaire est incertain. En effet, il varie en fonction du support qui lui est attribué. Lorsqu'il est envisagé au regard des droits fondamentaux procéduraux, l'avènement du droit à l'expertise judiciaire paraît peu contestable. Cette solution est cohérente si l'on considère que les droits fondamentaux procéduraux ont pour mission de protéger l'individu lorsqu'il exerce une action en justice, et partant de simplifier son parcours probatoire. L'affirmation expresse du droit à la preuve, qui modifie les places respectives du juge et des parties dans l'administration de la preuve, renforce cette hypothèse. Dans ce cas, le droit au juge se retrouve confronté à un risque puisque la liberté d'appréciation du magistrat quant à la légitimité et à l'utilité d'une mesure d'expertise se retrouve réduite. Ce constat ne s'opère évidemment pas dans les hypothèses spécifiques d'expertises obligatoires. En revanche, lorsqu'il est examiné à la lumière des droits fondamentaux subjectifs, le droit à l'expertise judiciaire ne peut être considéré comme absolu. À cet égard, le juge conserve son pouvoir d'appréciation. Tout d'abord parce qu'il n'appartient qu'à lui de caractériser un motif légitime de ne pas procéder à la mesure et, ensuite, par la mise en œuvre d'un contrôle de proportionnalité. Dans les deux cas, son pouvoir d'appréciation est pleinement renforcé. De plus, le droit à l'expertise est aussi limité par des considérations humaines. En effet, parce que les droits fondamentaux substantiels protègent l'être humain notamment au regard de son physique, de sa personnalité et de sa pensée, ce dernier constitue un critère légitime empêchant la réalisation du droit à l'expertise. Le fait de consentir à une mesure d'expertise biologique l'illustre bien.

440. Complémentarité des droits fondamentaux procéduraux et subjectifs. Dans le cadre de cette étude, il est apparu opportun, d'un point de vue théorique, de dissocier les droits fondamentaux procéduraux d'un côté, et les droits fondamentaux subjectifs de l'autre pour se prononcer sur la pertinence d'un droit à l'expertise judiciaire. Cependant, en pratique, une telle opposition demeure impossible. En effet, une action en justice, pour faire valoir le respect d'un droit subjectif, s'exerce toujours sous l'égide du droit procédural au juge. De plus, lorsqu'une expertise est sollicitée, celle-ci suppose nécessairement la réalisation du droit à la preuve. Des droits fondamentaux de natures différentes s'imbriquent ainsi, et la reconnaissance d'un droit à l'expertise judiciaire ne dépendra que de la mise en œuvre d'un

contrôle de proportionnalité entre ces droits. En définitive, l'émergence d'un droit à l'expertise judiciaire dépend inévitablement du moment dans lequel on se place. En effet, au stade de la demande d'une expertise judiciaire, la reconnaissance de ce droit est relative puisque l'instauration de la mesure découlera soit d'un contrôle de proportionnalité, soit d'une disposition légale rendant obligatoire son prononcé. Au stade du déroulement de l'expertise, l'émergence de ce droit est plus pertinente puisque le juge est tenu d'ordonner une mesure d'instruction supplémentaire, de la compléter ou d'entendre les explications du technicien s'il estime ne pas être suffisamment éclairé par ses conclusions.

441. Plus qu'une mutation de l'expertise civile, la reconnaissance d'un droit à l'expertise judiciaire représente une problématique essentielle de la procédure civile, à laquelle les droits fondamentaux participent activement. La mutation de l'expertise civile, à la lumière des droits fondamentaux, ne se cantonne pas à la sphère judiciaire, elle la dépasse. C'est la raison pour laquelle les expertises non judiciaires se retrouvent confrontées à la question du respect des droits fondamentaux (Titre 2).

TITRE 2 : LE DROIT À L'EXPERTISE NON JUDICIAIRE AU REGARD DES DROITS FONDAMENTAUX

442. Avant-propos. La reconnaissance d'un droit à la preuve autonome a renforcé la place des expertises non judiciaires dans le procès. L'expertise unilatérale et l'expertise amiable¹¹³⁷ deviennent de véritables modes de preuve et cohabitent avec l'expertise judiciaire. Pourtant, le fait que ces mesures ne soient pas ordonnées par un juge mais directement dirigées par les parties intéressées démontre le risque qu'elles peuvent présenter au regard du respect des droits fondamentaux procéduraux ou subjectifs. Il apparaît donc nécessaire de déterminer quelle est l'importance accordée aux garanties fondamentales dans les expertises non judiciaires.

443. Plan. En fonction du type d'expertise non juridictionnelle qui est envisagé, la nécessité de respect des droits fondamentaux varie en intensité. Le danger semble plus prononcé lorsque le juge se retrouve confronté à un rapport d'expertise unilatérale puisque celle-ci s'est déroulée en l'absence de l'adversaire de celui qui le produit. À ce titre la recevabilité de cette pièce dans le procès doit être strictement encadrée (Chapitre 1). En revanche, lorsque l'expertise est amiable, il convient de remarquer que les parties tiennent à ce que les opérations de l'expert se déroulent conformément aux droits fondamentaux. Dans ce cas, ceux-ci s'expriment de manière originale (Chapitre 2).

¹¹³⁷Plusieurs juridictions ont eu tendance par le passé à regrouper les expertises amiables et unilatérales sous le terme unique d'« expertises amiables » (Cass. civ., 3ème, 3 oct. 1991, n° 90-12.214, Bull. civ. III, n° 221, p. 130 ; Cass. civ., 1ère, 11 mars 2003, n° 01-01.430, Bull. civ. I, n° 70, p. 53) : « *ce genre d'incertitude met en évidence les dangers d'un vocabulaire imprécis dont on cerne mal les contours* » (R. PERROT, obs. sous Cass. civ., 1ère, 24 sept. 2002 : Procédures, 2002, comm. 200).

CHAPITRE 1 : LA RECEVABILITÉ DE L'EXPERTISE UNILATÉRALE DANS LE PROCÈS

444. Expertise unilatérale légale et expertise unilatérale privée. L'expertise unilatérale se caractérise par une mesure d'instruction exécutée par un expert diligenté par une seule partie, laquelle définit la mission de celui-ci et le rémunère dans la majorité des cas. La nomination du professionnel, la détermination de sa mission et la fixation de sa rémunération ne résultent ainsi pas d'une décision judiciaire. L'expertise unilatérale correspond à plusieurs situations, ce qui implique d'établir une autre distinction. D'une part, la loi prévoit le recours pour certaines entités à des expertises unilatérales dont les modalités sont spécifiquement définies afin de préserver les droits fondamentaux. À leur égard, il est convenable d'évoquer le terme d'« expertises unilatérales légales ». Généralement, ces mesures ont un but prospectif ou de poursuite de l'intérêt général. C'est par exemple le cas de l'expert-comptable ou de tout autre expert habilité mandatés par le comité social et économique conformément aux articles L. 2315-78 et suivants du code du travail dont certaines obligations, comme le respect du secret¹¹³⁸, et la rémunération¹¹³⁹ sont strictement prévues par les dispositions du même code. Le code de la santé publique prévoit, pour sa part, la possibilité pour le ministre chargé de la santé ou pour d'autres autorités et organismes listés dans le code de faire réaliser des expertises dans les domaines de la santé et de la sécurité sanitaire¹¹⁴⁰. Dans le cadre de ces mesures, l'article L. 1452-1 du code de la santé publique énonce que l'expertise sanitaire doit garantir les principes d'impartialité, de transparence, de pluralité et du contradictoire. D'autre part, il est possible pour une personne de faire procéder elle-même, sans l'appui d'une disposition légale, à une expertise dans son intérêt propre. Il s'agit alors d'une expertise unilatérale privée, aussi qualifiée d'« officieuse ».

445. Particularité de l'expertise unilatérale privée. L'expertise unilatérale privée n'a pas vocation à respecter les droits fondamentaux dans son déroulement. Ceci emporte deux conséquences, que ce soit dans le cadre de son déroulement ou au moment de sa

¹¹³⁸C. trav., art. L. 2315-84 : « L'expert est tenu aux obligations de secret et de discrétion définies à l'article L. 2315-3 » (cette disposition prévoit en effet que : « les membres de la délégation du personnel du comité social et économique sont tenus au secret professionnel pour toutes les questions relatives aux procédés de fabrication. Les membres de la délégation du personnel du comité social et économique et les représentants syndicaux sont tenus à une obligation de discrétion à l'égard des informations revêtant un caractère confidentiel et présentées comme telles par l'employeur »).

¹¹³⁹C. trav., art L. 2315-80.

¹¹⁴⁰C. santé pub., art. L. 1452-2.

production. Tout d'abord, puisque l'expertise officieuse n'est pas réglementée, c'est-à-dire qu'elle ne relève pas des dispositions du code de procédure civile, elle n'a pas à se dérouler dans le respect du principe du contradictoire, d'autant plus que le professionnel désigné unilatéralement ne présente pas les qualités d'indépendance et d'impartialité requise pour les experts judiciaires¹¹⁴¹. La nature même de cette expertise ainsi que son intérêt la dispensent de cette obligation pourtant applicable à l'expertise judiciaire. De plus, il est très probable qu'après une éventuelle production aux débats¹¹⁴², le rapport d'expertise unilatérale, en ce qu'il contient des éléments techniques qui échappent à la compétence du juge, soit de nature à emporter la conviction de ce dernier. Ceci représente un risque important dans la mesure où l'expertise n'a pas été organisée judiciairement et peut créer un déséquilibre entre les parties à l'instance. En conséquence, alors que l'établissement de l'expertise officieuse porte atteinte au principe du contradictoire, sa prise en compte par le juge peut violer le principe d'égalité des armes.

446. Acceptation de la production de l'expertise unilatérale dans le procès. Malgré les atteintes causées aux droits fondamentaux, la jurisprudence admet qu'un rapport d'expertise unilatérale puisse être versé au cours d'un procès par la partie qui y a recouru. Cette acceptation résulte tout d'abord des principes de liberté de la preuve¹¹⁴³ et du droit à la preuve admettant en partie que tout justiciable peut soumettre au juge ses propres moyens de preuve¹¹⁴⁴. La prise en compte du rapport d'expertise officieuse s'explique également par son utilité pour le juge, lequel peut s'en servir pour actualiser les résultats d'une expertise

¹¹⁴¹ À l'exception de l'expert assistant l'huissier pratiquant une saisie contrefaçon conformément aux articles L. 332-1 (en matière de droit d'auteur), L. 332-4 (en matière de logiciel), L. 521-4 (en matière de dessins et modèles), L. 615-5 (relatif aux brevets d'invention), et L. 716-7 (concernant les marques) du code de la propriété intellectuelle. La Cour de cassation a jugé que le droit à un procès équitable, consacré par l'article 6 § 1 de la Conv. EDH, exige que l'expert mentionné par le second pour assister l'huissier instrumentaire ou le commissaire de police procédant à la saisie-contrefaçon d'un logiciel, soit indépendant des parties (Cass. civ., 1ère, 06 juill. 2000, préc.).

¹¹⁴² Le rapport officieux peut également intervenir hors litige : soit à titre informatif, ou permettre une négociation entre les parties sans recours au juge.

¹¹⁴³ C. AVELA, « Le droit de la preuve en France », Gaz. Pal. éd. gé., 4 févr. 2012, n° 45, p. 15 : « *Le droit de la preuve en France est particulièrement libéral. Contrairement à une croyance largement répandue, selon laquelle notre droit implique en principe une preuve par écrit, le principe demeure dans l'immense majorité des situations, celui de la liberté probatoire* ».

¹¹⁴⁴ N. FRICERO, « Expertise amiable : vous avez dit « amiable » ? », Procédures n° 4, avr. 2013, alerte n° 31 : « *La reconnaissance par la Cour de cassation dans un arrêt du 5 avril 2012 [...] d'un véritable " droit à la preuve " sur le fondement de l'article 6 de la Convention européenne et de l'article 9 du Code de procédure civile peut également justifier cette recevabilité. « Attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher si la production litigieuse n'était pas indispensable à l'exercice de son droit à la preuve, et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » : si une preuve « déloyale » peut être admise, a fortiori, une expertise non judiciaire doit l'être !* ».

antérieure¹¹⁴⁵. Cette utilité s'étend également à la réalisation du principe d'économie procédurale, puisqu'il permet au juge de prendre connaissance du rapport d'une expertise qui n'a pas été judiciairement diligentée, faisant l'économie temporelle et financière d'une instance tendant à voir instaurer la mesure et des investigations de l'expert. L'admissibilité de l'expertise officieuse dans le procès résulte enfin de la combinaison des règles du code de procédure civile et du code civil relatives à la preuve. En effet, selon l'article 6 du code de procédure civile, il appartient aux parties d'alléguer les faits propres à fonder leurs prétentions, cette preuve pouvant être rapportée par « *tous moyens* » conformément à l'article 1358 du code civil. La mise en œuvre de ces dispositions autorise le plaideur à soumettre une pièce qu'il s'est lui-même constitué et l'autorise implicitement à porter atteinte aux droits fondamentaux de son adversaire. Toutefois, il résulte de l'article 9 du code de procédure civile qu'une partie prouve les faits nécessaires au succès de sa prétention « *conformément à la loi* ». Ce garde-fou explique que la jurisprudence, bien qu'acceptant la soumission d'une preuve constituée dans le non-respect des droits fondamentaux, encadre sa recevabilité en justice. À ce titre, le respect des droits fondamentaux s'exercera par un contrôle juridictionnel *a posteriori*, c'est-à-dire après la production de l'expertise unilatérale aux débats. Ce contrôle, qui confère au juge un pouvoir de moralisation de la preuve, permet de limiter le principe de liberté de la preuve afin qu'il ne dégénère pas en abus.

447. Plan. La loi n'encadre pas le régime de recevabilité de l'expertise unilatérale, quand bien même la modernisation de la justice commanderait d'inclure dans les textes internes le traitement des preuves librement constituées et officieuses¹¹⁴⁶. Le recours de plus en plus fréquent à ce mode de preuve implique qu'il soit régulé par des textes coercitifs. À l'heure actuelle, c'est la jurisprudence qui se charge d'édicter les principes en la matière. Ainsi, pour déclarer recevable une expertise officieuse, lui conférer une valeur et lui ôter toute suspicion¹¹⁴⁷, la Cour de cassation invite le juge à s'assurer que sa production en justice a

¹¹⁴⁵ En effet, il a été admis que le juge pouvait faire prévaloir une expertise officieuse sur une expertise judiciaire ancienne dans la mesure où l'expertise unilatérale non contradictoire ne contredisait pas les résultats de l'expert judiciaire mais qu'elle le complétait en réactualisant les estimations auxquelles celui-ci avait procédé treize ans plus tôt, ainsi « *c'est à juste titre que l'arrêt retient [...] que, les biens successoraux devant être estimés à la date la plus proche du partage, il convenait en conséquence de retenir l'évaluation de M. Z... [expert officieux]* » (Cass. civ., 1ère, 6 mars 2007, n° 05-15.133, inédit).

¹¹⁴⁶ **INSTITUT EUROPEEN DE L'EXPERTISE ET DE L'EXPERT**, *Le futur de l'expertise judiciaire civile dans l'Union européenne*, Bruxelles, 16 et 17 mars 2012, Site internet de l'Institut européen de l'expertise et de l'expert : Madame Irmgard GRISS, ancienne présidente de la Cour suprême d'Autriche : « *Contrairement à l'expert désigné par la cour, l'expert désigné par les parties ne figure pas dans les codes de procédure, hormis en Suède et au Pays-Bas* ».

¹¹⁴⁷ **R. PERROT**, « Expertise amiable : son autorité ? », RTD civ., 2012, p. 769.

revêtu un caractère contradictoire. Elle consacre l'exigence d'un contradictoire allégé afin d'assurer le respect des droits fondamentaux processuels dans la production en justice d'une expertise unilatérale¹¹⁴⁸. Cet impératif a définitivement été reconnu par un arrêt du 28 septembre 2012¹¹⁴⁹ rendu en chambre mixte qui énonce que « *si le juge ne peut refuser d'examiner une pièce régulièrement versée aux débats et soumise à la discussion contradictoire, il ne peut se fonder exclusivement sur une expertise réalisée à la demande de l'une des parties* ». Aux termes de cette jurisprudence, le respect du principe du contradictoire implique qu'une expertise officieuse n'est recevable en justice que si elle a été préalablement soumise à la libre discussion des parties, et si elle est corroborée par d'autres éléments de preuve. Il convient tout d'abord d'étudier séparément ces deux exigences (Section 1) et d'évoquer leur incidence sur la valeur d'une expertise unilatérale privée dans le procès civil (Section 2).

SECTION 1. LES CONDITIONS DE RECEVABILITÉ D'UNE EXPERTISE UNILATÉRALE PRIVÉE AU PROCÈS

448. Il convient d'examiner successivement les conditions émises par la Cour de cassation statuant en chambre mixte le 28 septembre 2012, à savoir la discussion entre les parties du rapport unilatéral (§ 1), et une corroboration de cette pièce par d'autres éléments de preuve (§ 2).

§ 1. LA DISCUSSION DU RAPPORT UNILATÉRAL

449. L'exigence de la soumission contradictoire de la pièce établie de manière unilatérale n'est pas nouvelle, elle découle d'une jurisprudence ancienne que la Cour de cassation, réunie en chambre mixte, ancre en droit positif (A). Cet ancrage permet d'étudier la signification de cette exigence (B).

¹¹⁴⁸ **S. HOURDEAU-BODIN**, « La valeur probatoire de l'expertise en assurance », RGDA, 1er avril 2016, n° 4, p. 206 : « [...] à partir du moment où ce document est produit comme mode de preuve dans le cadre d'une instance judiciaire, son administration obéit nécessairement aux principes directeurs du procès [...] ».

¹¹⁴⁹ Cass., ch. mixte, 28 sept. 2012, n° 11-18.710, Bull. ch. Mixte, 2012, n° 2, D., 2012, p. 2317 ; RTD civ., 2012, p. 769, obs. R. PERROT.

A. L'ANCIENNETÉ DE LA CONDITION DE DISCUSSION

450. Rappel d'un principe préétabli. La décision du 28 septembre 2012 ne constitue qu'un rappel d'une jurisprudence préétablie concernant l'exigence de production contradictoire d'un rapport d'expertise unilatérale. Plusieurs arrêts antérieurs insistaient déjà sur cette condition de recevabilité de l'expertise en justice. En 1963, la haute juridiction décidait que « *les juges du second degré ont pu, sans violer les règles de la preuve [...] relatives aux expertises judiciaires, puiser les éléments de leur conviction dans le rapport d'un expert Y..., régulièrement versé au dossier et ayant fait l'objet d'un débat contradictoire* »¹¹⁵⁰.

451. Décisions ultérieures et visas spécifiques. Les décisions rendues après l'arrêt de 1963 ont le mérite de posséder une portée plus importante car elles ont été rendues au visa de l'article 16 du code de procédure civile imposant au juge de faire respecter le principe de la contradiction pendant l'instance. C'est ainsi qu'en 2005, la Cour de cassation a jugé, au visa de cette disposition, que « *tout rapport d'expertise amiable peut valoir à titre de preuve dès lors qu'il est soumis à la libre discussion des parties* »¹¹⁵¹. Le rattachement de ce principe jurisprudentiel à l'article 16 du code de procédure civile, qui possède une dimension fondamentale puisqu'il est contenu dans le code au sein aux principes directeurs du procès, participe à son ancrage certain en droit positif. Il convient toutefois de clarifier le terme d'« expertise amiable » employé par la haute juridiction dans son attendu. Pour elle, cette expression vise indifféremment l'expertise diligentée par une seule partie et la mesure sur laquelle elles se sont conventionnellement accordées. Dans l'espèce de l'arrêt de 2005 précité, l'expertise amiable dont il était question pour la Cour de cassation était un rapport d'expertise établi uniquement à la demande d'un vendeur de véhicule d'occasion pour tenter de prouver que l'engin qu'il avait vendu n'était pas défectueux, et ainsi échapper à une condamnation sur le fondement de la garantie des vices cachés.

Dans une décision de 2006, la première chambre civile rappelle le principe selon lequel le juge « *ne peut refuser d'examiner une pièce [en l'occurrence un rapport d'expertise unilatérale], dont la communication régulière et la discussion contradictoire n'étaient pas contestées* »¹¹⁵², mais en se fondant sur l'alinéa 1er de l'article 16 du code de procédure civile

¹¹⁵⁰ Cass. civ., 1ère, 6 nov. 1963, n° 62-10.325, Bull. civ. I, n° 481.

¹¹⁵¹ Cass. civ., 1ère, 18 oct. 2005, n° 04-15.816, inédit.

¹¹⁵² Cass. civ., 2ème, 14 sept. 2006, n° 05-14.333, Bull. civ. II, n° 225, p. 212.

énonçant que « *le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction* ». Il semble toutefois plus cohérent que cette règle se fonde sur le principe prévu à l'article 16 alinéa 2 du code de procédure exigeant plus précisément que le juge « *ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement* ». Le rapport d'expertise officieuse entre naturellement dans la catégorie des « documents invoqués ou produits par les parties » résultant de cette disposition.

Enfin, en 2002, la Cour de cassation a reconnu la recevabilité d'une expertise unilatérale si elle a été soumise à la libre discussion des parties, sur le fondement du principe européen du procès équitable, sous l'égide du principe plus spécifique d'égalité des armes dont le demandeur invoquait l'atteinte. Cette dernière a en effet considéré que la cour d'appel « *qui relève que la note produite aux débats par M. X... ne constituait pas un rapport d'expertise judiciaire et qu'elle avait été soumise à la discussion contradictoire des parties qui avaient eu la possibilité de demander à prendre connaissance des pièces justificatives y afférentes, retient exactement que le document a été versé aux débats sans méconnaître le principe de la contradiction ni les exigences de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* »¹¹⁵³.

452. Dès lors qu'il est exposé, le principe de discussion contradictoire du rapport d'expertise unilatérale doit être développé, ce qui suppose de s'interroger sur l'étendue de la discussion exigée par la jurisprudence (B).

B. L'ÉTENDUE DU CRITÈRE DE DISCUSSION

453. Le critère de discussion se déploie en deux exigences, toutes deux rattachées à la définition même du principe du contradictoire : une communication régulière du rapport officieux (1), et la nécessité d'un débat autour de cette pièce (2).

1. Une communication régulière du rapport officieux

454. Une communication en temps utile. Afin que le principe de la contradiction soit respecté, l'arrêt du 28 septembre 2018 exige, préalablement à toute discussion du rapport officieux, que ce dernier soit « régulièrement » versé aux débats. Cet impératif doit

¹¹⁵³Cass. civ., 2ème, 7 nov. 2002, n° 01-11.672, Bull. civ. II, n° 246 p. 193.

nécessairement être corrélé avec l'article 15 du code de procédure civile qui exige des parties qu'elles se fassent « *connaître mutuellement en temps utile [...] les éléments de preuve qu'elles produisent [...] afin que chacune soit à même d'organiser sa défense* » ainsi qu'avec l'article 132 alinéa 2 imposant que la communication des pièces soit « *spontanée* ». La régularité de l'administration de la pièce par la partie qui s'en prévaut réside ainsi en sa communication à son adversaire dans un temps qui lui laisse l'opportunité de préparer sa défense, c'est-à-dire de pouvoir examiner la pièce dressée non contradictoirement¹¹⁵⁴. Dès lors, la loyauté procédurale intervient pour accompagner le principe du contradictoire dans l'utilisation de la preuve unilatérale. La possibilité de discussion de l'expertise unilatérale doit donc être obligatoirement précédée d'une communication de la pièce à l'adversaire en temps utile, au risque pour le juge d'user de la possibilité de l'écarter des débats conformément à l'article 135 du code de procédure civile¹¹⁵⁵. C'est ainsi que la cour d'appel de Saint-Denis a pu déclarer recevables des rapports d'expertise établis non contradictoirement parce qu'ils ont été « *communiqués aux parties et ont donc été soumis à la discussion contradictoire dès leur mise en cause* » et que « *celles ci ont donc été à même de l'étudier, d'en débattre et de le combattre, ce qu'elles ont fait devant le premier juge* »¹¹⁵⁶. En revanche, le fait, pour celui qui s'en prévaut, de verser le rapport officieux à l'audience ne peut pas s'apparenter en une communication régulière¹¹⁵⁷, étant donné que cette communication ne donne pas à l'adversaire les moyens de se défendre utilement.

455. Exigence de motivation. La jurisprudence s'avère toutefois assez exigeante dans l'application de cette condition. En effet, elle impose au juge, pour écarter une pièce unilatérale qui n'a pas été versée en temps utile, de motiver son choix au regard du principe du contradictoire. En témoigne un arrêt de la Cour de cassation du 13 janvier 1999¹¹⁵⁸. En l'espèce, dans le cadre d'une action en indemnisation fondée sur l'article 555 du code civil, Monsieur C. avait versé à la procédure le 26 janvier 1995 un rapport d'expertise unilatérale établi le 29 avril 1994, étant précisé que cette production aux débats est intervenue une semaine avant l'ordonnance de clôture de mise en état. Si la haute juridiction ne conteste pas le caractère tardif de cette production, elle reproche toutefois aux juges du fond de ne pas avoir précisé « *en quoi la communication intervenue une semaine avant l'ordonnance de*

¹¹⁵⁴ P. DELEBECQUE, J.-D. BRETZNER et I. DARRET-COUREGEON, « Droit de la preuve », préc.

¹¹⁵⁵ CPC, art. 135 : « *Le juge peut écarter du débat les pièces qui n'ont pas été communiquées en temps utile* ».

¹¹⁵⁶ CA, Saint-Denis de la Réunion, 1er oct. 2010, n° 08/02051.

¹¹⁵⁷ Cass. civ., 1ère, 1er oct. 2014, n° 13-25.226, inédit : Procédures 2014, comm. n° 316, obs. H. CROZE.

¹¹⁵⁸ Cass. civ., 3ème, 13 janv. 1999, n° 96-13.457, inédit.

clôture avait empêché la partie adverse d'y répondre ».

De plus, le juge ne saurait rejeter d'office des débats une expertise officieuse. Il faut, à cet égard, que le plaideur qui conteste le rapport unilatéral en fasse part au juge. C'est ainsi que, dans un arrêt de 2005, la Cour de cassation a, au visa des articles 15 et 132 du code de procédure civile, censuré les juges du fond qui avaient refusé d'examiner un constat d'huissier établi de manière non contradictoire alors que sa communication régulière n'avait pas été contestée par les parties¹¹⁵⁹.

456. La production régulière de la pièce doit nécessairement mener à l'instauration d'un débat autour de cet élément de preuve particulier (2).

2. L'instauration d'un débat autour du rapport unilatéral

457. La contestation ou la critique du rapport officieux, forme de la discussion.
Comment doit se matérialiser la discussion exigée par la jurisprudence ? Il ressort des décisions rendues en la matière que les parties doivent pouvoir faire valoir leur point de vue¹¹⁶⁰, c'est-à-dire apporter leur critique ou contester le rapport unilatéral versé aux débats par leur adversaire. Cette prérogative compense logiquement l'absence d'intervention du justiciable aux opérations d'expertise officieuse. Dès lors que le juge a relevé qu'une discussion s'est opérée autour de cette pièce, il pourra déclarer la preuve recevable et procéder à son examen. À cet égard, une cour d'appel a considéré qu'un rapport d'expertise privée *« peut être pris en compte par la Cour au même titre qu'une attestation d'un témoin des faits litigieux »* dès lors que *« ce document [a été] soumis à la critique »* de la partie adverse qui, par ailleurs, *« ne discute d'ailleurs pas les éléments de son contenu »*¹¹⁶¹. Dans une décision plus ancienne, la haute juridiction a approuvé les juges du fond d'avoir déclaré recevable un

¹¹⁵⁹Cass. civ., 1ère, 12 avr. 2005, n° 02-15.507, Bull. civ. I, n° 181, p. 153 : D., 2005, p. 1180.

¹¹⁶⁰L'expression est empruntée à un arrêt de la troisième chambre civile du 3 octobre 1991 (n° 90-12.214, Bull. civ. III, n° 221, p. 130) : *« Attendu, selon le jugement attaqué (tribunal d'instance de Charenton-le-Pont, 12 décembre 1989), rendu en dernier ressort, que la société d'assurances Nordstern, assureur dommages-ouvrage d'une construction édifée pour le compte de M. X..., a, après avoir indemnisé le maître de l'ouvrage pour des désordres consistant en des infiltrations à travers le sol et les murs du sous-sol, assigné le constructeur, la société Maisons Puma, en remboursement d'une partie de l'indemnité versée, au vu des conclusions d'une expertise amiable diligentée à son initiative ; Attendu que, pour accueillir cette demande, le Tribunal a retenu qu'aucune disposition légale ne rendait obligatoire, en matière de litige de construction, une expertise judiciaire, et qu'il suffisait que l'expertise diligentée par la compagnie d'assurances ait pu être portée à la connaissance de la partie adverse, afin que cette dernière soit à même d'organiser sa défense ; Qu'en statuant ainsi, sans rechercher si la société Maisons Puma avait pu faire valoir son point de vue au cours de cette expertise amiable [...] le Tribunal n'a pas donné de base légale à sa décision ».*

¹¹⁶¹CA, Aix-en-Provence, 28 mai 2009, n° 2009/233.

rapport d'expertise unilatérale qui avait été soumis à la discussion contradictoire des parties dans la mesure où elles « *avaient eu la possibilité de demander à prendre connaissance des pièces justificatives y afférentes* »¹¹⁶².

458. Pour la haute juridiction, il n'a pas semblé suffisant d'instaurer un contradictoire différé pour conditionner la recevabilité d'un rapport d'expertise unilatérale. En effet, l'organisation d'un débat autour de cette pièce unilatérale n'est pas de nature à lui retirer toute la méfiance qu'elle dégage. À cette condition, elle ajoute alors l'exigence d'une corroboration par d'autres éléments de preuve (§ 2).

§ 2. LA CORROBORATION DU RAPPORT UNILATÉRAL PAR D'AUTRES ÉLÉMENTS DE PREUVE

459. En vue de statuer, le juge « *ne peut se fonder exclusivement sur une expertise réalisée à la demande de l'une des parties* ». Ce principe, innovant¹¹⁶³ parce qu'il met fin à une opposition jurisprudentielle en la matière (A), mérite de voir son étendue précisée (B).

A. LA FIN D'UNE OPPOSITION JURISPRUDENTIELLE

460. Les raisons de l'opposition. L'arrêt rendu en chambre mixte par la Cour de cassation le 28 septembre 2012 met un terme à une incertitude jurisprudentielle sur la question de savoir si un seul rapport d'expertise officieux pouvait suffire pour emporter la conviction du juge. Les chambres civiles de la Cour de cassation se prononçaient en faveur de la production d'autres éléments de preuve pour corroborer le rapport unilatéral. C'est ainsi que, sur le fondement du principe de l'égalité des armes découlant de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH, la troisième chambre civile avait condamné le fait pour un juge des loyers commerciaux devant statuer sur le déplaçonnement du prix d'un bail qui avait été renouvelé, de s'être exclusivement fondé sur une expertise amiable non contradictoire établie à la demande d'une partie¹¹⁶⁴. C'est également au visa de l'article 16 du code de procédure civile que la première chambre énonçait le principe plus général selon lequel « *le juge, tenu de faire respecter et de respecter lui-même le principe de la contradiction, ne peut se fonder exclusivement, pour retenir la responsabilité d'une partie, sur un rapport d'expertise non*

¹¹⁶²Cass. civ., 2ème, 7 nov. 2002, n° 01-11.672, Bull. civ. II, n° 246, p. 193.

¹¹⁶³**R. PERROT**, « Expertise amiable : son autorité ? », préc.

¹¹⁶⁴Cass. civ., 3ème, 3 févr. 2010, n° 09-10.631, Bull. civ. III, n° 31.

contradictoire à son égard, dont celle-ci soutenait expressément qu'il lui était inopposable »¹¹⁶⁵. La chambre commerciale, soutenue par seulement deux arrêts des première et deuxième chambres civiles¹¹⁶⁶, prônait quant à elle la solution inverse. En effet, elle admettait, dans le cas particulier où l'expertise non judiciaire avait été ordonnée par un juge commissaire, que ce rapport établi de manière non contradictoire suffisait comme seul élément de preuve pour permettre au juge de statuer¹¹⁶⁷. Il suffisait juste selon elle que le « rapport amiable » ait été régulièrement versé aux débats et soumis à la discussion contradictoire des parties.

461. Solution de principe et explications. La Cour de cassation réunie en chambre mixte est ainsi venue apporter une cohérence dans cette opposition jurisprudentielle¹¹⁶⁸. Elle a pris le parti des chambres civiles, condamnant ainsi la souplesse dont faisait preuve sa formation commerciale, de sorte qu'il est désormais prohibé au juge de rendre sa décision sur la base d'un seul rapport d'expertise officieux¹¹⁶⁹. Cette solution implique nécessairement que la pièce unilatérale soit corroborée par d'autres éléments de preuve de nature à emporter la conviction du juge. Dès lors et très rapidement, la chambre commerciale de la haute juridiction a fait sien le principe dégagé le 28 septembre 2012. Elle a en effet décidé, dans un arrêt du 29 janvier 2013, que contrevient à la lettre de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH le juge qui se fonde « *exclusivement sur des rapports établis de manière non contradictoire, peu important que ces rapports aient été soumis à la libre discussion des parties* »¹¹⁷⁰. Il convient toutefois de caractériser pourquoi une telle solution, désormais constante¹¹⁷¹, se justifie. La première raison réside dans l'absence de certitude sur la qualité et les résultats du rapport soumis au juge. À ce titre, la cour d'appel de Metz a décidé qu'une expertise privée non contradictoire produite aux débats par un emprunteur pour démontrer que le taux effectif

¹¹⁶⁵ Cass. civ., 1ère, 15 déc. 2011, n° 10-25.770, inédit.

¹¹⁶⁶ Cass. civ., 2ème, 10 févr. 1988, n° 86-18.799, Bull. civ. II, n° 42 ; Cass. civ., 1ère, 12 mai 2004, n° 01-17.465, inédit.

¹¹⁶⁷ Cass. com., 30 oct. 2000, n° 98-12.671, Bull. IV, n° 172 ; Cass. com., 4 nov. 2008, n° 07-15.426, inédit.

¹¹⁶⁸ **J.-P. FORESTIER**, « Quand le sort du contradictoire devient contradictoire en matière d'expertise immobilière », Gaz. Pal. 5 mai 2012, p. 31.

¹¹⁶⁹ **F. BÉRENGER**, « Le juge ne peut déplaçonner un loyer en se fondant exclusivement sur une expertise non contradictoire », Ann. loyers 2010, p. 802.

¹¹⁷⁰ Cass. com., 29 janv. 2013, n° 11-28.205, inédit.

¹¹⁷¹ Cass. civ., 1ère, 1er oct. 2014, n° 13-25.226, inédit ; Cass. civ., 2ème, 5 mars 2015, n° 14-10.861, inédit ; Cass. civ., 2ème, 2 mars 2017, n° 16-13.337, inédit : « Preuve de circonstances du sinistre : le piège de l'expertise non judiciaire (et non contradictoire) », RGDA, 1er avr. 2017, n° 4, p. 286, obs. R. SCHULZ ; Cass. civ., 3ème, 11 mai 2017, n° 16-14.689 ; Cass. civ., 2ème, 14 déc. 2017, n° 16-24.305, inédit : « Encore le piège de l'expertise non judiciaire et non contradictoire », RGDA, 1er févr. 2018, n° 2, p. 125, obs. R. SCHULZ.

global d'un contrat de prêt était affecté d'une erreur de calcul « *n'est pas particulièrement sérieuse dans la mesure où ce rapport apparaît comme un avis type qui n'explique d'ailleurs pas réellement le mode de calcul retenu et se borne à émettre des affirmations sans la moindre démonstration efficiente* »¹¹⁷². La seconde explication réside dans l'essence même de l'expertise unilatérale. En ce qu'elle est diligentée à l'initiative d'une seule personne, et donc qu'elle n'a pas été organisée judiciairement ni de manière amiable, des doutes sur les qualités d'indépendance ou d'impartialité de l'expert privé ou encore sur ses compétences surgissent¹¹⁷³. Le juge ne saurait raisonnablement se fonder sur un document établi exclusivement dans l'intérêt de celui qui le sollicite pour statuer, ce serait rompre le principe d'égalité des armes. En effet, « *la désignation de l'expert par l'une des parties conduit à l'avantager certainement sur l'autre puisque le choix de l'expert et ses liens avec la partie qui le désigne seront prépondérants* »¹¹⁷⁴.

462. Le principe d'égalité des armes accompagne ainsi celui du contradictoire pour justifier la règle selon laquelle le juge ne peut exclusivement fonder sa décision sur un rapport d'expertise officieuse. Cette exigence de corroboration doit voir son étendue précisée (B).

B. L'ÉTENDUE DE L'EXIGENCE DE CORROBORATION

463. « Exclusivement ». La Cour de cassation énonce dans sa décision du 28 septembre 2012 que « *le juge ne peut se fonder exclusivement sur une expertise réalisée à la demande de l'une des parties* ». Il est nécessaire de revenir sur l'importance qui se dégage de

¹¹⁷² CA, Metz, 6 avr. 2017, n° 15/02913.

¹¹⁷³ **J.-D. BRETZNER et A. AYNES**, « Droit de la preuve », D., 2016, p. 2535 : « *La circonstance que ces expertises « amiables » ont été établies sans que s'instaure un débat contradictoire ne les rend pas irrecevables, dans les matières où la preuve est libre. Mais cela en affecte la valeur probatoire à tel point qu'elles ne peuvent, à elles seules, fonder la conviction du juge. Elles sont, en quelque sorte, frappées d'une présomption de partialité que seule l'existence d'une autre preuve concordante peut renverser* » ; **L. GRELLET**, « L'utilisation de l'article 145 du CPC doit se limiter à la préservation et à l'établissement des preuves avant tout procès », Le Droit Maritime Français, n° 800, 1er mars 2018, obs. sous CA, Rouen, 19 oct. 2017, n° 16/06124 : « *Mais peut-on faire confiance à l'analyse d'un expert mandaté par son adversaire qui n'a pas forcément rendu compte de tout ce qu'il avait vu et entendu dans l'intérêt bien compris de son mandant, ou, tout simplement, qui, faute de compétences suffisantes, ne savait pas voir ce qu'un autre expert aurait vu ! Dans ce cas, la libre discussion des parties sur l'avis ainsi donné par cet expert n'est pas équitable car la partie adverse ne peut plus fonder son désaccord avec l'avis de cet expert que sur des hypothèses !* »

¹¹⁷⁴ **L. BOISSEAU-SOWINSKI**, « L'expertise amiable non contradictoire n'a plus à être examinée par le juge », Droit et Patrimoine, n° 222, 1er févr. 2013 : l'auteur indique également que « *La rupture dans l'égalité des armes ne se limite cependant pas à l'unique problème du respect du contradictoire au moment de la réalisation des opérations d'expertise. En effet, le mode de désignation de l'expert est tout aussi susceptible de rompre l'égalité entre les parties* ».

l'adverbe « exclusivement » qu'elle emploie. À l'égard du juge, cette exigence l'invite à faire preuve de méfiance et à ne pas prendre en compte une seule et unique expertise unilatérale versée aux débats, au risque de violer l'article 16 du code de procédure civile qui lui impose d'observer et de faire observer le principe de la contradiction¹¹⁷⁵. À l'égard du justiciable, elle lui impose de produire aux débats d'autres éléments de preuve qui pourraient convaincre le juge, en application de l'article 1358 du code civil¹¹⁷⁶. Ces éléments doivent correspondre à des « indices concordants »¹¹⁷⁷ allant dans le même sens que les conclusions de l'expertise extra judiciaire, lequel ne représente comme tous ces autres indices qu'un simple « complément d'information »¹¹⁷⁸.

464. Illustrations de preuves complémentaires. La jurisprudence foisonne d'exemples d'autres éléments de preuve corroborant une expertise unilatérale. Ainsi, un rapport officieux avait pu être pris en considération dans la mesure où la requérante avait également versé à la procédure un devis de remise en état et des photographies attestant de la dégradation d'un mur¹¹⁷⁹. La Cour de cassation a également estimé que les déclarations effectuées par une partie à la procédure étaient de nature à constituer un autre élément de preuve corroborant la production à l'instance d'un constat d'huissier établi de manière non contradictoire¹¹⁸⁰. Elle a aussi validé le fait pour les juges du fond d'avoir déduit la preuve de l'altération des facultés mentales d'une partie à l'instance, en se fondant sur un rapport d'expertise non contradictoire et sur d'autres certificats médicaux qui ont fait l'objet d'un débat entre les parties¹¹⁸¹. Dans une autre mesure, il est possible qu'un constat d'huissier, en ce qu'il est établi par un professionnel assermenté, puisse être de nature à corroborer un

¹¹⁷⁵ La haute juridiction a réitéré sa solution très récemment : « *Attendu que, pour allouer à la société Promod la somme de 219 151 euros au titre de sa perte d'exploitation, l'arrêt énonce que la réclamation résulte d'un rapport d'expertise comptable parfaitement détaillé établi à partir des bilans des exercices précédant le sinistre, contre lequel les différentes parties ne formulent pas de critiques utiles si ce n'est celles relatives à la durée d'exécution des travaux, qui ne saurait en aucun cas correspondre à la réalité du préjudice subi, qui résulte de la fermeture effective du magasin pendant toute la durée où le sinistre a été géré par l'intervention des divers experts et compagnies d'assurances ; Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel, qui s'est fondée exclusivement sur une expertise non judiciaire réalisée à la demande de l'une des parties, a violé le texte susvisé* » (Cass. civ., 2ème, 14 déc. 2017, n° 16-24.305 : LEDA, 1er févr. 2018, n° 2, p. 4, « Force probante d'une expertise », obs. D. KRAJESKI).

¹¹⁷⁶ C. civ., art. 1358 : « *Hors les cas où la loi en dispose autrement, la preuve peut être apportée par tout moyen* ».

¹¹⁷⁷ R. PERROT, « Expertise amiable : son autorité ? », préc.

¹¹⁷⁸ R. PERROT, obs. sous Cass. com. 29 janv. 2013, n° 11-28.205, Procédures 2013, comm. n° 97.

¹¹⁷⁹ CA, Douai, 1er janv. 2014, n° 08/2014 : « *Ainsi, les demandes formées par Mme F. ne sont pas fondées exclusivement sur le rapport d'expertise unilatéral, de sorte que celui ci doit être pris en considération* ».

¹¹⁸⁰ Cass. civ., 3ème, 6 mai 2014, n° 13-11.724, inédit.

¹¹⁸¹ Cass. civ., 1ère, 1er juill. 2003, n° 01-02.700, inédit.

rapport d'expertise extra judiciaire. C'est ce qu'a décidé la troisième chambre civile dans un arrêt du 15 septembre 2016 en censurant les juges du fond d'avoir, dans le cadre d'une action en paiement du coût de reprise de travaux, retenu que seule l'expertise amiable non contradictoire chiffre le montant de la reprise des désordres, et qu'il est de principe que le juge ne peut se fonder exclusivement sur une expertise réalisée à la demande d'une partie alors qu'ils « *avait relevé que le constat d'huissier du 23 décembre 2010 détaillait les imperfections de la toile de verre et des peintures* »¹¹⁸². La cour d'appel avait ainsi refusé d'évaluer un préjudice dont elle avait constaté l'existence par le constat d'huissier et a procédé à la violation de l'article 16 du code de procédure civile.

465. Élément de preuve de nature différente. Une question se pose : si deux rapports d'expertise privés non contradictoires sont versés aux débats, le deuxième peut-il constituer cet autre élément de preuve venant corroborer le premier régulièrement versé aux débats ? La Cour de cassation semble répondre par la négative. En effet, dans le cadre d'une affaire où deux rapports officiels avaient été produits devant le juge, elle a décidé, au visa de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH, que « *le juge ne peut se fonder exclusivement sur des rapports établis de manière non contradictoire, peu important que ces rapports aient été soumis à la libre discussion des parties* »¹¹⁸³. Les autres éléments de preuve doivent être ainsi de nature complètement différente de celle du rapport privé produit à l'instance.

466. Il est certain qu'en imposant une discussion contradictoire cumulativement à une corroboration du rapport d'expertise établi à l'initiative d'une seule partie par d'autres éléments de preuve, la Cour de cassation apporte une sécurité juridique¹¹⁸⁴ dans la mise en œuvre des règles procédurales. Ce constat invite à s'étendre sur la portée probatoire de la prise en compte dans l'instance d'une expertise unilatérale (Section 2).

¹¹⁸² Cass. civ., 3ème, 15 sept. 2016, n° 15-10.848, inédit.

¹¹⁸³ Cass. com., 29 janv. 2013, n° 11-28.205, préc.

¹¹⁸⁴ S. AMRANI-MEKKI, « Expertise et contradictoire, vers une cohérence procédurale ? », préc.

SECTION 2. LA PORTÉE DE LA PRISE EN COMPTE DANS L'INSTANCE DE L'EXPERTISE UNILATÉRALE PRIVÉE

467. Par sa décision rendue en chambre mixte, la Cour de cassation confère une valeur probante au rapport d'expertise unilatérale. Celui-ci devient en effet un mode de preuve au même titre que les autres (§ 1), ce qui possède une répercussion sur la considération du principe du contradictoire (§ 2).

§ 1. L'EXPERTISE UNILATÉRALE PRIVÉE FACE AU DROIT DE LA PREUVE

468. En ce qu'elle doit être prise en compte par le juge lorsqu'elle est produite aux débats, l'expertise unilatérale s'apparente à un mode de preuve à part entière qui fait son entrée dans le champ du droit fondamental à la preuve (A). Encore faut-il que ce mode de preuve, pour être accepté en justice, soit établi conformément à la loi, condition primordiale d'administration de la preuve (B).

A. L'ENTRÉE DE L'EXPERTISE UNILATÉRALE DANS LE CHAMP DU DROIT À LA PREUVE

469. Application du droit à la preuve. Il est certain que l'arrêt de la Cour de cassation du 28 septembre 2012, en ce qu'il énonce en première partie de principe que « *le juge ne peut refuser d'examiner une pièce régulièrement versée aux débats et soumise à la discussion contradictoire* » fait écho à la consécration, quelques mois plus tôt, par la haute juridiction du droit à la preuve, au visa de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH¹¹⁸⁵. Il est nécessaire de rappeler que le droit à la preuve possède deux versants : le droit de solliciter des preuves et le droit de produire ses preuves. La production aux débats d'une expertise unilatérale entre dans la mise en œuvre de cette seconde facette du droit à la preuve. Il en découle que le rapport d'expertise officieuse devient un moyen de preuve à part entière de nature à pouvoir emporter la conviction du juge. Cette équivalence était déjà reconnue par la première chambre civile de la Cour de cassation en 2005, celle-ci reconnaissant que tout rapport d'expertise amiable peut valoir « *à titre de preuve* »¹¹⁸⁶ et que le refuser reviendrait à dénier « *le droit de se prévaloir des pièces litigieuses quand celles-ci pouvaient être offertes en preuve dès lors*

¹¹⁸⁵Cass. civ., 1^{ère}, 5 avr. 2012, n° 11-14.177, préc.

¹¹⁸⁶Cass. civ., 1^{ère}, 18 oct. 2005, n° 04-15.816, préc.

qu'elles étaient soumises à la discussion contradictoire des parties »¹¹⁸⁷.

470. Portée du rapport officieux sur le pouvoir d'appréciation du juge. Dans la mesure où le rapport unilatéral est régulièrement produit aux débats, qu'il est soumis à la libre discussion de l'adversaire et qu'il est étayé par d'autres éléments probatoires, le juge ne peut refuser de l'examiner¹¹⁸⁸. Il doit ainsi l'étudier afin de déterminer s'il peut fonder sa décision. Ce principe ne lui impose évidemment pas d'entériner l'avis de l'expert. Il reste en effet libre d'apprécier le contenu des pièces qui lui sont soumises et de décider, s'il y a lieu, qu'elles n'emportent pas sa conviction. La prise en compte des résultats d'une expertise officieuse par le juge dépendra en effet de la qualité et des compétences du professionnel auquel le plaideur a fait appel¹¹⁸⁹. Le juge peut également faire siens les résultats de l'expert officieux et décider en conséquence de ne pas faire droit à une demande d'expertise judiciaire présentée au sein de l'instance dans laquelle sont produites les conclusions des expertises unilatérales. Dans un arrêt du 28 mars 2018¹¹⁹⁰ relatif à une action en garantie en raison de vices cachés, la première chambre civile de la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel qui s'était basée sur les avis concordants de deux experts amiables¹¹⁹¹, diligentés l'un et l'autre par chacune des parties à la procédure, pour refuser d'ordonner une expertise judiciaire. Inversement, il relève du pouvoir souverain du juge de faire droit à une demande d'expertise judiciaire sur des faits qui ont déjà fait l'objet d'une expertise unilatérale. Le principe est acquis en jurisprudence, notamment en procédure administrative. Dans une décision du 23 décembre 2016, le Conseil d'État a en effet jugé que *« le requérant qui demande au juge des référés, en vue d'un éventuel litige de responsabilité hospitalière, d'ordonner une expertise judiciaire sur des faits qui ont donné lieu à une expertise amiable peut utilement faire valoir que cette expertise ne présente pas des garanties suffisantes d'objectivité »* et *« il appartient au juge des référés*

¹¹⁸⁷ Cass. civ., 1ère, 28 janv. 2010, n° 08-21.743, inédit.

¹¹⁸⁸ Cass. civ., 2ème, 18 juin 2009, n° 08-12.671, inédit : Procédures, oct. 2009, n° 10, comm. n° 304, obs R. PERROT : pour un exemple de la formulation par la Cour de cassation de l'obligation d'examen de la pièce unilatérale par le juge : *« qu'en statuant ainsi, alors qu'il ne pouvait refuser d'examiner une pièce dont la communication régulière et la discussion contradictoire n'étaient pas contestées, le tribunal a violé le texte susvisé »*.

¹¹⁸⁹ C. DENIZOT, « Portée des rapports amiables », obs. sous Cass. civ., 1ère, 28 nov. 2006, n° 04-17.147, Bull. civ. I, n° 515 p. 456 et Cass. civ., 2ème, 14 sept. 2006, n° 05-14.333, Bull. civ. II, n° 225 p. 212 : AJDI, 2007, p. 562.

¹¹⁹⁰ Cass. civ., 1ère, 28 mars 2018, n° 17-15.176, inédit : RTD com., 2018, p. 448, note B. BOULOC.

¹¹⁹¹ *« Attendu qu'ayant relevé que, selon les avis des deux experts amiables, la cause du court-circuit, probablement à l'origine de l'incendie, n'avait pu être déterminée, la cour d'appel, qui n'était pas tenue d'ordonner une mesure d'expertise, a souverainement estimé que l'assureur et M. X... ne rapportaient pas la preuve, qui leur incombait, de l'existence d'un vice caché au moment de la vente ; que le moyen n'est pas fondé »*.

*d'apprécier si cet élément est de nature à établir l'utilité d'une expertise judiciaire »*¹¹⁹².

471. Caractérisation du type de preuve. La solution rendue en chambre mixte par la Cour de cassation le 28 septembre 2018 indique que l'expertise non contradictoire est un mode de preuve recevable. Il convient, pour mieux saisir ses contours, de déterminer le type de preuve dont il s'agit. Un tel rapport ne saurait être qualifié de preuve parfaite, à l'instar du rapport d'expertise judiciaire, qui à lui seul peut permettre au juge de statuer, sans être conforté par d'autres éléments probatoires. Dans la mesure où son admissibilité est conditionnée au respect, certes réduit, du principe procédural du contradictoire et de l'exigence de corroboration, le rapport unilatéral posséderait « *une valeur nécessairement inférieure à celle d'une expertise judiciaire* »¹¹⁹³, plus faible¹¹⁹⁴. Il ne constitue alors qu'une « *demi-preuve* »¹¹⁹⁵. Il ne saurait s'analyser en un « simple argument » que les juges ne sont pas tenus de suivre, comme le concevait autrefois la troisième chambre civile de la Cour de cassation¹¹⁹⁶. En effet, la Cour EDH, tout comme la Cour de cassation, juge que « *si l'article 6 § 1 oblige les tribunaux à motiver leurs décisions, cette obligation ne peut se comprendre comme exigeant une réponse détaillée à chaque argument* »¹¹⁹⁷. Toutefois, de par sa reconnaissance au titre d'un mode de preuve particulier, que « *le juge ne peut refuser d'examiner* », le rapport d'expertise officieuse doit être désormais pris en compte lorsqu'il est invoqué dans une instance et ainsi faire l'objet d'une réponse par un motif particulier¹¹⁹⁸. Il convient dès lors de rejeter la qualification de « simple argument ». Il ne peut non plus se caractériser comme un commencement de preuve par écrit, puisqu'il n'a pas vocation à établir

¹¹⁹² CE, 9ème ch., 23 déc. 2016, n° 401066, B.

¹¹⁹³ T. MOUSSA (dir), *Droit de l'expertise*, D. Action, chap. 212, n° 212.13 : Arrêt rendu en chambre mixte du 28 septembre 2012.

¹¹⁹⁴ Y. ROQUET, « L'ambivalence de l'expertise extrajudiciaire dans le procès », obs. sous Cass. civ., 3ème, 3 févr. 2010, n° 09-10.631, Bull. civ. III, n° 31 : D., 2010, p. 439.

¹¹⁹⁵ E. VERGES, « La réforme du droit de la preuve civile : enjeux et écueils d'une occasion à ne pas manquer », D., 2014, p. 617.

¹¹⁹⁶ Cass. civ., 3ème, 16 juill. 1969, n° 67-13.259, Bull. civ. III, n° 589 : « *Les juges du second degré n'étaient pas tenus de suivre Mathieu dans le détail de son argumentation, l'expertise officieuse, en l'espèce, ne constituant qu'un simple argument* ».

¹¹⁹⁷ CEDH (Chambre), *Van de Hurk c. Pays-Bas*, 19 avr. 1994, req. n° 16034/90, série A n° 288, p. 20, § 61.

¹¹⁹⁸ J. LE CLEC'H, « Moyens et arguments devant la Cour de cassation », JCP G, 1951, I, p. 939 : « *Le moyen auquel il faut absolument répondre est donc celui qui est présenté comme le soutien nécessaire de la demande ou de la défense. Car il n'est jamais reproché au juge du fond de n'avoir pas suivi les parties dans le détail de leur argumentation (...). La Cour de cassation n'a jamais pensé leur faire grief de n'avoir pas réfuté toutes les objections opposées par un plaideur à son adversaire (...). Et c'est pourquoi il est indispensable en droit de ne pas confondre les moyens avec les simples arguments (...). Au simple argument, on n'est pas tenu de faire réponse par des motifs particuliers. Il en est tout autrement quand on est en présence d'un moyen* ».

la preuve d'un acte juridique, mais seulement celle d'un fait juridique¹¹⁹⁹. Or, en la matière, c'est le principe de liberté de la preuve qui tend à s'appliquer. En l'état de ces éléments, c'est la jurisprudence qui apporte ses lumières afin de déterminer la nature du rapport d'expertise unilatérale. Il s'avère que celui-ci rentre dans la catégorie des renseignements. Dans un arrêt du 23 octobre 2003, la deuxième chambre civile a jugé, conformément aux articles 1315 du code civil (ancien), 175 et 233 du code de procédure civile que les éléments d'un rapport d'expertise annulé, du fait des nombreuses erreurs commises par l'expert désigné, ne peuvent être retenus à titre de renseignements que s'ils sont corroborés par d'autres éléments du dossier¹²⁰⁰. Un rapport d'expertise judiciaire dont l'annulation a été prononcée constitue ainsi un simple renseignement pour une juridiction, dès lors qu'il s'appuie sur d'autres pièces. En suivant ce raisonnement, il convient d'affirmer que, dans la mesure où le rapport d'expertise privé non contradictoire doit être corroboré par d'autres éléments, il ne peut revêtir que la nature de renseignement¹²⁰¹.

472. Questionnement sur la supériorité de la valeur d'un rapport d'expertise judiciaire. Le professeur Roger PERROT s'est toutefois interrogé sur la distinction entre la portée d'un rapport d'expertise judiciaire et un rapport d'expertise unilatérale. S'il estime qu'au niveau de l'application du principe de la contradiction « *l'on peut comprendre que l'on se montre chatouilleux [...] dans la mesure où le technicien désigné par le juge pour solliciter son avis apparaît comme "l'œil du juge" [...] il doit donc prendre les mêmes précautions que le juge lui-même* », il expose toutefois qu'il est difficile de déterminer avec certitude que l'expertise judiciaire possède une force probante nécessairement supérieure à celle d'un rapport privé non contradictoire¹²⁰². Cette interrogation est légitime et reflète une certaine pertinence pour deux raisons. Tout d'abord, parce qu'il est possible pour un expert judiciaire de puiser dans un rapport d'expertise unilatérale non contradictoire des éléments afin d'établir ses conclusions¹²⁰³. Ensuite, parce que les juges sont dans la possibilité de former leur

¹¹⁹⁹ T. GOUJON-BETHAN, *L'expertise non judiciaire à l'aune des droits fondamentaux*, op. cit., p. 104, spéc. n° 107.

¹²⁰⁰ Cass. civ., 2ème, 23 oct. 2003, n° 01-15.416, Bull. civ., n° 323 p. 262.

¹²⁰¹ T. GOUJON-BETHAN, *L'expertise non judiciaire à l'aune des droits fondamentaux*, op. cit., p. 104, spéc. n° 107.

¹²⁰² R. PERROT, obs. sous Cass. civ., 3ème, 23 mars 2005, n° 04-11.455, Bull. civ. III, n° 73 : Procédures, juill. 2005, comm. n° 177.

¹²⁰³ Cass. civ., 2ème, 21 janv. 2010, n° 07-13.552, Bull. civ. II, n° 16 : « *Attendu que, pour débouter Mme X... de sa demande, l'arrêt retient que l'expert privé a été étroitement associé aux opérations d'expertise, que son rapport n'est que la reproduction de ce qui a été affirmé pendant les réunions d'expertise, et que l'expert judiciaire a donc pu, sans porter atteinte au principe du contradictoire, déposer son rapport en l'absence de communication aux parties de celui de son confrère ; Qu'en statuant ainsi, alors que l'expert judiciaire*

conviction sur les résultats d'une expertise officieuse alors qu'une expertise judiciaire avait été organisée dans la même instance, dès lors que cette première avait l'objet d'un débat contradictoire¹²⁰⁴. Les deux raisons ci-dessus évoquées mènent à considérer, *a priori*, que les rapports d'expertise judiciaire et d'expertise officieuse pourraient posséder une valeur équivalente. Cependant, la valeur du rapport unilatéral ne peut égaler celle de l'expertise judiciaire qu'en cas d'instauration d'un débat contradictoire, c'est-à-dire lorsqu'il est soumis aux parties ou lorsqu'il est utilisé par l'expert pour l'aider à formuler son avis. Il ne se suffit donc pas à lui-même pour atteindre le niveau du rapport d'expertise judiciairement ordonnée.

Dès lors qu'elle fait son entrée dans le champ du droit à la preuve, l'expertise unilatérale doit répondre aux conditions relevant de l'administration de la preuve pour être recevable en justice. À ce titre, il est nécessaire que ce mode de preuve soit établi conformément à la loi (B).

B. L'EXPERTISE UNILATÉRALE PRIVÉE, UN MODE DE PREUVE DEVANT ÊTRE LÉGALEMENT ÉTABLI

473. Administration de la preuve et article 9 du code de procédure civile. L'article 9 du code de procédure fait obligation à chaque partie « *de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* ». Ce principe suppose que le déroulement d'une expertise unilatérale se fasse dans le respect des dispositions légales, et en particulier sans porter atteinte aux droits de son adversaire. La portée du droit à la preuve, qui implique qu'une partie peut présenter au juge ses propres moyens de preuve, trouve donc une limitation dans l'article 9 du code de procédure civile, posant un principe de légalité¹²⁰⁵.

n'avait pas soumis la teneur du document de son confrère aux parties afin de leur permettre d'être à même d'en débattre contradictoirement avant le dépôt de son rapport, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

¹²⁰⁴ Cass. civ., 2ème, 30 mai 1960, Bull. civ. II, n° 353 : « *Attendu qu'il est reproché au juge du second degré, appelé à déterminer s'il existait un rapport de cause à effet entre l'accident dont a été victime Eliane Z... et certaines lésions apparues postérieurement, d'avoir fait prévaloir, sur les conclusions des experts Y..., l'opinion d'un praticien dont les défendeurs avaient sollicité l'avis, alors que le rapport établi par ce praticien [...] ne pouvait être opposable à ses adversaires; Mais attendu [...] qu'aucune des parties en cause se soit opposée à la production du rapport du docteur A..., invoqué par les défendeurs à l'appui des critiques qu'ils formulaient eux-mêmes dans leurs conclusions contre l'expertise ; Que ce rapport a donc été régulièrement versé au procès et y a fait l'objet d'un débat contradictoire ; Que [...] les juges du fond ont pu, sans porter atteinte aux droits de la défense, et sans violer les règles de la preuve, y puiser des éléments de leur conviction* » ; J.-M. DAVID et J.-B. DE SAINT AFFRIQUE, « L'expertise privée », Experts, oct. 2012, p. 4.

¹²⁰⁵ H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, th., rééd. 2002, Dalloz, n° 115 : « [...] prouver, en matière judiciaire, c'est déterminer au moyen de procédés admis par la loi, la conviction du juge par rapport à un fait litigieux ».

474. Expertise unilatérale et droit au respect de la vie privée. Une première application de l'article 9 s'est manifestée en matière d'expertise unilatérale et de droit au respect de la vie privée. Elle ressort d'un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 10 mars 2010¹²⁰⁶. En l'espèce, dans le cadre d'une action en résiliation d'un bail rural, un bailleur à ferme avait produit aux débats deux rapports d'expertise officieuse afin d'établir que la bonne exploitation de son fonds était compromise par le preneur. La cour d'appel avait décidé d'écarter ces pièces de la procédure dans la mesure où l'expert désigné unilatéralement n'avait pas été autorisé par la locataire, et ce à deux reprises, à pénétrer sur le fonds. Le bailleur formait alors un pourvoi en cassation en arguant du fait qu'en application du principe d'égalité des armes découlant de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH, il ne pouvait lui être interdit de faire la preuve d'un fait essentiel au succès de sa prétention. La haute juridiction a approuvé les juges du fond en indiquant qu'il ressortait des rapports produits aux débats que l'expert ne s'était pas vu autoriser à pénétrer dans le fonds à deux reprises et qu'aucune autorisation judiciaire n'avait été sollicitée de la part du bailleur, de sorte que le principe d'égalité des armes n'avait pas été violé. Cette affaire fait évidemment intervenir le principe même de vie privée. L'absence d'autorisation d'entrer sur le fonds par la locataire relève nécessairement de ce droit protégé par les articles 9 du code civil et 8 de la Conv. EDH¹²⁰⁷, même si cela n'est pas énoncé dans cet arrêt par la Cour de cassation. Les nécessités relatives au respect de la vie privée, que la loi protège strictement, l'ont donc emporté face au droit à la preuve, matérialisé par la production au procès des rapports d'expertises officieuses. Force est d'admettre que depuis la consécration du droit à la preuve par la Cour de cassation le 5 avril 2012, les juges du fond devront s'adonner à un véritable contrôle de proportionnalité lorsqu'une expertise unilatérale versée aux débats par le demandeur porte, selon son adversaire, une atteinte à sa vie privée. Cet examen est par ailleurs expressément imposé depuis un arrêt de la haute juridiction du 25 février 2016 énonçant, au visa de l'article 9 du code civil, ensemble les articles 6 et 8 de la Conv. EDH et 9 du code de procédure civile, que *« le droit à la preuve ne peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie privée qu'à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi »*¹²⁰⁸.

¹²⁰⁶ Cass. civ., 3ème, 10 mars 2010, n° 09-13.082, Bull. civ. III, 2010, n° 62.

¹²⁰⁷ Cass. civ., 3ème, 25 févr. 2004, n° 02-18.081, Bull. civ. III, n° 41, p. 38 : la Cour de cassation considère que le fait pour un bailleur de pénétrer dans le domicile de son locataire sans son autorisation est constitutif d'une atteinte au respect de la vie privée de celui-ci et lui ouvre un droit à réparation.

¹²⁰⁸ Cass. civ., 1ère, 25 févr. 2016, 15-12.403, Bull. d'information 2016, n° 845, I, n° 977 : D., 2016. actu. 543 ;

475. Expertise unilatérale et bonne foi dans les rapports entre cocontractants.

L'exigence de conformité de la preuve des faits à la loi s'étend également aux rapports contractuels qu'entretiennent deux parties. Il a en effet été donné l'occasion aux juges du fonds du tribunal de grande instance de Lille, dans une décision du 19 décembre 2011, de déclarer comme irrecevable un rapport d'expertise unilatérale établi en l'absence de toute loyauté du bailleur¹²⁰⁹. La procédure s'inscrit dans un contexte de mésentente entre un bailleur et son locataire sur le montant du nouveau loyer, à l'occasion du renouvellement d'un bail commercial. Face à cette opposition, le bailleur a fait appel à un expert pour chiffrer ce loyer en demandant à celui-ci de se faire passer pour un expert d'assurance. Il avait également adressé à son preneur un courrier mensonger l'informant de la visite du professionnel, en prétendant que celui-ci était présent seulement dans le but de chiffrer la valeur de l'immeuble dans le cadre d'un transfert de la police d'assurance de l'immeuble. Les juges du tribunal de grande instance y ont décelé un manquement aux principes de loyauté et de bonne foi du bailleur, puisque le « *faux motif quant à la présence de l'expert* », diligenté uniquement « *pour voir fixer le loyer de renouvellement* » et non pour la totalité de l'immeuble, n'a pas permis au locataire d'être assisté de l'expert de son choix. Cette considération les a conduits à écarter des débats le rapport d'expertise. Les questions d'éthique dans les rapports contractuels entre le bailleur et son preneur, sous le prisme du principe de bonne foi prévu à l'article 1104 du code civil¹²¹⁰, ont su primer¹²¹¹.

476. Ajout d'une seconde condition de recevabilité de l'expertise unilatérale dans le procès. S'assurer de la conformité de l'établissement du rapport d'expertise unilatérale à la loi semble devenir une seconde exigence de sa recevabilité au procès. En effet, à la condition

LPA, 1er avr. 2016, p. 16, note G. LARDEUX ; Gaz. Pal., 17 mai 2016, p. 50, obs. N. HOFFSCHIR : Le droit à la preuve ne peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie privée qu'à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi. Viole, dès lors, les articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du code civil et 9 du code de procédure civile une cour d'appel qui, pour rejeter la demande tendant à voir écarter des débats des rapports d'enquête privée produits par un assureur à l'occasion de l'instance en indemnisation du préjudice subi par la victime d'un accident, retient que ces rapports ne portent pas une atteinte disproportionnée au respect dû à la vie privée de cette dernière, tout en relevant que les investigations, qui s'étaient déroulées sur plusieurs années, avaient eu une durée allant de quelques jours à près de deux mois et avaient consisté en des vérifications administratives, un recueil d'informations auprès de nombreux tiers, ainsi qu'en la mise en place d'opérations de filature et de surveillance à proximité du domicile de l'intéressé et lors de ses déplacements, ce dont il résultait que, par leur durée et leur ampleur, les enquêtes litigieuses, considérées dans leur ensemble, portaient une atteinte disproportionnée au droit au respect de sa vie privée.

¹²⁰⁹TGI, Lille, 19 déc. 2011, n° 07/00021.

¹²¹⁰CC, art. 1134 anc.

¹²¹¹J.-J. MARTEL et M. VIDAILHET, « L'expertise d'assurance a bon dos ! », AJDI, 2014, p. 81.

de production contradictoire de la pièce aux débats, il est nécessaire que le juge vérifie que celle-ci a été réalisée conformément à la loi. Le juge doit en définitive s'adonner à un double contrôle dont il est certain que la menée accroît la force probante de l'expertise officieuse. Ce nouvel examen alourdit certes la tâche du juge, mais permet de protéger plus efficacement les intérêts de la partie à laquelle le rapport officieux est opposé.

477. Après l'incidence sur le droit général de la preuve, il convient d'examiner les conséquences de la recevabilité d'une telle mesure sur le principe fondamental du contradictoire (§ 2).

§ 2. L'INCIDENCE DE LA RECEVABILITÉ DE L'EXPERTISE UNILATÉRALE PRIVÉE SUR LA PORTÉE DU PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE

478. L'instauration d'un débat autour du rapport d'expertise officieuse uniquement au moment de sa production à l'instance engendre indéniablement un allègement du principe du contradictoire. Il convient de procéder à la justification de cette solution (A), avant d'envisager que la production d'une expertise unilatérale n'empêche pas, dans certains cas, la réalisation pleine du principe du contradictoire (B).

A. LA LÉGITIMITÉ DE L'ALLÈGEMENT DU PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE

479. L'allègement du contradictoire se justifie à deux égards. Il s'explique d'une part au regard des règles jurisprudentielles européennes en matière d'expertise (1) et d'autre part aux règles procédurales internes relatives au contradictoire (2).

1. Une légitimité au regard des règles européennes

480. **Contestations.** Déjà bien avant l'arrêt de la Cour de cassation du 28 septembre 2012, cette « restriction » était contestée en ce que la contradiction telle qu'elle découle de la Conv. EDH, s'en retrouve fortement atteinte¹²¹². Monsieur Roger PERROT relevait en effet que *« pour que le principe de la contradiction soit respecté, il ne suffit pas que les parties*

¹²¹² G. CAVALIER, « Principe du contradictoire en matière d'expertise amiable », D., 2005, p. 46 : le fait de ne pas appliquer tout le contradictoire dans sa rigueur « *n'encourrait-il pas le risque de désavouer le principe [...] tel qu'interprété au niveau européen* », de sorte qu'il est encouragé de « *rétablir un contradictoire complet dans les rapports officieux à l'instigation d'une seule partie* ».

aient la possibilité de discuter les conclusions de l'expert à l'audience. À ce moment-là, il est souvent trop tard. En réalité, pour être efficace, la contradiction doit se situer plus en amont, devant l'expert lui-même »¹²¹³. Certes, l'exigence d'une seule discussion contradictoire du rapport d'expertise unilatérale, qui procède d'une logique certaine au regard des droits fondamentaux procéduraux puisqu'elle impose le rétablissement de l'équilibre qui avait été rompu entre les parties du fait de l'établissement d'un rapport non contradictoire, peut paraître insuffisante eu égard à la portée du principe du contradictoire dans les mesures d'instruction en droit interne¹²¹⁴. Il convient de rappeler que conformément aux règles régissant l'expertise judiciaire, la totalité de la mesure, doit être irriguée par les principes du procès équitable et notamment de la contradiction, sous peine d'engendrer la nullité des opérations non menées contradictoirement. De plus, il est de principe qu'un rapport ne peut être opposable à une partie qui n'a pas été représentée pendant les investigations de l'expert¹²¹⁵ et qu'un débat contradictoire à l'audience ne saurait palier l'absence de contradiction au cours des opérations d'expertise¹²¹⁶. Néanmoins, ce postulat n'a vocation à s'adresser qu'aux opérations d'expertise judiciairement organisées. Il en est autrement pour l'expertise unilatérale. En réalité, quand bien même une contestation s'élève, il y a lieu de noter que l'arrêt rendu en chambre mixte ne s'éloigne pas du lien entre expertise et principe du contradictoire tel qu'il est conçu par les juges de la Cour EDH.

481. Arrêts *Mantovanelli* et *Martins Silva*. Il est nécessaire de rapprocher la solution de la Cour de cassation du 28 septembre des décisions de la Cour EDH en matière de contradictoire et d'expertise judiciaire, à savoir le célèbre arrêt *Mantovanelli contre France*¹²¹⁷ et l'affaire *Martins Silva contre Portugal*¹²¹⁸. Aux termes de ces arrêts, la Cour de Strasbourg estime qu'il ne peut être déduit de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH un principe général et abstrait selon lequel, lorsqu'un expert a été désigné par un tribunal, les parties doivent avoir dans tous les cas la faculté d'assister aux entretiens conduits par le premier ou de recevoir communication des pièces qu'il a prises en compte. Elle soutient que l'essentiel

¹²¹³ R. PERROT, RTD civ., 1978, p. 730, préc.

¹²¹⁴ C. BÉGUIN, « La portée probatoire d'une expertise amiable non contradictoire », obs. sous Cass., ch. mixte, 28 sept. 2012, n° 11-18.710, Bull. ch. Mixte, 2012, n° 2 : LEDA, 15 nov. 2012, n° 10, p. 2.

¹²¹⁵ Cass. civ., 3ème, 25 sept. 2007, n° 06-17907.

¹²¹⁶ Cass. civ., 2ème, 18 sept. 2003, Bull. civ. 2003, II, n° 282 ; Cass. civ., 1ère, 13 juill. 2004, Bull. civ. 2004, I, n° 205 ; Cass. civ., 2ème, 24 févr. 2005, Bull. civ. 2005, II, n° 46 ; Cass. civ., 3ème, 26 mai 2009, n° 08-16.901.

¹²¹⁷ CEDH (Chambre), *Mantovanelli c. France*, préc.

¹²¹⁸ CEDH (Première Section), *Martins Silva c. Portugal*, préc., §§ 36-37.

réside dans le fait que les parties puissent participer de manière adéquate à la procédure devant le tribunal. Autrement dit, il n'est pas nécessaire que l'expert convoque les parties ou leur permette de discuter des pièces pendant les investigations du moment que « *la procédure purement judiciaire s'est déroulée dans le respect du contradictoire* »¹²¹⁹ et que les parties aient pu discuter de la pièce après son dépôt. Le raisonnement doit être identique concernant l'expertise officieuse, et la Cour de cassation l'applique¹²²⁰ : l'expert missionné à l'initiative d'une seule partie n'est pas dans l'obligation de procéder à des opérations contradictoires, c'est d'ailleurs le but poursuivi par une telle expertise, et le seul fait de régulièrement verser son rapport aux débats et de le soumettre à la discussion des parties suffit donc pour assurer le respect du procès équitable. L'exception tenant, selon la Cour EDH, au caractère prépondérant de l'expertise sur la solution du juge, qui doit permettre l'ouverture d'un débat contradictoire avant le dépôt du rapport, n'aurait vocation à s'appliquer au rapport d'expertise unilatérale dans la mesure où celui-ci ne saurait influencer la décision du juge, du fait de sa valeur moindre.

482. Assimilation au régime de production des rapports d'enquêtes privées. La solution du 28 septembre 2012 peut également se justifier à la lumière d'un autre arrêt rendu récemment par la Cour EDH, dans un domaine complètement différent, l'arrêt *Vukota-Bolic contre Suisse*¹²²¹. Il s'agissait en l'espèce pour les juges de se prononcer sur le caractère équitable d'une procédure au cours de laquelle avaient été produits des rapports d'enquêtes privées établis à la suite d'une surveillance organisée par une compagnie d'assurance. À la lecture de cette décision, il est heureux de s'apercevoir que la juridiction européenne applique, relativement à ce mode de preuve, les conditions également édictées par la Cour de cassation. En effet, conformément à l'article 6 § 1 de la Conv. EDH, elle a déclaré que la requérante s'était vue offrir la possibilité de contester les rapports d'enquêtes privées et l'expertise en résultant et de s'opposer à son utilisation dans le cadre d'une procédure contradictoire¹²²², tout en précisant que « *l'enregistrement litigieux, pris avec l'avis d'expert émis sur la base de la surveillance, n'était pas la seule preuve sur laquelle la Cour fédérale s'est appuyée pour fonder sa décision dans l'affaire de la requérante* »¹²²³. Au vu de ces éléments, une atteinte au

¹²¹⁹CEDH (Chambre), *Mantovanelli c. France*, préc., § 35.

¹²²⁰D'ailleurs, la CEDH indique qu'il revient aux juridictions internes d'apprécier les éléments obtenus par elles et la pertinence de ceux dont une partie souhaite la production.

¹²²¹CEDH (Troisième Section), *Vukota-Bolic c. Suisse*, 18 oct. 2016, req. n° 61838/10.

¹²²²CEDH (Troisième Section), *Vukota-Bolic c. Suisse*, préc., § 98.

¹²²³CEDH (Troisième Section), *Vukota-Bolic c. Suisse*, préc., § 99.

procès équitable n'a pu être relevée. Par analogie, il va sans dire qu'une telle solution apporte de la crédibilité à celle rendue en chambre mixte en matière d'expertise unilatérale.

483. La légitimité de la solution du 28 septembre 2012 doit également être envisagée à la lumière des règles du code de procédure civile (2).

2. Une légitimité au regard des règles procédurales internes

484. Les règles procédurales internes proviennent soit du code de procédure civile, soit des décisions de la jurisprudence. Ainsi, il convient d'observer que les conditions de recevabilité d'un rapport d'expertise officieuse sont conformes aux exigences internes du code de procédure civile en matière de contradictoire (a) ainsi qu'au régime d'opposabilité à un tiers d'un rapport d'expertise judiciaire à laquelle il n'a pas participé (b).

a. La justification au regard des règles procédurales internes protégeant le principe du contradictoire

485. Application stricte des règles procédurales. Dans sa décision du 28 septembre 2012, la Cour de cassation ne fait qu'appliquer strictement les règles relatives au contradictoire contenues dans les principes directeurs du procès du code de procédure civile. Il est nécessaire de revenir sur le triptyque célèbre que forment les articles 14, 15 et 16 du code de procédure civile. La conjugaison de ces trois dispositions forme la définition du contradictoire. L'article 14 dispose que « *nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée* ». Le contradictoire s'impose donc, selon cette disposition, seulement dans la phase de jugement, notion à laquelle le terme « *jugée* » fait référence. Le jugement se définit comme la solution apportée par une juridiction après le déroulement d'un procès. Le procès se caractérise quant à lui par « *une suite d'événements, organisée au moyen d'une procédure, et tendant à la résolution juridictionnelle d'un litige* » et qui consistent en une « *succession des actes, des mesures et des incidents de procédure* »¹²²⁴. La procédure, quant à elle, est initiée par une action en justice matérialisée par la saisine d'une juridiction. C'est donc lorsque la juridiction est saisie que le procès débute, et que le principe du contradictoire a vocation à s'appliquer à tous les actes qui le composent. Le respect de la contradiction doit alors être assuré jusqu'à la décision définitive rendue par le tribunal. L'expertise judiciaire,

¹²²⁴A. CIAUDO, « La maîtrise du temps en droit processuel », préc.

parce qu'elle est organisée par le juge au cours de l'instance et qu'elle constitue, de ce fait, une mesure permettant de conduire au jugement, doit revêtir un caractère contradictoire. D'autant plus que l'article 160 du code de procédure civile affirme le respect de la contradiction. En effet, cette disposition énonce que les parties et les tiers qui doivent apporter leur concours aux mesures d'instruction sont convoqués, selon le cas, par le greffier du juge qui y procède ou par le technicien commis. La convocation prévue à l'article 160 s'apparente au terme « appelée » de l'article 14 du code de procédure civile. *A contrario*, l'expertise officieuse, établie avant et en dehors de tout procès, n'a pas à répondre à l'exigence de l'article 14 du code de procédure civile lors de son établissement. Dans cette mesure, l'on comprend pourquoi la jurisprudence ne sanctionne pas par l'irrecevabilité une expertise amiable non contradictoire, puisque celle-ci n'est pas une phase du jugement. En l'état de ce constat, elle n'applique que l'article 15 du code de procédure civile qui énonce que les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les « éléments de preuve qu'elles produisent » et l'article 16 alinéa 2 qui dispose que le juge « ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement ». L'expertise officieuse s'apparente effectivement à un élément de preuve nécessaire à établir les faits qu'allègue une partie qui rentre dans la catégorie de « documents » prévue à l'article 16. En tant que tel, elle doit respecter les exigences imposées par le contradictoire, à savoir une communication régulière et un débat contradictoire. À ce titre, le principe dégagé en chambre mixte est complètement cohérent.

b. La justification au regard des conditions d'opposabilité d'un rapport d'expertise judiciaire à un tiers qui n'a pas participé aux opérations expertales

486. Contexte. Il s'agit de la situation dans laquelle une partie a obtenu dans une précédente instance l'organisation d'une expertise judiciaire dont elle souhaite faire prévaloir les résultats auprès d'un tiers qu'elle estime responsable de son préjudice, alors même que ce dernier n'a pas assisté aux investigations de l'expert, puisque non cité à la cause. Dans ce genre d'hypothèse, le principe du contradictoire aurait vocation à être atteint puisque le tiers n'a pas été convoqué aux opérations d'expertise. Toutefois, aux termes de deux arrêts récents des 7 septembre 2017¹²²⁵ et 19 octobre 2017¹²²⁶, la deuxième chambre civile de la Cour de

¹²²⁵Cass. civ., 2ème, 7 sept. 2017, n° 16-15.531.

¹²²⁶Cass. civ., 2ème, 19 oct. 2017, n° 16-21.520.

cassation juge que l'opposabilité d'un rapport d'expertise judiciaire à un tiers appelé dans une instance et non partie aux investigations de l'expert implique, d'une part que le rapport soit régulièrement versé aux débats et discuté contradictoirement par les parties et, d'autre part, qu'il ne soit pas le seul élément de preuve. Dans ces décisions, la haute juridiction censure les juges du fond au visa de l'article 16 du code de procédure civile. Aux termes de la première espèce, la cour d'appel avait déclaré le rapport d'expertise judiciaire non opposable au tiers assigné dans la mesure où ce dernier aurait dû être mis dans la cause devant le juge des référés qui a organisé la mesure d'instruction, c'est-à-dire à un moment de la procédure où ce tiers aurait pu valablement faire connaître à l'expert son point de vue technique sur les causes de la panne du véhicule de Mme X. Ils ne pouvaient arguer de la sorte selon la Cour de cassation et auraient du, selon elle, « *rechercher* » si le rapport était régulièrement versé aux débats et soumis à la discussion contradictoire des parties et, dans un second temps, s'il était corroboré par d'autres éléments de preuve. Dans le second arrêt, relatif à des désordres subis par un locataire dans son appartement, les juges du fond ont cette fois-ci considéré que le rapport d'expertise judiciaire était opposable au tiers, un entrepreneur, dans la mesure où il avait pu discuter contradictoirement de cette pièce qui avait été régulièrement produite à l'instance. Mais cette décision est censurée par la Cour de cassation parce que le rapport d'expertise n'était pas corroboré par une autre preuve. La cour d'appel n'avait alors appliqué qu'à moitié le principe dégagé par l'arrêt de la Cour de cassation du 28 septembre 2012.

487. Revirement de jurisprudence. Par ces solutions, la haute juridiction procède à un revirement de jurisprudence puisqu'auparavant, elle considérait que l'expertise ordonnée dans une précédente instance pouvait être prise en considération à l'unique condition qu'elle ait été régulièrement versée aux débats et soumise à la discussion contradictoire¹²²⁷, même dans l'hypothèse où le rapport a été partiellement annulé¹²²⁸. Le régime désormais imposé par

¹²²⁷Cass. civ., 2ème, 17 avr. 2008, n° 07-16.824, Bull. civ. II, n° 95 : D., 2008, p. 1345, obs. I. GALLMEISTER : Ayant exactement décidé que l'expertise ordonnée dans une instance opposant la victime d'un accident de la route à l'assureur du conducteur responsable pouvait être prise en considération pour le recours en garantie de l'assureur contre l'Etablissement français du sang (EFS) dès lors qu'elle avait été régulièrement versée aux débats sur ce recours et soumise à la discussion contradictoire des parties, c'est sans méconnaître le principe de la contradiction ni les limites de la chose jugée par l'arrêt du 11 décembre 1997, que la cour d'appel a retenu que la contamination de la victime était imputable aux transfusions sanguines qu'elle avait subies ; Cass. civ., 1ère, 1er févr. 2012, n° 10-18.853, Bull. civ. I, n° 20 : D., 2012, p. 446 : « *Attendu que pour écarter la demande d'annulation du rapport l'arrêt retient que s'il est exact que l'expert a l'obligation de soumettre à la discussion des parties les éléments recueillis auprès des tiers, le principe du contradictoire a été respecté dès lors que les parties ont eu la faculté de soumettre au juge leurs observations sur le document, annexé au rapport, et de critiquer les conséquences qu'en a tirées l'expert* ».

¹²²⁸Cass. civ., 2ème, 2 juill. 2009, n° 08-11.599, inédit : la méconnaissance du principe de la contradiction par l'expert judiciaire n'empêche pas le juge de prendre en compte le fait sur lequel l'expert s'est appuyé pour

la Cour de cassation pour rendre opposable à un tiers un rapport d'expertise, alors qu'il n'a pas participé aux opérations de l'expert, est similaire aux conditions de recevabilité d'un rapport d'expertise amiable non contradictoire. Cette identité de solution s'explique naturellement parce que, dans les deux cas, la partie qui se voit opposer le rapport d'expertise n'a pas été appelée aux opérations.

488. Le caractère unilatéral de l'expertise n'empêche cependant pas la personne qui en est à l'origine de conférer aux opérations de l'expert un caractère contradictoire. Ceci participe à une résurgence du principe dans un domaine où il est, par définition, exclu (B).

B. LA RÉSURGENCE DU CONTRADICTOIRE DANS L'UNILATÉRAL

489. Expertise officieuse contradictoire. La Cour de cassation admet que le juge peut se fonder exclusivement sur un rapport d'expertise unilatérale, et ne prendre aucune autre pièce en considération, dès lors que l'autre partie a été invitée à participer aux investigations de l'expert privé et a pu présenter ses observations. Ainsi, la chambre commerciale a pu considérer que ne porte pas atteinte à l'article 6 § 1 de la Conv. EDH, la cour d'appel qui retient que les opérations de l'expert ont été menées totalement contradictoirement, toutes les parties ayant été convoquées aux réunions d'expertise, étant présentes aux opérations et ayant pu faire valoir leurs observations et déposer leurs pièces¹²²⁹. L'arrêt indique également que *« si l'expert a été choisi par une partie, et non désigné par une juridiction, les parties, en participant aux opérations et en admettant la discussion l'ont admis en qualité d'expert pour arbitrer le litige »*, ce qui justifie, au titre de cette expertise consentie¹²³⁰, que les juges du fond se soient exclusivement fondés sur ce rapport. Il en est de même concernant les juges qui

donner son avis et qui a ensuite été soumis à la libre discussion des parties devant la juridiction ; qu'en jugeant que le non respect de la contradiction par l'expert à propos de la constatation selon laquelle la société Elotec avait déjà participé à l'installation d'un système comprenant deux ballons interdisait jusqu'à la prise en compte de ce fait pourtant librement discuté devant le tribunal puis la cour d'appel, cette dernière a violé par fausse application l'article 16 du code de procédure civile ; l'annulation d'une partie du rapport d'expertise dans laquelle l'expert judiciaire donne une opinion juridique sur le partage de responsabilité ne fait pas obstacle à ce que les juges du fond aient la même appréciation juridique ; qu'en excluant un partage de responsabilité pour moitié entre les sociétés Claie et Elotec en raison de l'annulation de la partie du rapport d'expertise qui concluait à un tel partage, tandis que la cour d'appel, qui n'était pas tenue par l'opinion juridique exprimée par l'expert, pouvait conclure à un partage de responsabilité identique, la cour d'appel a violé par fausse application l'article 16 du code de procédure civile, ensemble l'article 238 du même code.

¹²²⁹ Cass. com., 19 nov. 2013, n° 12-20.143, inédit.

¹²³⁰ R. SCHULZ, « Portée probatoire de l'expertise amiable contradictoirement menée entre les parties », obs. sous Cass. com., 19 nov. 2013, n° 12-20.143, inédit : RGDA, févr. 2014, n° 2, p. 129.

ont « constaté que l'expertise des deux hélicoptères avait été effectuée par le cabinet Airclaims en présence de l'expert de la société Ixair, faisant ressortir le caractère contradictoire de l'expertise », de sorte que c'est à bon droit qu'il ont « pu se fonder exclusivement sur ce rapport »¹²³¹. Ces solutions¹²³² sont parfaitement cohérentes dans la mesure où le principe de la contradiction a été appliqué à la totalité de la mesure d'expertise officielle, ce terme devenant, semble-t-il, moins approprié à la suite de ces décisions. En définitive, l'application du contradictoire dans le déroulement d'une expertise officielle ne peut que renforcer le caractère probant du rapport qui en résulte, afin d'en faire un moyen de preuve irréprochable¹²³³. Ces jurisprudences offrent également les critères permettant de qualifier une expertise unilatérale de contradictoire. En effet, il ne suffit pas que la partie désignant l'expert officiel informe son adversaire de l'accomplissement des opérations d'expertise, il est nécessaire que ce dernier puisse participer aux investigations du professionnel ou faire appel à son propre expert.

Ces considérations semblent toutefois être mises à mal à la lumière d'un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 13 septembre 2018 estimant qu'une cour d'appel, qui s'est fondée exclusivement sur une expertise non judiciaire réalisée à la demande de l'une des parties pour retenir la responsabilité d'une société dans un accident, peu important que cette expertise ait été effectuée en présence de toutes les parties, a violé l'article 16 du code de procédure civile¹²³⁴. Cette décision se démarque par sa sévérité et sa méfiance vis-à-vis des expertises unilatérales qui, et il convient de l'admettre, si elles se déroulent au

¹²³¹Cass. com., 5 juill. 2017, n° 15-27.397, non publié au bulletin.

¹²³²Pour d'autres applications : Cass. civ., 1ère, 22 mai 2001, n° 98-14.471, inédit : « Mais attendu qu'ayant relevé que le procès-verbal d'expertise amiable avait été établi contradictoirement en présence des représentants des assureurs concernés, excepté la compagnie Yorkshire, laquelle n'avait pas désigné d'expert et avait fait connaître qu'elle déclinerait sa garantie, et que l'évaluation des dommages ainsi faite était régulière et s'imposait aux parties qui étaient représentées, c'est à bon droit que la cour d'appel a jugé, que cette expertise amiable était opposable aux consorts X... dès lors qu'il était mentionné à ce procès verbal que M. Philippe X... était représenté à la réunion d'expertise par son avocat ; que, d'autre part, ayant constaté que les éléments réunis dans ce document sur l'importance du sinistre et l'évaluation des dommages n'étaient, "en aucune façon", critiqués par les parties qui sollicitaient une expertise judiciaire, la cour d'appel a souverainement estimé que cette expertise était inutile et que le préjudice s'élevait à la somme de 3 298 455 francs ; que par ces motifs, l'arrêt est légalement justifié » ; Cass. civ., 3ème, 29 oct. 2003, n° 01-11.004, inédit : « Mais attendu qu'ayant retenu, par motifs propres et adoptés, que toutes les parties avaient été convoquées aux opérations d'expertise amiable et y avaient participé, de sorte que celles-ci s'étaient déroulées de manière contradictoire, que la responsabilité de la société Ateliers bois avait été retenue comme totale et qu'aucune réserve n'avait été émise par les parties quant à la responsabilité, ce qui n'avait pas été le cas pour le montant des dommages, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante, appréciant les éléments de preuve qui lui étaient soumis, a souverainement fixé les responsabilités encourues et le montant des dommages ».

¹²³³P. JULIEN, « Principe de la contradiction et expertise en droit privé », in Mél J. Buffet, La procédure en tous ses états, LPA-LGDJ, 2004, p. 293 s.

¹²³⁴Cass. civ., 2ème, 13 sept. 2018, n° 17-20.099, Publié au bulletin, arrêt n° 1118.

contradictoire de toutes les parties, doivent désormais être considérées comme suffisantes en tant que seul élément de preuve.

490. Application totale du contradictoire dans le cadre de l'exécution des contrats d'assurance dommages ouvrage. Dans des cas spécifiques et rares, la loi attribue à une procédure d'expertise unilatérale un caractère complètement contradictoire. C'est l'hypothèse de l'expertise organisée dans la mise en œuvre des contrats d'assurances dommages ouvrage. L'article L. 241-1 du code des assurances énonce que « *toute personne physique ou morale, dont la responsabilité décennale peut être engagée sur le fondement de la présomption établie par les articles 1792 et suivants du code civil, doit être couverte par une assurance* ». L'article annexe II, 243-1 du même code liste les clauses types qui doivent apparaître dans un tel contrat, et notamment celle prévoyant que « *les dommages sont constatés, décrits et évalués par les soins d'un expert, personne physique ou morale, désigné par l'assureur* ». En ce qu'il est mandaté par l'assureur seul, il s'agit d'une expertise unilatérale. La disposition précitée indique toutefois que les opérations de l'expert doivent revêtir un caractère contradictoire. Ceci signifie, comme le poursuit cet article annexe, que l'assuré peut se faire assister ou représenter pendant l'exécution de la mesure, au même titre qu'élever sa voix pendant les opérations. Dans ce dernier cas, ses observations doivent être consignées dans le rapport de l'expert. Enfin, à l'image de l'expertise judiciaire, le professionnel rend ses conclusions tout d'abord par un rapport préliminaire¹²³⁵ (ce qui fait songer à la pratique d'établissement d'un pré-rapport), et ensuite par un rapport d'expertise, exclusivement consacré à la description des caractéristiques techniques du sinistre et à l'établissement des propositions, descriptions et estimations, concernant les différentes mesures à prendre et les différents travaux à exécuter en vue de la réparation intégrale des dommages constatés. La mise en place d'une procédure contradictoire totale s'explique du fait de l'importance des litiges en matière d'assurance dommages ouvrage. Enfin, par l'exigence impérative d'une procédure d'expertise contradictoire, le rapport possèdera une force probante accentuée¹²³⁶.

¹²³⁵ Qui comporte l'indication descriptive et estimative des mesures conservatoires jugées nécessaires à la non-aggravation des dommages, compte tenu, s'il y a lieu, des mesures conservatoires prises par l'assuré, ainsi que les indications sommaires sur les circonstances et les caractéristiques techniques du sinistre, permettant à l'assureur de se prononcer sur le principe de la mise en jeu des garanties du contrat;

¹²³⁶ S. HOURDEAU-BODIN, « La valeur probatoire de l'expertise en assurance », préc.

CONCLUSION DU CHAPITRE

491. Utilité du droit à la preuve. Dans le cadre du déroulement d'une expertise unilatérale, le respect des droits fondamentaux procéduraux est restreint. Ce constat trouve son explication dans la nature même de l'expertise officieuse qui ne suppose aucun consensualisme quant à son exécution, ce qui exclut toute application de la garantie essentielle du contradictoire. D'autant plus qu'il est à craindre que le professionnel désigné unilatéralement ne présente pas les qualités d'indépendance et d'impartialité requises. En réalité, l'inobservation des droits fondamentaux de l'adversaire se retrouve justifiée par l'ancrage, dans le droit interne, d'un autre droit fondamental : le droit à la preuve qui permet au justiciable de produire en justice les moyens de preuve qu'il s'est lui-même constitué. L'application du droit à la preuve renforce donc la valeur stratégique de l'expertise unilatérale.

492. Une production du rapport unilatéral nécessairement contrôlée. Le respect des droits fondamentaux procéduraux s'opère uniquement au stade de la production en justice du rapport d'expertise officieuse. S'il est admis que les opérations du professionnel désigné unilatéralement n'aient pas à être menées contradictoirement, la force probante du rapport ne pourra être caractérisée que si sa production en justice respecte le principe de la contradiction. Il faut ainsi que le rapport ait été soumis à l'adversaire en temps utile, qu'un débat s'instaure entre les parties sur le document et que ce dernier soit corroboré par d'autres éléments de preuve différents. Ainsi, sous réserve du respect de ce contradictoire « allégé », il est possible d'allier l'utilité d'un rapport officieux pour celui qui s'en prévaut, et la protection de la partie qui subit cette production. Le principe plus large d'égalité des armes, qui avait été rompu au moment de l'exécution de la mesure d'expertise unilatérale, resurgit à deux égards : parce que le contenu du rapport officieux est débattu dans le cadre de l'instance, et parce que le juge conserve son pouvoir d'appréciation de la pertinence du document. À la lumière de jurisprudences plus récentes, le contrôle du respect du principe du contradictoire opéré par le juge doit nécessairement s'accompagner de la vérification par celui-ci de la conformité de l'établissement de l'expertise unilatérale à la loi.

493. Les droits fondamentaux seront davantage garantis dans le cadre de l'expertise amiable dans la mesure où le consensualisme prévaut (Chapitre 2).

CHAPITRE 2 : L'INSERTION DE L'EXPERTISE DANS L'AMIABLE : UNE MANIFESTATION ORIGINALE DES DROITS FONDAMENTAUX

494. Définition. L'expertise amiable est « *une expertise extra-judiciaire diligentée, à la demande conjointe des parties concernées, en vertu d'une clause contractuelle ou d'un accord, soit par un expert désigné d'un choix commun, soit par deux experts choisis respectivement par chaque partie* »¹²³⁷. Dans le cadre de l'expertise amiable, par la conclusion d'un contrat, les parties décident de faire appel à un ou plusieurs techniciens afin de les éclairer sur une question factuelle ou de procéder directement à l'évaluation d'un préjudice. Ce sont donc elles qui définissent ensemble sa mission et le rémunèrent. C'est en ce sens qu'elle se distingue de l'expertise unilatérale. L'expertise amiable peut également résulter du jeu d'une clause d'expertise insérée dans un contrat initial, et s'organisera après la survenance d'un différend entre les parties. La conclusion d'un contrat d'expertise, dont la possibilité est loin d'être récente¹²³⁸, possède ses avantages, notamment en matière de délais et de coûts. Elle est ainsi devenue indispensable dans diverses matières comme le droit des assurances.

495. Coexistence des règles contractuelles et processuelles. Dans la mesure où l'expertise amiable résulte d'un accord entre les parties, son régime dépend essentiellement du droit des contrats. Il est alors nécessaire de puiser dans les règles du code civil pour déterminer la manière dont les droits fondamentaux s'expriment au sein de l'expertise amiable. Toutefois, la volonté de favoriser le recours aux modes alternatifs de résolution des différends a conduit les pouvoirs publics à instaurer dans le cadre de ceux-ci la possibilité pour les parties de désigner un technicien. Un tel recours est spécifiquement encadré par le code de procédure civile, afin d'assurer son efficacité. La majorité de ces règles s'inspire du régime des mesures d'instruction judiciaires, ce qui garantit le respect des droits fondamentaux dans le cadre de l'expertise amiable. C'est le cas de la convention de procédure participative pour laquelle le régime d'intervention du technicien est prévu aux articles 1547 à 1554 du code de procédure civile. Il en est de même pour certains acteurs économiques qui recourent, en dehors de toute procédure judiciaire, à des experts pour prévenir et régler des conflits. Là aussi, leur intervention est réglementée conformément au modèle de l'expertise

¹²³⁷ Cass., Bull. d'information n° 632, 15 janv. 2006, .

¹²³⁸ F. CHAUVAUD et L. DUMOULIN, *Experts et expertise judiciaire, France, XIXe et XXe siècles*, Presses Universitaires de Rennes, 2004, p. 27 et s.

judiciaire. Le droit processuel permet ainsi le respect des droits fondamentaux au sein de l'expertise insérée dans le cadre des modes amiables de résolution des différends. Il convient par conséquent de distinguer l'expertise amiable contractualisée qui dépend uniquement des règles du code civil (Section 1) de l'expertise amiable encadrée dont le régime est largement inspiré des règles processuelles fondamentales (Section 2). Ces deux formes d'expertise amiable seront étudiées ensemble lorsqu'il s'agira d'envisager leur incidence sur le droit au juge (Section 3).

SECTION 1. L'EXPERTISE AMIALE CONTRACTUALISÉE

496. Effet horizontal de la Conv. EDH. Par l'effet horizontal de la Conv. EDH, les droits fondamentaux ne s'appliquent plus uniquement aux relations entre l'État et l'individu mais ont également vocation à intervenir dans les rapports interindividuels¹²³⁹. À ce titre, lorsqu'il est recouru, par le biais d'un contrat, à une expertise, ses modalités d'organisation et son déroulement doivent entraîner le respect des droits fondamentaux. Il ne s'agit toutefois ni d'une fondamentalisation du droit des contrats¹²⁴⁰ ni d'une contractualisation des droits fondamentaux¹²⁴¹. Il devient nécessaire de s'interroger sur la manière dont les droits fondamentaux sont envisagés et respectés dans le cadre du contrat. Parce qu'elle est initiée contractuellement à l'initiative de plusieurs personnes et qu'elle n'est pas instaurée par le juge, l'expertise amiable contractualisée n'est pas soumise aux règles du code de procédure civile. C'est la différence essentielle qui la démarque de l'expertise judiciaire. Dès lors, ce sont les dispositions du code civil qui trouvent à s'appliquer à l'expertise amiable. Plus particulièrement, c'est le droit des contrats qui se charge d'édicter les règles en la matière. Il suffit ainsi de déterminer quelles normes du droit des contrats sont applicables à la formation et au déroulement du contrat d'expertise (§ 1), avant d'étudier leur mise en œuvre (§ 2). L'intérêt de cette étude, au travers de ces deux paragraphes, sera d'envisager comment les règles du droit des contrats s'imbriquent avec les droits fondamentaux.

¹²³⁹ **A. DEBET**, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, préf. L. LEVENEUR, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de thèses, vol. 15, 2002 ; **P. REMY**, « 100 ans de chronique », RTD civ. 2002, p. 667 ; **R. DIJOUX**, « Le renoncement contractuelle aux droits fondamentaux », LPA, 27 oct. 2011, n° 214, p. 12.

¹²⁴⁰ **S. AMRANI-MEKKI**, « Les doctrines sur l'efficacité du contrat », RDC, 2010, p. 383 : « une grande partie des règles du droit des contrats sont filtrées au moyen de la Convention européenne des droits de l'homme » ; **F. CHENEDE**, « La "fondamentalisation" du droit des contrats : discours et réalité », RDA, oct. 2015, p. 51.

¹²⁴¹ **L. MAURIN**, *Contrat et droits fondamentaux*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 545, 2013, p. 243 et s.

§ 1. L'IDENTIFICATION DES RÈGLES APPLICABLES AU CONTRAT D'EXPERTISE

497. L'expertise amiable contractualisée est soumise au principe général de liberté contractuelle qui permet aux parties de voir respecter les droits fondamentaux au stade des modalités de désignation de l'expert et d'incidence de ses conclusions (A). Dans le cadre du déroulement de l'expertise, l'application du principe de bonne foi engendre également le respect des droits fondamentaux (B). Une originalité apparaît donc : ce sont des règles différentes de celles du procès équitable qui vont permettre le respect de celui-ci¹²⁴².

A. LE PRINCIPE DE LIBERTÉ CONTRACTUELLE

498. Notion de liberté contractuelle. La désignation de l'expert amiable est laissée à la discrétion des parties au contrat. En ce sens, la formation du contrat d'expertise relève du principe directeur du droit des contrats qu'est la liberté contractuelle¹²⁴³. L'article 1102 du code civil prévoit en effet que « *chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi* ». Une double liberté se dégage de ce principe : celle de contracter ou de ne pas contracter et celle de déterminer le contenu du contrat¹²⁴⁴. Si la nature fondamentale de la liberté contractuelle n'est qu'hypothétique et reste encore à démontrer au regard de la protection des droits fondamentaux par la Conv. EDH¹²⁴⁵, il semblerait que le principe ait acquis une valeur constitutionnelle en droit interne¹²⁴⁶. Ayant affirmé en 1994 qu'« *aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle* »¹²⁴⁷, le Conseil Constitutionnel a implicitement fait pénétrer le principe dans les valeurs protégées par

¹²⁴² C. JARROSSON, L'expertise équitable, in Mél. S. GUINCHARD, Paris, Dalloz, 2010, p. 731, n° 29.

¹²⁴³ M. FABRE-MAGNAN, *Droits des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 2010, p. 51.

¹²⁴⁴ J. CARBONNIER, *Droit civil, Volume II : Les biens, les obligations*, PUF, 2004, p. 1945.

¹²⁴⁵ J.-P. MARGUENAUD, « La socialisation du droit des contrats à la mode strasbourgeoise », obs. sous CEDH (Deuxième Section), *Almeida Ferreira et Melo Ferreira c. Portugal*, 21 déc. 2010, req. n° 41696/07 : RDC, 2011, n°3, p. 949 : « [...] l'arrêt *Ferreira* constitue paradoxalement un petit pas de plus vers l'assimilation européenne de la liberté contractuelle à une liberté fondamentale. Ainsi, pour suivre l'irrésistible progression de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans les parages contractuels, faut-il avoir les nerfs solides et le cœur bien accroché : d'un arrêt à l'autre, d'une chambre à l'autre, les paradoxes, les pirouettes et les grands écarts s'enchaînent à un rythme échevelé. Au moins la montée en puissance du concept de "règles absolues" que révèle l'arrêt "*Ferreira c/ Portugal*" du 21 décembre 2010 permettra-t-elle aux contractualistes en général de mieux s'accrocher aux parapets de l'Europe et à ceux d'entre eux qui appellent de leurs vœux une plus forte socialisation du droit des contrats, de croire en un changement de cap... »

¹²⁴⁶ L. MAURIN, *Contrat et droits fondamentaux*, op cit., pp. 107-133.

¹²⁴⁷ Cons. constit., 3 août 1994, déc. n° 94-348 DC.

la Constitution par ricochet¹²⁴⁸. Dans un arrêt du 3 octobre 1980, le Conseil d'État a fait entrer le principe de liberté contractuelle au sein des principes fondamentaux du régime des obligations civiles et commerciales dont le législateur régit la détermination¹²⁴⁹.

499. Incidence du principe de liberté contractuelle sur la mise en place d'une expertise amiable. En vertu de la liberté contractuelle, il revient aux parties de choisir, d'un commun accord, le ou les experts amiables qui vont mener les opérations qu'elles vont, là aussi, librement déterminer¹²⁵⁰. La mesure ainsi décidée entre dans le cadre d'une convention de louage d'ouvrage de prestation de service, ou contrat d'entreprise, qui, aux termes de l'article 1710 du code civil est « *un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles* ». Il est d'usage, dans les contrats d'assurance, de rendre obligatoire, afin d'évaluer un préjudice résultant d'un sinistre, le recours à une expertise amiable contradictoire. Dans ce cas, l'assuré se retrouve empêché d'assigner son assureur tant que l'expertise n'a pas été diligentée¹²⁵¹. Les parties peuvent également par une clause, qui ne peut s'analyser en une clause compromissaire¹²⁵², « *s'engager à considérer la conclusion de l'expertise comme les liant irrévocablement* »¹²⁵³. L'avis de l'expert possédera ainsi une force contractuelle¹²⁵⁴ et s'imposera aux contractants¹²⁵⁵. Il s'agira alors d'un contrat de mandat au sens de l'article 1784 du code civil. Dans cette hypothèse, les parties renoncent à leur droit de saisir ultérieurement une juridiction pour contester les conclusions du professionnel. La Cour de cassation a par exemple jugé

¹²⁴⁸ **A. DUFFY**, « La constitutionnalisation de la liberté contractuelle », RDP, 2006, p. 1569 ; **J. MESTRE**, « La liberté contractuelle rentrerait-elle en grâce auprès du Conseil constitutionnel ? », RTD civ., 1997, p. 416 : « *La question mérite d'être posée au lendemain de sa décision n° 96-385 du 30 décembre 1996 [...] par rapport à sa précédente décision du 3 août 1994 [...] où, pour répondre à une argumentation s'appuyant sur une atteinte au principe de liberté contractuelle, le Conseil s'était contenté de préciser sobrement et péremptoirement qu' "aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle", le progrès est manifeste. Certes, on peut encore avoir le sentiment, à la lecture de cette décision du 30 décembre 1996, que le Conseil procède bien souvent par pétitions de principe et reste, en tout cas, avare d'explications ou de justifications. Mais enfin, sur le plan particulier de la liberté contractuelle, on relèvera avec plaisir que celle-ci ne paraît plus par essence directement étrangère au socle* » ; **L. MAURIN**, *Contrat et droits fondamentaux*, op. cit., p. 114, spéc. n° 126 : sur la protection constitutionnelle autonome du principe de liberté contractuelle.

¹²⁴⁹ CE, Section, 3 oct. 1980, n° 12955, Leb., p. 348.

¹²⁵⁰ Les parties peuvent également, à titre préventif, indiquer le nom de l'expert choisi par une clause spécifique du contrat initial.

¹²⁵¹ **A. ASTEGIANO-LA RIZZA**, « Gestion du sinistre en assurance multirisques », *Dalloz Action, Droit et pratique des baux commerciaux*, 2017/2018, chap. n° 132, spéc. n° 132.104.

¹²⁵² CA, Colmar, 13 mai 2016, n° 14/03993 : Gaz. Pal., 15 nov. 2016, n° 40, p. 40, note D. BENSUAUDE.

¹²⁵³ **P. LURQUIN**, *Traité de l'expertise en toutes matières*, t. 1, op. cit., p. 8, spéc. n° 3.

¹²⁵⁴ Cass. civ., 19 janv. 1942 : DA, 1942, p. 107.

¹²⁵⁵ Ceci rappelle l'article 1103 du code civil qui dispose que « *les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ».

qu'« en s'en remettant, dans une convention annexe à la cession d'actions, à l'estimation d'un expert désigné conformément à l'article 1843-4 du code civil¹²⁵⁶ en cas de contestation sur le prix, les contractants font de la décision de celui-ci leur loi »¹²⁵⁷. Toujours selon cette décision, la décision de l'expert ne pourra être remise en question qu'en cas d'erreur grossière de sa part dans l'accomplissement de sa mission. Dès lors, contrairement au régime de l'expertise judiciaire où l'avis du professionnel ne lie pas le juge, les conclusions de l'expert vont s'imposer aux parties si elles décident de s'y lier de manière irrévocable. Les compétences attendues de l'expert amiable dépassent alors celles requises de l'expert judiciairement commis.

500. Clause d'expertise amiable. Dans la pratique, les contrats contiennent le plus souvent une clause d'expertise amiable qui prévoit la possibilité pour chaque partie d'être représentée par son propre expert. Il s'agit ici d'assurer, dès le départ, une égalité des armes entre les contractants. Par cette clause d'expertise amiable, les parties sont également en mesure d'indiquer qu'en cas de désaccord entre les deux experts, un troisième sera désigné à l'amiable ou par le juge.

501. Liberté dans la rémunération et la détermination de la mission de l'expert. En dehors de ce qui touche aux domaines de l'ordre public et des bonnes mœurs¹²⁵⁸, tout se contractualise. En conséquence, il revient aux contractants de fixer les modalités de rémunération de l'expert, l'étendue de l'obligation de confidentialité à laquelle peut être tenu le professionnel, ainsi que la durée que les parties entendent donner aux opérations d'expertise. Leur négociation pour ce faire aboutit à un sentiment d'égalité parfait entre elles au contrat, de sorte qu'une certaine forme d'égalité des armes se profile.

¹²⁵⁶C. civ., art. 1843-4 : « I. – Dans les cas où la loi renvoie au présent article pour fixer les conditions de prix d'une cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible. L'expert ainsi désigné est tenu d'appliquer, lorsqu'elles existent, les règles et modalités de détermination de la valeur prévues par les statuts de la société ou par toute convention liant les parties. II. – Dans les cas où les statuts prévoient la cession des droits sociaux d'un associé ou le rachat de ces droits par la société sans que leur valeur soit ni déterminée ni déterminable, celle-ci est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné dans les conditions du premier alinéa. L'expert ainsi désigné est tenu d'appliquer, lorsqu'elles existent, les règles et modalités de détermination de la valeur prévues par toute convention liant les parties ».

¹²⁵⁷Cass. com., 19 avr. 2005, n° 03-11.790, Bull. IV, n° 95, p. 99.

¹²⁵⁸C. civ., art. 6 : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

502. Opposition des parties dans la désignation de l'expert et recours au juge.

Dans certaines matières, peu nombreuses, l'absence d'accord des parties sur le nom d'un expert amiable entraîne l'intervention du juge qui devra lui-même procéder à cette désignation. C'est le cas de l'article 1592 du code civil disposant que le prix de vente, dans le cadre du contrat de vente, peut être « *laissé à l'estimation d'un tiers* ». C'est la pratique de la fixation du prix à dire d'expert. La chambre commerciale de la Cour de cassation a estimé que la désignation de ce tiers devait être faite d'un commun accord entre le cédant et le cessionnaire, ou à défaut, donc en cas de désaccord, par le juge qu'elles saisissent¹²⁵⁹. La désignation judiciaire de l'expert amiable est aussi envisageable en matière d'évaluation des droits sociaux, procédure prévue par l'article 1843-4 du code civil. Selon cette disposition, « *pour fixer les conditions de prix d'une cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible* ». Aussi, dans l'hypothèse de l'expertise amiable en matière d'indemnisation à la suite d'un accident de la circulation, l'article R. 211-34 du code des assurances précise que lorsque la victime élève une contestation sur le choix du médecin proposé par l'assureur sans qu'un accord puisse intervenir avec ce dernier, il est procédé à la désignation, à la demande de l'assureur, d'un médecin à titre d'expert par le juge des référés. En dehors de ces domaines, l'on peut concevoir qu'il est possible de faire appel au juge dès qu'un désaccord intervient dans la nomination d'un expert, même si cela retarde la résolution consensuelle du litige.

La désignation d'un expert amiable par le juge constitue ainsi une dérogation à la liberté contractuelle qui se justifie par l'existence d'un désaccord des parties sur le choix du professionnel. Un tel recours est de nature à respecter l'égalité entre elles puisque le juge à qui il revient de désigner l'expert est nécessairement neutre. Dans un arrêt du 23 novembre 2005, la cour d'appel de Paris a précisé que le rôle du juge saisi en cas d'opposition des contractants sur la désignation de l'expert n'est pas celui d'un juge appelé en demande de désignation d'un expert judiciaire¹²⁶⁰. De ce fait, son rôle se cantonne uniquement au choix du nom de l'expert. Par conséquent, il lui est interdit de définir les chefs de mission de ce dernier. Les juges du fond ont en effet précisé, dans le cadre d'un recours à une expertise de l'article 1843-4 du code civil, que « *le juge n'a pas pouvoir, même pour permettre à l'expert de procéder en toute*

¹²⁵⁹Cass. com., 26 juin 1990, n° 88-14.444, Bull. IV, n° 197, p. 134.

¹²⁶⁰CA, Paris (14ème ch., cect. A) 23 nov. 2005, *Société civile des Mousquetaires c. Deyglun* : Rev. sociétés, 2006, p. 193, obs. I. URBAIN-PARLEANI.

liberté à l'évaluation qu'il est seul apte à faire, de préciser la mission de l'expert pour faire échec aux dispositions des statuts définissant les critères d'évaluation ». Cette prérogative appartient exclusivement aux parties. Cette solution s'explique dans la mesure où la jurisprudence considère depuis longtemps qu'une expertise amiable ne peut être qualifiée de judiciaire lorsqu'une partie au contrat fait désigner l'expert par le juge¹²⁶¹.

503. Le principe de liberté contractuelle implique un respect des droits fondamentaux des parties contractantes au stade de la désignation de l'expert. Il semble, en effet, que le caractère consensuel de la désignation de l'expert soit de nature à créer une égalité entre elles. Au niveau de l'exécution de l'expertise amiable, le respect des droits fondamentaux se manifeste au travers du principe de bonne foi (B).

B. LE PRINCIPE DE BONNE FOI

504. Risque de l'expertise amiable et apparition du principe de bonne foi. Dans la mesure où l'expert amiable ne prête pas serment, les parties au contrat doivent être assurées de la bonne exécution de ses opérations¹²⁶². Il est alors nécessaire qu'elles aient la certitude que celui-ci remplisse les exigences de compétence, d'impartialité, d'indépendance et de respect du principe du contradictoire essentielles à une mesure efficace. L'autre danger se manifeste par le comportement des parties au contrat pendant le déroulement de la mesure d'expertise. Le risque d'une expertise de moindre qualité s'écarte plus facilement si elles décident de recourir à un professionnel inscrit sur les listes près les cours d'appel et la Cour de cassation. La sécurité qu'apportent le code de procédure civile et les dispositions spécifiques relatives aux experts judiciaires n'existe pas dans le code civil. À ce sujet, les propos de Monsieur Paul LURQUIN se veulent rassurants puisque selon lui « *le principe de l'exécution de bonne foi des conventions doit suffire, en matière d'expertise amiable, à assurer le respect des règles essentielles de toute expertise* »¹²⁶³. L'article 1104 alinéa 1er dispose, à ce titre, que « *les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* ». Par cette disposition, les concepts de loyauté, de coopération et de collaboration trouvent à s'appliquer¹²⁶⁴. Cela crée deux sortes d'obligations : celle pour l'expert de diligenter une mesure efficace dans le

¹²⁶¹ Cass. civ., 21 févr. 1887, DP, 1887, 1, p. 297.

¹²⁶² P. LURQUIN, *Traité de l'expertise en toutes matières*, t. 1, op. cit., p. 23, spéc. n° 14.

¹²⁶³ Ibid.

¹²⁶⁴ v. notamment Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préf. G. COUTURIER, th., LGDJ, Paris, 1989.

respect des règles équitables, et celle pour les parties de ne pas nuire mutuellement à l'accomplissement de la mesure décidée par convention.

505. Application du principe de bonne foi au sein de l'expertise amiable. C'est donc sous l'égide du principe de bonne foi contractuelle que les droits fondamentaux dans la mise en œuvre d'une expertise amiable sont à même d'être respectés. À titre comparatif, les composantes de la bonne foi telles que les obligations de coopération se retrouvent dans plusieurs dispositions du code de procédure civile qui imposent une collaboration des parties dans le déroulement d'une mesure d'instruction. En témoigne l'article 11 du code qui dispose que « *les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction* », auquel l'article 160 fait écho, puisqu'il rappelle que les parties et les tiers doivent concourir à la mesure d'instruction. Si cette analogie est pertinente au regard du rôle des parties dans la mise en œuvre de l'expertise amiable, ce qui implique entre elles un échange des pièces et de l'honnêteté mutuelle, qu'en est-il concernant l'expert ? Le contrat d'expertise implique avant tout que ce soit lui qui fasse part de bonne foi pendant le déroulement de sa mission. Son éthique personnelle entre ainsi en jeu et doit fermement s'appliquer. Plusieurs obligations à sa charge résultent de ce principe dont l'impartialité, l'indépendance, la conduite contradictoire des opérations et la mise en œuvre de ses compétences.

506. Bonne foi et déontologie expertale. L'exigence de bonne foi possède une portée morale, au même titre que les obligations relevant de la déontologie des experts. Les règles inscrites dans un code de déontologie ont une vocation d'application générale, ce qui signifie qu'elles ne concernent pas uniquement les experts judiciairement désignés. Dès lors, ces règles empreintes de loyauté doivent nécessairement être respectées par les experts non judiciaires, désignés contractuellement. La déontologie a d'ailleurs tout intérêt à être exercée de manière efficace dans le cadre contractuel puisque ce sont les deux parties signataires du contrat qui attendent un comportement honorable de l'expert auquel elles font appel et qui peuvent engager sa responsabilité.

507. Exemple des règles déontologiques applicables à l'expert en automobile. Il est évident que lorsque l'expert désigné par les contractants fait partie d'une profession réglementée, les règles déontologiques attachées à cette profession sécurisent davantage la

bonne exécution du contrat d'expertise. Pour exemple, les experts en automobile disposent d'un code de déontologie adopté par la Confédération Française des Experts en Automobile le 5 avril 2016. L'article 4 du code, intitulé « Probité » prévoit les règles déontologiques primordiales de tout expert. Il y est en effet indiqué que « *L'expert en automobile fait preuve, en toutes circonstances, d'une probité exemplaire. Il respecte, quelle que soit la nature de son intervention, les principes et les valeurs de la profession, notamment l'indépendance, l'objectivité, l'impartialité et le contradictoire* ». Les autres dispositions de ce code ont le mérite d'être extrêmement précises et détaillées, afin de garantir aux personnes qui recourent aux services d'un expert en automobile une totale compétence. Concernant la compétence du professionnel, l'article 16 précise que « *L'expert en automobile n'accepte une mission que s'il dispose de la compétence nécessaire pour la mener à bien* ». Au regard de l'exigence d'objectivité de l'expert, le code de déontologie s'avère plus éloquent que les dispositions du code de procédure civile relatives aux techniciens et indiquant seulement que celui-ci doit accomplir sa mission avec objectivité. L'article 17 du code de déontologie indique en effet que pour respecter l'obligation d'objectivité, les analyses et les conclusions du professionnel sont « *techniques, objectives, argumentées et motivées* ». L'utilité des règles déontologiques n'est plus à démontrer. Elles permettent, par l'établissement de principes précis et de sanctions applicables en cas de non-respect, de renforcer la qualité des opérations d'expertise, que celles-ci entrent ou non dans un cadre judiciaire. Si les opérations d'expertise s'inscrivent dans l'exécution d'un contrat d'expertise, la déontologie facilite la mise en œuvre éventuelle de la responsabilité de l'expert pour manquements à ses devoirs. Mais elle permet également au professionnel de connaître la teneur de sa mission. Ces éléments révèlent la nécessité d'organiser la profession d'expert autour d'une « déontologie uniforme »¹²⁶⁵.

508. Une fois les règles principales régissant la formation et l'exécution du contrat d'expertise déterminées, il convient d'envisager comment celles-ci sont mises en œuvre (§ 2).

¹²⁶⁵ T. GOUJON-BETHAN, *L'expertise non judiciaire à l'aune des droits fondamentaux*, op. cit., p. 48, spéc. n° 41.

§ 2. LA MISE EN ŒUVRE DES RÈGLES APPLICABLES AU CONTRAT D'EXPERTISE

509. La mise en œuvre des règles du droit des contrats impliquant le respect des droits fondamentaux doit s'apprécier au regard des qualités de l'expert. En effet, le contrat d'expertise est conclu *intuitu personae*, c'est-à-dire en considération de la personne avec laquelle il a été passé. L'expert est donc désigné pour ses qualités, desquelles dépendront la bonne exécution de la convention. Ces qualités recouvrent les obligations d'indépendance et d'impartialité (A), le respect du contradictoire (B), et les compétences de l'expert (C).

A. LES EXIGENCES D'INDÉPENDANCE ET D'IMPARTIALITÉ

510. Remarques générales. L'indépendance et l'impartialité de l'expert amiable représentent deux exigences majeures pour les parties faisant appel au professionnel. Comme tout expert judiciaire, l'expert désigné par un contrat ne doit posséder aucun lien de dépendance avec un ou plusieurs contractants, et n'avoir aucun parti pris qui influencerait le déroulement de ses opérations et la rédaction de ses conclusions. À cet égard, la Cour EDH insiste sur les nécessités d'indépendance et d'impartialité des experts privés dans l'arrêt *Iris Spycher contre Suisse*¹²⁶⁶.

511. Qualification du contrat d'expertise et compatibilité avec les obligations d'indépendance et d'impartialité. S'assurer également de ces garanties implique de s'interroger sur la véritable nature du contrat d'expertise. Celui-ci peut en effet recouvrir diverses formes, mais toutes ne sont pas propices au respect des règles d'impartialité et d'indépendance. Très tôt, depuis les années 1930, la jurisprudence a qualifié le contrat

¹²⁶⁶CEDH (Troisième Section), *Iris Spycher c. Suisse*, 17 nov. 2015, req. n° 26275/12, § 21-26 : « [...] En l'espèce, il n'est pas contesté que le SMAB a été mandaté et rémunéré par l'assurance-invalidité pour examiner la requérante dans le cadre d'une expertise pluridisciplinaire. Néanmoins, le SMAB n'est pas une unité de l'administration fédérale, comme le sont les services médicaux régionaux au sens de l'article 59 § 2 de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (paragraphe 14 ci-dessus). En effet, il s'agit d'une société anonyme valablement inscrite au registre du commerce, avec pour but principal l'exécution d'expertises médicales pluridisciplinaires pour tous les mandants qui en feraient la demande, comme par exemple les Offices de l'assurance-invalidité en vertu de l'article 72bis § 1 du règlement sur l'assurance-invalidité (voir ci-dessus). Il s'ensuit que le raisonnement tenu par la Cour dans l'affaire T.B. c. Suisse, concernant des experts qui sont employés par l'autorité administrative, vaut, mutatis mutandis et a fortiori, pour des experts indépendants comme ceux du SMAB, sans qu'il faille entrer dans les détails de l'organisation des rapports entre les COMAI et l'assurance-invalidité. Par ailleurs, il convient également de constater que la requérante, qui n'a pas récusé les experts du SMAB, n'a invoqué aucun motif, à part les rapports contractuels liant les COMAI à l'assurance-invalidité, susceptible de justifier son grief tiré du prétendu manque d'indépendance et d'impartialité des experts du SMAB dans son cas concret [...] »

d'expertise de contrat de travail¹²⁶⁷. Cette qualification est risquée et entraîne nécessairement un défaut d'indépendance et d'impartialité de l'expert dans la mesure où le contrat de travail suppose l'existence d'un lien de subordination entre employeur et salarié. D'ailleurs, en matière d'expertise judiciaire, conformément aux articles 341 du code de procédure civile et L. 111-6 du code de l'organisation judiciaire, il doit être procédé à la récusation de l'expert s'il existe entre lui et/ou son conjoint, et une partie un lien de subordination. Ceci explique que désormais la jurisprudence ne désigne plus le contrat d'expertise comme un contrat de travail¹²⁶⁸. Dans de très rares hypothèses, le contrat d'expertise peut être qualifié de mandat¹²⁶⁹. Selon l'article 1984 du code civil, le mandat se définit comme un « *acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom* ». Cette qualification ne s'applique qu'à l'expertise amiable irrévocable¹²⁷⁰, selon laquelle les parties conviennent que les résultats du professionnel s'imposeront nécessairement à elles. Cette qualification, pourtant, encore retenue par la cour d'appel¹²⁷¹, n'est cependant pas compatible avec l'objet d'une mission d'expertise. En effet, si, dans le cadre de sa mission, le mandataire peut accomplir des actes juridiques, l'expert, est désigné pour établir la réalité de faits, donc pour exécuter des opérations techniques. De plus, un tel contrat porte nécessairement atteinte à la liberté reconnue à l'expert dans l'accomplissement de sa mission. En effet, le professionnel est nécessairement privé de liberté dans le cadre d'un

¹²⁶⁷CA, Rouen, 13 févr. 1930, CA, Poitiers, 9 avril 1930 et CA, Poitiers, 9 avr. 1930 : RGAT, 1930, p. 544.

¹²⁶⁸Cass. soc., 23 mai 1991, n° 89-12.661, Bull. IV, n° 256, p. 156 : dans le cadre des médecins expertisant les dommages corporels pour les compagnies d'assurances : « *Mais attendu qu'après avoir observé qu'aucun poste de médecin conseil n'existait dans la nomenclature des emplois de la SAMDA et que celle-ci consultait le docteur X... comme tout autre expert d'une autre spécialité, sans y être obligée et sans avoir créé un service médical dans lequel l'intéressé aurait été intégré, la cour d'appel, se fondant sur les résultats de la mesure d'instruction qu'elle avait ordonnée, a relevé que le docteur X... était libre de refuser les missions d'expertise, qu'il ne disposait d'aucun cabinet dans les locaux de la SAMDA et utilisait ses instruments et son propre matériel ainsi que son véhicule personnel, qu'il était le seul maître de son organisation, rédigeait son rapport sur son papier à en-tête personnel et ne percevait pas de rémunération fixe ; qu'elle a pu en déduire que le docteur X... exerçait auprès de la SAMDA non une activité salariée de médecin conseil mais une activité de médecin expert à titre indépendant, ce qui excluait son assujettissement au régime général de la sécurité sociale ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision* » ; Cass. civ., 2ème, 7 oct. 2010, n° 09-69.830, Bull. civ. II, 2010, n° 164 : « *Mais attendu que l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, d'abord, que le jugement rendu le 9 janvier 1997 par le tribunal administratif de Pau n'a pas autorité de chose jugée à l'égard de l'URSSAF qui n'y était pas partie ; qu'ensuite, les seules notes qui sont envoyées à l'intéressé par les sociétés d'assurances se rapportent à des questions d'intérêt commun qui ne peuvent être assimilées à des directives dont le non-respect pourrait entraîner des sanctions disciplinaires ; qu'enfin, le médecin expert auprès des sociétés d'assurances, qui examine les assurés à son cabinet personnel, fixe ses honoraires à l'intérieur d'une fourchette fixée par la compagnie d'assurances, reste maître de son organisation, n'est soumis à aucun horaire ni à aucune directive contraignante, mène son activité d'expert en toute indépendance et en dehors de tout service organisé* ».

¹²⁶⁹Pour une qualification du contrat d'expertise en tant que mandat : CA, Nancy, 2ème ch., 12 janv. 1984 : Gaz. Pal, 1984, 2, p. 623.

¹²⁷⁰Expertises des articles 1592 et 1843-4 du code civil.

¹²⁷¹CA Bordeaux, 1ère ch. civ., section A, 27 sept. 2007, n° 2007-344115.

contrat de mandat puisque le mandataire doit suivre les ordres du mandant. C'est la raison pour laquelle ce type de contrat n'est envisageable que pour l'expertise amiable révocable qui implique, à terme, la conclusion d'un contrat. Dans ce contexte, les parties ne sauraient reprocher à l'expert une dépendance de sa part dans la mesure où elles ont expressément envisagé que ses conclusions auront force de loi à leur égard. La qualification la plus adaptée au contrat d'expertise amiable est celle de contrat de louage d'ouvrage, ou contrat d'entreprise¹²⁷² qui permet au prestataire de services employé, contre rémunération, d'exercer son activité en excluant tout lien de subordination, donc en assurant toute son indépendance. Dans tous les cas, n'importe quel contrat d'expertise doit être considéré comme un contrat de louage d'ouvrage. Et il faut considérer qu'il se « double » d'un mandat si les parties s'obligent par les conclusions de l'expert¹²⁷³.

512. Déclarations d'intérêts. Afin de permettre une meilleure effectivité des obligations d'indépendance et d'impartialité de l'expert amiable, il ne faut pas négliger la force des déclarations d'intérêts. Cette pratique doit se généraliser lorsqu'il est recouru à un contrat d'expertise. La raison est simple. Tout d'abord parce que son établissement, très détaillé, permet à l'expert de prouver aux contractants qu'il présente les qualités d'indépendance, et donc d'impartialité, attendues de lui. Ensuite, l'existence de ce document permettra aux parties d'engager sa responsabilité contractuelle en cas de dissimulation d'un conflit d'intérêts¹²⁷⁴. Cette pratique, largement recommandée pour l'expertise judiciaire, existe déjà, par exemple, pour les médecins experts de l'Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux (ONIAM). En effet, la loi du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé ainsi que le décret du 9 mai 2012 relatif à la déclaration publique d'intérêts et à la transparence en matière de santé publique et de sécurité sanitaire a instauré l'exigence de l'établissement d'une telle déclaration. Cette obligation se retrouve formulée à l'article L. 1451-1 du code de la santé publique.

513. Le principe du contradictoire, primordial, s'applique également au contrat d'expertise (B).

¹²⁷²Cass. civ, 3ème, 2 mars 1983, n° 81-15.232.

¹²⁷³P. LURQUIN, *Traité de l'expertise en toutes matières*, t. 1, *op. cit.*, p. 23, spéc. n° 14.

¹²⁷⁴T. GOUJON-BETHAN, *L'expertise non judiciaire à l'aune des droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 40, spéc. n° 30.

B. LE RESPECT DU PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE

514. Fonction du contradictoire dans le contrat d'expertise. Dans la mesure où l'expertise amiable est consensuelle, il est essentiel qu'elle se déroule de manière contradictoire. Tel n'est pas le cas en matière d'expertise unilatérale où le consensualisme fait défaut. Le respect du principe de la contradiction est la résultante principale de la conclusion d'un contrat d'expertise, il représente tout l'intérêt de la convention. Le caractère synallagmatique du contrat explique également une telle considération. L'existence d'un contrat doit placer les parties sur un pied d'égalité au moment de sa conclusion et au moment de son exécution, ce qui implique qu'elles puissent s'exprimer de manière égalitaire tout au long du déroulement des opérations d'expertise. Ceci explique que pour certains contrats, chacune des parties à l'expertise peut être représentée par son propre expert. Le plus souvent, la possibilité pour chaque partie d'être assistée par son expert découle du jeu d'une clause d'expertise amiable, laquelle prévoit expressément ce procédé. Le caractère contradictoire de l'expertise possède une portée psychologique non négligeable puisque les parties donneront plus facilement leur confiance à l'expert s'ils elles ont le sentiment qu'elles peuvent chacune participer de manière égale à ses investigations. L'expertise gagnera dès lors en efficacité et en autorité pour les parties, ce qui est l'enjeu du contrat même.

515. Application jurisprudentielle. Depuis longtemps, la jurisprudence est sensible à l'exigence du contradictoire dans le contrat d'expertise et lui a créé, tout comme elle l'a fait pour l'expertise judiciaire, un régime spécifique. Ainsi, elle estime qu'une expertise n'est pas valable si elle a été réalisée en l'absence de l'une des parties, sans que celle-ci soit convoquée¹²⁷⁵. La Cour de cassation fait preuve de rigueur dans le cadre de l'obligation de convocation de l'expert puisqu'elle a décidé que les résultats d'une expertise amiable à laquelle une partie n'a pas été convoquée, quand bien même l'expert mandaté par son assureur y a assisté ne pouvaient pas être retenus¹²⁷⁶. De plus, l'issue des opérations

¹²⁷⁵T. GOUJON-BETHAN, *L'expertise non judiciaire à l'aune des droits fondamentaux*, op. cit., p. 66, spéc. n° 62-63 : « L'incurie sera plus facilement détectée si la contradiction est assurée. En effet, si par nature le domaine de l'expertise est censé échapper aux parties, la multiplication des participants est de nature à minorer le risque d'erreur. Outre la spécialisation des parties qui peuvent recourir à des assistants techniques, choisis pour leur compétence, les erreurs de toute nature pourront être signalées d'autant plus facilement qu'elles pourront prendre du recul pour faire valoir leurs observations [...] La contradiction apparaît également comme une garantie de nature procédurale permettant de restreindre la partialité. En effet, si les parties présentent une argumentation étayée que l'expert doit prendre en compte, celui-ci ne saurait indéfiniment avantager une partie au mépris des règles gouvernant son art ».

¹²⁷⁶Cass. civ., 1ère, 10 juill. 2014, n° 12-25.551, inédit.

d'expertise doit donner lieu à l'établissement d'un rapport¹²⁷⁷. L'essentiel, en définitive, réside dans la possibilité pour les parties, assistées de leurs conseils, de se manifester au cours des investigations de l'expert, afin de faire valoir leurs points de vue ou de le renseigner de manière plus précise sur un point litigieux. Le processus est, pour ainsi dire, le même que celui imposé à l'expertise organisée judiciairement. Il permet aussi de renforcer les qualités de l'expert, notamment au regard des conditions de compétence et d'impartialité.

516. Procédure contradictoire de l'expertise médicale entrant dans le cadre de la loi Badinter. Dans des cas particuliers, la loi encadre directement le recours à l'expert amiable en imposant une procédure contradictoire. En matière d'expertise pour déterminer le préjudice relatif à un accident de la circulation, la loi Bandinter du 5 juillet 1985¹²⁷⁸, et son décret d'application du 6 janvier 1986¹²⁷⁹, ont permis d'instaurer un régime particulier dans le code des assurances. L'article L. 211-9 alinéa 1er du code des assurances précise que « *quelle que soit la nature du dommage, dans le cas où la responsabilité n'est pas contestée et où le dommage a été entièrement quantifié, l'assureur qui garantit la responsabilité civile du fait d'un véhicule terrestre à moteur est tenu de présenter à la victime une offre d'indemnité motivée dans le délai de trois mois à compter de la demande d'indemnisation qui lui est présentée* ». Pour aider l'assureur à quantifier la provision amiable, un examen médical peut être pratiqué sur la victime par un expert. À ce titre, l'article R. 211-43 du code des assurances exige de l'assureur ou de son mandataire, d'une part, qu'il avise la victime, quinze jours au moins avant l'examen, de l'identité et des titres du médecin chargé d'y procéder, de l'objet, de la date et du lieu de l'examen, ainsi que du nom de l'assureur pour le compte duquel il est fait, et d'autre part, qu'il informe la victime qu'elle peut se faire assister d'un médecin de son choix¹²⁸⁰. Cette procédure renforce la nécessité de contradictoire au sein de l'expertise médicale puisqu'il est permis à la victime de l'accident d'être assistée par son propre médecin expert. Une telle prérogative assure nécessairement le principe d'égalité des armes pendant le déroulement de la mesure d'expertise. L'article R. 211-44 précise aussi que le médecin adresse un exemplaire de son rapport à l'assureur, à la victime et, le cas échéant, au médecin

¹²⁷⁷TGI, Paris, 25 janv. 1984 : Revue de l'arbitrage, 1984, p. 376.

¹²⁷⁸Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation.

¹²⁷⁹Décret n° 86-15 du 6 janvier 1986 pris pour l'application de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation

¹²⁸⁰Décr. n° 86-15, 6 janv. 1986, art. 16.

qui a assisté celle-ci dans un délai de vingt jours à compter de l'examen médical. L'importance du contentieux relatif aux accidents de la circulation explique que le législateur intervienne dans la phase cruciale de l'expertise en donnant des règles strictes. Le recours à l'expert influe de manière prépondérante sur le calcul de l'offre d'indemnisation effectuée par l'assureur du véhicule occasionnant le dommage. Dès lors, la procédure qui s'y affère doit être sécurisée.

517. Le principe du contradictoire entre plus généralement dans les compétences de l'expert amiable (C).

C. LES COMPÉTENCES DE L'EXPERT

518. Nécessité d'un expert amiable compétent. Au même titre que l'expertise judiciaire, les parties à un contrat d'expertise ont droit à un expert compétent¹²⁸¹. Les compétences de celui-ci se manifestent à différents niveaux. Elles sont tout d'abord techniques, ce qui signifie que l'expert possède les connaissances théoriques et pratiques nécessaires dans le domaine au sein duquel il doit intervenir. Elles sont ensuite déontologiques, c'est-à-dire que le professionnel doit être en mesure d'appliquer les règles se rattachant à l'exécution de sa mission, notamment au niveau de sa probité. Les compétences représentent un gage de la qualité de la prestation de l'expert. Le caractère *intuitu personae* du contrat d'expertise s'exprime entièrement à cette échelle.

519. Responsabilité de l'expert amiable. L'absence de compétences entraîne la mise en œuvre de la responsabilité civile contractuelle du professionnel en cas de manquements envers les parties dans le cadre de ses investigations¹²⁸². Ce seront donc les règles applicables au contrat qui s'appliquent, et il faudra pour la ou les parties qui entendent engager la responsabilité de l'expert amiable, réunir les trois conditions classiques que sont la faute, le préjudice, et le lien de causalité entre les deux. Il convient toutefois de préciser que si le contrat d'expertise conclu prend la forme d'un mandat, la responsabilité du professionnel sera déterminée en fonction des articles 1991 et suivants du code civil. Le régime commun de responsabilité contractuelle de l'expert amiable ou officieux fait l'objet d'une jurisprudence

¹²⁸¹ Cette remarque s'impose également dans le cadre de l'expertise officieuse.

¹²⁸² Si l'expert commet des fautes auprès de tiers à l'expertise, il est susceptible de voir engager sa responsabilité civile délictuelle sur le fondement des articles 1240 et suivants du code civil.

abondante qui permet de réaliser la difficulté de détermination des critères d'appréciation de leurs responsabilités en raison des différences de nature dans les missions leur étant demandées¹²⁸³. A ainsi été relevée la faute d'un expert automobile « *procédant à ses opérations matérielles de manière non contradictoire et [...] s'abstenant de prendre les mesures conservatoires nécessaires* »¹²⁸⁴. Il en a été de même pour l'expert désigné par une société ayant préconisé la réparation d'une machine détériorée alors qu'un remplacement intégral d'une pièce défectueuse de l'engin aurait été préférable¹²⁸⁵. Le cabinet d'expertise a été déclaré responsable du préjudice d'exploitation subi par le contractant durant vingt trois jours, en raison de l'avis erroné par ce premier.

520. Erreur grossière de l'expert désigné conformément aux articles 1843-4 et 1592 du code civil. Certaines expertises amiables répondent à des régimes particuliers. C'est le cas de l'expertise en évaluation de la valeur des droits sociaux d'un associé d'une société résultant de l'article 1843-4 du code civil et de l'expertise en détermination du prix de vente prévue par l'article 1592 du code civil. Dans plusieurs arrêts, la jurisprudence insiste sur le fait que les conclusions des experts désignés conformément aux dispositions précitées s'imposent rigoureusement aux contractants¹²⁸⁶. Aux termes de ces différentes décisions, la Cour de cassation exige des experts qu'ils accomplissent leur investigations en toutes compétences. De ce fait, elle sanctionne l'erreur grossière de l'expert dans l'accomplissement de sa mission, cette faute étant seule susceptible de remettre en cause ses conclusions. L'erreur grossière de l'expert doit s'entendre comme une erreur « *inadmissible en contemplation des prévisions des parties à la vente, ou à la cession ou au rachat des droits sociaux* » qui affecte « *de manière significative le résultat de l'évaluation, que l'homme de l'art consciencieux et avisé ne saurait commettre* »¹²⁸⁷. Il appartient ainsi au juge de caractériser le caractère grossier de l'erreur. Dans ce domaine, les décisions sont foisonnantes¹²⁸⁸. Par exemple, la Cour de cassation a considéré qu'une différence d'évaluation

¹²⁸³ S. BERTOLASO, J.-Cl. Responsabilité et assurances, v. *Expert*, fasc. 375, n° 26.

¹²⁸⁴ Cass. civ., 2ème, 27 mars 2014, n° 13-11.958, inédit.

¹²⁸⁵ Cass. civ., 2ème, 24 juin 1992, n° 90-19.855, inédit : « *le cabinet X... et Y... a eu connaissance de l'avis de deux entreprises spécialisées qui estimaient indispensable le remplacement de la pièce défectueuse, qu'il n'en a pas moins persisté dans son erreur alors que l'état du coulisseau excluait de façon évidente d'envisager une simple réparation* ».

¹²⁸⁶ Cass. com., 19 avr. 2005, n° 03-11.790, préc. (pour l'expertise de l'article 1843-4 du code civil) ; Cass. civ., 3ème, 19 oct. 2017, n° 16-22.660, inédit et Cass. civ., 3ème, 19 oct. 2017, n° 16-22.665, inédit : AJDI, 2018, p. 197, obs. P. HAAS (pour l'expertise de l'article 1592 du code civil).

¹²⁸⁷ J. MOURY, *Droit des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers*, Dalloz, coll. « Dalloz référence », 2011/2012, n° 42.74

¹²⁸⁸ T. MOUSSA (dir.), *Droit de l'expertise*, Dalloz Action, 3ème éd., 2016-2017, n° 552.82.

supérieure à 30 % entre un rapport d'expertise unilatérale et le rapport du tiers estimateur désigné par les parties conformément à l'article 1592 du code civil ne pouvait conduire à qualifier une erreur grossière de la part de ce dernier¹²⁸⁹. A aussi été approuvée une cour d'appel ayant retenu « *que la valeur des droits sociaux de l'associé qui se retire doit être déterminée à la date la plus proche de celle du remboursement de la valeur de ces droits, la cour d'appel en a exactement déduit que l'expert avait commis une erreur grossière en évaluant les parts sociales de Mme X... à la date de l'arrêt ayant autorisé le retrait* »¹²⁹⁰.

La chambre commerciale de la Cour de cassation a considéré qu'avait commis une erreur grossière l'expert désigné conformément à l'article 1843-4 du code civil décidant d'appliquer une méthode comptable différente de celle prévue par les parties dans l'acte de cession¹²⁹¹. A également été qualifiée d'erreur grossière le fait pour l'expert, toujours nommé selon la procédure prévue à l'article 1843-4 du code civil, de modifier le sens de la mission qui lui avait été confiée par les contractants et de sortir du cadre juridique qui en était le fondement¹²⁹². Cette jurisprudence relative au non-respect par l'expert des directives imposées par les parties dans une convention ou dans les statuts d'une société s'est développée à la suite d'une ordonnance du 2 janvier 2014 visant à simplifier et sécuriser la vie des entreprises¹²⁹³. Avant cette date, l'article 1843-4 du code civil était rédigé de manière à laisser à l'expert toute liberté dans l'exercice de sa mission¹²⁹⁴. C'est ainsi que la haute juridiction considérait qu'il possédait toute latitude pour exercer sa mission¹²⁹⁵ et qu'il lui appartenait de déterminer lui-même, selon les critères qu'il jugeait appropriés à l'espèce, sans être lié par la convention ou les directives des parties, la valeur des droits sociaux¹²⁹⁶. Désormais, l'article 1843-4 du code civil prévoit que l'expert en évaluation de la valeur des droits sociaux d'un associé doit appliquer, lorsqu'elles existent, les règles et modalités de détermination de la valeur prévues par les statuts de la société ou par toute convention liant les parties. De la sorte, il doit être irréfragablement considéré par le juge que l'expert commet une faute grossière s'il ne respecte pas les modalités et règles fixées par les parties ou les

¹²⁸⁹Cass. civ., 3ème, 19 oct. 2017, n° 16-22.660, préc.

¹²⁹⁰Cass. com., 15 janv. 2013, n° 12-11.666, Bull. IV, n° 9.

¹²⁹¹Cass. com., 2 févr. 2016, n° 14-18.439 et 15-10.047, inédit.

¹²⁹²Cass. civ., 1ère, 25 nov. 2003, n° 00-22.089, Bull. civ. I, n° 243, p. 191.

¹²⁹³Ord. n° 2014-863 du 31 juillet 2014 relative au droit des sociétés, prise en application de l'article 3 de la loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises.

¹²⁹⁴En effet, à l'époque, l'article 1843-4 du code civil indiquait seulement que « *dans tous les cas où sont prévus la cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible* ».

¹²⁹⁵Cass. com., 19 avr. 2005, n° 03-11.790, préc.

¹²⁹⁶Cass. com., 16 févr. 2010, n° 09-11.668, inédit.

statuts d'une société pour mener ses opérations.

En tout état de cause, les parties pourront engager la responsabilité contractuelle de l'expert qui commet une faute grossière dans le cadre de sa mission¹²⁹⁷. Cette responsabilité doit suivre les règles de responsabilité du mandataire conformément à l'article 1992 du code civil.

521. L'étude des règles applicables au contrat d'expertise permet de conclure que celui-ci a vocation, avec l'utilisation des règles spécifiques applicables à la matière contractuelle, à respecter les droits fondamentaux. Le recours à l'expertise amiable se retrouve donc sécurisé par ces règles et le rapport de l'expert, parce qu'il résulte d'un acte consensuel, possède une autorité renforcée. Un constat identique s'opère concernant l'expertise insérée dans les modes alternatifs de résolution des différends, mais celle-ci a le mérite de présenter une certaine spécificité. En effet, bien qu'entrant dans la sphère contractuelle, son régime reste encadré (Section 2).

SECTION 2. L'EXPERTISE AMIALE ENCADRÉE : L'EXPERTISE INSÉRÉE DANS LES MODES AMIALES DE RÉOLUTION DES DIFFÉRENDS

522. Intérêts des modes amiables de résolution des différends. « *L'amiable s'immisce progressivement dans la vie juridique, par l'avènement de modes alternatifs de règlement des conflits* »¹²⁹⁸. Les modes amiables proposés par le droit interne ont réussi leur entrée sur la scène juridique car ils répondent aux inquiétudes en matière de lenteur et de coût de la justice¹²⁹⁹, mais aussi parce qu'ils permettent au justiciable d'être l'acteur principal de la résolution de son litige par le dialogue¹³⁰⁰, amenuisant la portée de l'adage « *nul ne peut se faire justice à soi-même* ». Ce succès explique le développement¹³⁰¹ du recours à ces formes

¹²⁹⁷Cass. com, 4 févr. 2004, n° 01-13.516, Bull. IV, n° 23, p. 22 : « [...] les parties à un contrat de vente peuvent donner mandat à un tiers de procéder à la détermination du prix ; qu'aux termes du second, le mandataire répond non seulement de son dol, mais encore de toutes les fautes qu'il commet dans sa gestion »

¹²⁹⁸S. AMRANI-MEKKI, K. HAERI et F. VERT, « Contrats et obligations – Gérer le contentieux en évitant le juge », JCP E, 23 juin 2016, n° 25, ét. n° 1376.

¹²⁹⁹La Cour EDH a précisé, que le recours aux modes alternatifs représente un facteur d'efficacité de la justice : CEDH (Première Section), *Momčilović c. Croatie*, 26 mars 2015, req. n° 11239/11, § 33.

¹³⁰⁰N. FRICERO, C. BUTRUILLE-CARDEW, L. BENRAÏS, B. GORCHS-GELZER et G. PAYAN, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Guides Dalloz, 2017-2018, p. 5 ; B. BELVAL, « La médiation, un mode amiable parmi d'autres », Gaz. Pal., 28 févr. 2017, n° 9, p. 18 : « Les modes amiables se développent. Et c'est tant mieux ».

¹³⁰¹S. GUINCHARD (dir.), *Droit processuel : droits fondamentaux du procès*, op. cit., p. 1372-1374, spéc. n° 586 ; C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER et S. GUINCHARD, *Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil*, op. cit., p. 1685, spéc. n° 387.

d'alternatives à la justice, qui s'exportent même en ligne¹³⁰², et la volonté législative de les favoriser. À ce titre, la loi n° 2016/1547 du 18 novembre 2016 dite « de modernisation de la justice du XXIème siècle » a opéré quelques modifications aux processus de médiation¹³⁰³, de conciliation, de transaction, de convention de procédure participative et d'arbitrage¹³⁰⁴. Ce texte fait suite au décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 qui a recodifié les modes amiables dans le code de procédure civile. Plus encore, par la mise en œuvre des chantiers de la justice, la Garde des Sceaux a indiqué vouloir encourager le recours aux modes alternatifs de résolution des conflits¹³⁰⁵. L'autre intérêt des modes alternatifs, parmi tant d'autres, réside dans le fait qu'ils sont de plus en plus irrigués par les règles du droit processuel et se retrouvent, par conséquent, directement concernés par les droits fondamentaux du procès¹³⁰⁶. En effet, « *dès lorsqu'[ils] s'institutionnalisent et tendent à devenir un mode normal de résolution des différends, il se procéduralisent et appellent naturellement l'application d'un minimum de principes* »¹³⁰⁷.

523. Modes amiables, recherche de preuve et expertise. Le recours aux modes amiables permet aux parties de contractualiser la résolution de leur litige ou de prévenir un éventuel différend. Dans ces perspectives, il est possible pour elles de recourir à des techniciens, en ce compris des experts, qu'elles désigneront, rémunéreront et pour lesquels elles détermineront les chefs de mission. Ils ne s'agit pas d'experts judiciaires régis par les dispositions du code de procédure civile relatives aux mesures d'instruction et à l'expertise, mais d'experts amiables désignés par les parties à la convention. Toutefois, le législateur, ou les acteurs du monde économique, qui encouragent eux aussi le recours aux modes alternatifs, interviennent dans la mise en œuvre de ces expertises pourtant conventionnelles par nature.

¹³⁰² **S. CHASSAGNARD-PINET**, « Le e-règlement amiable des différends », Dalloz IP/IT, 2017, p. 506

¹³⁰³ Décr. n° 2016-1876, 27 déc. 2016 portant diverses dispositions relatives à l'aide juridique : originellement prévu pour les procédures de nature contentieuses, l'aide judiciaire peut être accordée dans le cadre d'une procédure de médiation.

¹³⁰⁴ Loi n° 2016-1547 de modernisation de la justice du XXIe siècle, 18 nov. 2016, JORF n° 0269 du 19 novembre 2016, texte n° 1 ; **B. MALLET-BRICOUT**, « Les modes alternatifs de règlement des différends dans la loi "Justice du XXIe siècle" : un nouveau souffle », RTD civ., 2017, p. 221 ; **C. BLÉRY**, « Justice du 21e siècle : modification du régime des modes amiables de résolution des différends », Dalloz actu., 18 mai 2017.

¹³⁰⁵ Ministère de la Justice, référents : J.-F. BEYNEL et D. CASAS, « Chantiers de la justice, Transformation numérique », 15 janv. 2018, site internet du Ministère de la Justice ; **T. COUSTET**, « "Chantiers de la justice" : la dématérialisation avant tout », Dalloz. actu., 9 oct. 2017.

¹³⁰⁶ **L. CADIET ET T. CLAY**, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Dalloz, Coll. Connaissance du Droit, 2ème éd., 2017, p. 133 : « *au droit à un procès équitable, doit ainsi répondre le droit à une conciliation équitable* ».

¹³⁰⁷ **S. GUINCHARD (dir.)**, *Droit processuel : droits fondamentaux du procès*, op. cit., p. 1408, spéc. n° 594.

Le but est de rendre ces processus plus efficaces, attractifs, et de renforcer la confiance de ceux qui y recourent. De ce fait, le régime de l'intervention du technicien dans les modes amiables est spécifiquement encadré et s'inspire largement de celui de l'expertise judiciaire, laquelle est soumise au respect des droits fondamentaux (§ 1). Cette forme d'analogie mène à se demander si l'expertise judiciaire peut, en elle-même, constituer un mode amiable de résolution des différends respectant les droits fondamentaux du justiciable (§ 2).

§ 1. L'APPLICATION DES GARANTIES FONDAMENTALES DE L'EXPERTISE JUDICIAIRE À L'EXPERTISE UTILISÉE DANS LES MARD

524. La transposition des garanties essentielles de l'expertise judiciaire à l'expertise insérée dans les modes amiables participe au phénomène d'alliance entre le judiciaire et le conventionnel¹³⁰⁸. En tant que petite procédure s'insérant au sein d'un mode alternatif de règlement des différends, l'expertise doit être menée en respectant des principes primordiaux. L'encadrement renforcé de la mesure permet de parvenir à cet objectif. C'est notamment le cas de la convention de procédure participative dont le régime est spécifiquement établi par le code de procédure civile (A). Dans d'autres hypothèses, l'expertise représente un mode amiable à elle seule, et sa mise en œuvre doit être pleinement sécurisée. C'est l'hypothèse des *Dispute Boards*, variante des MARD (B).

A. LE RÉGIME DU RECOURS AU TECHNICIEN DANS LE CADRE DE LA CONVENTION DE PROCÉDURE PARTICIPATIVE

525. Après une présentation de la procédure participative (1), il convient d'envisager comment le législateur a structuré l'intervention du technicien auquel les parties peuvent faire appel pour qu'elle se conforme aux droits fondamentaux (2). Des difficultés quant aux droits fondamentaux apparaissent (3).

1. Présentation de la convention de procédure participative et recours au technicien

526. Mécanisme. L'article 2062 alinéa 1er du code civil¹³⁰⁹ dispose que « *la convention de procédure participative est une convention par laquelle les parties à un*

¹³⁰⁸ **J. JOLY-HURARD**, *Conciliation et médiation judiciaires*, th. Paris 2, 2002, Presses Universitaires Aix-Marseille, 2003, p. 21, spéc. n° 11.

¹³⁰⁹ Créé par la loi n° 2010-1609 relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires, 22 déc. 2010.

différend s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend ou à la mise en état de leur litige ». Ce mode amiable, inspiré du droit collaboratif nord-américain¹³¹⁰ et issu de la Commission GUINCHARD¹³¹¹, s'analyse comme un acte hybride, de nature conventionnelle et processuelle¹³¹², conclu pour une durée déterminée par lequel les parties à un différend, assistées de leurs avocats, s'engagent à parvenir au règlement amiable de ce litige conjointement et de bonne foi. Originellement conçue en dehors de la saisine d'un juge, la convention peut, depuis un décret n° 2017-892 du 6 mai 2017¹³¹³, « *se dérouler dans le cadre de l'instance, aux fins de mise en état* »¹³¹⁴, conformément à l'article 1543 alinéa 2 du code de procédure civile¹³¹⁵. C'est le code de procédure civile qui édicte les

¹³¹⁰ **F. G'SELL-MACREZ**, « Vers la justice participative ? Pour une négociation "à l'ombre du droit" », D., 2010, p. 2450 : « *C'est d'abord en Amérique du Nord que la négociation s'est progressivement affirmée comme un véritable mode de résolution des litiges au cours des trente dernières années. Cette évolution, qui s'est inscrite dans un mouvement plus général en faveur des MARC, a d'abord conduit à la mise en place de procédures propres au droit pénal avant de concerner les litiges civils. En matière criminelle, le mouvement de la justice « restauratrice », né aux Etats-Unis et au Canada au début des années 1970, se place hors de la justice criminelle classique en faisant passer l'Etat au second plan pour privilégier les idées de réconciliation et de communauté : la réparation est fondée sur le dialogue, hors du tribunal, entre le délinquant et la victime. [...]. En matière civile, les processus participatifs se sont développés là encore dans le souci de promouvoir la réconciliation et l'arrangement au détriment du contentieux. Ces évolutions ont été largement portées par les idées du temps, parfois contradictoires. Au même moment, la « contre-culture » américaine édifiait la « justice communautaire » (community justice) en véritable programme fondé sur l'évitement systématique des institutions traditionnelles, les juristes des critical legal studies diffusaient leur scepticisme quant à l'objectivité du droit et les juristes libéraux se prononçaient en faveur d'une privatisation de la justice dans le souhait de réduire à peau de chagrin l'activité étatique* » ; **S. LEFRANC**, « Le mouvement pour la justice restauratrice : "an idea whose time has come" », Droit et Société 2006, n° 63, p. 393.

¹³¹¹ **S. GUINCHARD (dir.)**, Commission sur la répartition des contentieux, « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », rapp. remis au Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 30 juin 2008, Site internet de la documentation française, p. 168 et s., spéc. p. 169 : « *Le droit collaboratif constitue une forme de recherche transactionnelle contractualisée, faisant intervenir, en sus des parties, leurs avocats. A cet égard, il apparaît particulièrement intéressant de s'en inspirer, pour inciter les parties à la résolution négociée de leur différend, tout en préservant davantage leur accès effectif à la justice* » ; prop. n° 47.

¹³¹² **S. AMRANI-MEKKI**, « La convention de procédure participative », D., 2011, p. 3007 : « *Contractuelle, son objet est pourtant processuel puisqu'il s'agit de s'interdire de saisir le juge pour pouvoir négocier selon les termes balisés de la convention* » ; **H. POIVEY-LECLERCQ**, « Autre mode de règlement alternatif des litiges : la procédure participative », AJ fam., 2010, p. 257 : l'auteur insiste sur les deux volets de la procédure participative : d'un côté une convention liant les parties et de l'autre le recours au juge en cas de difficulté.

¹³¹³ Décr. n° 2017-892 du 6 mai 2017 portant diverses mesures de modernisation et de simplification de la procédure civile, art. 26.

¹³¹⁴ Le rapport DELMAS-GOYON sur la justice du XXIème siècle, remis au ministère de la Justice au mois de décembre 2013 évoquait la nécessité de « *de prolonger la dynamique participative en cours d'instance. Il faut pour cela qu'existe un support juridique permettant de matérialiser les diligences accomplies. C'est l'acte de procédure d'avocat* » (http://www.justice.gouv.fr/publication/rapport_dg_2013.pdf : p. 79). Il aurait pu s'agir, selon les termes du rapport, d'un acte de désignation de sachant qui aurait la même valeur qu'une désignation judiciaire (p. 82 du rapport).

¹³¹⁵ **Y. REPIQUET**, « Ouverture et réalisme dans la gestion des modes alternatifs de règlement des conflits », Gaz. Pal. 30 août 2015, n° 242, p. 37 : « *La pratique démontre qu'en cours de procédure judiciaire ou arbitrale, et parallèlement au contentieux qui bat son plein, les conditions peuvent être réunies pour permettre la recherche d'un accord. L'« ouverture » et le « réalisme » incitent à proposer une modification de l'article 2062 du Code civil afin de faire tomber un obstacle qui n'a pas lieu d'être : la saisine du juge ou de l'arbitre, qui interdit de conclure une telle convention* ».

règles de fonctionnement de la procédure participative¹³¹⁶. L'intérêt principal de ce mode amiable, en dehors du fait qu'il soit légalement régi, réside dans l'intervention des conseils des parties, ce qui permet de sécuriser et renforcer l'accord auquel seront parvenues ces dernières¹³¹⁷. La négociation avec assistance d'un avocat permet à chacune des parties d'exposer sa cause d'une manière plus efficace, ce qui promeut une certaine forme d'égalité des armes à l'échelle des modes alternatifs. La procédure participative est surtout utilisée et recommandée en matière de conflits familiaux¹³¹⁸, d'autant plus que l'article 2067 du code civil dispose qu'une convention de procédure participative peut être conclue par des époux en vue de rechercher une solution consensuelle en matière de divorce ou de séparation de corps.

527. Recours à un technicien. Dans le cadre de la mise en œuvre de la convention de procédure participative, l'article 1546-3, 4° du code de procédure civile facilite la recherche d'une solution entre les parties en leur permettant de « *recourir à un technicien* » dont les modalités de désignation et de déroulement de la mission sont détaillées aux articles 1547 à 1554 du code¹³¹⁹. Il s'agit d'instaurer au sein même du contrat de procédure participative une convention de preuve¹³²⁰, ou un acte d'avocat en matière de preuve. Cette possibilité entre dans le champ de l'article 1356 alinéa 1er du code civil qui prévoit que « *les contrats sur la preuve sont valables lorsqu'ils portent sur des droits dont les parties ont la libre disposition* ».

528. Ce recours au technicien dans le cadre de la procédure participative est encadré par des règles soucieuses du respect des droits fondamentaux (2).

¹³¹⁶L'article 1544 du code de procédure civile reprend d'ailleurs l'objet de la convention de procédure participative déjà formulé par le code civil : « *Les parties, assistées de leurs avocats, œuvrent conjointement, dans les conditions fixées par convention, à un accord mettant un terme au différend qui les oppose ou à la mise en état de leur litige* ».

¹³¹⁷L'avocat est d'ailleurs responsable de la validité et de l'efficacité de l'acte conformément à l'article 7.2 de la décision du 12 juillet 2007 portant adoption du règlement intérieur national (RIN) de la profession d'avocat (art. 21-1 de la loi du 31 décembre 1971 modifiée) : « *L'avocat rédacteur d'un acte juridique assure la validité et la pleine efficacité de l'acte selon les prévisions des parties. Il refuse de participer à la rédaction d'un acte ou d'une convention manifestement illicites ou frauduleux* ».

¹³¹⁸N. FRICERO, « La convention de procédure participative : un cadre juridique adapté aux différends familiaux », AJ Fam, 2013, p. 540.

¹³¹⁹Ce régime est issu du décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends.

¹³²⁰S. AMRANI-MEKKI, K. HAERI et F. VERT, « Contrats et obligations – Gérer le contentieux en évitant le juge », préc.

2. Fondamentatisation des modalités du recours au technicien

529. Contractualisation et désignation « équitable » du technicien. À la lecture des dispositions relatives au recours à un technicien dans le cadre d'une procédure participative assistée par avocat, il convient tout d'abord de constater que la nature conventionnelle des relations entre les parties est fortement exprimée. Elles disposent en effet d'une liberté contractuelle large. Il leur revient de s'accorder sur le technicien auquel elles souhaitent faire appel ainsi que de déterminer l'étendue de sa mission¹³²¹. À ce titre, elles sont à même de choisir un expert inscrit sur les listes près les cours d'appel ou la Cour de cassation, ce qui renforcera certainement l'efficacité de leur accord puisque l'expert inscrit sur les listes possède une connaissance approfondie des principes fondamentaux applicables à l'expertise judiciaire. Les parties conviennent également de la manière dont elles vont rémunérer l'expert¹³²², ce qui permet, par la négociation sur le paiement de ce dernier et avec ce dernier, de faire respecter le principe d'égalité des armes. En définitive, les parties se comportent tel le juge qui instaure une mesure d'expertise judiciaire, comparaison qui se renforce lorsque la convention de procédure participative se déroule aux fins de mise en état. Cette assimilation au juge se remarque également avec la possibilité offerte aux parties de modifier la mission du technicien, conformément à l'article 1550 du code de procédure civile. Cette disposition rappelle l'article 236 du code de procédure civile accordant au juge la faculté d'accroître ou de restreindre la mission confiée au technicien.

530. Obligations du technicien et assimilation au régime de l'expertise civile judiciaire. Il est heureux de remarquer que lorsqu'il est fait état de la mission et des obligations de l'expert désigné dans le cadre d'une convention de procédure participative, le régime qui s'applique est quasiment identique à celui de l'expertise judiciaire¹³²³, notamment au niveau des règles déontologiques s'appliquant au technicien. Cette assimilation aux règles fondamentales s'explique de deux manières. D'une part, parce qu'elle permet de rendre l'expertise amiable plus attractive, en inspirant la confiance de ceux qui y recourent. D'autre part, « *c'est la potentialité que le différend soit porté devant le juge qui justifie que la négociation soit soumise aux principes du procès équitable* »¹³²⁴. C'est ainsi que le technicien

¹³²¹CPC, art. 1547, al. 1er.

¹³²²CPC, art. 1547, al. 2.

¹³²³**S. FERRE-ANDRE**, « Le technicien dans la procédure participative, Questions et anticipations en droit du divorce et du partage », AJ fam., 2003, p. 543.

¹³²⁴**T. GOUJON-BETHAN**, *L'expertise non judiciaire à l'aune des droits fondamentaux*, op. cit., p. 127, spéc.

doit, conformément à l'article 1549 alinéa 2 du code de procédure civile, accomplir sa mission « *avec conscience, diligence et impartialité* », formule ressemblant à celle de l'article 237 du code énonçant que « *le technicien commis doit accomplir sa mission avec conscience, objectivité et impartialité* ». Il apparaît donc fondamental pour les parties d'avoir un expert amiable compétent. La nécessité de « diligence » n'est pas prévue par le régime des mesures d'instruction ni par celui relatif à l'expertise judiciaire au titre d'une obligation générale. Elle est juste évoquée à l'article 273 du code de procédure civile imposant à l'expert d'informer le juge des diligences qu'il a accomplies. L'on y décèle là une véritable volonté du législateur de sécuriser l'intervention de l'expert amiable, puisque le terme de « diligence » est large. Il englobe en effet une multitude d'obligations. En premier lieu, il s'agit pour le technicien commis de procéder à sa mission avec soin¹³²⁵. Il lui revient donc de mobiliser l'ensemble de ses compétences, que celles-ci soient techniques, professionnelles, scientifiques et procédurales. En second lieu, la diligence implique une certaine rapidité¹³²⁶, imposant alors à l'expert de respecter le principe de célérité entrant dans le champ plus large du délai raisonnable prévu par l'article 6 § 1 de la Conv. EDH, étant au demeurant précisé que selon l'article 2062 alinéa 2 du code civil, la convention de procédure participative est conclue pour une durée déterminée¹³²⁷. La rapidité constitue en effet tout l'intérêt du recours à un mode amiable. Il faut ainsi veiller à ce que la mission du technicien s'insère idéalement dans le temps que les parties ont négocié pour résoudre leur litige. Sa mission doit donc être adaptée en ce sens.

531. Particularité des exigences d'indépendance et du contradictoire. Dans les règles encadrant la procédure participative, le code de procédure civile impose expressément au technicien de respecter les obligations fondamentales d'indépendance et du principe du contradictoire¹³²⁸. Il faut relever que cette consécration est recommandée pour les mesures d'instruction judiciaires. En effet, l'absence de ces garanties dans les dispositions relatives aux mesures d'instruction exécutées par un technicien implique une incertitude quant à leur effectivité. Cela étonne et conduit à se demander si l'expertise amiable de la procédure participative n'est pas plus équitable que l'expertise judiciaire elle-même. L'article 1548 du

n° 133.

¹³²⁵Dictionnaire internet, CNRTL : <http://www.cnrtl.fr/definition/diligence>, définition A.

¹³²⁶Dictionnaire internet, CNRTL : <http://www.cnrtl.fr/definition/diligence>, définition B.

¹³²⁷C. civ., art. 2063, 1° : l'absence de précision écrite du terme de la convention de procédure participative engendre sa nullité.

¹³²⁸CPC, art. 1549, concernant le principe du contradictoire.

code de procédure dispose qu' « *il appartient au technicien, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance afin que les parties en tirent les conséquences qu'elles estiment utiles* ». Il faut y comprendre que le technicien doit établir une déclaration d'intérêts à l'attention des parties afin d'attester de son indépendance. Le rôle des avocats est, dans ce cas, particulièrement indispensable, ceux-ci devant veiller à ce que le professionnel proposé par l'une des parties respecte parfaitement cette obligation. Il est ainsi conseillé de recourir à un technicien appartenant à une profession réglementée, puisqu'à cet égard, des textes spéciaux requièrent que le professionnel soit indépendant.

Concernant le principe du contradictoire, son application est totale. L'article 1549 alinéa 2 du code de procédure civile indique en effet que le technicien accomplit sa mission dans le respect du principe du contradictoire. La largeur de la formulation explique que la mise en œuvre du contradictoire soit complète. Même si cela n'est pas expressément exigé, il est évident qu'il revient au professionnel de convoquer les parties à l'ensemble de ses opérations. Ensuite, les autres obligations découlant du contradictoire sont prévues par les articles 1551 à 1554 du code de procédure civile. L'on retrouve ainsi l'obligation de coopération des parties, notamment dans la communication des pièces nécessaires à l'accomplissement de la mission du technicien. Le contradictoire se rattache ici au principe de bonne foi contractuelle qui doit irriguer l'intégralité du processus de procédure participative, selon l'article 2062 du code civil. En cas d'inertie des parties dans le fonctionnement de la mission de l'expert, ce dernier peut s'adresser directement aux parties. Les nécessités primordiales d'établissement par le technicien d'un pré-rapport, incluant la faculté pour les parties de formuler leurs remarques et observations, et d'un rapport sont reprises par les articles 1553 et 1554 du code de procédure civile.

532. Quand bien même la fondamentalisation du recours au technicien dans le cadre de la convention de procédure participative est à saluer, quelques difficultés au regard d'autres droits fondamentaux doivent être relevées (3).

3. Les difficultés relatives aux droits fondamentaux

533. Récusation du technicien. La première difficulté dans la mise en œuvre de la procédure participative, au regard des droits fondamentaux, provient de l'article 1549 alinéa 3 du code de procédure civile qui énonce que le technicien ne peut être révoqué que du

consentement unanime des parties. Bien que cette disposition vise à créer une sécurité juridique en ce qu'une partie ne peut mettre fin à la mission du professionnel de manière unilatérale, elle peut, de manière inverse créer une inégalité entre les contractants. En effet, si une des parties à la convention relève un manquement du technicien à ses obligations, qu'il s'agisse d'un défaut d'indépendance ou de compétence par exemple, elle doit nécessairement obtenir l'accord de son partenaire contractuel pour révoquer l'expert. Il se peut que ce dernier refuse de procéder à une telle révocation, notamment si le manquement lui profite. Dans une telle hypothèse, un déséquilibre entre les parties surgit. De plus, une atteinte au principe de célérité se révèle puisqu'un désaccord ou un conflit des contractants peut conduire à la saisine du juge, ce qui ralentira inévitablement la résolution de leur litige originaire.

534. Confidentialité du technicien. La seconde difficulté sur laquelle il convient d'insister est l'absence d'obligation de discrétion ou de confidentialité qui incomberait au technicien intervenant dans la procédure participative. La confidentialité est une garantie primordiale s'appliquant à l'ensemble des modes alternatifs¹³²⁹, puisqu'elle met en jeu le principe fondamental de droit au respect de la vie privée protégé par l'article 8 de la Conv. EDH. Elle fait donc corps aux modes amiables et caractérise un de leurs intérêts. La présence d'une obligation de confidentialité a un effet sécurisant pour les parties au procédé amiable, leur permettant de s'ouvrir plus facilement à leur interlocuteur¹³³⁰. Cette exigence est d'ailleurs légalement prévue pour d'autres modes amiables de résolution des différends. C'est le cas de la conciliation réalisée avec l'aide d'un conciliateur de justice. L'article 129-3 alinéa 2 du code de procédure civile prévoit de manière ferme que les constatations du conciliateur et les déclarations qu'il recueille ne peuvent être ni produites ni invoquées dans la suite de la procédure sans l'accord des parties ni, en tout état de cause, dans une autre instance.

Même si l'article 2063, 3° du code civil prévoit que l'acte de procédure participative précise les informations essentielles à la résolution du différend ou à la mise en état du litige, permettant dès lors aux parties de rendre confidentielle n'importe quelle étape de la procédure, il est nécessaire de consacrer une obligation de discrétion du professionnel¹³³¹ avec

¹³²⁹ **L. CADIET ET T. CLAY**, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, op. cit., p. 129.

¹³³⁰ **R. DUMAS**, « Les MARD (modes alternatifs de résolution des différends) au prisme des droits fondamentaux substantiels », RDLF, 2018, chron. n° 1, consultable sur le site de la Revue des Droits et Libertés Fondamentaux : http://www.revuedlf.com/droit-fondamentaux/les-mard-modes-alternatifs-de-resolution-des-differends-au-prisme-des-droits-fondamentaux-substantiels/#_ftnref58

¹³³¹ **S. SAUPHANOR**, « La convention de procédure participative : aspects pratiques », Gaz. Pal., 18 janv. 2011, p. 47.

possibilité de s'en délier en présence de situations spécifiques. Pour s'en convaincre, il est possible de se référer aux règles de la médiation. L'article 21-3 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative soumet le médiateur à une exigence de confidentialité avec deux exceptions. D'une part, cette obligation de confidentialité tombe en présence de raisons impérieuses d'ordre public ou de motifs liés à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant ou à l'intégrité physique ou psychologique de la personne. D'autre part, cette obligation n'est plus effective lorsque la révélation de l'existence ou la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation est nécessaire pour sa mise en œuvre ou son exécution. Pour plus d'efficacité, il peut aussi être pris exemple de la formule générale employée pour le Défenseur des droits par l'article 26 alinéa 2 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 : « *Les constatations effectuées et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être ni produites, ni invoquées ultérieurement dans les instances civiles ou administratives sans le consentement des personnes intéressées, sauf si la divulgation de l'accord est nécessaire à sa mise en œuvre ou si des raisons d'ordre public l'imposent* ».

535. La convention de procédure participative, en tant que processus bien organisé dans son ensemble, ne « *relève pas du simple droit des contrats* »¹³³². Elle est un contrat spécial¹³³³ puisqu'elle est organisée par des règles spécifiques mêlant sphères contractuelle et judiciaire. Ceci justifie incontestablement sa nature hybride. La spécificité est une qualité qui caractérise également les *Dispute Boards*, variante des modes amiables (B).

B. LE RÉGIME PARTICULIER DES *DISPUTE BOARDS*

536. Les *Dispute Boards*, dont le mécanisme particulier mérite une présentation rapide (1), accordent une place importante aux droits fondamentaux dans leur mise en œuvre (2).

1. Présentation du mécanisme des *Dispute Boards*

537. Mécanisme expertal. Les *Dispute Boards*, aussi désignés sous le terme de « comité de résolution des différends », sont un mécanisme contractuel particulier de

¹³³² S. FERRE-ANDRE, « Le technicien dans la procédure participative, Questions et anticipations en droit du divorce et du partage », préc.

¹³³³ B. MALLET-BRICOUT, « Les modes alternatifs de règlement des différends dans la loi "Justice du XXI^e siècle" : un nouveau souffle », RTD civ., 2017, p. 221.

prévention et de règlement des litiges¹³³⁴. Leur mise en œuvre suppose qu'un expert ou un collège composé de plusieurs experts, généralement trois, accompagnent les parties dans la réalisation d'un contrat, généralement un « grand contrat ». Un « grand contrat » se caractérise par des enjeux économiques importants, une durée notable, des opérations complexes¹³³⁵, qui peuvent avoir une dimension internationale, comme c'est le cas en matière de construction¹³³⁶ ou dans le domaine de la recherche. La construction du tunnel sous la Manche au cours des années 1980/1990 a permis de mettre en évidence cette procédure inédite¹³³⁷. Le nombre d'experts choisi par les parties dépend nécessairement de l'importance de l'opération contractuelle envisagée¹³³⁸. Ces experts, dont le recours doit être expressément prévu par le contrat par une clause spécifique, ont pour vocation principale d'accompagner les parties pendant la totalité de leur opération contractuelle afin de s'assurer de sa bonne réalisation¹³³⁹. Pour ce faire, ils possèdent la mission de rendre une décision ou une recommandation dans une procédure courte lorsqu'un différend intervient entre plusieurs contractants¹³⁴⁰.

538. Intérêt des *Dispute Boards*. L'intérêt du recours aux *Dispute Boards* est d'éviter de suspendre les exécutions contractuelles en cas de désaccord entre les parties¹³⁴¹. L'expertise menée dans le cadre de cette procédure participe donc, en temps réel, à l'évitement d'un différend et à la résolution rapide de celui-ci¹³⁴². En effet, la suspension des

¹³³⁴ A. ZAGORI, *La volonté dans la gestion des conflits*, th. Paris-Saclay, 2015, p. 117.

¹³³⁵ E.-J. PETERSEN, « La mise en œuvre des ADR dans les grands contrats », *Gaz. Pal.*, 15 nov. 2001, n° 319, p. 42.

¹³³⁶ P. MALINVAUD, « Le droit à un procès d'une durée raisonnable et le droit de la construction », *RDI*, 2017, p. 217.

¹³³⁷ P. MALINVAUD, « Réflexions sur le "Dispute Adjudication Board" », *RDI*, 2001, p. 215.

¹³³⁸ P. MALINVAUD, « Réflexions sur le "Dispute Adjudication Board" », préc. : « *Un expert unique, s'il est un homme d'expérience et de pondération, présente l'avantage de gagner en souplesse de fonctionnement et en rapidité ; mais le champ de sa compétence sera nécessairement plus limité, car il ne peut être omniscient. Si on est en présence d'un marché complexe comportant à la fois du bâtiment, du génie civil et des équipements spécialisés, il peut y avoir intérêt à retenir plusieurs experts [...] ce qui permet d'éviter le recours à une expertise dont les délais seraient incompatibles avec le temps imparti pour rendre une décision. Par ailleurs, la pluralité d'experts peut aussi permettre d'enrichir la réflexion et par là même de conduire à une meilleure solution. En toute hypothèse, comme les arbitres, les experts devront être en nombre impair* ».

¹³³⁹ A. LOPEZ ORTIZ, « Des Dispute Boards », *Procédures*, mai 2018, n° 5, p. 5 : lorsque l'expert est nommé seulement lorsque le conflit survient, l'auteur parle de *Dispute Boards ad hoc*.

¹³⁴⁰ A. LOPEZ ORTIZ, « Des Dispute Boards », préc. : il existe trois catégories de *Dispute Boards* : les *Dispute Adjudication Boards* qui émettent des décisions obligatoires au moment de leur publication, les *Dispute Review Boards* qui émettent des recommandations devenant obligatoires si au bout d'une période déterminée, elle ne sont pas contestées, à savoir 30 jours, et les *Combined Dispute Boards* qui allient les deux (la possibilité de rendre des décisions obligatoires dès leurs publications ou la possibilité de rendre des recommandations qui seront obligatoires à l'issue d'un délai de non-contestation).

¹³⁴¹ Les parties conservent toutefois leurs droits de saisir ultérieurement la juridiction compétente.

¹³⁴² CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE, « Procédures d'expertises et dispute boards :

opérations contractuelles engendre des pertes économiques non négligeables pour les parties. De plus, la longueur des procédures d'arbitrage mises en œuvre dans les grands contrats explique le recours plus fréquent aux *Dispute Boards*¹³⁴³. Les *Dispute Boards* sont une variante des MARD puisqu'ils interviennent à titre préventif, c'est-à-dire avant toute survenance d'un conflit. Ils sont régis par un règlement de la chambre de commerce internationale de 2004, modifié en 2015¹³⁴⁴ (règlement CCI¹³⁴⁵). Le caractère spécifique des contrats dans lesquels un collège d'experts peut être désigné implique nécessairement une compétence accrue de ces derniers¹³⁴⁶, surtout dans la mesure où leur intervention aurait vocation à durer. Concernant la désignation des experts et leur rémunération, c'est le principe de liberté contractuelle qui a vocation à s'appliquer. La procédure n'est réellement encadrée qu'en matière de qualités des professionnels désignés et de déroulement de leur mission.

539. L'importance des *Dispute Boards* dans les grands contrats explique que ces procédés soient organisés de manière à respecter les droits fondamentaux (2).

2. La place primordiale des droits fondamentaux dans les *Dispute Boards*

540. Délai raisonnable et *Dispute Boards*. Un des intérêts principaux des *Dispute Boards* est d'éviter d'emprunter la voie contentieuse lorsqu'un litige survient dans l'exécution du contrat. Il s'agit pour les contractants de se passer d'une procédure juridictionnelle qui pourrait être longue et coûteuse, particulièrement dans le cadre des litiges relatifs à la construction ou ceux qui ont vocation à s'internationaliser¹³⁴⁷. L'article 22 du règlement CCI prévoit que l'expert unique ou le collège d'experts « *émettra sa conclusion rapidement et, en tout cas, dans les 90 jours suivant la date de saisine* ». L'utilisation de l'adverbe « rapidement » démontre la volonté de célérité d'une telle procédure. Toujours selon cette disposition, une prorogation de délai maximum de 20 jours est envisagée, au regard de la nature et de la complexité du différend et d'autres circonstances pertinentes étayées par les

instruments de prévention et de règlements des différends », 1er déc. 2016, Paris, 36ème réunion annuelle.

¹³⁴³ P. MALINVAUD, « Réflexions sur le "Dispute Adjudication Board" », préc..

¹³⁴⁴ Pour les ingénieurs conseils, ils sont régis par les Conditions de Contrats de la Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils.

¹³⁴⁵ Site internet de la chambre de commerce internationale :

<https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/2015-dispute-board-rules-french.pdf>

¹³⁴⁶ Règlement CCI relatif aux *Dispute Boards*, art. 7 § 8.

¹³⁴⁷ G. JEANPIERRE et J.-C. F. MARTIN, « Nouveaux modes de règlement des conflits, nouveaux modes de preuve et d'expertise ? », *Experts*, juin 2017, n° 132, p. 12 : les auteurs précisent que l'apparition des MARD répond notamment à l'internationalisation des procédures à l'occasion de la mondialisation économique.

experts. Cette procédure se distingue ainsi par sa rapidité, en particulier lorsqu'elle est comparée à la procédure de désignation d'un expert judiciaire et de réalisation de sa mission. Le temps écoulé entre la saisine du juge civil et l'instauration d'une mesure d'instruction peut parfois être plus long que le temps consacré à la remise par les *Dispute Boards* de leurs conclusions conformément au règlement CCI. Le règlement insiste énormément sur la rapidité des missions des experts. En témoigne l'article 11 qui prévoit que pour que le collège d'experts soit pleinement renseigné sur le contrat et sur son exécution par les parties, ces dernières doivent faire en sorte de lui apporter toutes les informations utiles « *le plus tôt possible* ».

541. Indépendance et impartialité des experts. Concernant les exigences d'indépendance et d'impartialité des experts auxquels il est fait appel dans le cadre des *Dispute Boards*, il convient de relever que le régime applicable est très protecteur des parties. L'article 8 § 1 du règlement CCI prévoit que « *tout membre d'un DB doit être et demeurer impartial et indépendant des parties* ». Cette formulation est plus que remarquable puisqu'elle consacre ensemble les obligations d'impartialité et d'indépendance, ce qui apporte de la cohérence à la procédure de désignation des experts. De plus, il était regretté, concernant l'expertise judiciaire, que l'obligation d'indépendance ne trouvait d'effectivité qu'à l'égard du moment de la désignation du technicien et n'envisageait pas la situation de création d'un lien de dépendance pendant le déroulement des opérations d'expertise. *A contrario*, dans le cadre des *Dispute Boards*, cette garantie est considérée comme devant demeurer, ce qui sécurise une nouvelle fois la procédure.

Les exigences d'impartialité et d'indépendance paraissent plus abouties qu'en matière de mesure d'instruction judiciaire puisque l'article 8 § 2 du règlement CCI impose à chaque membre pressenti d'un *Dispute Boards* de « *signer une déclaration d'acceptation, de disponibilité, d'impartialité et d'indépendance et communiquer par écrit aux parties, aux autres membres du DB et au Centre, si le membre en question doit être nommé par le Centre, les faits ou circonstances qui pourraient être de nature à mettre en cause son indépendance comme membre du DB dans l'esprit des parties, ainsi que les circonstances qui pourraient faire naître des doutes raisonnables quant à son impartialité* ». L'on retrouve la nécessité, déjà évoquée par la doctrine concernant l'expertise judiciaire, d'imposer à chaque expert l'établissement d'une déclaration d'indépendance. Si, concernant les *Dispute Boards*, cette

obligation, assez complète dans sa mise en œuvre, s'applique au moment de la désignation de l'expert, la même se manifeste si au cours de son mandat, survient un fait ou une circonstance de nature à nuire à son indépendance ou à son impartialité. Dans ce cas, l'article 8 § 3 du règlement CCI l'oblige à divulguer cette situation par écrit aux parties ainsi qu'aux autres membres du collège. Une forme de dépendance est même inscrite à l'article 9 § 3 du règlement. Elle se matérialise par l'interdiction selon laquelle « *un membre d'un DB ne peut participer ou avoir participé à une quelconque procédure judiciaire, arbitrale ou similaire relative au Contrat, que ce soit à titre de juge, d'arbitre, d'expert, de représentant ou de conseiller d'une partie* »¹³⁴⁸. La procédure de récusation d'un expert d'un *Dispute Boards* s'apparente à celle prévue pour l'expert judiciaire, à savoir une requête en récusation présentée au Centre international d'ADR, à la différence que la procédure est plus rapide¹³⁴⁹.

542. Procédure pleinement contradictoire. À propos du principe du contradictoire, celui-ci est pleinement consacré par le règlement CCI. Tout d'abord, il se manifeste par le biais d'une « *obligation de coopération* », celle-ci englobant les articles 11 à 13. C'est ainsi que l'article 11 § 1 du règlement dispose que « *les parties doivent coopérer pleinement avec le DB et lui fournir les informations en temps utile* », obligation rappelant la formulation de l'article 15 du code de procédure civile relatif au respect du contradictoire entre les parties¹³⁵⁰. L'article 12 du règlement CCI fait preuve d'un respect complet du contradictoire puisqu'il permet aux experts de fixer avec les parties un calendrier des réunions, permettant dès lors une structuration des investigations, tout en précisant que « *les parties et le DB participent à toutes les réunions et visites sur site, au cours desquelles les membres du DB peuvent avoir des conversations informelles avec un ou plusieurs représentants des parties* ». La prise en compte de la modernité des échanges est également consacrée puisqu'il est autorisé de procéder aux réunions par visioconférence¹³⁵¹. Une telle possibilité renforce nécessairement le

¹³⁴⁸Cette disposition se retrouve également dans la section du règlement CCI relative à la confidentialité dont doit faire preuve l'expert du DB. En effet, l'article 9 § 2 prévoit que « *Sauf convention contraire entre les parties ou exigence imposée par la législation applicable, toutes les informations qu'un membre du DB obtient dans le cadre des activités du DB doivent être utilisées par ce membre du DB exclusivement aux fins des activités du DB et doivent être traitées comme confidentielles par ledit membre du DB* ».

¹³⁴⁹Règlement CCI relatif aux *Dispute Boards*, art. 8 § 4 : « *Si l'une ou l'autre des parties souhaite récuser un membre du DB en raison de son prétendu défaut d'impartialité ou d'indépendance ou pour tout autre motif, elle dispose d'un délai de 15 jours à compter de la prise de connaissance des faits motivant la récusation pour présenter au Centre une requête à fin de récusation comprenant un exposé écrit desdits faits. Le Centre décidera en dernier ressort de la suite à donner à la récusation après avoir donné au membre du DB récusé, aux autres membres du DB et à l'autre partie la possibilité de s'exprimer sur la récusation* ».

¹³⁵⁰CPC, art. 15 : « *Les parties doivent se faire connaître mutuellement en temps utile les moyens de fait sur lesquels elles fondent leurs prétentions* ».

¹³⁵¹Règlement CCI relatif aux *Dispute Boards*, art. 12 § 2.

caractère contradictoire de la procédure en cas d'empêchement pour une partie de se rendre à une réunion. Enfin, l'établissement d'un compte-rendu après chaque réunion et chaque visite sur site conduit à la réalisation certaine du principe du contradictoire¹³⁵².

543. Dans le cadre de l'expertise insérée dans les modes alternatifs de résolution des différends, la tendance est d'appliquer les données du procès équitable, afin de sécuriser ce recours à la justice privée. Cette inclusion des règles processuelles fondamentales dans la sphère contractuelle apporte une réponse à la critique selon laquelle, en écartant le recours au juge et en privilégiant une solution consensuelle alternative, le contractant se risque à subir une situation arbitraire¹³⁵³. Le recours au technicien devient parfois si indispensable, même dans le cadre amiable, qu'il est nécessaire de réguler son intervention. Cet encadrement strict de l'expertise conduit à un respect plus important des droits fondamentaux. Dès lors il est nécessaire de promouvoir le recours à de telles mesures. L'importance de l'intervention de l'expert dans le processus amiable mène à s'interroger sur la possibilité de reconnaître l'expertise judiciaire en tant que mode amiable de résolution des différends (§ 2).

¹³⁵²Règlement CCI relatif aux *Dispute Boards*, art. 12 § 5.

¹³⁵³**B. DE BELVAL**, « Petite réflexion sur le développement des modes de règlement alternatifs des conflits par rapport au Droit », *Gaz. Pal.*, 8 mai 2012, n° 129, p. 11 : « [...] ces “accords”, ces “protocoles”, reposent souvent sur des considérations d'équité plus que de droit. Les bons sentiments [...] font souvent office de règle à tout faire. Certes, l'équité bien comprise, correctrice de normes trop rigides, ne saurait être critiquée. Elle apporte une épaisseur humaine à des règles dont la propension à l'abstraction est importante. Ceci étant, il ne faut pas oublier la fameuse formule historique qui a mis en évidence le risque d'arbitraire dans l'équité. Le droit est, en effet, une garantie fondamentale car il postule une norme commune. Il est [...] un terreau de cohésion sociale, une structuration à minima des comportements, pour permettre une vie en société capable d'assurer le respect de chacun, tout en lui laissant une certaine liberté d'action. [...] Si tout se contractualise, c'est la porte ouverte à une fragmentation généralisée, car chacun aura sa décision, future consentie avec toutes les limites que cela comporte. Faire confiance au juge qui doit raisonner en droit, c'est sortir d'une subjectivité quelque peu égoïste pour se placer sur un plan général, juridique, qui relie les uns aux autres [...] Vouloir s'en affranchir au motif qu'il faut privilégier la médiation ou la contractualisation de la résolution des litiges, nous apparaît dangereux. Cela « dé-légitimise » le droit et le juge ».

§ 2. L'EXPERTISE JUDICIAIRE, MODE AMIABLE DE RÉOLUTION DES DIFFÉRENDS ?

544. Interrogation. Le déroulement d'une expertise judiciairement ordonnée est propice au rapprochement des parties en vue d'obtenir une négociation entre elles¹³⁵⁴. Les vertus pacificatrices attribuées à la mesure conduisent à se demander si l'expert judiciaire peut être considéré comme un acteur à part entière dans le développement des modes amiables de résolution des différends. Une telle interrogation peut paraître provocatrice et surtout infondée à la lumière de l'article 240 du code de procédure civile qui énonce que « *le juge ne peut donner au technicien mission de concilier les parties* »¹³⁵⁵. La prohibition qui y est formulée semble dépassée à l'heure des réformes de la justice du XXI^{ème} siècle et des chantiers de la justice entreprises par le gouvernement, souhaitant placer le citoyen au cœur du service public de la justice et favoriser la mise en œuvre des modes alternatifs de règlement des litiges. « *Anciennement considérée comme une simple parenthèse au cœur du procès, l'expertise est en effet de plus en plus désormais perçue comme constituant, parmi d'autres, un nouveau mode alternatif de règlement des litiges* »¹³⁵⁶. Il devient dès lors pertinent de relever les arguments permettant la promotion de l'expertise judiciaire en tant que mode amiable et d'en tirer les conséquences. Depuis la mise en place effective des modes alternatifs de résolution des différends en droit interne, principalement par la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative et le décret n° 96-652 du 22 juillet 1996 relatif à la conciliation et à la médiation judiciaires, les experts judiciaires ont manifesté leur volonté d'être associés à ces processus¹³⁵⁷. Lors du septième colloque du Conseil National des Barreaux et du Conseil National des Compagnies d'Experts de Justice relatif à l'expertise et la conciliation s'étant tenu au mois de mars 2017, le

¹³⁵⁴ **J.-C. MAGENDIE**, « Célérité et qualité de la justice : la gestion du temps dans le procès », préc., p. 103 : « *L'expertise est souvent un moment privilégié pour parvenir à un accord entre les parties* » ; **M. OLIVIER**, « Essai d'éthique judiciaire en matière d'expertise », préc.

¹³⁵⁵ Disposition issue du décret n° 73-1122 du 17 décembre 1973 instituant une quatrième série de dispositions destinées à s'intégrer dans le nouveau code de procédure civile ; **C. PONCE**, « Expertise judiciaire et conciliation des parties », *Gaz. Pal.*, 6 oct. 2005, n° 279, p. 6.

¹³⁵⁶ **M. ARMAND-PREVOST**, « Conclusion de l'expertise: conciliation ou dépôt du rapport - Confluences n° 7 », *Gaz. Pal.* 31 août 2006, n° 243, p. 2.

¹³⁵⁷ **FEDERATION NATIONALE DES COMPAGNIES D'EXPERTS JUDICIAIRES ET COMPAGNIE DES EXPERTS PRES LA COUR D'APPEL DE DOUAI**, « L'évolution du règlement des conflits », Congrès national des experts judiciaires, Lille, 11-13 oct. 1996, cité par **L. DUMOULIN** in « De l'impact des experts judiciaires sur la fabrique de la justice : d'une justice imposée à une justice négociée ? » : Une telle volonté s'est à nouveau manifestée lors du VII^{ème} colloque organisé par le **CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX (CNB) et la COMPAGNIE NATIONALE DES COMPAGNIES D'EXPERTS DE JUSTICE (CNCEJ)** le 10 mars 2017, « La conciliation : le grand retour », consultable sur le site internet de la CNCEJ : http://www.fncej.org/documents/uploads/687_ACTES-MARS2017.pdf

Professeur Natalie FRICERO indiquait que l'expert pouvait se voir confier les rôles de facilitateur indirect et d'acteur indirect de la conciliation¹³⁵⁸. La pratique de l'expertise met en évidence le fait que l'expert est un initiateur du rapprochement entre les parties (A). Mais le professionnel peut-il, en même temps qu'il exécute sa mission d'établissement des faits, endosser les rôles de médiateur ou de conciliateur ? (B) Une telle étude intéresse nécessairement les droits fondamentaux et doit être menée à leur lumière.

A. L'EXPERT, INITIATEUR DU RAPPROCHEMENT ENTRE LES PARTIES

545. Il s'agit de démontrer que l'expert, par la mise en œuvre de ses compétences, « facilite » l'idée pour les parties de négocier l'issue de leur litige. La fonction apaisante de la mesure d'expertise est implicitement reconnue par l'article 281 du code de procédure civile (1). La conduite des opérations d'expertise sous le respect irréprochable de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH contribue à ce rapprochement (2).

1. L'article 281 du code de procédure civile

546. L'expertise, terrain favorable à l'apaisement entre les parties. Le législateur est conscient de l'opportunité que représente l'expertise pour rapprocher les parties d'une part, et du statut d'interlocuteur privilégié de ces dernières que possède l'expert d'autre part¹³⁵⁹. En témoigne la rédaction de l'article 281 du code de procédure civile. Cette disposition énonce que « *si les parties viennent à se concilier, l'expert constate que sa mission est devenue sans objet* » et « *en fait rapport au juge* ». Les opérations d'expertise, auxquelles les parties assistent en présence de l'expert, forment un espace d'échange et de compréhension qui favorise l'écoute de l'autre, pouvant mener ces dernières à recourir à un processus de conciliation pour mettre fin de manière plus rapide au litige qui les oppose. Une similitude apparaît donc avec les divers modes alternatifs dont un des objets principaux est la création d'un espace de confiance et d'échange. « *L'expertise est [...] utilisée comme un moyen d'entendre longuement les parties, l'occasion et le moment privilégiés pour leur donner la parole et finalement pour relancer doublement le dialogue* », et ceci dans bon

¹³⁵⁸N. FRICERO, Synthèse des travaux *in*, VIIème colloque organisé par le **CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX (CNB) et la COMPAGNIE NATIONALE DES COMPAGNIES D'EXPERTS DE JUSTICE (CNCEJ)** le 10 mars 2017, « La conciliation : le grand retour », p. 89, consultable sur le site internet de la CNCEJ.

¹³⁵⁹D. KLING, « L'expertise, une voie nouvelle », préc.

nombre de contentieux où le dialogue entre les parties est rompu, tels que ceux de la famille et de la construction¹³⁶⁰. L'expert pourra inviter les parties à recourir à une médiation ou une conciliation. Une telle initiative n'est pas proscrite par l'article 240 qui interdit seulement à l'expert d'exercer une mission de conciliation. Il suffira pour lui de déterminer, au cours de ses opérations, le moment idéal pour suggérer aux parties une mesure amiable qui pourra être exercée par un tiers pouvant être un autre expert qui possèdera les qualifications requises en la matière¹³⁶¹. L'article 131-5, 4° du code de procédure civile exige en effet que la personne physique qui assure l'exécution de la mesure de médiation doit justifier, selon le cas, d'une formation ou d'une expérience adaptée à la pratique de la médiation.

547. Application de l'article 281 par la jurisprudence. La jurisprudence a appliqué l'article 281 du code de procédure civile pour considérer que « *l'interdiction faite à l'expert de concilier les parties ne lui interdisait pas de conseiller aux parties, de transiger ou de leur soumettre un protocole d'accord dès lors que l'initiative d'un tel rapprochement demeurerait la prérogative des parties au litige et que l'expert n'intervient pas personnellement à l'acte* »¹³⁶². Il n'y a ainsi pas lieu de prononcer la nullité d'un accord transactionnel intervenu entre les parties au cours de l'expertise, cet acte n'étant pas intervenu à l'initiative de l'homme de l'art qui s'est seulement contenté de le transcrire et de l'annexer à son rapport¹³⁶³. En outre, ne viole pas la prohibition formulée par l'article 240 du code de procédure civile l'expert ayant uniquement, au cours de sa mission, proposé un tracé de la ligne séparatrice dans le cadre d'un conflit relatif à une séparation de terrains sur lequel les parties se sont accordées¹³⁶⁴.

548. Une expertise judiciaire menée dans le respect des droits fondamentaux participe nécessairement à ce que les parties envisagent une solution négociée (2).

¹³⁶⁰ **L. DUMOULIN**, « De l'impact des experts judiciaires sur la fabrique de la justice : d'une justice imposée à une justice négociée ? », préc.

¹³⁶¹ **J.-M. ALBERT** et **A. SONNENBERG**, « Expertise et médiation – Une nouveauté : l'expert médiateur ou initiateur de médiation », *Experts*, févr. 2018, n° 136, p. 25.

¹³⁶² CA, Aix-en-Provence, 3 févr. 1992, n° 88/14686, *Juris Data* n° 1992-040791, cité par **J.-B. DRUMMEN** in *J.Cl. Comm.*, fasc. 196 : *MODES ALTERNATIFS DE RÈGLEMENT DES CONFLITS*.

¹³⁶³ Cass. civ., 2ème, 21 mars 1979, n° 77-14.660, *Bull. civ. II*, n° 91.

¹³⁶⁴ Cass. civ., 2ème, 21 juill. 1986, n° 85-11.107 *Bull. civ. II*, n° 131, p. 89.

2. Données du procès équitable et rapprochement des parties

549. Les éléments de l'expertise équitable, facteurs de rapprochement des parties.

Le caractère équitable de la procédure d'expertise est également un facteur qui favorise un rapprochement entre les parties. En effet, l'application totale du principe du contradictoire, en ce qu'il permet aux parties de se rencontrer et de présenter leurs observations, contribue à ce qu'elles formulent elles-mêmes des solutions à leur litige. Dans ce cadre, il a été relevé par Monsieur Robert MAZABRAUD, expert de justice, que la technique d'établissement du pré-rapport constitue une pièce « *maîtresse nécessaire à l'éventuelle conciliation* » des parties¹³⁶⁵. Ce document reflète déjà, au stade de son établissement, les conclusions de l'expert, donnant ainsi aux parties matière à se positionner avant le dépôt du rapport définitif. De plus, la mobilisation par l'expert de ses compétences techniques et scientifiques lui permet de faire visualiser aux parties les enjeux de leur litige et ainsi de leur démontrer, dans certains cas, l'intérêt qu'elles ont à se concilier. De ce fait, la confiance qu'accordent les parties à un expert compétent conduit plus facilement à l'élaboration d'une discussion pouvant aboutir à un accord¹³⁶⁶. L'expert paraît ainsi plus apte que le juge à exercer le rôle de conciliateur dans la mesure où il est plus proche des parties. En définitive, en étant susceptible d'apporter une solution négociée, l'expert participe indirectement à la bonne administration de la justice puisqu'il peut éviter que soit porté devant les juridictions un flux important de contentieux.

550. Solution transactionnelle et impartialité de l'expert. La Cour de cassation a également répondu à la question de la confrontation entre la survenance d'une solution transactionnelle au cours d'une mission d'expertise et l'obligation d'impartialité de l'expert. Dans un arrêt du 24 janvier 2006, la chambre sociale a en effet jugé que la soumission aux

¹³⁶⁵ **R. MAZABRAUD**, intervention *in*, VIIème colloque organisé par le **CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX (CNB)** et la **COMPAGNIE NATIONALE DES COMPAGNIES D'EXPERTS DE JUSTICE (CNCEJ)** le 10 mars 2017, « La conciliation : le grand retour », p. 76, consultable sur le site internet de la CNCEJ.

¹³⁶⁶ **M. OLIVIER**, « Modifications envisagées de certaines dispositions du nouveau Code de procédure civile ayant trait aux mesures d'instruction confiées à des techniciens », *Gaz. Pal.*, 2002, p. 331 : « [...] j'en suis maintenant arrivé à penser que l'expertise était un des terrains privilégiés de la conciliation comme de la médiation. C'est qu'en effet, d'une part l'expert, à la suite de ses constatations, en arrive à connaître mieux que quiconque la véritable valeur comme aussi l'importance des prétentions respectives des parties. Il est donc bien placé pour suggérer à celles-ci [...] les points sur lesquels ces parties pourraient envisager un accord. D'un autre côté les parties qui ont suivi les opérations et ont pu ainsi se rendre compte de la compétence de l'expert comme de sa façon réaliste d'aborder les problèmes posés [...] ont tout naturellement tendance à lui faire confiance, quand il leur souligne les temps forts comme les points faibles de leur argumentation. C'est ainsi qu'avant même le dépôt du rapport les bases d'un accord peuvent être envisagées ».

parties, par l'expert et au vu de pièces produites, d'un élément ou avis utile à une solution éventuellement transactionnelle du litige ne constitue à elle seule ni un manquement à l'impartialité ni la recherche d'une conciliation¹³⁶⁷. La même solution a été rendue au regard de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH dans une décision du 9 novembre 2004 : « *la cour d'appel qui a statué tant sur le fondement des articles 234 et 235, alinéa 2 du nouveau Code de procédure civile [relatifs à la récusation de l'expert pour défaut d'impartialité] que de l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales a relevé que l'expert n'avait pas manqué à l'obligation d'impartialité à laquelle il était tenu en se bornant à présenter aux deux parties les avantages d'une solution transactionnelle ; qu'elle a, par ces seuls motifs légalement justifié sa décision* »¹³⁶⁸.

551. En ce que l'expertise participe à la promotion du recours aux modes alternatifs de résolution des différends, la question s'est posée de savoir si l'expert pouvait posséder un rôle plus direct dans la mise en œuvre de ces processus. Il convient d'envisager la possibilité pour ce dernier de se voir confier une mission de médiation ou de conciliation, en même temps qu'il procède à la recherche des faits (B).

B. L'EXPERT MÉDIATEUR OU CONCILIATEUR

552. Définitions et interrogations. La médiation et la conciliation représentent les modes amiables les plus aboutis et populaires en droit interne, notamment depuis la transposition de la directive n°2008/52/CE du Parlement Européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale. Ces procédés font partie de la mission générale du juge de concilier les parties¹³⁶⁹, prévue à l'article 21 du code de procédure civile et entrant dans le sillage des principes directeurs du procès. Ils possèdent une définition générale issue de la loi n° 95-125 du 8 février 1995¹³⁷⁰. Ils s'entendent ainsi,

¹³⁶⁷Cass. soc., 24 janv. 2006, n° 04-42.741, Bull. V, n° 21, p. 21.

¹³⁶⁸Cass. soc., 9 nov. 2004, n° 02-42.766, inédit.

¹³⁶⁹L'importance accordée à la conciliation, au sens générique du terme, explique que, dans certains contentieux, ont été imposées des tentatives de conciliation préalable ou une conciliation obligatoire. Ainsi par exemple, en droit du travail, l'article L. 1411-1 du code du travail dispose que « *le conseil de prud'hommes règle par voie de conciliation les différends qui peuvent s'élever à l'occasion de tout contrat de travail soumis aux dispositions du présent code entre les employeurs, ou leurs représentants, et les salariés qu'ils emploient. Il juge les litiges lorsque la conciliation n'a pas abouti* ». En matière de divorce par exemple, l'article 252 du code civil indique qu'« *une tentative de conciliation est obligatoire avant l'instance judiciaire. Elle peut être renouvelée pendant l'instance. Le juge cherche à concilier les époux tant sur le principe du divorce que sur ses conséquences* ».

¹³⁷⁰Dans sa thèse, Madame Julie JOLY-HURARD indique que la conciliation judiciaire ne possède pas de

selon l'article 21 de ce texte, comme « *tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par le juge saisi du litige* »¹³⁷¹. La médiation et la conciliation peuvent donc être judiciaires¹³⁷² ou conventionnelles¹³⁷³. Les deux processus se distinguent toutefois par l'implication du tiers désigné. Lorsqu'il est désigné judiciairement, le conciliateur de justice aura pour mission d'aider les parties à parvenir à un accord qui mènera à la rédaction et à la signature d'un constat d'accord devant être soumis à l'homologation du juge¹³⁷⁴. C'est ce qui le distingue du médiateur qui ne rédige et ne signe aucun accord. Il ne leur est d'ailleurs pas interdit, au cours du déroulement de la mesure, de faire appel à un technicien lorsqu'une question technique se pose à elles. Il s'agit de savoir si le juge peut confier ces missions de médiation ou de conciliation à l'expert ou si ce dernier peut en être à l'initiative au cours de ses investigations. Cette question paraît surprenante dans la mesure où l'expert posséderait une « double casquette ». Il convient d'approfondir cette double qualification de l'expert judiciaire (1) en envisageant les arguments qui y sont favorables et défavorables, avant d'envisager l'influence de cette dernière au regard des droits fondamentaux (2).

définition juridique précise (**J. JOLY-HURARD**, *Conciliation et médiation judiciaires*, op. cit., p. 29, spéc. n° 23 : « On constate [...] que ni le nouveau code de procédure civile, ni les autres législations ou réglementations éparses relatives à la conciliation ou à l'une de ses expressions, ne donnent de définition stricto sensu de cette procédure »). Elle la caractérise de la sorte : « mode amiable ou conventionnel de règlement des conflits par lequel les parties, avec ou sans l'aide d'un tiers qui a leur confiance, dans le cadre ou en dehors de toute instance judiciaire, tentent de rapprocher leurs points de vue respectifs afin de parvenir à une solution amiable du différend qui les oppose » (**J. JOLY-HURARD**, *Conciliation et médiation judiciaires*, op. cit., p. 31, spéc. n° 26) ; Le code de procédure civile définit cependant la conciliation conventionnelle en l'associant à la médiation conventionnelle au sein de l'article 1530 qui expose que « la médiation et la conciliation conventionnelles [...] s'entendent [...] de tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence ».

¹³⁷¹ Le terme de « médiation » employé par l'article est générique.

¹³⁷² Dans ce cas le juge doit recueillir l'accord des parties pour mettre en œuvre le circuit de médiation ou de conciliation.

¹³⁷³ CPC, art. 1530 ; Dans cette forme de médiation, rien n'interdirait *a priori* aux parties de désigner un expert amiable qui pourra endosser le rôle de médiateur, d'autant plus que le déroulement de ses opérations est sécurisé par l'article 1530 du code de procédure civile qui prévoit que le tiers « accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence ». Mais une telle possibilité semble inadaptée au regard de l'objectif premier de la médiation qui est de rétablir la communication entre les parties et non d'établir la réalité des faits. En outre, il est possible, dans le cadre de l'exécution d'une mesure de médiation que les parties fassent appel à un technicien. La question se pose réellement dans le cadre d'une procédure judiciaire.

¹³⁷⁴ CPC, art. 129-1 et s.

1. La question de la double qualification de l'expert judiciaire en procédure civile

553. L'opposition entre les procédures administrative et civile. La procédure administrative et la procédure civile s'opposent sur la possibilité de confier à l'expert la mission de concilier, au sens générique du terme, les parties à un conflit. En effet, alors que l'article 240 du code de procédure civile érige une interdiction ferme à cet égard, le Conseil d'État, dans une décision du 11 février 2005¹³⁷⁵, a admis la possibilité pour le juge administratif d'ordonner même d'office à l'expert désigné par lui de concilier les parties si faire se peut à l'occasion d'une demande de référé-expertise¹³⁷⁶. Cette solution s'explique dans la mesure où, à l'inverse du code de procédure civile, le code de justice administrative n'interdit pas expressément au juge de confier à l'expert une mission de conciliation¹³⁷⁷. La position du Conseil d'État se justifie également en raison du caractère même des procédures en référé, dans lesquelles le litige n'est pas encore porté devant une juridiction du fond et où l'expert est un protagoniste dont le rôle d'apaiser les hostilités des parties et d'éviter la pérennisation du contentieux qui les oppose. Dès lors, il est considéré que la « *mission de conciliation est [...] intrinsèque à la mission d'expertise* »¹³⁷⁸. Cette solution s'inscrit également dans la fonction pacificatrice du juge ancrée par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle, celui-ci ayant la faculté d'ordonner, à tout moment de l'instance, une médiation afin que les parties parviennent à un accord¹³⁷⁹. Enfin, depuis le décret n° 2016-1480 du 2 novembre 2016, l'article R. 621-1 du code de justice administrative dispose que l'expert peut non seulement se voir confier une mission de médiation, mais également en prendre l'initiative, avec l'accord des parties¹³⁸⁰.

¹³⁷⁵CE, Section du Contentieux, *Organisme de gestion du cours du Sacré Cœur et autres*, 11 févr. 2005, n° 259290.

¹³⁷⁶Il s'agit d'un revirement de jurisprudence puisque depuis une décision du 12 octobre 1979, *Secrétaire d'État aux postes et télécommunications c. Devillers*, n° 15131, le Conseil d'État interdisait au juge administratif de confier à l'expert une mission de médiation ou de conciliation.

¹³⁷⁷**M. ARMAND-PREVOST**, « Conclusion de l'expertise: conciliation ou dépôt du rapport - Confluences n° 7 », préc.

¹³⁷⁸**E. GLASER**, « Référé-expertise et conciliation (à propos du calcul du "forfait d'externat") », ccl. CE, Section du Contentieux, *Organisme de gestion du cours du Sacré Cœur et autres*, 11 févr. 2005, n° 259290 : RFDA, 2005, p. 546 : « *Mais l'expertise a par elle-même des vertus préventives, si elle est bien conduite et si l'expert a l'autorité nécessaire. Les parties sont amenées à discuter avec lui de leurs prétentions respectives et l'établissement objectif des faits les conduit souvent, sans nécessairement renoncer tout de suite à ces prétentions, à percevoir l'écart qui peut exister entre celles-ci et ce qu'elles peuvent, de façon réaliste, espérer obtenir* ».

¹³⁷⁹CJA, art. L. 231-7.

¹³⁸⁰La médiation doit également être prise dans un sens large. En effet, l'article L. 213-1 du code de justice administrative énonce que « *la médiation [...] s'entend de tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par la juridiction* ». En ce sens, cette terminologie inclurait le processus de conciliation ; **J.-M. ALBERT et**

Cette disposition se démarque par son originalité dans la mesure où l'expert n'a pas besoin de l'autorisation du juge pour procéder à une médiation, du moment qu'il a obtenu l'accord des parties. L'avantage principal de la faculté pour l'expert de concilier les parties réside dans la possibilité, dans une même procédure, de faire appel à un technicien qui au cours de ses opérations pourra mener une mission de rapprochement entre les parties. Il n'est alors pas nécessaire d'attendre le dépôt du rapport d'expertise pour engager, par la suite, un processus amiable. Ceci représente une économie procédurale non négligeable. Dès lors, il existe une distorsion entre les procédures civile et administrative en la matière, dissonance qui serait justifiée par le fait que « *les possibilités de conciliation sont nombreuses et diverses à tous les stades de la procédure [civile]* »¹³⁸¹. Cette différence entre les deux procédures est peu cohérente et crée une rupture d'égalité entre les justiciables. En effet, les personnes qui saisissent le juge administratif peuvent voir leur litige résolu de manière plus efficace et rapide dans la mesure où l'expert pourra mener ou initier une médiation.

554. Incompatibilités. L'expert judiciaire n'est ni un conciliateur ni un médiateur. Ce constat s'opère tout d'abord à la lecture de l'article 240 du code de procédure civile précité qui interdit au juge de donner pour mission à l'expert qu'il désigne de concilier les parties. Si l'expert se voit imposer un comportement à suivre dans les dispositions du code de procédure civile, le médiateur ou le conciliateur, dans le cadre de ses techniques de travail, reste libre puisque son domaine relève davantage de la technique de la communication. Ensuite, dans le cadre de la conciliation, il n'est pas possible pour le conciliateur d'exercer une activité judiciaire dans le but de préserver son impartialité et de prévenir tout conflit d'intérêt¹³⁸². Cette règle signifie que les experts judiciaires ne peuvent pas être désignés en qualité de conciliateurs de justice. Enfin, concernant la médiation, l'article 131-8 du code de procédure civile pose un principe d'incompatibilité ferme entre les fonctions de médiateur et d'expert puisqu'il énonce que le médiateur « *ne peut être commis, au cours de la même instance, pour*

A. SONNENBERG, « Expertise et médiation – Une nouveauté : l'expert médiateur ou initiateur de médiation », *Experts*, févr. 2018, n° 136, p. 25. : « Toutefois, nul ne peut ignorer la contradiction formelle entre la nouvelle rédaction de l'article R 621-1 du CJA prévoyant un expert médiateur dans une même affaire et l'interdiction du cumul de ces deux fonctions visée à l'article 131-8 du CPC [...] Les différences entre droit privé et droit public ne peuvent suffire à expliquer cette opposition alors que les textes relatifs à la médiation administrative intégrés dans le CJA par la loi n° 2016.1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, complétée par le décret n° 2017-566 du 18 avril 2017, convergent vers les règles édictées pour la médiation dans le CPC. L'explication se trouve dans la volonté forte du législateur de favoriser le recours à la médiation en ignorant la distinction entre conciliation et médiation ».

¹³⁸¹ E. GLASER, « Référé-expertise et conciliation (à propos du calcul du "forfait d'externat") », préc.

¹³⁸² N. FRICERO, C. BUTRUILLE-CARDEW, L. BENRAÏS, B. GORCHS-GELZER et G. PAYAN, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit., pp. 55 et 56, spéc. n° 121.21.

effectuer une mesure d'instruction ». Cette interdiction s'explique en l'état des finalités différentes des missions d'expert et de médiateur¹³⁸³ : si le premier est limité à la recherche des faits pour rendre un avis qui donnera au juge la possibilité de trancher, le second doit instaurer un dialogue permettant aux parties de trouver elles-mêmes une solution a-juridique¹³⁸⁴ de leur litige qui devra seulement être homologuée par le juge¹³⁸⁵. La mise en évidence de la subjectivité des parties¹³⁸⁶ n'entre ainsi pas dans les prérogatives de l'expert qui a pour mission principale d'apporter une réponse au juge sur des questions d'ordre technique. Il existe pourtant des similitudes dans les règles encadrant les régimes de l'expertise et de la médiation judiciaires, particulièrement vis-à-vis des principes déontologiques qui s'imposent à eux. En effet, l'article 131-5 du code de procédure civile exige de la part du médiateur des qualifications requises quant à la nature du litige et des garanties nécessaires d'indépendance. Ces conditions sont également exigées de l'expert judiciaire dans l'optique d'une expertise équitable. Le processus de désignation du médiateur est aussi similaire à celui de l'expert judiciaire. L'article 131-6 du code de procédure civile dispose ainsi que le juge fixe la durée initiale de la mission du médiateur et indique la date à laquelle l'affaire sera rappelée à l'audience et qu'il fixe le montant de la provision à valoir sur la rémunération du médiateur à un niveau aussi proche que possible de la rémunération prévisible et désigne la ou les parties qui consigneront la provision dans le délai imparti. Le principe de prévisibilité, garant d'une expertise équitable, s'applique aussi à la médiation¹³⁸⁷.

¹³⁸³ De plus, si l'expertise judiciaire peut être sollicitée au juge par une seule partie, ce qui « contraindra » l'autre à participer aux opérations s'il est fait droit à la mesure, l'instauration d'une médiation doit résulter d'un accord entre les deux parties.

¹³⁸⁴ **N. FRICERO, C. BUTRUILLE-CARDEW, L. BENRAÏS, B. GORCHS-GELZER et G. PAYAN**, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit., p. 7, spéc. n° 0.12 : « A-juridique signifie que les parties peuvent ignorer la réponse qui serait donnée en droit, à condition de ne pas méconnaître les règles d'ordre public ». Une solution a-juridique satisfait les deux parties, à l'inverse de l'application de la règle de droit qui établit des situations de gagnant/perdant ou de deux perdants.

¹³⁸⁵ **F. VERT**, « L'expert judiciaire : auxiliaire du juge pacificateur, garant de la paix sociale », préc. : « Le processus de médiation aura notamment pour objet de traiter des valeurs respectives des parties, de leurs émotions et de leurs ressentis dans un dialogue respectueux et permettra souvent de lever les incompréhensions à la source de leur conflit et de les aider à trouver une solution mutuellement acceptable. L'élaboration de cette solution, axée sur leurs besoins et leurs intérêts, et tournée vers l'avenir, ne nécessitera pas d'établir la réalité de faits en vue d'étayer des moyens juridiques, la solution trouvée étant bien souvent a-juridique ou reposant sur l'équité. La mission de l'expert, qui est de donner un avis technique afin d'éclairer le juge sur la réalité des faits, paraît bien loin de la mission du [...] médiateur décrite ci-dessus ».

¹³⁸⁶ **N. FRICERO**, Synthèse des travaux in, VIIème colloque organisé par le **CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX (CNB) et la COMPAGNIE NATIONALE DES COMPAGNIES D'EXPERTS DE JUSTICE (CNCEJ)** le 10 mars 2017, « La conciliation : le grand retour », p. 90, consultable sur le site internet de la CNCEJ.

¹³⁸⁷ Ces ressemblances ont eu une influence sur la possible qualification du médiateur en tant qu'auxiliaire de justice. L'expert judiciaire est un auxiliaire de justice, mais qu'en est-il du médiateur ? La doctrine est divisée à ce propos. Certains auteurs prônent le fait que le médiateur ne peut être considéré ni comme un auxiliaire ni

Toutefois, les délais auxquels sont soumis l'expert judiciaire et le médiateur sont incompatibles. La médiation doit se dérouler dans un délai de trois mois, renouvelable une fois¹³⁸⁸, en prenant en compte l'exigence du délai raisonnable prévue par l'article 6 § 1 de la Conv. EDH¹³⁸⁹. Une expertise judiciaire demande généralement une exécution plus longue dans le temps.

555. L'hypothèse de la consécration en procédure civile d'un expert médiateur ou conciliateur invite à s'interroger sur les conséquences de cette double qualification sur le respect des droits fondamentaux processuels (2).

2. La double qualification « expert médiateur/conciliateur » à l'aune des droits fondamentaux processuels

556. Questionnements. Les mises en œuvre de l'expertise judiciaire et des processus de médiation et de conciliation exigent le respect de plusieurs droits fondamentaux du justiciable, afin d'assurer une procédure efficace et d'obtenir la confiance des personnes qui y participent. Toutefois, la portée des droits fondamentaux, notamment procéduraux, varie en fonction de la mesure dont il est question, ce qui suscite quelques difficultés.

557. La confidentialité des processus en conflit avec le principe du contradictoire. La médiation et la conciliation judiciaires sont des procédures dominées par le principe de confidentialité. En effet, l'article 21-3 de la loi du 8 février 1995 indique que fermement que « *sauf accord contraire des parties, la médiation est soumise au principe de confidentialité* », de sorte que « *les constatations du médiateur et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être divulguées aux tiers ni invoquées ou produites dans le cadre d'une instance judiciaire ou arbitrale sans l'accord des parties* ». Le principe est le même pour la conciliation de justice, l'article 129-4 du code de procédure civile disposant que « *les*

comme un mandataire du juge dans la mesure où le tiers dispose de souplesse et de liberté dans l'exécution de sa mission, d'autant plus qu'il n'est pas soumis au respect de certaines règles fondamentales qui s'imposent au juge comme le principe du contradictoire (F. VERT, « L'expert judiciaire : auxiliaire du juge pacificateur, garant de la paix sociale », Gaz. Pal., 25 oct. 2016, n° 37, p. 12). D'autres, en revanche, insistent sur le fait que, parce que le médiateur est nommé par le juge qui détermine les modalités du processus, fixe la rémunération du professionnel et peut mettre fin à sa mission à tout moment, alors il est « *avant tout un mandataire de justice* » et « *vient prendre place dans le monde bien peuplé des tiers titulaires de mandats de justice* » (E. SERVERIN, « Le médiateur et le service public de la Justice », RTD civ., 2003, p. 229 ; M.-L. RASSAT, *La justice en France*, Que sais-je, PUF, 2007, pp. 96-112).

¹³⁸⁸Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, art. 22-3.

¹³⁸⁹N. FRICERO, C. BUTRUILLE-CARDEW, L. BENRAÏS, B. GORCHS-GELZER et G. PAYAN, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit., p. 129, spéc. n° 211.41.

constatations du conciliateur et les déclarations qu'il recueille ne peuvent être ni produites ni invoquées dans la suite de la procédure sans l'accord des parties ni, en tout état de cause, dans une autre instance ». Ceci se justifie dans la mesure où « *il est essentiel que la parole des parties puisse être libre et facilitée par tout moyen, en particulier en prévoyant que ce qui est dit ne soit pas nécessairement échangé avec l'autre partie, et ne sera pas répété par ailleurs, notamment au cours du procès si la tentative de rapprochement a échoué* »¹³⁹⁰. La confidentialité entre ainsi en conflit avec le caractère contradictoire de la procédure de l'expertise judiciaire. En effet, dans le cadre de cette dernière, l'expert est soumis à l'établissement d'un rapport détaillé qu'il doit remettre au juge, et la pratique des dires est primordiale. Si « *rien ne doit transparaître de ce qui a été dit ou produit pendant la médiation* »¹³⁹¹, et ceci tant à l'égard de l'autre partie que des tiers¹³⁹², le rapport d'expertise soumis au juge, et adressé en copie aux parties, contient quand à lui le détail des opérations réalisées par le professionnel ainsi que les observations et remarques effectuées par les parties. De plus, le rapport d'expertise judiciaire peut être produit dans une autre instance au sein de laquelle des tiers qui n'ont pas participé aux opérations d'expertise sont parties, dès lors qu'il a été soumis à la discussion de ces derniers¹³⁹³. Cette solution se heurte à la confidentialité de l'accord de médiation ou de conciliation qui ne peut être produit dans une autre instance. Une difficulté supplémentaire surgit également au regard du principe du droit à la preuve, consacré sur le fondement de l'article 6 § 1. Celui-ci entrera certainement en conflit avec la confidentialité de l'accord de médiation ou de conciliation, conflit qui se résoudra certainement par la mise en œuvre d'un contrôle de proportionnalité. L'intimité imprégnant les processus de médiation et de conciliation laisse à croire que ce contrôle sera délicat et aura tendance à faire valoir le droit fondamental au respect de la vie privée découlant de l'article 8 de la Conv. EDH.

¹³⁹⁰ **E. BROCHIER et M. BROCHIER**, « Pour une clarification des procédures de médiation et de conciliation dans le code de procédure civile », D., 2015, p. 389.

¹³⁹¹ **P.-J. CLAUX, S. DAVID et A. BOICHÉ**, *Droit et pratique du divorce*, Dalloz Action, 2018-2019, n° 152.43.

¹³⁹² **N. FRICERO, C. BUTRUILLE-CARDEW, L. BENRAÏS, B. GORCHS-GELZER et G. PAYAN**, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit., p. 62, spéc. n° 121.73.

¹³⁹³ Cass. civ., 2ème, 7 sept. 2017, n° 16-15.531, publié au bulletin, arrêt n° 1137 et Cass. civ., 2ème, 19 oct. 2017, n° 16-21.520, inédit.

558. La mise à mal de l'exigence d'impartialité. Le respect du principe d'impartialité s'impose tant à l'expert¹³⁹⁴ qu'aux médiateur¹³⁹⁵ et conciliateur judiciaires¹³⁹⁶, tout au long de leurs missions. À l'occasion du septième colloque du Conseil National des Barreaux et du Conseil National des Compagnies d'Experts de Justice relatif à l'expertise et la conciliation, les divers intervenants ont manifesté leurs craintes quant à la perte de cette exigence en cas de refus ou d'échec de la mesure de médiation ou de conciliation qu'aura menée l'expert. « *Peut-on imaginer un instant que la partie qui se montrera rétive à la médiation n'aura pas le sentiment de s'exposer à un risque face à l'expert, contraint par son attitude d'en revenir à son rôle premier et à la rédaction de son rapport ?* »¹³⁹⁷. Il est évident que le professionnel, intervenu dans le litige pour donner un avis technique, présente de forts risques de tomber dans la partialité en cas d'échec de la mesure de médiation. La proximité qu'il entretient avec les parties, du fait de ses investigations, peut mettre en cause la neutralité qui est attendue de lui. La possibilité pour l'une d'entre elles d'élever devant le juge un cas de partialité est probable, d'autant plus que la jurisprudence considère, sur le fondement de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH que « *l'article 341 du nouveau Code de procédure civile qui prévoit des cas de récusation, n'épuise pas nécessairement l'exigence d'impartialité requise de tout expert judiciaire* »¹³⁹⁸.

559. Bilan. La qualification d'expert médiateur ou conciliateur semble difficile à mettre en œuvre au regard du respect des droits fondamentaux. Ce constat s'explique par la différence d'intensité des obligations du professionnel en fonction du processus envisagé. Il faudrait sans doute, comme l'indique le professeur Natalie FRICERO, procéder à l'établissement d'une déontologie spécifique à l'expert médiateur ou conciliateur qui s'appliquera dès que le juge l'aura désigné¹³⁹⁹.

¹³⁹⁴CPC, art. 237.

¹³⁹⁵Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, art. 21-2.

¹³⁹⁶**Ministère de la Justice**, *Guide conciliateurs de justice – 2017*, site internet des conciliateurs de France : https://www.conciliateurs.fr/IMG/pdf/guide_des_conciliateurs_2017_ed._cdf_v2-3.pdf : « *Le conciliateur devra s'abstenir d'intervenir s'il a un intérêt personnel dans le différend ou lorsque des parents ou des amis sont impliqués dans la conciliation. Dans ce cas, il renvoie les parties devant un autre conciliateur, si cela est possible, ou il les invite à demander une conciliation au juge* ».

¹³⁹⁷**J.-M. LE GARS**, Conseiller d'Etat honoraire, ancien Président de la Cour administrative d'appel de Lyon, intervention *in*, VIIème colloque organisé par le **CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX (CNB) et la COMPAGNIE NATIONALE DES COMPAGNIES D'EXPERTS DE JUSTICE (CNCEJ)** le 10 mars 2017, « La conciliation : le grand retour », p. 90, consultable sur le site internet de la CNCEJ.

¹³⁹⁸Cass. civ., 2ème, 5 déc. 2002, n° 01-00.224, préc.

¹³⁹⁹**N. FRICERO**, Synthèse des travaux *in*, VIIème colloque organisé par le **CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX (CNB) et la COMPAGNIE NATIONALE DES COMPAGNIES D'EXPERTS DE**

L'étude de l'expertise décidée au sein de la procédure participative d'une part et des *Disputes Boards* d'autre part met en évidence une conformité prononcée aux droits fondamentaux dans leur phase de déroulement. Cette réflexion a également permis de s'interroger sur les nouvelles perspectives de l'expertise judiciaire, comme la possibilité de l'établir en tant que mode amiable de résolution des différends à part entière. Toutefois, il est intéressant de se demander comment les droits fondamentaux s'expriment à l'issue de l'expertise amiable, particulièrement lorsque les parties sont en désaccord sur les conclusions des experts. Dès lors, il convient d'envisager l'influence de l'expertise amiable sur le droit fondamental au juge, pièce maîtresse du droit au procès équitable (Section 3).

SECTION 3. L'INFLUENCE DE L'EXPERTISE AMIABLE SUR LE DROIT AU JUGE

560. Dans le cadre de l'examen de l'influence de l'expertise amiable sur le droit au juge, il convient de s'interroger sur les problématiques suivantes : la première est relative à la possibilité de saisir le juge à l'issue d'une expertise amiable (§ 1) et la seconde concerne la valeur d'un rapport d'expertise amiable produit dans une procédure ultérieure (§ 2).

§ 1. LA POSSIBILITÉ DE SAISIR LE JUGE À L'ISSUE DE L'EXPERTISE AMIABLE

561. Principe pour l'expertise amiable contractualisée. De manière générale, la volonté de résoudre un conflit à l'amiable n'emporte pas renonciation des parties à saisir un juge en cas de difficulté ou en cas d'impossibilité d'un rapprochement entre elles. En effet, le choix d'une voie amiable constitue seulement un « *circuit de dérivation du contentieux* »¹⁴⁰⁰ qui n'implique qu'une renonciation temporaire par les parties de leur droit au juge. Dès lors, si au terme d'une expertise amiable celles-ci restent en litige, il leur est évidemment possible de soumettre sa résolution au juge. Pour exercer cette action, encore faut-il que les parties n'aient pas contractuellement convenu que les conclusions de l'expert s'imposeraient à elles. Dans une telle situation, c'est le principe de force obligatoire du contrat inscrit à l'article 1103 du code civil¹⁴⁰¹ qui s'applique rigoureusement. À ce titre, il convient d'évoquer à nouveau la

JUSTICE (CNCEJ) le 10 mars 2017, « La conciliation : le grand retour », p. 93, consultable sur le site internet de la CNCEJ.

¹⁴⁰⁰ **B. OPPETIT**, « Arbitrage, médiation et conciliation », *Rev. Arb.*, 1984, p. 307 et s.

¹⁴⁰¹ CC, art. 1103 : « *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* » (art. 1134 anc.).

particularité de l'expertise en évaluation des droits sociaux prévue par l'article 1843-4 du code civil et de l'expertise en estimation du prix résultant de l'article 1592 du code civil. La Cour de cassation a décidé qu'en s'en remettant à ces types de mesures, les contractants faisaient de la décision de l'expert leur loi¹⁴⁰². Ils doivent donc s'y conformer sans pouvoir saisir le juge ultérieurement. Le rapport de l'expert ne pourra être remis en question qu'à l'occasion de la commission par ce dernier d'une erreur grossière dans l'accomplissement de sa mission. À ce sujet, la Cour de cassation a précisé que les juges du fond n'ont pas à procéder à l'évaluation souhaitée par les parties quand bien même ils ont retenu une erreur grossière de la part de l'expert¹⁴⁰³.

562. Règles applicables aux modes amiables de résolution des différends traditionnels. Si le recours à un technicien a été convenu par les parties dans le cadre d'une mesure de médiation ou de conciliation judiciaire, et qu'aucune solution amiable n'est intervenue à l'issue de ces processus, la procédure se poursuit entre les mains du juge¹⁴⁰⁴ qui tranchera le litige¹⁴⁰⁵. En effet, la suspension de l'instance par l'effet d'une médiation ou d'une conciliation ne fait qu'« évacuer du rôle des affaires en cours celles qui font l'objet de véritables pourparlers en vue d'une solution amiable et de désencombrer les tribunaux d'affaires inutilement inscrites à ce rôle »¹⁴⁰⁶. Le recours au juge à la suite de l'échec d'une médiation ou d'une conciliation conventionnelle est possible, sauf en cas de prescription de l'action ou de forclusion. Enfin, concernant la procédure participative, au sein de laquelle un technicien peut être désigné par les parties, l'article 1556 alinéa 1er du code de procédure

¹⁴⁰²Concernant l'article 1843-4 du code civil : Cass. com., 19 avr. 2005, n° 03-11.790, préc. ; Concernant l'article 1592 du code civil : Cass. civ., 3ème, 19 oct. 2017, n° 16-22.660, préc. et Cass. civ., 3ème, 19 oct. 2017, n° 16-22.665, préc..

¹⁴⁰³Cass. civ., 1ère, 25 janv. 2005, n° 01-10.395, Bull. civ. I, n° 49, p. 39 : Concernant l'erreur grossière de l'expert désigné conformément à l'article 1843-4 du code civil : « *Attendu qu'après avoir retenu l'erreur grossière de l'expert dans la détermination de la valeur des parts, la cour d'appel a procédé à cette évaluation ; Qu'en statuant ainsi, alors qu'il appartenait au seul expert désigné en application de l'article susvisé de déterminer la valeur des parts, la cour d'appel a violé ce texte* ».

¹⁴⁰⁴Pour la médiation : CPC, art. 131-10 du code de procédure civile : « *Le juge peut mettre fin, à tout moment, à la médiation sur demande d'une partie ou à l'initiative du médiateur [...] Dans tous les cas, l'affaire doit être préalablement rappelée à une audience à laquelle les parties sont convoquées à la diligence du greffe par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. À cette audience, le juge, s'il met fin à la mission du médiateur, peut poursuivre l'instance [...]* ».

¹⁴⁰⁵Une particularité se présente toutefois pour la procédure de conciliation de tentative préalable de conciliation pour laquelle l'article 832-1 alinéa 2 du code de procédure civile prévoit qu'en cas d'échec, les parties sont informées par le greffe qu'elles peuvent saisir la juridiction compétente aux fins de jugement. Il est donc nécessaire qu'une assignation soit faite par une des parties à la tentative préalable de conciliation qui s'est soldée par un échec.

¹⁴⁰⁶S. GUINCHARD, « L'ambition d'une justice civile renouée : commentaire du décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 et de quelques aspects de la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 », préc.

civile consacre un système de passerelle puisqu'il précise qu'à l'issue de la procédure le juge peut être saisi de l'affaire pour homologuer un accord partiel des parties et statuer sur la partie du litige persistant ou pour statuer sur l'entier litige.

563. Articulation entre les *Dispute Boards* et le droit à la saisine d'une juridiction judiciaire. La problématique de l'expertise amiable encadrée et du droit au juge s'amplifie en matière *Dispute Boards*. Dans le cadre de ces derniers, le règlement CCI indique que si une partie est en désaccord avec une décision des experts désignés, le différend les opposant sera définitivement tranché par arbitrage, si les parties en sont convenues, ou, à défaut, par tout tribunal compétent¹⁴⁰⁷. Le fait pour les contractants de prévoir que leur différend sera uniquement soumis à une juridiction arbitrale, en cas de désaccord avec les conclusions des experts, prive-t-il nécessairement une partie de saisir une juridiction judiciaire ? Un arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence apporte une réponse à la question¹⁴⁰⁸. En l'espèce, la société Ferme PV1, spécialisée dans la production d'électricité et l'exploitation de serres agricoles, a conclu un contrat de construction d'une centrale solaire photovoltaïque avec deux sociétés, dont une était entrepreneur et l'autre sous-traitante. Ce grand contrat prévoyait que chaque différend survenant entre les parties sera tranché par un *Dispute Adjudication Board*¹⁴⁰⁹, « méthode de résolution des litiges spécifique » selon les termes employés par la cour d'appel. La convention indiquait également qu'en cas de désaccord avec les décisions du *Dispute Adjudication Board*, les contractants devaient saisir le tribunal arbitral constitué selon le règlement d'arbitrage de la chambre de commerce internationale. Il s'agissait alors d'une clause compromissoire. À la suite de désordres intervenus dans les travaux de construction, un *Dispute Adjudication Board* était désigné et rendait ses conclusions quelques mois après. Estimant que le rapport des experts ne s'était pas prononcé sur tous les désordres et malfaçons invoqués, la société Ferme PV1 saisissait le juge des référés du tribunal de commerce sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile afin de voir ordonner une expertise judiciaire relative aux éléments sur lesquels n'ont pas été menées d'investigations. En appel,

¹⁴⁰⁷Règlement CCI relatif aux *Dispute Boards*, art. 4 § 6 (pour les *Dispute Review Boards*) et art. 5 § 2 (pour les *Dispute Adjudication Boards*).

¹⁴⁰⁸CA, Aix-en-Provence, 11 janv. 2018, ch. 2, n° 17/12187, *SA KPM SUN GMBH c. SAS FERME PVI, société BESTER GENERACION SL et société BESTER GENERACION FRANCE*.

¹⁴⁰⁹Règlement CCI relatif aux *Dispute Boards*, art. 5 § 1 : « Les DAB peuvent aider les parties à éviter les désaccords et à les résoudre par une assistance informelle, ainsi qu'en émettant des conclusions concernant les différends en cas de soumission formelle. Dans le cadre des soumissions formelles, les DAB rendent des décisions concernant des différends » : art. 5 § 2 : « Une décision lie les parties dès sa réception. Les parties doivent s'y conformer sans délai nonobstant toute manifestation de désaccord selon le présent article 5 ».

l'entrepreneur et le sous-traitant soutenaient que le litige devait être soumis à l'arbitrage comme cela a été contractuellement prévu et que la demande d'expertise n'avait pas lieu d'être dans la mesure où elle « *n'a pas été exercée avant tout procès au sens de l'article 145 du code de procédure civile car les parties avaient déjà actionné le mécanisme spécifique de règlement de leurs différends tel que prévu aux accords contractuels en mettant en place la procédure DAB, première étape de la procédure d'arbitrage qui a été poursuivie par une demande d'arbitrage auprès de la CCI* ». Concernant la compétence du juge des référés, la cour d'appel a appliqué, sans pour autant l'énoncer, l'article 1449 du code de procédure civile qui prévoit que « *l'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué, à ce qu'une partie saisisse une juridiction de l'État aux fins d'obtenir une mesure d'instruction [...]* ». Elle a en effet considéré qu'à la date de la saisine du juge des référés du tribunal de commerce, pour voir instaurer une mesure d'expertise, aucune partie n'avait formé demande d'arbitrage, de sorte qu'aucun tribunal arbitral n'était ainsi constitué. Ces éléments justifiaient la compétence du juge des référés. Partant, l'article 1449 du code de procédure civile prime sur le règlement CCI relatif aux *Disputes Boards* qui indique pourtant aux termes de son article 5 § 6 que si une partie est en désaccord avec une décision des experts, le différend les opposant sera tranché définitivement par arbitrage si les parties en sont convenues ou à défaut par tout tribunal compétent. En l'espèce, les parties avaient prévu uniquement le recours à l'arbitrage en cas de contestation des conclusions du *Dispute Adjudication Board*, ce qui excluait nécessairement la saisine de toute autre juridiction. Les juges d'appel insistent par ailleurs sur le fait qu'un *Dispute Adjudication Board* ne peut être assimilé à une juridiction et que sa procédure ne peut s'analyser en une instance judiciaire, de sorte que l'action de la société Ferme PV1 avait bien été initiée avant tout procès, conformément à l'article 145 du code de procédure civile. En définitive, il résulte de cet arrêt que la saisine d'une juridiction judiciaire par une partie à un *Dispute Board* ne sera possible que dans l'hypothèse où aucun des contractants n'a introduit de procédure devant la juridiction arbitrale. Dans le cas contraire, la saisine du juge judiciaire ne serait pas envisageable. Du moins, il conviendra d'attendre la fin du contrat liant les parties et le comité d'expert, ou procéder à une résiliation anticipée du contrat, pour pouvoir exercer une action devant le juge judiciaire.

564. Possibilité de solliciter l'instauration d'une expertise judiciaire devant le juge. Il est également intéressant de savoir si, même en présence d'un rapport d'expertise amiable qui ne leur a pas permis de résoudre leur litige, les parties pouvaient solliciter ultérieurement du juge l'instauration d'une expertise judiciaire. Aucune difficulté ne semble se présenter face à l'organisation d'une expertise judiciaire dans une procédure au fond dans la mesure où le juge reste garant de l'instance et peut prononcer les mesures nécessaires, selon l'article 3 du code de procédure civile¹⁴¹⁰. Encore lui reste-t-il à déterminer si l'expertise amiable, régulière et susceptible d'être soumise aux débats par les parties, ne comporte pas d'éléments suffisants pour statuer. Aux termes d'un ancien arrêt de la cour d'appel de Toulouse, les juges du fond avaient en effet considéré qu'ordonner une expertise judiciaire n'aurait « *aucun résultat utile* » dès lors que « *le rapport des experts-arbitres versé dans la cause [était] régulier, qu'il renferm[ait] tous les détails désirables, qu'il fournit tous les éléments de comparaison nécessaires* » de sorte que le tribunal avait déjà trouvé dans les conclusions des techniciens « *tous les éléments nécessaires pour éclairer sa religion et fixer son opinion* »¹⁴¹¹. L'essor du droit à l'expertise judiciaire paraît toutefois être un argument en faveur de l'instauration d'une mesure d'expertise judiciaire à l'issue d'une expertise amiable dont une partie conteste le déroulement ou considère ne pas être en sa faveur. Mais encore faut-il mesurer si la mesure judiciaire n'entraînera pas une résolution plus lente du litige.

Une particularité se présente à nouveau concernant les *Dispute Boards*. Il s'agit de savoir si les conclusions résultant d'un *Dispute Adjudication Board*, censées s'imposer aux contractants conformément au règlement CCI¹⁴¹², privent ces derniers de solliciter l'organisation d'une expertise judiciaire s'ils estiment ne pas être suffisamment informés par ces conclusions. L'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence du 11 janvier 2018 précité apporte quelques indications. Devant le juge des référés du tribunal de commerce, la société Ferme PV1 a sollicité l'instauration d'une expertise judiciaire portant sur éléments sur lesquels les membres du *Dispute Adjudication Board* n'ont pas mené d'investigations. L'adversaire de cette dernière, qui contestait l'organisation d'une expertise, arguait du fait que les décisions du *Dispute Adjudication Board* ont un caractère contraignant tant que les parties

¹⁴¹⁰ T. GOUJON-BETHAN, *L'expertise non judiciaire à l'aune des droits fondamentaux*, op. cit., p. 140, spéc. n° 150 : pour l'expertise en référé, c'est-à-dire scelle sollicitée sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile, la réponse semble moins évidente : « *la mesure judiciaire in futurum est indissociable du procès subséquent, ce qui est incompatible avec l'obligation d'œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable du différend (l'utilité de la procédure participative est ruinée)* ».

¹⁴¹¹ CA, Toulouse, 2ème ch., 18 déc. 1873, *Hiriart père et fils c. La Nationale*, Jurisprudence générale des assurances terrestres, Bibliothèque des assurances, Paris, 1882, p. 475.

¹⁴¹² Règlement CCI relatif aux *Dispute Boards*, art. 5 § 2.

ne se sont pas accordées sur le contraire ou que le tribunal arbitral n'en a pas décidé autrement. Considérant que la mesure sollicitée était relative à des éléments sur lesquels le *Dispute Adjudication Board* ne s'était pas prononcé et qui, en outre, présentaient un caractère évolutif, la cour d'appel a fait droit à la demande d'expertise. La mesure a donc été instaurée sur des faits que l'expert n'a pas été chargé d'examiner par les parties. En dehors de ces considérations, il semblerait que la possibilité de voir désigner un expert judiciaire pour se prononcer sur les mêmes faits que ceux analysés par un *Dispute Board* ne soit pas impossible. Le risque en la matière réside dans l'allongement de la résolution du conflit, surtout dans le cadre de l'exécution d'un grand contrat.

565. Il est également important de s'interroger sur la valeur que possède un rapport d'expertise amiable lorsqu'il est versé dans une instance en tant qu'élément de preuve. Cette production fait surgir des questions relatives au droit au juge (§ 2).

§ 2. LA VALEUR DU RAPPORT D'EXPERTISE AMIABLE

566. Soumission des conclusions de l'expert au juge. Tout comme le rapport officieux, le rapport de l'expert amiable constitue une preuve comme une autre. Par conséquent, il peut être produit au cours d'une instance qui oppose les parties à l'expertise amiable qui ne sont pas parvenues à un accord à l'issue de la mesure, ou qui oppose une partie à la mesure amiable à un tiers. Pour la première hypothèse, des règles spécifiques prévoient la possibilité de soumettre au juge le rapport amiable. Par exemple, dans le cadre de la procédure participative, lorsque l'affaire est portée devant le juge, l'article 1564-1 alinéa 2 du code de procédure civile précise que « *la demande de rétablissement est accompagnée de la convention de procédure participative conclue entre les parties, des pièces prévues à l'article 2063 du code civil, le cas échéant, du rapport du technicien [...]* ». Concernant les *Dispute Boards*, l'article 27 du règlement CCI énonce que « *sauf convention contraire des parties, une conclusion [...] est recevable dans n'importe quelle procédure judiciaire ou arbitrale, à condition que toutes les parties à cette procédure aient été parties à la procédure du DB au cours de laquelle la conclusion a été émise* ». Pour la seconde hypothèse, la loi ne prévoit rien. Il convient ainsi de s'en remettre au principe rappelé par la Cour de cassation statuant en chambre mixte le 28 septembre 2012¹⁴¹³ selon lequel « *le juge ne peut refuser d'examiner une*

¹⁴¹³Cass., ch. mixte, 28 sept. 2012, n° 11-18.710, préc.

pièce régulièrement versée aux débats et soumise à la discussion contradictoire ». Il est donc indispensable que la partie qui n'a pas été en mesure de participer aux opérations d'expertise amiable ait eu connaissance de l'avis amiable et ait pu discuter de son contenu pour rendre cette pièce recevable en justice.

567. L'expertise amiable, élément de preuve non corroboré par d'autres éléments ? L'arrêt de chambre mixte précité subordonne également la soumission d'un rapport d'expertise unilatérale au procès à la condition qu'il soit corroboré par d'autres éléments de preuve. La haute juridiction indique en effet que le juge « *ne peut se fonder exclusivement sur une expertise réalisée à la demande de l'une des parties* ». Cette décision s'imposait dans la mesure où l'expertise unilatérale ne se déroule pas dans le respect de la contradiction. Cette règle s'impose-t-elle également au rapport d'expertise amiable ? Deux situations doivent être distinguées. En premier lieu, si l'instance dans laquelle est produit l'avis amiable oppose les parties à l'expertise amiable, alors le juge pourrait uniquement se fonder sur cette pièce. En effet, dès lors que les parties ont toutes été à même de participer aux opérations de l'expert comme elles l'ont prévu par le contrat, et donc de pouvoir émettre leurs points de vue et critiques au moment des investigations, le rapport doit constituer une preuve admissible dont la production en justice ne peut être conditionnée à un autre critère. En second lieu, si le procès oppose une partie à la mesure d'expertise amiable à un tiers, il est nécessaire, afin d'assurer le respect des droits de la défense de ce dernier, que le rapport soit corroboré par d'autres éléments de preuve.

568. L'adoption des conclusions de l'expert par le juge. Le juge n'est pas lié par les conclusions d'un expert¹⁴¹⁴, même s'il est amiable¹⁴¹⁵. En effet, son pouvoir d'appréciation des preuves qui lui sont présentées reste préservé. Dans quelles conditions ce dernier peut-il adopter les conclusions de l'expert ? Depuis longtemps, la jurisprudence considère que dans les cas où les experts amiables auxquels les parties ont fait appel étaient honorables et compétents, et que leur travail ne soulevait aucune difficulté, la juridiction pouvait adopter leurs conclusions¹⁴¹⁶. Cette solution est similaire à celle retenue pour le juge devant apprécier souverainement la valeur et la portée d'une expertise judiciaire¹⁴¹⁷. Il s'agit ainsi pour le juge

¹⁴¹⁴CPC, art. 246.

¹⁴¹⁵Hors le cas des expertises prévues par les articles 1843-4 et 1592 du code civil.

¹⁴¹⁶T. civ., Céret, 23 juill. 1937, RGAT, 1939, p. 77.

¹⁴¹⁷Cass. civ. 1ère, 12 nov. 1985, n° 83-17.061, Bull. civ. I, n° 299 : JCP, 1986, IV, p. 40.

de s'assurer que dans le cadre de la mission qui lui a été contractuellement confiée, l'expert a été irréprochable et professionnel. Il devra ainsi s'assurer que celui-ci a respecté ses obligations contractuelles. Le juge pourra alors analyser les diligences effectuées par ce dernier en étudiant son rapport. Dans cette optique, il est conseillé à l'expert amiable, pour que ses conclusions emportent la conviction du juge, de procéder à ses investigations de la manière recommandée pour l'expertise judiciaire.

CONCLUSION DU CHAPITRE

569. L'expertise amiable, une protection des droits fondamentaux efficace. La poursuite d'une d'expertise amiable engendre une protection efficace des droits fondamentaux. Ce respect est essentiellement assuré par le contrat d'expertise qui garantit l'observation des normes fondamentales procédurales et subjectives aux stades de sa formation et de son exécution. L'expertise amiable révèle ainsi sa spécificité. D'une part, les droits fondamentaux découlent de règles primordiales du droit des contrats telles que la liberté contractuelle et la bonne foi. D'autre part, dans le cadre de l'expertise insérée dans les modes amiables de résolution des différends, il s'est avéré primordial de sécuriser le processus de recours à l'expert en instaurant des régimes s'apparentant à celui de l'expertise judiciaire, notamment pour la convention de procédure participative où le recours au technicien est strictement encadré par le code de procédure civile. L'on assiste dès lors à une coexistence des règles contractuelles et processuelles. De ce fait, il est vivement recommandé à des personnes en litige, dans tous les cas où l'expertise n'est pas imposée par la loi, de préférer le recours à une expertise amiable à celui d'une expertise judiciaire. Les droits fondamentaux sont efficacement garantis, d'autant plus que dans certains cas, la loi réglemente le recours aux expertises amiables, ce qui offre une sécurité supplémentaire.

570. L'expertise en tant que mode amiable de résolution des différends, la prudence est de mise. Il a été question d'envisager l'expertise civile sous une nouvelle forme : un mode amiable de résolution des litiges à part entière. Celle-ci s'inscrit dans la logique législative tendant à éviter la saisine d'un tribunal pour favoriser une recherche négociée de la solution du litige. Toutefois, cette mutation de l'expertise civile doit encore affirmer sa compatibilité avec les droits fondamentaux, notamment au regard des garanties d'impartialité et de respect du contradictoire.

CONCLUSION DU TITRE

571. L'expertise non judiciaire, une conformité aux droits fondamentaux originale. Les expertises non judiciaires constituent une mutation de l'expertise civile intéressante, notamment au regard des liens qu'elles entretiennent avec les droits fondamentaux. Même si ceux-ci ne s'expriment pas pour toutes les formes d'expertises extra judiciaires directement par le biais de règles précises, les droits fondamentaux ont su s'imposer par le biais de règles originales découlant du droit des contrats ou de la jurisprudence ou bien d'un mélange de normes contractuelles et processuelles. L'impossibilité d'exercer un contrôle sur le déroulement d'une expertises unilatérale doit conduire le juge à être extrêmement attentif sur la production en justice d'un rapport officieux.

572. Le recours à l'expertise non judiciaire, un respect indirect du droit au procès équitable. L'expertise non judiciaire permet de répondre aux diverses critiques adressées à la justice quant à sa longueur et son coût élevé. Dès lors, elle participe indirectement au principe plus large de bonne administration de la justice, dépendant de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH. En effet, d'une part le juge qui accordera du crédit à un rapport d'expertise unilatérale ou amiable pourra directement y puiser les éléments pour rendre immédiatement une solution, sans avoir à instaurer une mesure d'instruction judiciaire qui risquerait d'être longue et coûteuse. D'autre part, les résultats d'une expertise officieuse permettront à son initiateur de déterminer ses chances de succès en cas de saisine d'une juridiction. En ce sens, l'expertise unilatérale possède un effet préventif et fait obstacle à des demandes en justice qui pourraient s'avérer inutiles. Enfin, la conduite d'une expertise amiable mène, dans de nombreux cas, à un rapprochement des parties qui privilégieront une solution négociée de leur litige à la saisine d'un tribunal. En d'autres termes, l'expertise non judiciaire s'intègre idéalement dans les réformes de la justice du XXIème siècle et dans les « Chantiers de la justice » qui tendent à renforcer l'efficacité des juridictions et à faire du citoyen l'acteur principal de la résolution de son litige.

573. Le recours à l'expertise amiable encouragé. Parmi les diverses mesures d'instruction non judiciaires exposées dans cette étude, la plus pertinente paraît être l'expertise amiable. Celle-ci, parce qu'elle s'apparente à l'expertise judiciaire dans son établissement et dans son déroulement, offre un respect des droits fondamentaux plus abouti.

Ceci s'explique par le fait que l'existence d'un contrat sécurise la procédure d'expertise. Les obligations du professionnel, désigné d'un commun accord, sont en effet plus pertinentes parce que les parties les ont définies de manière consensuelle. De plus, les contractants sont aux commandes de la mesure, ce qui leur permet de mieux y concourir et de participer à son efficacité. La sphère contractuelle dans laquelle s'inscrit l'expertise amiable contribue dès lors à une pacification du litige et mène plus aisément à un rapprochement entre les contractants. L'insertion des règles processuelles relatives aux mesures d'instruction dans la phase contractuelle, notamment à l'occasion de la désignation d'un technicien au cours du déroulement d'un mode amiable de résolution des différends, démontre la volonté du législateur de rendre l'expertise extra judiciaire plus attractive. Le recours à cette forme d'expertise extra-judiciaire est totalement recommandé, parce qu'il évite la saisine d'une juridiction. Toutefois, il est nécessaire que le juge saisi d'une demande d'expertise judiciaire alors qu'un rapport d'expertise amiable contradictoire est versé aux débats, accorde plus de crédit à ce moyen de preuve. En effet, la pratique démontre que les juges, même lorsqu'une expertise amiable est produite devant eux, font preuve de défiance à son égard et ordonnent une expertise judiciaire.

574. Intégration de l'expertise amiable dans le code de procédure civile. Afin d'encourager le recours à l'expertise amiable, il apparaît indispensable d'en établir un régime propre dans le code de procédure civile. Les règles découlant du droit des contrats peuvent *a priori* paraître suffisantes pour assurer le respect des droits fondamentaux, mais en réalité, elles n'inspirent pas totalement confiance. Au même titre que l'expertise insérée dans la procédure participative, une partie du code de procédure civile doit envisager les modalités de recours à l'expertise amiable pour qu'elle se déroule conformément aux garanties essentielles. Ce travail de codification ne concerne pas les expertises amiables régies par des règles spéciales, dans des domaines spécifiques. avec un élargissement des pouvoirs de l'expert dans le cas où le déroulement de la mesure est entravé.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

575. Les mutations de l'expertise et les droits fondamentaux, des interinfluences marquées. Les droits fondamentaux ont un effet considérable sur les mutations de l'expertise civile. Cette influence est telle qu'elle se manifeste même en dehors de la mesure d'instruction judiciaire, pour toucher les expertises non judiciaires. Il aurait été impossible de se prononcer sur l'existence d'un droit à l'expertise judiciaire sans le lier aux droits fondamentaux procéduraux et subjectifs. De plus, l'efficacité des expertises non judiciaires ne peut être relevée sans s'assurer au préalable que le déroulement de ces mesures respecte les garanties essentielles reconnues à tout justiciable. Il convient également de souligner l'apport crucial de la doctrine et de la jurisprudence européenne dans les mutations de l'expertise civile. Les interrogations soulevées, les critiques effectuées et les solutions proposées par plusieurs auteurs ainsi que les décisions de la Cour EDH ont nécessairement conduit le législateur ainsi que la jurisprudence interne à intervenir dans les transformations de l'expertise, toujours dans un objectif de conformité avec les droits fondamentaux. C'est ainsi que, en matière d'expertise judiciaire, la nécessité de plus en plus impérieuse pour le justiciable de voir préserver sa vie privée a permis le développement de législations protectrices spécifiques, notamment concernant le secret des affaires, ou la mise en œuvre par les juges d'un contrôle de proportionnalité. Les droits fondamentaux permettent également d'abolir la méfiance des justiciables et du juge à l'égard des expertises non judiciaires. La fondamentalisation de leurs régimes explique ainsi le recours de plus en plus fréquent à ces mesures. Il est certain que l'expertise civile subira d'autres mutations dont il faudra veiller à ce qu'elles ne créent pas de difficultés concernant le respect des droits fondamentaux. En témoigne la récente interrogation sur la qualification de l'expert en tant que médiateur ou conciliateur, qui possède une incidence sur la mise en œuvre des règles déontologiques.

CONCLUSION GÉNÉRALE

576. Les liens entre l'expertise et les droits fondamentaux : une complexité affirmée. L'étude de l'expertise civile à l'épreuve des droits fondamentaux a été l'occasion de mettre en évidence la complexité des rapports entre les deux notions. Celle-ci résulte essentiellement de la concomitance des phénomènes d'expansion des droits fondamentaux et de diversification de l'expertise civile. En effet, alors que le législateur doit œuvrer à l'effectivité de l'expertise judiciaire équitable, il se retrouve confronté à l'essor des expertises non judiciaires afin de rendre leurs régimes conformes aux droits fondamentaux.

Cette complexité met également l'accent sur les paradoxes de l'expertise civile. Si l'expertise judiciaire démontre ses limites quant à sa capacité à être équitable, il se profile tout de même un droit d'accès à l'expertise judiciaire au bénéfice du justiciable. Comment dès lors garantir l'effectivité de ce droit en l'état des difficultés actuelles pour assurer une expertise judiciaire équitable ? D'autant plus qu'en fonction de la nature du droit fondamental concerné pour le justifier, ce droit d'accès est relatif : s'il est encouragé par les droits fondamentaux procéduraux, parmi lesquels se démarque le droit à la preuve, il se retrouve directement limité par les droits fondamentaux subjectifs. Par ailleurs, il est étonnant de constater que la mise en œuvre de l'expertise amiable, donc non judiciaire, conduit à une réalisation plus prononcée des droits fondamentaux, notamment en termes de délais, de coût de la mesure et d'indépendance de l'expert.

577. La pluralité des fonctions des droits fondamentaux dans la mise en œuvre des expertises civiles. Au travers de cette étude, ce sont également les diverses fonctions des droits fondamentaux qui se sont dévoilées. C'est d'abord leur rôle protecteur traditionnel qui a été mis en avant. En effet, peu importe que l'expertise soit judiciaire ou entre dans un cadre privé, elle est nécessairement irriguée par les droits fondamentaux : son déroulement doit absolument s'y conformer. Une mesure d'expertise ne saurait être qualifiée d'efficace et ne répondrait pas aux besoins probatoires du justiciable en cas d'atteinte aux garanties fondamentales. Au sujet du respect des droits fondamentaux, l'accent a été mis sur la confrontation entre les droits fondamentaux procéduraux et subjectifs ainsi que sur les méthodes pour les concilier. La nécessité de protection des droits fondamentaux a aussi permis de les puiser dans des normes particulières. C'est ainsi que les règles découlant du droit des contrats assurent, par la reconnaissance d'une équivalence aux droits fondamentaux,

une sécurisation de l'expertise amiable.

C'est ensuite la fonction créatrice des droits fondamentaux qui s'est révélée. La reconnaissance des droits à l'expertise judiciaire et à l'expertise non judiciaire est le fruit d'une extension de la philosophie de certains droits fondamentaux. Le droit à l'expertise judiciaire trouve ainsi en le droit à la preuve son fondement primordial, ce dernier ayant été reconnu par la jurisprudence au visa de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH. Il en est de même pour la consécration d'un droit à l'expertise biologique en matière de filiation, reconnu par un prolongement du droit au respect de la vie privée et familiale prévu à l'article 8 de la Conv. EDH. Par leur rôle créateur, les droits fondamentaux ont ainsi pu encourager les mutations de l'expertise civile.

578. L'insuffisance de l'expertise judiciaire équitable : un constat non définitif. La relativité de l'équité de l'expertise judiciaire ne doit pas représenter une fatalité. Au contraire, elle doit participer au perfectionnement de la mesure judiciaire. Cette œuvre d'amélioration doit mettre à contribution l'ensemble des acteurs de l'expertise. Il appartient ainsi au juge d'exercer un contrôle rigoureux sur les opérations d'expertise, quitte à s'interroger sur la pertinence d'une autre mesure d'instruction plus adaptée au litige. Il revient à l'expert de garantir ses compétences techniques et procédurales. Enfin, il est primordial que les parties participent au déroulement de la mesure de manière loyale. La complémentarité de ces exigences suppose l'effectivité d'une expertise judiciaire équitable. Cette implication accrue des protagonistes de l'expertise est d'autant plus nécessaire que le caractère équitable de l'expertise implique la reconnaissance de composantes inédites tel que le droit à un expert compétent ou le droit à une expertise à coût raisonnable.

579. L'expertise judiciaire et l'expertise non judiciaire, une réciprocité des modèles. La présente étude n'a pas entendu opposer de manière radicale les régimes de l'expertise judiciaire et de l'expertise non judiciaire. Au contraire, les modalités de l'un peut servir de référence pour améliorer ou réglementer l'autre. Le législateur a pu s'inspirer des règles processuelles de l'expertise judiciaire pour sécuriser le recours au technicien dans le cadre de la convention de procédure participative, mode amiable de résolution des différends. Les techniques de l'expertise amiable peuvent également contribuer à l'amélioration de l'expertise judiciaire. C'est le cas de l'établissement d'une déclaration d'indépendance par

l'expert, prévu pour plusieurs expertises privées, qui doit nécessairement être imposé dans le cadre de l'expertise judiciaire.

580. Expertise judiciaire européenne unique : état de la question. L'étude des liens entre l'expertise et les droits fondamentaux étant achevée, elle permet de donner une réponse à la question de l'émergence possible d'une expertise judiciaire européenne unique. Cette interrogation relative à un consensus sur les règles d'expertise dans l'Union européenne avait été évoquée par l'Institut européen de l'expertise et de l'expert, dans le cadre du projet « Eurexpertise »¹⁴¹⁸. Il est certain que l'espérance d'une expertise judiciaire européenne unique est tentante puisqu'elle contribuerait à assurer au sein de l'espace judiciaire européen une certaine sécurité des décisions judiciaires par la qualité des expertises qui seraient ordonnées dans ce cadre. Dans son rapport du 30 juin 2012, l'Institut européen de l'expertise et de l'expert a procédé à un inventaire des procédures existantes d'expertises judiciaires dans différents pays de l'Union européenne. Il en résulte que plusieurs pays membres de l'Union européenne possèdent des règles de conduite d'une expertise judiciaire différentes, notamment en ce qui concerne l'accès à la mesure d'expertise, l'exécution de la mission, la rémunération de l'expert, ainsi que le statut et la responsabilité de ce dernier. Ces variations ont une incidence directe sur la mise en œuvre des droits fondamentaux au sein de la mesure d'expertise. Par exemple, concernant l'application du principe du contradictoire, l'on peut noter qu'en France, au Luxembourg et aux Pays-Bas, la pratique des dires, qui permet aux parties de faire valoir leur observations à l'expert avant que celui-ci ne dépose son rapport définitif, est consacrée. En Autriche ce type de procédure est inexistant, les parties ne pouvant commenter l'expertise qu'après son dépôt au tribunal. Autre illustration, si en France, en Grèce et au Portugal, le déroulement de l'expertise est soumis à un contradictoire permanent¹⁴¹⁹, tel n'est pas le cas en Espagne où l'expert n'est pas tenu de convoquer les parties à toutes ses opérations, sauf si elles en font la demande au tribunal. De plus, en République Tchèque, le contradictoire n'est pas requis, ce qui signifie que l'expert effectue ses opérations seul. En matière de déontologie expertale, certaines obligations telles que l'obligation générale de conscience, la loyauté, l'impartialité et le respect du secret professionnel sont fondamentales en France et en Roumanie par exemple. En Irlande,

¹⁴¹⁸ **INSTITUT EUROPEEN DE L'EXPERTISE ET DE L'EXPERT**, Projet « EUREXPERTISE », « Le futur de l'expertise judiciaire civile dans l'Union européenne », État des lieux et convergences, rapp. final, 30 juin 2012, site internet de l'IEEE.

¹⁴¹⁹ Cela signifie que le contradictoire persiste de la désignation de l'expert jusqu'au dépôt du rapport et impose la présence des parties à toutes les opérations d'expert.

l'obligation d'impartialité certes existante selon les codes déontologiques des experts est relative puisque l'expert n'est pas désigné par le juge mais uniquement par une partie qui va proposer son expert.

En l'état de ces éléments, qui insistent sur les disparités des règles applicables à l'expertise, il semblerait difficile de parvenir à un consensus sur une expertise européenne unique. Toutefois, le projet Eurexpertise croit en une harmonisation. C'est la raison pour laquelle il propose, aux termes de son rapport, des préconisations d'harmonisation des règles de l'expertise civile et des statuts des experts dans l'Union européenne. Ces recommandations insistent notamment sur le besoin de règles déontologiques uniformes. Il faut ainsi retenir que la perspective d'une expertise européenne unique est une bonne chose. Cette dernière peut aboutir si les États s'engagent fermement à posséder des règles uniformes. Encore faut-il que certaines traditions juridiques ne constituent pas un obstacle comme la pratique de l'expert witness dans les pays du nord de l'Europe.

581. L'expertise civile et les droits fondamentaux, une interdépendance. En définitive, le rayonnement des droits fondamentaux possède des incidences plus que profondes sur l'expertise civile : il permet son amélioration, son développement, sa précision, ses remises en questions ainsi que son renouvellement. À l'image du procès, l'expertise ne peut plus se concevoir sans les droits fondamentaux, les deux sont indissociables. Leurs rapports complexes engendreront certainement des problématiques inédites dans le futur. Cependant, le pouvoir des droits fondamentaux saura les résoudre, pour faire de l'expertise un véritable « conte de faits ».

BIBLIOGRAPHIE

Plan :

1. OUVRAGES, MANUELS ET TRAITÉS
2. THÈSES ET MÉMOIRES
3. DICTIONNAIRES ET RÉPERTOIRES
4. CONFÉRENCES ET ACTES DE COLLOQUES
5. RAPPORTS JURIDIQUES ET CHIFFRES CLÉS
6. CHRONIQUES, ARTICLES DE REVUES ET ENTRETIENS
7. NOTES, OBSERVATIONS ET COMMENTAIRES DE JURISPRUDENCE
8. SITES INTERNET

1. OUVRAGES, MANUELS ET TRAITÉS

AMRANI-MEKKI (S.), CADIET (L.), NORMAND (J.), *Théorie générale du procès*, PUF, Thémis, 2ème éd., 2013.

ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), GOUTTENOIRE (A.), LEVINET (M.), MARGUENAUD (J.-P.), SUDRE (F.) et GONZALEZ (G.) (collab.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF, Thémis, 8ème éd., 2017.

BALLADORE-PALLIERI (G.), *L'arbitrage privé dans les rapports internationaux*, 1935, Sirey.

BARANES (W.) et FRISON-ROCHE (M.-A.) (dir.), *La justice. L'obligation impossible*, Paris, Éd. Autrement, coll. « Morales », 1994.

BERGER (V.), *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Sirey, 13ème éd. 2014.

BOULEZ (J.), *Expertises judiciaires : Désignations, missions, procédure selon la juridiction*, Delmas, 18ème éd., 2018.

BOURCIER (D.), HASSET (P.) et ROQUILLY (C.), *Droit et intelligence artificielle – Une révolution de la connaissance juridique*, Romillat, coll. « Droit et technologies », 2000.

BOURGEOIS (G.), JULIEN (P.) et ZAVARO (M.), *La pratique de l'expertise judiciaire*, Litec, 1999.

BOURSIER (D.) et DE BONIS (M.), *Les paradoxes de l'expertise, Savoir ou juger ?*,

Institut Synthélabo pour le progrès de la connaissance, coll. « Les empêcheurs de penser en rond », 1999.

CABRILLAC (R.), FRISON-ROCHE (M.-A.) et REVET (T.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 23ème éd., 2018.

CADIET (L.) ET CLAY (T.), *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Dalloz, coll. « Connaissance du Droit », 2ème éd., 2017.

CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 10ème éd., 2017.

CARBONNIER (J.) :

- *Droit civil, Introduction*, 27ème éd. refondue, Paris, PUF, coll. « Thémis », 2002.
- *Droit civil, Volume II : Les biens, les obligations*, PUF, 2004.

CHAINAIS (C.), FERRAND (F.), MAYER (L.) et GUINCHARD (S.), *Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil*, Précis Dalloz, 34ème éd., 2018.

CHAMPAUD (C.):

- *Le juge, l'arbitre, l'expert et le régulateur au regard de la jurisdictio*, Mél. J. BÉGUIN, Litec, 2005.
- *Société contemporaine et métamorphose de l'expertise judiciaire*, Mél. H. BLAISE, Economica, 1995.

CHARLIAC (H.), *L'expertise en matière criminelle*, Dalloz, 1937.

CHAUVAUD (F.) et DUMOULIN (L.), *Experts et expertise judiciaire, France, XIXe et XXe siècles*, Presses Universitaires de Rennes, 2004.

CLAUX (P.-J.) , DAVID (S.) et BOICHÉ (A.), *Droit et pratique du divorce*, Dalloz Action, 2018-2019.

COHEN-JONATHAN (G.) :

- *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, 1989
- *Aspects européens des droits fondamentaux*, Montchrestien, 3ème éd., 2002.

CORNU (G.) et FOYER (J.), *Procédure civile*, Themis Droit privé, PUF, 1996.

COULON (J.-M.) et FRISON-ROCHE (M.-A.) (dir.), *Le temps dans la procédure*, Dalloz, 1996.

DE FONTBRESSIN (P.) et ROUSSEAU (G.), *L'expert et l'expertise judiciaire en France : Théorie, pratique, formation*, Droit Et Justice, 2008.

DENIZEAU (C.), *Droit des libertés fondamentales*, Vuibert, 2018-2019.

DIAZ (C.), *Le guide des expertises judiciaires*, Dalloz, 2ème éd. 2014/2015.

DUMENY (D.) et VERSINI (E.), *L'essentiel de l'expertise judiciaire*, Gualino – Carrés Rouges, 2014.

DUMOULIN (L.), LA BRANCHE (S.), ROBERT (C.) et WARIN (P.) (dir. tous), *Le recours aux experts : raisons et usages politique*, Presses Universitaires de Grenoble, 2005.

DUPREY (D.) et GANDUR (R.), *L'expert et l'avocat dans l'expertise judiciaire en matière civile : guide des bons usages*, Litec, 1995.

FABRE-MAGNAN (M.), *Droits des obligations, t. 1, Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 4ème éd., 2016.

FABRE (M.) et GOURON-MAZEL (A.), *Convention européenne des droits de l'homme. Application par le juge français (10 ans de jurisprudence)*, Litec, 1998.

FAVOREU (L.) et alii, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 7ème éd., 2016.

FAVRO (K.) (dir.), *L'expertise : enjeux et pratique*, éd. TEC et DOC, Lavoisier, coll. « Sciences du risque et du danger », 2009.

FELLER (L.) et RODRIGUEZ (A.), *Expertise et valeur des choses au Moyen Âge, II : Savoirs, écritures, pratiques*, coll. « La Casa de Velasquez », vol. n° 156.

FERRAND (J.) et PETIT (H.) (dir.), *L'odyssée des Droits de l'homme, t. 1, Fondations et naissances des Droits de l'homme*, actes du colloque international de Grenoble, oct. 2001.

FEUILLET (P.) et THORIN (F.), *Guide pratique de l'expertise judiciaire*, Litec, 1991.

FAVOREU (L.) et RENOUX (T.), *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs*, Sirey, 1992.

FRICERO (N.) :

- *Droit européen des droits de l'homme*, Gualino – Mémentos LMD, 2007.
- *L'essentiel de la procédure civile*, Gualino - Carrés Rouges, 15ème éd., 2018.
- *Procédure civile*, Gualino - Mémentos LMD, 15ème éd., 2018.
- *Les institutions judiciaires*, Gualino – Mémentos LMD, 9ème éd., 2018.

FRICERO (N.), BUTRUILLE-CARDEW (C.), BENRAÏS (L.), GORCHS-GELZER (B.) et PAYAN (G.), *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Guides Dalloz, 2017-2018.

FRICERO (N.) et JULIEN (P.), *Procédure civile*, LGDJ – Manuels, 5ème éd., 2014.

GARAPON (A.), *Bien juger, Essai sur le rituel judiciaire*, éd. Odile Jacob, 2010.

GARRAUD (R.), *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, t. 1, Sirey, 1907.

GENY (F.), *Des droits sur les lettres missives*, t. 2, Sirey, 1911.

GUINCHARD (S.) :

- **(dir.)**, *Droit processuel : droits fondamentaux du procès*, 9ème éd., Dalloz, 2017.
- **(dir.)**, *Droit et pratique de la procédure civile : droits interne et de l'Union européenne*, Dalloz Action, 9ème éd., 2017-2018.

GUINCHARD (S.), FERRAND (F.), CHAINAIS (C.), *Procédure civile*, Dalloz, coll. « Hypercours », 5ème éd., 2017.

HAGGENMACHER (P.), *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, Publications de l'Institut Universitaire de Hautes études Internationales Genève, PUF, 1ère éd., 1983.

HATON (J.-P.) et HATON (M.-C.), *L'intelligence artificielle*, Que sais-je ?, juin 1990.

HERVOUËT (B.), *L'évolution des modes de preuve. Du duel de Carrouges à nos jours*, Presses Universitaires de Limoges, coll. « Cahiers de l'Institut d'anthropologie juridique », n° 38, 2014.

JEULAND (E.), *Droit processuel général*, Précis Domat, Droit Privé, LGDJ, 4ème éd., 2018.

LEBRETON (G.), *Libertés publiques et droits de l'homme*, Sirey, 8ème éd., 2008.

LE CANNU (P.) ET DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, Lextenso, 6ème éd., 2015.

LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action, 2017-2018.

LEMESLE (B.) (dir.), *La preuve en justice de l'Antiquité à nos jours*, Presses Universitaires de Rennes, 2003.

LURQUIN (P.), *Traité de l'expertise en toutes matières*, t.1 et 2, Bruylant Bruxelles, 1985-1987.

MALAUURIE (P.) et MORVAN (P.), *Introduction générale au droit*, LGDJ, 7ème éd., 2018.

MARGUENAUD (J.-P.), *La Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 7ème éd., 2016.

MARIE (N.) et RUELLAN (F.), *Droit et pratique de l'expertise judiciaire civile*, Lexis Nexis, ENM, 2ème éd. 2015.

MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Droit civil, Introduction générale à l'étude du droit*, Paris, Sirey, 2ème édition, 1972.

MOREL (R.), *Traité élémentaire de procédure civile*, Sirey, 2ème éd., 1949.

MOURY (J.), *Droit des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers*, Dalloz, coll. « Dalloz référence », 2011/2012.

MOUSSA (T.) (dir.), *Droit de l'expertise*, Dalloz Action, 3ème éd., 2016-2017.

MOTULSKY (H.) :

- *Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle, Le respect des droits de la défense*, in Mél. Paul Roubier, Sirey, 1961, t. II.
- *Droit processuel*, (recueil de textes mis en corrélation avec la relative à la réforme de la procédure civile), Les cours de droit, Montchrestien, 1973.
- *Écrits, Études et notes sur l'arbitrage*, 2010, Dalloz.

OBERDORFF (H.), *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, LGDJ, 6ème éd., 2017.

OLIVIER (M.), *De l'expertise civile et des experts*, Berger-Levrault, t. 1 et 2, 1990-1995,.

PECES-BARBA MARTINEZ (G.) (dir.), *Théorie générale des droits fondamentaux*, LGDJ, coll. « Droit et société », 2004.

PILLET (A.) et NIBOYET (J.-P.), *Traité de droit international privé français*, t. VI, 2, 1924, Sirey.

PINCHON (F.) et MILLO (F.) (collab.), *L'expertise judiciaire en Europe*, éd. D'Organisation, 2002.

PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, Librairie Générale de Paris, 9ème éd., t. 2, 1923.

PONTIER (J.-M.), *Droits fondamentaux et libertés publiques*, Hachette, 6ème éd. 2017.

POTHIER (R.-J.) :

- *Traité de droit civil appliqué à la jurisprudence française*, vol. 1, *Traité des obligations*, J. DEBURE & VEUVE ROUSSEAU-MONTAUT, Paris & Orléans, 1773.
- *Traité de procédure civile et criminelle*, 1772, in Œuvres de Pothier, Dabo Jeune, t. 14, 1825.

RASSAT (M.-L.), *La justice en France*, Que sais-je, PUF, 2007.

RAVON (H.), *Traité pratique et juridique de l'arbitrage et de l'expertise*, éd. Ducher, Paris, 1898.

RENUCCI (J.-F.) :

- *Droit européen des droits de l'homme, Droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH*, LGDJ, 7ème éd., 2017.
- *Traité de Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2ème éd., 2012.

RIOS RODRIGUEZ (J.), *L'expert en droit international*, éd. A. Pedone, 2010.

ROUBIER (P.), *Théorie générale du droit, Histoire des doctrines juridiques et philosophie*

des valeurs sociales, Sirey, 2ème éd., 1951.

SOLUS (H.) et PERROT (R.), *Droit judiciaire privé*, t. I et III, Sirey, 1961.

STRICKLER (Y.), *Procédure civile*, Bruylant – Manuels, coll. « Paradigme », 8ème éd., 2018/2019.

SUDRE (F.) :

– *Le droit français et la Convention européenne des droits de l’homme*, 1974-1992, éd. Engel, 1994.

– *Droit européen et international des droits de l’homme*, PUF, 13 éd. refondue, 2016.

SUDRE (F.) et PICHERAL (C.) (dirs.), Institut de droit européen des droits de l’homme, Mission de recherche Droit et justice, *La diffusion du modèle européen du procès équitable*, La documentation française, 2003, pp. 299-328.

TARDE (G.), *La philosophie pénale*, Paris, éd. Cujas, coll. « Bibliothèque internationale de criminologie », 1972, 4ème éd.

TROPER (M.), *Le droit et la nécessité*, Léviathan, PUF, 2011, pp. 31-45.

TRUCHE (P.), *Juger et être jugé, Le magistrat face aux autres et à lui-même*, éd. Fayard, 2001.

VASSEUR-LAMBRY (F.), *La famille et la Convention européenne des droits de l’homme*, L’Harmattan, 2000.

VERGES (E.), **VIAL (G.)** et **LECLERC (O.)**, *Droit de la preuve*, Thémis droit, PUF, 1ère éd., 2015.

VIZIOZ (H.), *Études de procédures*, éd. Brière, 1956.

WIERDERKEHR (G.), *Justice et droits fondamentaux, études offertes à J. Normand*, Litec, 2003.

2. THÈSES ET MÉMOIRES

AMRANI-MEKKI (S.), *Le temps et le procès civil*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, vol. 11, 2002.

ASCENSI (L.), *Du principe de la contradiction*, th., Paris I, 2005.

AUBIJOUX-IMARD (P.), *Le dialogue dans le procès*, th., Paris II, 1999.

BERGEAUD (A.), *Le droit à la preuve*, th., LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 525, 2010.

BOUISSON (S.), *L’exigence du délai raisonnable dans la jurisprudence de la Cour*

européenne des droits de l'homme, th., Aix-en-Provence, 2001.

BOURSIER (M.-E.), *Le principe de loyauté en droit processuel*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, préf. S. GUINCHARD vol. 23, 2003.

CHOLET (D.), *La célérité de la procédure en droit processuel*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 466, 2006.

DALBIGNAT-DEHARO (G.), *Vérité scientifique et vérité judiciaire en droit privé*, th., Paris I, LGDJ, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, 2004.

DEBET (A.), *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, préf. L. LEVENEUR, Nouvelle Bibliothèque de thèses, Dalloz, vol. 15, 2002.

DE LORGERIL (D.), *Procédure civile et nouvelles technologies*, l'Harmattan, coll. « Droit privé et sciences criminelles », 2017.

DELICOSTOPOULOS (I.), *Le procès civil à l'épreuve du droit processuel européen*, « Bibliothèque de droit privé », LGDJ, t. 401, 2003.

DESPRES (I.), *Les mesures d'instruction in futurum*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 34, 2004.

DEVEZE (J.), *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, th., Toulouse, 1980.

DOUVILLE (T.), *Les conflits d'intérêts en droit privé*, LGDJ - Lextenso, coll. de l'Institut universitaire Varenne, t. 104, préface C. ALLEAUME, 2014.

FARTUNOVA (M.), *La charge de la preuve dans l'Union européenne*, Bruylant, coll. « Droit de l'Union européenne », th., DL 2013, cop. 2013.

FISSELIÉ (A.), *La défense en justice dans le procès civil*, th., Rennes, 1979.

FRISON-ROCHE (M.-A.), *Généralités sur le principe du contradictoire (droit processuel)*, th., Paris II, 1988.

GERARD (L.), *Les recours des contribuables sur le fondement de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, th., Paris II, 2000.

GLANDIER-LESCURE (N.), *L'inceste en droit français contemporain*, th. 2006, Presses Universitaires d'Aix-Marseille.

GOUJON-BETHAN (T.), *L'expertise non judiciaire à l'aune des droits fondamentaux*, l'Harmattan, coll. « Droit privé et sciences criminelles », 2014.

GUÉVEL (D.), *Essai sur une tendance contemporaine : la dispersion de la fonction juridictionnelle*, th., Paris XIII, 1990.

HOFFSCHIR (N.), *La charge de la preuve en droit civil*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de th., vol. 153, 2016.

JOLY-HURARD (J.), *Conciliation et médiation judiciaires*, th., Paris 2, 2002, Presses Universitaires Aix-Marseille, 2003.

JULIAN (P.), *L'indispensable accélération de la procédure civile*, Ann. Fac. Droit, Lyon, Fasc. 18, Sirey, 1958.

LASSERRE (M.-C.), *Le droit de la procédure civile de l'Union européenne forme-t-il un ordre procédural ?*, th, Nice Sophia-Antipolis, 2013.

LECLERC (O.), *Le juge et l'expert, Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, th., Paris X, 2003.

LEGEAIS (R.), *Les règles de preuve en droit civil – permanences et transformations*, th., Paris, LGDJ, 1955.

LE MASSON (J.-M.), *La recherche de la vérité dans le procès civil*, th., Nantes, 1991.

MAURIN (L.), *Contrat et droits fondamentaux*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 545, 2013.

MESTRE (P.), *Les experts auxiliaires de la justice civile*, th., Paris, Sirey, 1937.

MINIATO (L.), *Le principe du contradictoire en droit processuel*, Bibliothèque de droit privé, t. 483, LGDJ, 2008.

MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, th., rééd. 2002, Dalloz, n° 115.

OGIER (C.), *Le conflit d'intérêts*, th., Saint-Etienne, 2008.

PICOD (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préf. G. COUTURIER, th., LGDJ, Paris, 1989.

REMEDEM (A.), *La protection des droits fondamentaux par la Cour de Justice de l'Union européenne*, th., Auvergne Clermont 1, 2013.

SIEW-GUILLEMIN (A.-S.), *La famille à l'épreuve des droits fondamentaux*, th., Université Côte d'Azur, 2017.

VALIERGUE (J.), *Les conflits d'intérêts en droit privé : contribution à la théorie juridique du pouvoir*, th., Bordeaux, 2016.

WEISZBERG (G.), *Le « Raisonnable » en Droit du Commerce International*, th., Paris II, 2003.

ZAGORI (A.), *La volonté dans la gestion des conflits*, th. Paris-Saclay, 2015.

3. DICTIONNAIRES ET RÉPERTOIRES

ALLAND (D.) et RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, coll. « Grands Dictionnaires », 2003.

CADIET (L.) (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, coll. « Grands dictionnaires », 2004.

CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 12ème éd., 2018.

GUINCHARD (S.) (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 26ème éd., 2018-2019.

Dalloz, Répertoire de droit international :

- MUIR WATT (H.), v. *Expertise*.

Dalloz, Répertoire de procédure civile :

- GRYNBAUM (L.), v. *Preuve*.
- GUERCHOUN (F.), v. *Astreinte*.
- GUINCHARD (S.), v. *Procès équitable*.

4. CONFERENCES ET ACTES DE COLLOQUES

CESARO-PAUTROT (C.) et HUGUES (L.) (inter.), « La mise en œuvre de l'expertise judiciaire en matière civile », 14 juin 2011, Formation UCECAAP, site internet de l'Union des Compagnies d'Experts près la cour d'appel d'Aix-en-Provence,
http://www.ucecaap.com/documents/uploads/493_1.5_CESAROPAUTROT_AIX_P1_11.pdf

CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE, « Procédures d'expertises et dispute boards : instruments de prévention et de règlements des différends », 1er déc. 2016, Paris, 36ème réunion annuelle.

COMPAGNIE DES EXPERTS PRES LA COUR D'APPEL DE VERSAILLES, « 50 questions pratiques sur l'expertise judiciaire », Rencontre Magistrats du tribunal de grande instance de Nanterre Experts judiciaires, 27 nov. 2011, Site internet du Conseil National des Experts Judiciaires en Acoustique, <http://www.cnejac.org/pdf/50questions.PDF>

COMPAGNIE NATIONALE DES EXPERTS-COMPTABLES JUDICIAIRES, « Le principe de la contradiction dans l'expertise en matière civile », Cour d'appel de Rennes, 5 oct. 2001, site internet de la Compagnie Nationale des Experts Comptable de Justice, http://www.expertcomptablejudiciaire.org/documents/uploads/CG_congres_2001.pdf

CONFERENCE NATIONALE DES PREMIERS PRESIDENTS DE COUR D'APPEL et LA COUR DE CASSATION, Conférence de consensus, « Les bonnes pratiques juridictionnelles de l'expertise civile », nov. 2007, Site internet de la Cour de cassation, http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2007_2254/8220_bonnes_10189.html

CONSEIL NATIONAL DES COMPAGNIES D'EXPERTS DE JUSTICE ET COMPAGNIE DES EXPERTS PRÈS LA COUR D'APPEL DE VERSAILLES, « L'expertise dans le procès équitable : principe et pratique de la contradiction », 12, 13 et 14 oct. 2012, Experts, n° 105, déc. 2012, p. 57.

CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX (CNB) ET LE CONSEIL NATIONAL DES COMPAGNIES D'EXPERTS DE JUSTICE (CNCEJ), :

- « Le coût de l'expertise, l'utile et le vrai », Maison du Barreau, Paris 22 mars 2013, site internet du CNCEJ, http://www.cncej.org/documents/uploads/330_220313.pdf
- « La conciliation : le grand retour », 10 mars 2017, consultable sur le site internet de la CNCEJ : http://www.fncej.org/documents/uploads/687_ACTES-MARS2017.pdf.

DACS-PEJC, « Les expertises judiciaires civiles devant les tribunaux de grande instance et les cours d'appel », ét., janv. 2018, site internet du Ministère de la Justice, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/etude_expert_jud_civ_%20mjdacs_%202010_2017.pdf

DE LEVAL (G.) (inter.), « L'expertise judiciaire entre efficacité et qualité », Cérémonie d'adhésion du 1er Mars 2013 sous la présidence de Monsieur Marc Dewart, Premier Président de la cour d'appel de Liège, Institut européen de l'expertise et de l'expert, Cour d'appel de Liège, 1er Mars 2013, site internet de l'Institut européen de l'expertise et de l'expert, <http://www.experts-institute.eu/IMG/pdf/2013-03-01-intervention-g-de-leval.pdf>

DUMOULIN (L.), « L'expert technicien, témoin ou acteur de justice ? », Communication écrite aux Journées européennes du droit « Juger en Europe », Nancy, 2006, site internet de HAL, Sciences de l'Homme et de la Société, http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/43/39/00/PDF/Dumoulin_experts_communication_ecrite_definitive_2.pdf

FRICERO (N.) (inter.), « Les modes amiables de résolution des différends », *in* Association Lorraine de Promotion de la Procédure Participative (AL3P) et la Compagnie des Experts de Justice près la Cour d'Appel de Nancy (CEJCAN), « Conférence sur les modes alternatifs de règlements des différends (M.A.R.D) », Nancy, 21 mai 2015
<http://www.amia-mard.fr/wp-content/uploads/2015/05/COLLOQUE-MARD-Madame-le-Professeur-Nathalie-FRISERO.pdf>

HERON J (inter.), « Le rôle du juge et des parties dans l'administration de la preuve en procédure civile », *in* « Le rôle du juge et des parties dans l'administration de la preuve, XVIIème colloque des IEJ, Grenoble, 19-21 janv. 1989, Faculté de droit de Grenoble, p. 12.

INSTITUT EUROPEEN DE L'EXPERTISE ET DE L'EXPERT, Projet « EUREXPERTISE », « Le futur de l'expertise judiciaire civile dans l'Union européenne », État des lieux et convergences, rapp. final, 30 juin 2012, site internet de l'IEEE, <https://experts-institute.eu/wp-content/uploads/2018/03/2012-06-28-rapport-final-eurexpertise.pdf>

INSTITUT EUROPÉEN DE L'EXPERTISE ET DE L'EXPERT, Cercle France-Amériques, et Association Française des Docteurs en Droit, « Expertise civile et procès équitable en Europe, Paris, 15 déc. 2009, Site internet du cercle France-Amériques », <http://www.france-ameriques.org/151209.pdf>

LOUVEL (B.), Allocution d'ouverture *in* colloque « La vérité ... sans doute. Vérité scientifique, vérité judiciaire », 2 oct. 2015, Site internet de la Cour de cassation, https://www.courdecassation.fr/publications_26/discours_tribunes_entretiens_2039/discours_2202/premier_president_7084/discours_2015_7547/doute._verite_32737.html

VIOUT (J.-O.) (inter.), « À propos de la rémunération de l'expert de justice », *in* colloque de la compagnie des experts du 23 mai 2014 à Reims, Site internet de la Compagnie des Experts près la Cour d'Appel de Reims,
http://cejpcar.org/wp-content/uploads/2015/10/VIOUT_txt_final.pdf

SOCIÉTÉ DES HISTORIENS MÉDIÉVISTES DE L'ENSEIGNEMENT SUPÉRIEUR PUBLIC (SHMESP), *Experts et expertise au Moyen Âge*, Consilium quaeritur a perito, Actes du XLIIe congrès de la SHMESP, Oxford, 31 mars - 3 avr. 2011, Publications de la Sorbonne.

5. RAPPORTS JURIDIQUES ET CHIFFRES CLES

AGENCE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'Union européenne (AFR), CONSEIL DE L'EUROPE (CdE), Manuel de droit européen en matière d'accès à la justice, 2016, site internet du Conseil de l'Europe,
https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_access_justice_FRA.pdf

ARNAULT (S.), « La durée des expertises judiciaires civiles », sept. 2003, Site internet de la Cour de cassation,
http://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/conf_de_consensus/bibliographie/consensus_duree_expertises.pdf

ARNAULT (S.) et KRIEF (P.), Direction de l'Administration générale et de l'Équipement, Sous-direction de la Statistique, des études et de la Documentation, « Le coût des expertises », févr. 2003, rapp. au ministère de la justice, Site internet de la cour de cassation,
http://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/conf_de_consensus/bibliographie/consensus_arnault_cout_expertises_2003.pdf

AUTIN (S.) et BUSSIÈRE (C.), « Rapport de la commission de réflexion sur l'expertise », 31 mars 2011, rapp. au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, Site internet du ministère de la justice, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/rapp_com_reflexion_expertise.pdf

BADINTER (R.), FAUCHON (P.), GELARD (P.) et JOLIBOIS (C.), « La réforme de la justice civile en Angleterre », rapp. d'information n°9, 1997/1998, Site internet du Sénat, http://www.senat.fr/rap/r97-009/r97-009_mono.html

BATUT (M.-A.), « Les mesures d'instruction *in futurum* », rapp. de la Cour de cassation, 1999, La documentation française, 2000, p. 99.

BLÉRY (C.) (inter.), « DROIT A LA PREUVE, DROIT AU SECRET : DEUX DROITS ANTAGONISTES », in CNEJITA, « Les Constats et Saisies à l'épreuve du secret », actes du colloque, mai 2015 : http://www.cnejita.org/wp-content/uploads/2016/10/Cnejita-Saisies-et-Constat-Actes-du-Colloque-de-mai-2015.pdf?rs_file_key=19069016757f667be8d5b2581386812

CADIET (L.), « L'*open data* des décisions de justice », Mission d'étude et de préfiguration sur l'ouverture au public des décisions de justice, rapp. remis au garde des Sceaux le 29 nov. 2017, Site internet du ministère de la Justice, http://www.justice.gouv.fr/publication/open_data_rapport.pdf

CCI DE RÉGION PARIS ILE-DE-FRANCE, « La protection des secrets d'affaires dans l'Union européenne, Observations de la CCI Paris Ile-de-France sur la proposition de directive relative à la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites », rapp. présenté par Jérôme FRANTZ et adopté le 11 septembre 2014, site internet de la CCI de Paris Île-de-France, www.cci-paris-idf.fr/sites/default/files/etudes/pdf/documents/protection-secrets-affaires-rapport-frantz.pdf

CNIL, « Comment permettre à l'homme de garder la main ?, Les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle », Synthèse du débat public animé par la CNIL dans le cadre de la mission de réflexion éthique confiée par la loi pour une république numérique, déc. 2017, Site internet de la CNIL, https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/cnil_rapp._garder_la_main_web.pdf

COMMISSION EUROPÉENNE POUR L'EFFICACITÉ DE LA JUSTICE (CEPEJ),
« Rapport sur les "Systèmes judiciaires européens–Edition 2014 (2012): efficacité et qualité de la justice" », Site internet du Conseil de l'Europe.

https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2014/Rapport_2014_fr.pdf

CONSEIL DE L'EUROPE, CEPEJ, « Systèmes judiciaires européens - Édition 2014 (données 2012) : efficacité et qualité de la justice », rapp., 2014,

<https://www.cnape.fr/documents/systemes-judiciaires-europeens-efficacite-et-qualite-de-la-justice>

CONSEIL NATIONAL DES COMPAGNIES D'EXPERTS DE JUSTICE, Commission Economie et Financement de l'Expertise, « Le prix de l'expertise », 5 févr. 2010, Site internet de la Compagnie Nationale Architectes Experts,

<http://www.cnaejja.org/wp-content/uploads/2010/03/Co%C3%BBt-de-lexpertise-par-la-CNCEJ-.pdf>

COUR DE CASSATION, « L'innovation technologique », rapp. annuel 2005, Site internet de la Cour de Cassation, http://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/cour_cassation-rapp._2005-3.pdf

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME :

- « La Cour européenne des droits de l'homme en faits & chiffres 2013 », site internet de la Cour européenne des droits de l'homme,

http://www.echr.coe.int/Documents/Facts_Figures_2013_FRA.pdf

- « 50 ans d'activité, La Cour européenne des droits de l'homme en faits et chiffres 1959-2009 », http://www.echr.coe.int/Documents/Facts_Figures_1959_2009_FRA.pdf

DINTILHAC (J.-P.), « Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels », juill. 2005, rapp. au Garde des Sceaux, p. 27, site internet de la Documentation Française,

<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000217.pdf>

GRIMALDI (C.), « Preuve et droits fondamentaux », Association Henri Capitant, Journées Internationales 2013 Pays-Bas et Belgique, « La preuve », 3 juin 2013, Site internet de l'association Henri Capitant,
[http://www.henricapitant.org/sites/default/files/France%20\(C.%20Grimaldi\)_0.pdf](http://www.henricapitant.org/sites/default/files/France%20(C.%20Grimaldi)_0.pdf)

GUINCHARD (S.) (dir.), Commission sur la répartition des contentieux, « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », rapp. remis au Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 30 juin 2008, Site internet de la documentation française,
<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapp.s-publics/084000392/0000.pdf>

MAGENDIE (J.-C.), « Célérité et qualité de la justice : la gestion du temps dans le procès », rapp. au Garde des Sceaux, ministre de la Justice, Site internet Justice/Presse,
http://www.presse.justice.gouv.fr/art_pix/rapp.-magendie.pdf

MATHON (C.), Rapp. du groupe de travail présidé par M. Claude Mathon, avocat général à la Cour de Cassation, « La protection du Secret des Affaires : Enjeux et propositions », 17 avr. 2009, site internet de Claude Mathon,
http://www.claudemathon.fr/public/Secret_des_affaires_Rapport_final_17_avril_09.pdf

Ministère de la Justice, Secrétariat d'État aux Droits des Victimes, « Premier bilan du programme d'action du secrétariat d'État aux droits des victimes », Dossier de Presse, 31 mars 2005, Consultable sur le site internet du Ministère de la Justice :
http://www.presse.justice.gouv.fr/art_pix/conf310305.pdf
www.claudemathon.fr/public/Secret_des_affaires_rapp._final_17_avr._09.pdf

LHUIILLIER (J.), **Commission européenne pour l'efficacité de la justice**, « Contractualisation et processus judiciaires en Europe (État de la situation en 2009) », Strasbourg, 10 déc. 2010, Site du Conseil de l'Europe,
<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1880140&SecMode=1&DocId=1763316&Usage=2>

UNION PROFESSIONNELLE DES EXPERTS MARITIMES, Coût des expertises judiciaires, Site internet de l'UPEM, <http://www.upem.org/documents/coutjud.html>

6. CHRONIQUES, ARTICLES DE REVUES, ET ENTRETIENS

AGUILA (Y.), « La complexité du droit », Éditorial, Recherche Droit et Justice, n° 30, automne 2008, p. 1, site internet de la revue, <http://www.gip-recherche-justice.fr/IMG/pdf/RDJ30.pdf>

ALBERT (J.-M.) et SONNENBERG (A.), « Expertise et médiation – Une nouveauté : l'expert médiateur ou initiateur de médiation », Experts, févr. 2018, n° 136, p. 6.

ALLARD (J.), « La mondialisation du droit fonde-t-elle une justice universelle et cosmopolite ? », Recherche Droit et Justice, n° 28, hiver 2007-2008, p. 10, site internet de la revue, <http://www.gip-recherche-justice.fr/IMG/pdf/RDJ-33.pdf>

AMBROISE-CASTÉROT (C.), « Des contradictions dans le contradictoire en matière d'expertise pénale », *in* Mél. Burgelin, Dalloz, 2008, p. 19.

AMMAR (D.), « Preuve et vraisemblance », RTD civ., 1993, p. 499.

ANDRIANTSIMBAZONIVA (J.), « Délai raisonnable du procès, recours effectif ou déni de justice ? », RFDA, 2003, p. 85.

APCHAIN (H.), « Retour sur la notion de bonne administration de la justice », AJDA, 2012, p. 587.

AMRANI-MEKKI (S.) et SERINET (Y.-M.), « Droit judiciaire privé, Procédure Civile », JCP G n° 18, 29 avr. 2013, doctr. n° 519.

AMRANI-MEKKI (S.), HAERI (K.) et VERT (F.), « Contrats et obligations – Gérer le contentieux en évitant le juge », JCP E, 23 juin 2016, n° 25, ét. n° 1376.

AMRANI-MEKKI (S.) :

- « Les doctrines sur l'efficacité du contrat », RDC, 2010, p. 383.
- « Efficacité et nouvelles technologies », Procédures, avr. 2010, n° 4, dossier n° 5.
- « La convention de procédure participative », D., 2011, p. 3007.
- « Expertise et contradictoire : vers une cohérence procédurale ? », JCP G, 2012, note n° 1200.

ARMAND-PREVOST (M.), « Conclusion de l'expertise: conciliation ou dépôt du rapport - Confluences n° 7 », Gaz. Pal. 31 août 2006, n° 243, p. 2.

ASPE (C.) et JACQUÉ (M.), « Le recours à l'expertise comme nouveau mode de gouvernement de l'incertitude », in C. ASPE et M. JACQUÉ (dir.) *Environnement et société*, éd. Quæ, coll. « Natures sociales », 2012, pp. 179-212.

AUBERT (J.-L.), « La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile », D., 2005, p. 1115.

AYELA (C.), « Le droit de la preuve en France », *Gaz. Pal. éd. gé.*, 4 févr. 2012, n° 45, p. 15.

BARBIER (J.-D.), « Rapport d'expertise amiable », *Administrer*, 2010, n° 430, p. 21-23.

BEAUCHARD (J.), « L'expertise judiciaire et les autres expertises au regard du principe de la contradiction », *BICC hors-série*, 2004.

BEAUFRERE (J.-M.), « Faut il demander à l'expert une "déclaration d'indépendance" ? », Site internet de la Cour de cassation,

www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/conf_de_consensus/bibliographie/consensus_beaufreere_declaration_independance.pdf

BELLIVIER (F.), BRUNET (L.) et LABRUSSE-RIOU (C.), « La filiation, la génétique et le juge : où est passée la loi ? » : *RTD civ.*, 1999, p. 529.

BEN HADJ YAHIA (S.), « Qualités et effets de l'expertise dans le contentieux de l'assurance », *RCA*, 2010, ét. n° 7.

BÉRENGER (F.), « Le juge ne peut déplaçonner un loyer en se fondant exclusivement sur une expertise non contradictoire », *Ann. Loyers*, 2010, p. 802.

BERGER (M.), KLEIMAN (E.), « La nature et le régime juridique de la mission d'expertise irrévocable », *Gaz. Pal.*, 7 avr. 2008, n° 108, p. 10 ;

BERNARD (A.) :

- « Le contradictoire, source d'autorité légitime pour l'expert », *Experts*, oct. 2012, p. 8.
- « Réflexions sur certains aspects évolutifs de l'expertise civile, Le temps passé et les liens « contractuels » avec les juges et les parties », *Experts*, sept. 2006, p. 24.

BERNARD (T.), « L'information des parties », *Experts*, févr. 2012, p. 7.

BERNARD (T.) et GASNIER (A.), « Article L. 621 du C.C., Le technicien désigné par le juge commissaire n'a pas les qualités d'un expert judiciaire », *Experts*, juin 2015, p. 12.

BERTRAND (J.-M.), « Mélanges experts et pouvoir dans l'antiquité (III). Réflexions sur l'expertise politique en Grèce ancienne », *Revue historique*, vol. n° 620, n° 4, 2001, pp. 929-964.

BILGER (P.), « L'indépendance de la justice », *Experts*, n° 136, févr. 2018, p. 4.

BINOCHE (E.), « Expertise et contractualisation : de nouvelles avancées », D., 2007, p. 2380.

BLÉRY (C.) :

- « Justice du 21^e siècle : simplification du régime des notifications internationales », Dalloz actu., 17 mai 2017.
- « Justice du 21^e siècle : modification du régime des modes amiables de résolution des différends », Dalloz actu., 18 mai 2017.
- « Amélioration et simplification de la procédure civile : du bon et du moins bon », Dalloz actu., 7 févr. 2018.
- « Le projet de loi de programmation prévoit un règlement des litiges sans audience », Dalloz actu., 27 mars 2018
- « Vers une juridiction nationale de traitement dématérialisé des injonctions de payer », Dalloz actu., 29 mars 2018.

BLÉRY (C.) et RASCHEL (L.) :

- « Droit à l'expertise: reconnaissance inavouée d'un nouvel accroc à la répartition des rôles du juge et des parties », Procédures, 2011, focus n° 17.
- « Vers une procédure civile 2.0 ? », D., 2018, p. 504.

BLÉRY (C.) et TAMION (E.), « Réorganisation du contentieux de la sécurité sociale et de l'action sociale », Dalloz actu., 25 mai 2018.

BLÉRY (C.) et TEBOUL (J.-P.), « La communication par voie électronique, de la procédure civile avant tout ! », JCP G, 2012, p.1189.

BOCCARA (V.) :

- « Du droit de la preuve au droit à la preuve, question de mots ou changement de cap ? », LPA, 31 mai 2013, p. 5.
- « Définir la notion de conflit d'intérêts », LPA, 28 avr. 2014, n° 84, p. 4.

BOISSEAU-SOWINSKI (L.), « L'expertise amiable non contradictoire n'a plus à être examinée par le juge », Droit et Patrimoine, n° 222, 1^{er} févr. 2013.

BOLARD (G.), « Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Henri Motulsky », JCP G, 1993, 1, p. 3693.

BOLLING (D.), « Justice et management », Gaz. Pal., n° 11, 11 janv. 2003, p. 9.

BOSVIEUX (H.), « Informatique et sécurité juridique (De l'apport de l'intelligence artificielle dans la rédaction des actes notariés) », La Semaine Juridique Notariale et

Immobilière n° 13, 2 Avril 1993, n° 100530.

BOURGAULT-COUDEVILLE (D.), « Garde-fou à l'expertise biologique », D. 2003, p. 658.

BOURSIER (M.-E.), « Un “nouveau” principe directeur du procès civil : le principe de loyauté des débats », D., 2005, p. 2570.

BOUTY (R.) et QUEGUINER (J.-B.), « Introduction : secret et droit de la preuve », in « Le secret et le droit : morceaux choisis », LPA, numéro spécial, n° 226-227, 14 nov. 2016, p. 6.

BOUVET (R.), « L'indépendance de l'expert », 1er oct. 2015, site internet de ResearchGate, https://www.researchgate.net/publication/297407158_L'ind%C3%A9pendance_de_l'expert

BRETZNER (J.-D.), DARRET-COURGEON (I.) et DELEBECQUE (P.), « Panorama. Droit de la preuve : sept. 2012 – juin 2013 », D., 2013, p. 2802.

BRETZNER (J.-D.) et AYNES (A.), « Droit de la preuve », D., 2016, p. 2535.

BREVAL (C.), :

- « La fixation de la rémunération des techniciens et le principe de la contradiction », LPA, 25 sept. 1996, n° 116, p. 15.
- « La rémunération des techniciens : taxation ou fixation ? », LPA, 29 nov. 1996, n° 144, p. 23.

BRINDEAU (P.) « La dématérialisation des expertises civiles avec OPALEXE », Experts, n° 133, août 2017, p. 39.

BROCHIER (E.) et BROCHIER (M.), « Pour une clarification des procédures de médiation et de conciliation dans le code de procédure civile », D., 2015, p. 389.

BROSSET (E.), « L'expert, l'expertise et le juge de l'Union européenne » in E. TRUILHÉ-MARENGO (dir.), *La relation juge-expert dans les contentieux sanitaires et environnementaux*, la Documentation française, 2011, pp. 247- 280.

BROYELLE (C.), DEBET (A.) et MEKKI (M.), « Du droit de la preuve au droit à la preuve, question de mots ou changement de cap? », LPA, 31 mai 2013 n°109, p.5.

CADIET (L.) :

- « Brèves observations sur l'expertise préventive en droit des sociétés », in Mélanges M. JEANTIN, Dalloz, 1999, p. 151.
- L'hypothèse de l'américanisation de la justice française », Arch. phil. Droit, 2001, 45, pp. 89-115.
- « La légalité procédurale en matière civile », ét. BICC, n° 636, 15 mars 2006, p. 3,

consultable sur le site internet de la Cour de cassation :

https://www.courdecassation.fr/IMG/File/intervention_cadiet.pdf

CAVALIER (G.), « Principe du contradictoire en matière d'expertise amiable », D., 2005, p. 46.

CANAS (S.), « L'influence de la fondamentalisation du droit au respect de la vie privée sur la mise en œuvre de l'article 9 du code civil », Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, 1er juin 2015, n° 48, p. 47.

CARATINI (M.), « De quelques propositions tendant à améliorer l'expertise judiciaire », Gaz. Pal. 1984, p. 215.

CARBONNIER (J.), « La part du droit dans l'angoisse contemporaine », in *Flexible droit*, LGDJ, 10ème éd., Paris, 2001, pp. 201-209.

CARTAUT (M.) et CARTAUT (J.-L.), « L'expert de justice : La technique, l'art et la science », Experts, févr. 2018, n° 136, p. 9.

CARTIER (E.), « Accessibilité et communicabilité du droit », Jurisdoctria, n°1, « L'accès au droit », 2008, p. 51, site internet de Jurisdoctria :

http://www.jurisdoctria.net/pdf/numero1/aut1_CARTIER.pdf

CASTAING (C.), « Les procédures civile et administrative confrontées aux mêmes exigences du management de la justice », AJDA, 2009, p. 913.

CATTO (M.-X.), « La mention du sexe à l'état civil » in S. HENNETTE-VAUCHEZ, M. PICHARD ET D. ROMAN (dir.), *La loi et le genre. études critiques de droit français*, CNRS éditions, 2014, p. 29 et s.

CAUSSE (H.), « L'indépendance des experts judiciaires, une actualité brûlante », D., 2010, p. 242.

CAVALIER (G.) :

- « Principe du contradictoire en matière d'expertise amiable », D., 2005, p. 46.
- « Une position mi-figue mi-raisin sur l'expertise unilatérale », L'argus de l'assurance, mars 2013, n° 849.

CECCALDI (S.), « L'expert et le temps : L'obligation de célérité dans l'exécution des mesures d'instruction », Gaz. Pal., n° 125, 4 mai 2004, p. 2.

CHABANOL (D.), MOREAU (S.), NUEE (A.) et PECKELS (B.), « Dossier : Le futur de l'expertise judiciaire civile dans l'Union européenne », Synthèse de l'étude des règles d'expertise judiciaire en Europe et Synthèses et clôtures, Experts, , avr. 2012, p. 4.

CHABOT (G.), « Remarques sur la finalité probatoire de l'article 145 du nouveau code de procédure civile », D., 2000, p. 256.

CHAMPEIL-DESPLATS (V.), « La notion de droit « fondamental » et le droit constitutionnel français », D., 1995, p. 323.

CHANTEPIE (G.), « Le droit en algorithmes ou la fin de la norme délibérée ? », Dalloz IP/IT, 2017, p. 522.

CHAPRON (J.), « Règlement européen ” obtention des preuves ” et expertise judiciaire civile », Experts, juin 2007, p. 20.

CHARLIER-BONATTI (B.), « Procédures en matière commerciale et le secret des affaires », CCE, mai 2014, ét. n° 8.

CHARPENTIER (P.), « Vers l'amélioration du déroulement de l'expertise judiciaire en informatique et nouvelles technologies », Gaz. Pal., n°110, 20 avr. 2006, p. 10.

CHARRIERE-BOURNAZEL (C.), « La place de l'avocat dans l'expertise judiciaire ou privée de demain », Experts mars 2008, p. 129.

CHASSAGNARD-PINET (S.) :

- « Les usages des algorithmes en droit : prédire ou dire le droit ? », Dalloz IP/IT, 2017, p. 495.
- « Le e-règlement amiable des différends », Dalloz IP/IT, 2017, p. 506.

CHAVAUDRET (F.), HUSSON-TROCHAIN (C.) et MAUROY (B.), « De l'accomplissement de la conférence de consensus ” sur les bonnes pratiques de l'expertise civile ” », Experts, mars 2008, p. 29.

CHAVENT-LECLERE (A.-S.), « Des bouleversements du droit européen en matière de transsexualisme », D., 2013, p. 2032.

CHENEDE (F.) :

- « Le droit à l'épreuve des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard CHAMPENOIS*, Defrénois, 2012, pp.139-188.
- « La “fondamentalisation” du droit des contrats : discours et réalité », RDA, oct. 2015, p. 51.

CHOLET (D.) :

- « L'admission des expertises judiciaires transfrontalières », Gaz. Pal., n°106, 16 avr. 2013, p. 20.
- « La sanction de l'expertise judiciaire irrégulière, une voie de plus en plus étroite »,

- JCP G, 2013, note 15.
- CIAUDO (A.)**, « La maîtrise du temps en droit processuel », *Jurisdiction* n° 3, « Le Temps », 2009, p. 21, site internet de Jurisdiction : http://www.jurisdiction.net/pdf/numero3/aut3_CIAUDO.pdf
- COCTEAU-SENN (D.)**, « Motif légitime de refus d'une expertise biologique », *D.*, 2003, p. 1793.
- COMTE-SPONVILLE (A.)**, « Philosophie de l'expertise », *Experts*, mars 2008, p. 116.
- CONTIS (N.)**, « Le procès civil et les mesures avant dire droit », *JCP G*, 2010, I, p. 1132.
- CORPART (I.)**, « Le devoir de confidentialité de l'expert judiciaire » in *L'expertise : enjeux et pratiques*, FAVRO K. (dir.), Lavoisier, éd. Tec&Doc, coll. « Sciences du risque et du danger », 2009, p. 195.
- COSLIN (C.) et LAPILLONE (D.)**, « Quel futur pour l'*amicus curiae* en France ? », *Gaz. Pal.*, 8 janv. 2013, n° 8.
- COSTA (J.-P.)**, « Le droit à un tribunal et ses limites, selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges Buffet*, Petite éd., 2004, p. 159.
- COURMONT-JAMET (M.)**, « Filiation : rappel de principes aujourd'hui acquis qui gouvernent l'expertise biologique », *Gaz. Pal.*, 25 oct. 2016, n° 37, p. 70.
- COUSTET (T.)**, « “Chantiers de la justice” : la dématérialisation avant tout », *Dalloz. actu.*, 9 oct. 2017.
- CROZE (H.)**, « Les possibilités de contestation des conclusions de l'expert : la contestation judiciaire ou arbitrale, la contre-expertise », in *Les experts, auxiliaires ou substituts du juge*, Centre français de droit comparé, 2009, p. 71.
- CUNIBERTI (G.)**, « L'expertise judiciaire en droit judiciaire européen », *RIDC*, 2015, p. 519.
- D'HERVÉ (N.)**, « La magistrature face au *management* judiciaire », *RSC*, 2015, p. 49.
- DAIGRE (J.-J.) et DE FONTBRESSIN (P.) (entr.)**, « Quel expert pour l'Europe, quelle Europe pour l'expert ? », *Experts*, déc. 2010, p. 7.
- DARGENT (L.)**, « Liste d'expert judiciaires : motivation du refus d'inscription initiale », *Dalloz actu.*, 31 mai 2012.
- DAOUD (E.)**, **GHRÉNASSIA (C.)**, « L'expertise à l'épreuve de la contradiction : *errare expertum est* », *AJ pénal* 2011, p. 560.
- DAVENAS (L.)**, « Le secret médical et la preuve judiciaire », *D.*, 2009, p. 2642.

DAVID (J.-M.) et DE SAINT AFFRIQUE (J.-B.), « L'expertise privée », Experts, oct. 2012, p. 4.

DAVID (J.-F.), « L'expertise entre dans le numérique : quels enjeux ? », Experts, déc. 2010, p. 27.

DAVID (S.) :

- « L'expertise judiciaire », AJ fam., 2009, p. 430.
- « Dossier "Coût du divorce" - Divorce : le coût de l'expertise notariale », AJ fam., 2016, p. 84.

DE BECHILLON (D.), FOURVEL (J.) et GUYOMAR (M.), « L'entreprise et les droits fondamentaux : le procès équitable », Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 37, 1er oct. 2012, p. 157.

DE BELVAL (B.) :

- « Petite réflexion sur le développement des modes de règlement alternatifs des conflits par rapport au Droit », Gaz. Pal., 8 mai 2012, n° 129, p. 11.
- « La médiation, un mode amiable parmi d'autres », Gaz. Pal., 28 févr. 2017, n° 9, p. 18.

DE BOISDEFFRE (M.), « Une expertise plus efficace, un contradictoire accru, un expert plus responsable. Les avancées du décret n°2010-164 du 22 févr. 2010 », Experts, déc. 2012, p. 6.

DEDESSUS-LE-MOUSTIER (N.), « Expertise de gestion et principe du contradictoire », Rev. sociétés, 1998, p. 46.

DE FONTBRESSIN (P.) et ROUSSEAU (G.) :

- « L'expert judiciaire entre incohérence et indifférence », Experts, sept. 2008, p. 48.
- « De la *lex experti* à l'expert sans frontières », Experts, mars 2008, p. 132.

DE FONTBRESSIN (P.), « L'effet transcendantal de la Convention européenne des droits de l'Homme » in Mél. L.-E. Pettiti, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 231-250.

DE FONTBRESSIN (P.) et LENCOU (D.), « La procédure participative, une nouvelle vie pour les listes d'experts », Annonces de la Seine 16 févr. 2012, n° 13.

DEHARO (G.) :

- « L'articulation du savoir et du pouvoir dans le prétoire », Gaz. Pal., 22 sept. 2005, n° 265, p. 3.
- « Respect du contradictoire et expertise: revirement de jurisprudence ou opposition

entre les chambres ? », JCP G, 2012, p. 160.

- « Quelle certitude pour l'expertise », in FAVRO (K.) (dir.), *L'expertise : enjeux et pratiques*, Lavoisier, Paris, 2009, pp. 7-16.

DELACOURT (S.) et GRAYOT-DIRX (S.), « Le rôle du juge en matière de preuve », in dossier « L'instruction du procès civil », Gaz. Pal., 29 déc. 2015, p. 3.

DE LA GRANGE (P.) (entr.), « Indemnisation des accidents médicaux : l'accès au dossier et le déroulement de l'expertise », D. 2003, p. 669.

DELEBECQUE (P.), BRETZNER (J.-D.) et DARRET-COUREGEON (I.), « Droit de la preuve », D., 2013, p. 2802.

DELEBECQUE (P.), BRETZNER (J.-D.) et VASSEUR (T.), « Droit de la preuve », D., 2007, p. 1901.

DELEVOYE (J.-P.) (entr.), « Les forces et les fragilités de l'expertise », Experts, févr. 2012, p. 102.

DELMAS-MARTY (M.), « L'espace judiciaire européen, laboratoire de la mondialisation », D., 2000, p. 421.

DE MONTGOLFIER (E.), « Un titre qui distingue moins qu'il n'oblige », Experts, avr. 2018, n° 137, p. 4.

DENGLOS (M.), « Complexité des litiges, diversité et profusion des connaissances : l'expertise de justice, vers une inévitable collégialité ? », Experts 2012, n° 100, p. 57.

DENIS-LAROQUE (B.) :

- « L'expertise dans un monde dématérialisé », Experts, févr. 2012, p. 68.
- « Les experts se dotent d'un nouvel outil pour la sécurisation des procédures : Opalexe », Experts, mars 2008, p. 71.

DENOIX DE SAINT-MARC (R.) et LABETOULLE (D.), « Les pouvoirs d'instruction du juge administratif », E.D.C.E., 1970.

DE ROQUEFEUILLE (B.), « La réforme de l'expertise judiciaire civile », Gaz. Paz., n°115, 24 avr. 2008, p. 8.

DESDEVISES (Y.), « L'interdiction faite à l'expert judiciaire de concilier les parties », Revue Judiciaire de l'Ouest, 1981, vol. 5, n°1, pp. 103-105.

DHENNE (M.), « La loi n° 2018-670 du 20 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires », D., 2018, p. 1817.

DIJOUX (R.), « Le renonciation contractuelle aux droits fondamentaux », LPA, 27 oct. 2011,

n° 214, p. 12.

DION (N.), « Le juge et le désir du juste », D., 1999, p. 195.

DOMINGO (M.), « Une justice sous influence : le juge face à l'expert », Éditorial *in* Recherche Droit et Justice, n° 35, nov. 2010, p. 1, site internet de la revue,
<http://www.gip-recherche-justice.fr/IMG/pdf/MRDJ35-8-BAT.pdf>

DONDERO (B.), « Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », D., 2017, p. 532.

DONIO (J.) :

- « Les grandes expertises de l'Europe, De l'artisanat à l'industrie expertale », Experts, sept. 2006, p. 39.
- « L'expertise européenne : son histoire et ses histoires », Experts, mars 2008, p. 73.

DOUCHY-OUDOT (M.) :

- « Gratuité et coût de la justice », Lamy Droit civil, n° 110, 1er déc. 2013.
- « La loyauté procédurale en matière civile », Gaz. Pal., 17 nov. 2009, n° 321, p. 3.

DRAI (P.), « Le monde des affaires et ses juges », RJ com., 1990, p. 329.

DREYER (E.), « La fonction des droits fondamentaux dans l'ordre juridique », D. 2006, p. 748.

DUFFY (A.), « La constitutionnalisation de la liberté contractuelle », RDP, 2006, p. 1569.

DUMAS (R.) :

- « La conciliation prétorienne des droits fondamentaux processuels avec les spécificités de l'expertise judiciaire civile : un bilan mitigé », RDLF, 2013, chron. n° 17.
- « Les MARD (modes alternatifs de résolution des différends) au prisme des droits fondamentaux substantiels », RDLF, 2018, chron. n° 1.

DUMENY (D.) et VERSINI (E.) :

- « Contradictoire : l'indispensable pré-rapport », Experts, avr. 2015, p. 8.
- « Lexique de l'expertise (3/8) », Experts, n° 136, févr. 2018, p. 43.

DUMOULIN (L.) :

- « L'expertise judiciaire dans la construction du jugement : de la ressource à la contrainte », Droit et Société, 44/45-2000, p. 199.
- « Quelques problèmes sociologiques autour de l'expertise et de l'expertise judiciaire », Recherche Droit et Justice, n° 35, nov. 2010, p. 8, site internet de la revue,
<http://www.gip-recherche-justice.fr/IMG/pdf/MRDJ35-8-BAT.pdf>
- « De l'impact des experts judiciaires sur la fabrique de la justice : d'une justice

imposée à une justice négociée ? », in DUMOULIN (L.), LA BRANCHE (S.), ROBERT (C.) et WARIN (P.), *Le recours aux experts : raisons et usages politiques*, Presses Universitaires de Grenoble, 2005, p. 245, site internet de HAS, Sciences de l'Homme et de la Société,

http://halshs.archives-ouvertes.fr/docs/00/15/10/28/PDF/version_HAL_SHS.pdf

- « Le recours aux experts, un mode de rationalisation des pratiques judiciaires ? », in *Politiques et management public*, Institut de management public, 2005, 23 (3), pp. 145-159.

DUPRET (B.), « L'expertise en justice : le regard des sciences humaines », *Recherche Droit et Justice*, n° 35, nov. 2010, p. 7, site internet de la revue,

<http://www.gip-recherche-justice.fr/IMG/pdf/MRDJ35-8-BAT.pdf>

EDEL (F.), « La durée des procédures civiles et pénales dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Dossiers sur les droits de l'homme*, n° 16, éd. du Conseil de l'Europe, 2007, p. 6.

ENCINAS DE MUNAGORRI (R.) et LECLERC (O.) :

- « Théorie du droit et expertise : conclusion prospective sur les apports de l'analyse juridique », in R. ENCINAS DE MUNAGORRI (dir.), *Expertise et gouvernance du changement climatique*, LGDJ, coll. « Droit et société », t. 51, Paris, 2009, p.199.
- « Les apports de la théorie juridique à la délimitation de l'expertise : réflexions sur le lien de droit », in BÉRARD (Y.), CRESPIEN (R.) (dir.), *Aux frontières de l'expertise. Dialogues entre savoirs et pouvoirs*, Presses Universitaires de Rennes, coll. « Res Publica », Rennes, 2010, pp. 197-210.
- « Provoquer le droit de l'expertise pour le faire advenir », *Experts*, févr. 2012, p. 78.

ENCINAS DE MUNAGORRI (R.) :

- « La recevabilité d'une expertise scientifique aux États-Unis », *RIDC*, 1999, pp. 621-632.
- « Expertise scientifique et principe de précaution », *Revue juridique de l'Environnement*, 2000, hors-série, p. 67.
- « L'ouverture de la Cour de cassation aux *amici curiae* », *RTD civ.*, 2005, p. 88.
- « Pour une théorie juridique de l'expertise », *Experts*, déc. 2007, p. 7.
- « L'expert judiciaire est-il un collaborateur occasionnel de la justice ? », *Experts*, 2011, n° 99, p. 10.

- « Le rôle de l'expert dans la formation de la décision de justice », *AJDA*, 2014, p. 1377.
- ESTOUP (P.)**, « La conciliation judiciaire, avantages, obstacles et perspectives », *Gaz. Pal.*, 1989, 1, p. 299.
- FAVRET (J.-M.)**, « La "bonne administration de la justice" administrative », *RFDA*, 2004, p. 943.
- FAURY (D.)**, « De quelques causes de la durée des expertises », *Experts*, août 2014, p. 4.
- FERRAND (F.)**, « Le principe contradictoire et l'expertise en droit comparé européen », *RIDC*, 2000, n° 2, p. 345.
- FERRE-ANDRE (S.)**, « Le technicien dans la procédure participative, Questions et anticipations en droit du divorce et du partage », *AJ fam.*, 2003, p. 543.
- FERRIE (S.-M.)**, « Les algorithmes à l'épreuve du droit au procès équitable », *JCP G*, n° 11, 12 mars 2018, doct. n° 297.
- FIOUX (J.-L.)**, « Égalité des armes entre experts, Experts de justice ” expert de parties ” contre expert privé », *Experts*, oct. 2012, p. 11.
- FLEURIOT (C.)**, « Des préconisations pour améliorer l'expertise judiciaire, rapport de la commission de réflexion sur l'expertise », *Dalloz actu.*, 6 mai 2011.
- FORESTIER (J.-P.)**, « Quand le sort du contradictoire devient contradictoire en matière d'expertise immobilière », *Gaz. Pal.*, 5 mai 2012, n° 126, p. 31.
- FOULON (M.), STRICKLER (Y.)**, « Référé et provision pour le procès », *Gaz. Pal.*, 3 sept. 2013, n° 246, p. 37.
- FRAISSEIX (P.)**, « Les droits fondamentaux, prolongement ou dénaturation des droits de l'homme ? », *RDP*, 2001, p. 531.
- FRANK (R.)**, « L'examen biologique sous contrainte dans le cadre de l'établissement de la filiation en droit allemand », *RIDC*, 1992, p. 905
- FREJABUE (M.) et LISSARRAGUE (B.)**, « Du contradictoire au bla-bla-toire », *Experts*, sept. 2008, p. 19.
- FRICERO (N.)** :
 - « La Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme, un nouvel instrument de régulation de l'éthique du juge judiciaire ? », *in* Mél. J. BUFFET, *La procédure en tous ses états*, LPA-LGDJ, 2004, p. 2305.
 - « Modes alternatifs de règlement des conflits et procès équitable », *in* Mél. G.

COHEN-JONATHAN, vol. 1, Bruylant, 2004, p. 839.

- « Procédure civile : octobre 2006 – juillet 2007 », D., 2007, p. 2427.
- « Procédure civile : janvier 2010 – décembre 2010 », D., 2011, p. 265.
- « L'expertise judiciaire en mutation ! », JCP G, 2011, p. 572.
- « L'impartialité de l'expert, un élément clef de l'expertise équitable », in Mél. D. TRICOT, D., 2011, p. 355.
- « La mise en état : entre tradition et modernité », Procédures, 2012, dossier n° 7.
- « Procédure civile : janvier 2012 – décembre 2012 », D., 2013, p. 269.
- « Expertise amiable : vous avez dit « amiable » ? », Procédures n° 4, avr. 2013, alerte n° 31.
- « La convention de procédure participative : un cadre juridique adapté aux différends familiaux », AJ fam., 2013, p. 540.
- « Panorama de procédure civile : janvier 2013 – février 2014 », D., 2014, p. 795.
- « Principe du contradictoire applicable à l'expertise », Procédures, 2014, comm. n° 20.
- « Procédure civile : novembre 2016 – janvier 2018 », D., 2018, p. 692.

FRICERO (N.) et MOURRE (M.-P.), « Le constat, une preuve efficace », Procédures, juill.-août 2015, n° 7, p. 134.

FRISON-ROCHE (M.-A.) :

- « La procédure de l'expertise », in FRISON-ROCHE (M.-A.) et MAZEAUD (D.), *L'expertise*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires » 1995, p. 87.
- « L'impartialité du juge », D., 1999, p. 53.
- « Quelques propos sur l'expert et le secret professionnel », Bull. de la Compagnie des experts agréés par la Cour de cassation, n° 21, déc. 2004, p. 21.

FOULON (M.) et STRICKLER (Y.), « Requête *in futurum* et protection du futur détenteur », Gaz. Pal., 8-9 mars 2013, p. 17.

FOURMENT (F.), « Du principe de loyauté de la preuve et de son application aux matières civile et pénale », D., 2011, p. 562.

G'SELL-MACREZ (F.), « Vers la justice participative ? Pour une négociation "à l'ombre du droit" », D., 2010, p. 2450.

GALLOUX (J.-C.), « Droits et libertés corporels », D., 2006, p. 1200.

GARAPON (A.) :

- « Les enjeux de la justice prédictive », JCP G, n° 1-2, 9 janv. 2017, doct. n° 31.

- **(entr.)**, « La legaltech, une chance ou une menace pour les professions du droit ? », LPA 18 sept. 2017, n° 186, p. 4.

GARÉ (T.) :

- « L’expertise biologique est de droit en matière de filiation », D., 2000, p. 731.
- « L’expertise biologique peut servir à démontrer la recevabilité d’une action en recherche de paternité naturelle », Revue juridique personnes et famille, 2004, p. 23.

GAUMONT-PRAT (H.), « L’expertise biologique en droit de la filiation », D., 2001, p. 1427.

GAVALDA (C.), « Le secret des affaires », in Mél. René SAVATIER, Dalloz, 1965.

GAYET (J.-C.), « Le coût des enquêtes sociales, des expertises et l’impact sur leur qualité », AJ Famille, 2013, p. 471.

GEMSA (N.) et ROSSANT (J.), « Le conflit d’intérêts dans l’expertise médico-légale », Gaz. Pal., n° 158, 7 juin 2014, p. 41.

GENIN-MERIC (R.), « Mesures d’instructions exécutées par un technicien », J.-Cl., Proc. civ. fasc. n° 662.

GHÉRA (T.), « La dématérialisation des procédures judiciaires au sein de l’Union européenne, vecteur de transcendance des particularismes nationaux », Dr. et proc. 2012, p. 279.

GIBOIN (J.), « L’expertise, source de règlement autonome des conflits », in M.-A. FRISON-ROCHE, D. MAZEAUD, *L’expertise*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires » 1995, p. 105.

GOBERT, « Réflexions sur les sources du droit et les “principes” d’indisponibilité du corps humain et de l’état des personnes », RTD civ., 1992, p. 489.

GOUBEAUX, (G.) « Le droit à la preuve », in PERELMAN (C.) et FORIERS (P.) (dir.), *La preuve en droit*, Travaux du Centre National de Recherche Logique, Bruxelles, Bruylant, 1981, pp. 277-301.

GRANET-LAMBRECHTS (F.) :

- « Caractère obligatoire de l’expertise biologique », D., 2004, p. 1419.
- « Droit de la filiation », D., 2007, p. 1460.
- « Droit de la filiation », D. 2012, p. 1432.

GRANJOU (C.), « L’expertise scientifique à destination politique », in Cahiers Internationaux de Sociologie, PUF, 2003, CXIV, pp. 175-183.

GRARDEL (G.), « Les principes directeurs du procès et l'expertise de justice. Procédure civile et administrative : cherchez les différences », *Experts*, avr. 2012, p. 22.

GRAYOT (S.), « Le droit à un procès civil équitable à l'aune des nouvelles technologies », *Procédures*, avril 2010, n° 4, doss. n° 2.

GRIDEL (J.-P.), « Le temps et le droit positif du procès civil », *Gaz. Pal.*, 10 oct. 2015, n° 283, p. 10.

GROUTEL (H.), « Preuve : expertise amiable », *RCA*, 2003, n° 6, comm. n° 170.

GUEDE (X.), « L'expertise notariale : contribution à la sécurité juridique des procédures de divorce », *AJ fam.*, 2015, p. 94.

GUEZILLE (S.) et CHATAIN (A.), « Juste prédictive : entre fantasme et réalité », *Experts*, déc. 2017, n° 135, p. 4.

GUÉRANGER (F.), « Réflexions sur la justice prédictive », *Gaz. Pal.*, 3 avr. 2018, n° 13, p. 15.

GUINCHARD (S.) :

- « Le temps en procédure civile », *Annales de la faculté de Clermont-Ferrand*, LGDJ, 1983, fasc. n° 20, p. 21.
- « Le procès équitable, droit fondamental ? », *AJDA*, 1998, numéro spécial, p. 191.
- « Le procès équitable, garantie formelle ou droit substantiel ? » *in* *Mélanges G. FARJAT*, 1999, *AJDA*, juill.-août 1998, numéro spécial sur les droits fondamentaux.
- « L'ambition d'une justice civile rénovée : commentaire du décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 et de quelques aspects de la loi n° 98-1163 du 18 décembre 1998 », *D.*, 1999, p. 65.
- « Les métamorphoses de la procédure à l'aube du troisième millénaire », *in* Collectif, *Études Université Panthéon-Assas (Paris II), Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, n° 1287.

HAÏM (V.), « Faut-il supprimer la Cour européenne des droits de l'homme ? », *D.*, 2001, p. 2988.

HAUSER (J.) :

- « Le respect dû à la vie privée et le sexe apparent », *RTD civ.*, 1993, p. 97.
- « La preuve biologique, reine des preuves ? », *RTD civ.*, 1993, p. 811.

HAUSSE (H.), « L'indépendance des experts judiciaires, une actualité brûlante », *D.*, 2012,

p. 242.

HEISSER-VERNET (J.-M.) et NUEE (A.), « La déjudiciarisation de la preuve », Experts, mars 2008, p. 127.

HEISSER-VERNET (J.-M.), « Les coopérants à l'expertise judiciaire », Expert, oct. 2009, p. 13.

HELLERINGER (G.) et GARCIA (K.), « Le rayonnement des droits de l'Homme et des droits fondamentaux en droit privé », RIDC, vol. 66, n° 2, 2014, Études de droit contemporain, Contributions françaises au 19ème Congrès international de droit comparé (Vienne, 20-26 juill. 2014) pp. 283-336.

HENRIOT (P.), « Le droit à la preuve, au service de l'égalité des armes », Rev. Trav, 2018, p. 120.

HENRY (M.), « Quand l'expertise devient le bras armé d'une justice inéquitable », JCP G, n° 8, 22 févr. 2010, doctr. n° 234.

HEUGAS-DARRASPEN (H.) :

- « Les aspects économiques de l'expertise judiciaire, Contribution à la méthode comparative », AJDI, 1993, p. 14.
- « Modernisation du régime des experts judiciaires ? Commentaire du titre VII de la loi n° 2004-130 du 11 février 2004 », AJDI, 2004, p. 442.
- « Application du régime des experts judiciaires », AJDI, 2005, p. 360.
- « Expertise judiciaire et procédure civile : Commentaire du titre III du décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 », AJDI, 2006, p. 255.
- « Contradictoire et pièce non communiquée aux parties figurant en annexe d'un rapport d'expertise », AJDJ, 2010, p.563.
- « Modernisation du régime de l'expertise judiciaire. Incidence du chapitre XI de la loi n°2010-1609 du 22 déc. 2010 », AJDI, 2011, p.345.
- « Expertise, contradiction et question prioritaire de constitutionnalité », AJDI 2011, p. 669.
- « Modifications du régime de l'expertise judiciaire, commentaire du décret n° 2012-1451 du 24 décembre 2012 », AJDI, 2013, p. 251.
- « Quelle responsabilité civile délictuelle pour un expert judiciaire dont le rapport a été homologué ? », AJDI, 2013, p. 448.

HESS (B.), « Nouvelles techniques de la coopération judiciaire transfrontière en Europe »,

RIDC, 2003, n° 2, p. 215.

HILT (P.), « Pour une réécriture de l'article 16-11 du code civil », RTD civ., 2017, p. 27.

HOCQUART (J.-M.) et JACOB (F.), « Les déroutantes subtilités de l'article 276 du CPC », Experts, août 2009, p. 4.

HOURDEAU-BODIN (S.), « La valeur probatoire de l'expertise en assurance », 1er avr. 2016 n° 4, p. 206.

HOUSSIN (D.), « Indépendance et expertise : santé publique et prévention des conflits d'intérêts », Pouvoirs, 2013, n° 147, p. 111.

HUREAU (J.) et PECKELS (B.), « Essai de définition de l'expertise et des experts », Experts, mars 2008, p. 79.

HUREAU (J.) et DE FONTBRESSIN (P.), « La responsabilité de l'expert de justice », Lamy Droit civil, n° 66, 1er déc. 2009.

HUSSON-TROCHAIN (C.) et MAUROY (B.), « La conférence de consensus ” sur les bonnes pratiques judiciaires de l'expertise civile ”. Une démarche originale dans le monde judiciaire, une démarche structurante pour l'expertise judiciaire », Experts, juin 2007, p. 10.

IWEINS (D.), « La justice prédictive, nouvel allié des professionnels du droit ? », Gaz. Pal., 3 janv. 2017, n° 1, p. 5

JACOB (J.-F.), « Quelques aspects de la philosophie et de la pratique de l'expertise », Experts, n° 131, avr. 2017, p. 8.

JACQUIN (A.), « L'impartialité objective de l'expert judiciaire et sa récusation », Gaz. Pal., 1er févr. 2003, n° 32, p. 3

JARROSSON (C.), « La contractualisation de la justice : jusqu'où aller ? », in L. CADIET et L. RICHER (dir.), *Réforme de la justice, réforme de l'État*, coll. « Droit et justice », PUF, 2003, p. 186.

JEANPIERRE (G.) et MARTIN (J.-C. F.), « Nouveaux modes de règlement des conflits, nouveaux modes de preuve et d'expertise ? », Experts, juin 2017, n° 132, p. 12.

JEULAND (E.), « L'expertise commerciale », D., 2000, p. 209.

JEULAND (E.) et CHARBONNEAU (C.), « Le caractère contradictoire du rapp. d'expertise : une contradiction en haut lieu ? », JCP G, n° 11-12, 12 mars 2012, doct. n° 340.

JOCKEY (M.), « À propos de l'article 145 du Code de procédure civile : un outil moderne de l'accès à la preuve », LPA, 4 sept. 2017, n° 176, p. 29.

JANUEL (P.) :

- « Secret des affaires : le groupe En Marche dépose sa proposition de loi », Dalloz actu., 20 févr. 2018.
- « Secret des affaires : Assemblée et Sénat s'entendent sur un texte de compromis », Dalloz actu., 25 mai 2018.

JUGE (B.) et ROGER (P.), « La responsabilité de l'expert judiciaire », *Experts*, déc. 2009, p. 11.

JULIEN (P.) :

- « Procédure civile, 2004 : l'année des changements », *D.*, 2005, p. 332.
- « Principe de la contradiction et expertise en droit privé », in Mél J. BUFFET, *La procédure en tous ses états*, LPA-LGDJ, 2004, p. 293 s.

KINSCH (P.), « Entre certitude et vraisemblance, le critère de la preuve en matière civile », in Mél. G. WIERDERKEHR, Dalloz, Paris, 2009.

KLING (D.), « L'expertise, une voie nouvelle », *Gaz. Pal.*, 2007, 3, p. 1748.

KOERING-JOULIN (R.), « Le juge impartial », *Justices*, 1998, n° 10, p. 1.

KRIEGK (J.-F.), « Les contours du respect par l'expert, du contradictoire et des exigences de conscience, d'objectivité et d'impartialité », *Experts*, sept. 2005, p. 7.

L ABAYLE (H.), « Droits fondamentaux et droit européen », *AJDA*, 1998, numéro spécial, p. 75.

LAMANDA (V.) :

- « L'expertise de demain », *Experts*, févr. 2012, p. 5.
- « L'expert et le procès équitable : une relation qui s'harmonise », *Experts*, 2013, n°111, p.4.

LARDEUX (G.) :

- « Du droit de la preuve au droit à la preuve », *D.*, 2012, p. 1596.
- « Le droit à la preuve : tentative de systématisation », *RTD civ.*, 2017, p. 1.

LARTIGUE (M.), « *Open data* jurisprudentiel : 20 recommandations... et tout à faire », *Gaz. Pal.*, 16 janv. 2018, n° 2, p. 5.

LASSERRE (M.-C.), « L'intelligence artificielle au service du droit : la justice prédictive, la justice du futur ? », *LPA*, 30 juin 2017, n° 130, p. 6.

LAURIN (Y.), note sous CA, Paris, 21 juin et 6 juill. 1988 : *Gaz. Pal.* 1988, 2, p. 700.

LAUVIN (J.), « La maîtrise du délai de l'expertise par l'expert : un vœu pieux ? », *Experts*, avr. 2014, p. 22.

LEBEAU (D.) et NIBOYET (M.-L.), « Regards croisés du processualiste et l'internationaliste sur le règlement CE du 28 mai 2001 relatif à l'obtention des preuves civiles à l'étranger », *Gaz. Pal.*, 2003, p. 6.

LE BONNIEC (N.), « La reconnaissance d'un droit fondamental à un environnement sain dans l'ordre juridique de l'Union européenne : simple possibilité ou réelle nécessité ? », *Rev. UE*, 2016, p. 211.

LE CLEC'H (J.), « Moyens et arguments devant la Cour de cassation », *JCP G*, 1951, I, p. 939.

LE CLERC (R.), « Expert et mesure d'expertise face aux exigences du procès équitable », *Experts*, févr. 2010, p. 9.

LECLERC (O.) :

- « Les réformes du droit de l'expertise, Avancées partielles et occasions manquées », *Experts*, juin 2006, p. 12.
- « L'indépendance de l'expert », in FAVRO (K.) (coord.), *L'expertise : enjeux et pratiques*, Lavoisier/Tec&Doc, Sciences du risque et du danger, 2009, p. 167.
- « La recherche juridique sur l'expertise : état des lieux et perspectives », *Recherche Droit et Justice*, n° 35, nov. 2010, p. 1, site internet de la revue, <http://www.gip-recherche-justice.fr/IMG/pdf/MRDJ35-8-BAT.pdf>
- « Blandine Hervouët, *L'évolution des modes de preuve. Du duel de Carrouges à nos jours* », *RTD civ.* 2015, p. 236.

LE DOUARON (C.), « Numérique : le cloud privé des avocats sera opérationnel en décembre 2015 », *Dalloz actu.*, 1er juill. 2015.

LEDUCQ (X.), « Marché unique, justices multiples : quelle expertise européenne pour les litiges transfrontaliers ? », *Experts*, févr. 2012, p. 85.

LEFRANC (S.), « Le mouvement pour la justice restauratrice : “an idea whose time has come” », *Droit et Société* 2006, n° 63, p. 393.

LE GAC-PECH (S.), « Sexe, preuve et vérité », *LPA*, 26 sept. 2012, n° 193, p. 5.

LE MASSON (J.-M.), « La recherche de la vérité dans le procès civil », *Dr. Soc.*, 1998, n° 38, p. 21.

LE MINTIER (B.), « Présentation de la loi n° 93-22 du 8 janv. 1993 modifiant le Code civil relative à l'État civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le Juge aux Affaires Familiales », *Revue juridique de l'Ouest*, 1994, vol. 7, n° 1, p. 1.

LENA (M.), « Procès équitable et nécessaire indépendance de l'expert judiciaire », Dalloz actu., 15 oct. 2012.

LIENHARD (C.), « La stratégie de l'avocat et l'expertise », Recherche Droit et Justice, n°35, nov.2010, p.1, site internet de la revue :

<http://www.gip-recherche-justice.fr/IMG/pdf/MRDJ35-8-BAT.pdf>

LIENHARD (A.) et KETTIGER (D.), « Justice en situation - Vers un management adéquat pour la justice », Les cahiers de la justice, 2018, p. 165.

LISSARAGUE (B.) et MARTIN (J.-C. F.), « La nouvelle loi sur l'expert et l'expertise (11 février 2004), trois ans après », Experts, mars 2008, p. 17.

LOISEAU (G.), « Le comité social et économique », Droit social, 2017, p. 1044.

LOMBOIS (C.), « La position française sur le transsexualisme devant la Cour Européenne des droits de l'homme », D. 1992, p. 323.

LOPEZ ORTIZ (A.), « Des Dispute Boards », Procédures, mai 2018, n° 5, p. 5.

LOYAC (F.), « Les frais d'expertise », Revue Juridique de l'Ouest, 1991, 2, pp. 167-190.

MAGENDIE (J.-C.) :

- Célérité et qualité de la justice : le rapport Magendie », D. 2004, p. 2309.
- « La contradiction, exigence majeure d'une justice de qualité... », Gaz. Pal., 12 déc. 2006 n° 346, p. 2.

MAGNIER (V.), « La notion de justice impartiale », JCP G, 2000, I, p. 252.

MALINVAUD (P.) :

- « Réflexions sur le "Dispute Adjudication Board" », RDI, 2001, p. 215.
- « Le droit à un procès d'une durée raisonnable et le droit de la construction », RDI, 2017, p. 217.

MALLET-BRICOUT (B.), « Les modes alternatifs de règlement des différends dans la loi "Justice du XXI^e siècle" : un nouveau souffle », RTD civ., 2017, p. 221.

MARGUENAUD (J.-P.) :

- « Extension des exigences du droit à un procès équitable à la phase de l'expertise technique », RTD civ., 1997, p. 1007.
- « Extension des exigences du droit à un procès équitable à la phase d'exécution de la décision », RTD civ. 1997, p. 1009.
- « Le droit à l'expertise équitable », D. 2000, p. 111.
- « L'équité, l'expertise et l'expert », Experts, juin 2004.

MARIE (N.) et RUELLAN (F.), « Le juge chargé de contrôler l'exécution des mesures d'instruction, Commentaire du décret du 24 déc. 2002 », *Experts*, oct. 2013, p. 12.

MARINO (L.), « Le droit d'accès à internet, nouveau droit fondamental », *D.*, 2009, p. 2045.

MARRAUD (C.), « Le droit à la preuve, La production forcée des preuves en justice », *JCP G*, 1973, I, p. 2572.

MARTEL (J.-J.) :

- « Le rapport amiable comme élément de preuve lors du procès », *Experts*, août 2012, p. 14.

- « MARD, si l'on osait ? », *AJDI*, 2017, p. 633.

MARTEL (J.-J.) et VIDAILHET (M.), « L'expertise d'assurance a bon dos », *AJDI*, 2014, p. 81.

MARTIN (J.-C. F.) et PECKELS (B.), « Le décret de Noël 2012 : désignation, consignation complémentaire, demande de rémunération, inscription sur les listes », *Experts*, févr. 2013, p. 5.

MASSIP (J.), « Le transsexualisme : état de la question », *Defrénois*, 15 sept. 1992, n° 17, p. 1009.

MATTET (P.), « L'expertise judiciaire, La forme, le fond, l'image », *Experts*, sept. 2006, p. 10.

MAZEAUD (D.), « L'expertise de droit à travers l'*amicus curiae* », in M.-A. FRISON-ROCHE, D. MAZEAUD, *L'expertise*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires » 1995, p. 109.

MECARELLI (G.) et POISSON (S.), « La signification par voie électronique : entre défi technologique et théorie du procès », *D.*, 2012, p. 2533.

MEKKI (M.) :

- « Le risque de la preuve », in COHEN (D.) (dir.), *Droit et économie du procès civil*, LGDJ, 2010.

- « Vérité et preuve, rapport français », in *La preuve*, Journées internationales 2013 d'Amsterdam, Pays-Bas et Liège, Belgique, coll. « Travaux Henri Capitant », vol. LXIII, Paris/Bruxelles, LB2V et Bruylant, 2015.

- « Le risque de la preuve : aspects de droit substantiel », in MEKKI (M.), CADIET (L.) et GRIMALDI (C.) (dir.), *La preuve, regards croisés, Thèmes et commentaires*, Dalloz, 2015.

- « If code is law, then code is justice ? Droits et algorithmes », Gaz. Pal., 27 juin 2017, n° 24, p. 10.

MELLERAY (F.), « La réforme de l'expertise », AJDA, 2014, p. 1364.

MENECEUR (Y.), « Quel avenir pour la « justice prédictive » ? Enjeux et limites des algorithmes d'anticipation des décisions de justice », JCP G, n° 7, 12 févr. 2018, doctr. n° 190.

MESTRE (J.) :

- « À propos de la règle selon laquelle nul ne peut se constituer une preuve à lui-même », RTD civ., 1997, p. 136.
- « La liberté contractuelle rentrerait-elle en grâce auprès du Conseil constitutionnel ? », RTD civ., 1997, p. 416.

MIGNOT (M.), « L'accès à la preuve scientifique dans le droit de la filiation », Revue de la recherche juridique, droit prospectif, 2003, n° 2, p. 667.

MINIATO (L.), « L'introuvable principe de loyauté en procédure civile », D., 2007, p. 1035.

MORET-BAILLY (J.) :

- « Les conflits d'intérêts des experts consultés dans le domaine sanitaire », RDSS, 2004, p. 855.
- « Que signifie la déontologie aujourd'hui ? », RDSS, 2018, p. 7.

MORLET-HAÏDARA (L.), « L'indépendance de l'expert judiciaire en question », D., 2008, p. 2635.

MOUGENOT (D.), « L'expertise simplifiée en Belgique : un remède aux maux de l'expertise judiciaire ? », Experts, févr. 2013, p. 7.

MOULY-GUILLEMAUD (C.), « La sentence “nul ne peut se constituer de preuve à soi-même” ou le droit de la preuve à l'épreuve de l'unilatéralisme », RTD civ., 2007, p. 253.

MOURY (J.) :

- « Expertise de gestion - La concurrence indélégatée de l'article 145 du Code de procédure civile », in Mélanges M. JEANTIN, Dalloz, 1999, p. 297.
- « Les droits sociaux à l'épreuve des droits de l'homme », Dr. Soc., 2002, p. 799.
- « Les limites de la quête en matière de preuve: expertise et *jurisdictio* », RDT civ., oct./déc. 2009, p. 665.

MOUSSA (T.), « L'expertise judiciaire et les autres expertises au regard du principe de la contradiction », Rencontres Université-Cour de cassation, 23 janv. 2004, BICC hors série, site

internet de la Cour de cassation :

http://www.courdecassation.fr/publications_26/bulletin_information_cour_cassation_27/hors_serie_2074/autres_expertises_18685.html

MUNOZ (J.-N.), « Le principe de la contradiction est-il compatible avec le respect du secret des affaires ? », *La lettre de l'Expert*, n° 37, janv. 2014, p. 7.

MUSCAT (H.), « L'un des éléments d'une procédure équitable au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme est le caractère contradictoire de celle-ci », *AJDA*, 1999, p. 173.

MUZNY (P.), « À quand une véritable culture des droits de l'homme en France ? », *JCP G*, 2011, doct. n° 981.

NAMIN (L.) :

- « L'indépendance des experts d'assurances ou les apports réels du droit », *Experts*, mars 2008, p. 36.
- « L'expertise judiciaire à l'épreuve de la libre prestation de services », *L'argus de l'assurance*, 2011, n° 831.

NORMAND (J.) :

- « Le droit à un tribunal impartial devant les juridictions de l'ordre judiciaire (art. 6-1 Conv. EDH) et la composition des juridictions », *RTD civ.*, 1993, p. 874.
- « Remarques sur l'expertise judiciaire au lendemain du NCPC », *in* *Mél. dédiés à Jean Vincent*, Paris, Dalloz, 1981, p. 255.

NUEE (A.) :

- « La déjudiciarisation de la preuve, source de méthodologie », *Experts*, févr. 2012, p. 53.
- « La procédure participative et l'expertise de justice », *Experts*, déc. 2012, p. 4.
- « La procédure participative : vers une extension des règles du procès équitable », *Experts*, avr. 2013, p. 5.

OLIVIER (M.) :

- « Les dispositions du rapport Magendie relatives à l'expertise », *Gaz. Pal.*, n° 346, p. 2.
- « Modifications envisagées de certaines dispositions du nouveau Code de procédure civile ayant trait aux mesures d'instruction confiées à des techniciens », *Gaz. Pal.*, 2002, p. 331.

- « Essai d'éthique judiciaire en matière d'expertise », Gaz. Pal., 16 nov. 2004, n° 321, p. 10.
- « De quelques réflexions sur le nouveau statut des experts judiciaires », RDI, 2005, p. 173.
- « Les mesures d'instruction judiciaire dans le décret du 28 décembre 2005 », Gaz. Pal., 24 janv. 2006, n° 24, p. 42.
- « Le rapport d'expertise judiciaire et le principe de la contradiction », Experts, déc. 2007, p. 5.

OPPETIT (B.), « Arbitrage, médiation et conciliation », Rev. Arb., 1984, p. 307 et s.

PANAÏT (R.), « Le temps comme facteur de qualité du droit, L'exemple de l'influence du temps sur le droit roumain au cours du processus d'intégration européenne de la Roumanie », Jurisdoctria, n° 3, « Le Temps », 2009, p. 43, site internet de Jurisdoctria : http://www.jurisdoctria.net/pdf/numero3/aut3_PANAÏT.pdf.

PARICARD (S.), « Transsexualisme, transidentité, identité de genre : chronique d'une année tumultueuse », Journal de Médecine Légale Droit, Santé, Société, mai 2014, n°1, p. 1.

PAVIA (M.-L.), « Éléments de réflexions sur la notion de droit fondamental », LPA, 6 mai 1994, n° 54, p.6.

PECKELS (B.), « A propos de questions déjà ébauchées, jamais résolues », Experts, mars 2008, p. 126.

PELLETTIER (C.), « L'ambivalence de l'expertise extrajudiciaire dans le procès », RDC, n°1, 1er janv. 2011, p. 199.

PENNEAU (A.), « L'expertise, l'impartialité et le conflit d'intérêts », D., 2003, p. 2260.

PERICAUD (J.-F.), « La déontologie et la responsabilité de l'expert judiciaire », RDI, 2001, p.321.

PERRAULT (G.), « Vers une augmentation constante du coût de l'expertise », Experts, févr. 2012, p. 21.

PERRIER (J.-J.) (entr.), « Les risques des nouvelles technologies », Experts, févr. 2012, p. 75.

PERRIN (C.), « Preuves en droit de la famille : l'expertise judiciaire en droit de la famille », AJ Famille, 2008, p. 24.

PERRIN (S.) :

- « La filiation de l'enfant issu d'un inceste absolu : vers la fin d'une discrimination ? »,

Dr. Fam., 2010, ét. n° 16.

- « Établissement de la filiation par le sang au regard de la jurisprudence de la CEDH », AJ fam., 2012, p. 23.

PERROT (R.) :

- « Expertise : assistance et représentation des parties aux opérations d'expertise », RTD civ., 1992, p. 183.
- « Décret n°2005-1678 du 28 décembre 2005 », Procédures, févr. 2006, p. 4.
- « Principe de la contradiction, Expertise », Procédures, n° 1, janv. 2012, comm. n° 3.
- « Expertise : la place de la contradiction ? », RTD civ., 2012, p. 374.
- « Expertise amiable : son autorité ? », RTD civ., 2012, p. 769.

PERRUCHOT-TRIBOULET (V.), « Le nouveau statut des experts judiciaires », D., 2005, p. 3045.

PETERSEN (E.-J.), « La mise en œuvre des ADR dans les grands contrats », Gaz. Pal., 15 nov. 2001, n° 319, p. 42.

PICARD (E.), « L'émergence des droits fondamentaux en France », AJDA, 1998, numéro spécial, p. 6.

PIÉDELIÈVRE (S.), « La loi du 30 juillet 2018 sur le secret des affaires », Gaz. Pal., 9 oct. 2018, n° 34, p. 13.

PIERRAT (E.) et TARROUX (J.-P.), « L'expertise face aux enjeux du digital et de l'intelligence artificielle », Expert, avr. 2018, n° 137, p. 13.

PIERRE-MAURICE (S.), « Secret des affaires et mesures d'instruction in futurum », D., 2002, p. 3131.

PIERROUX (E.), « Du regrettable art perdu du secret », Gaz. Pal., 5 janv. 2016, n° 1, p. 23.

PINCHON (F.), « Quels experts pour quelle expertise internationale ? », Experts, févr. 2012, p. 18.

POIVEY-LECLERCQ (H.), « Autre mode de règlement alternatif des litiges : la procédure participative », AJ fam., 2010, p. 257.

PONCE (C.), « Expertise judiciaire et conciliation des parties », Gaz. Pal., 6 oct. 2005, n° 279, p. 6.

PRADEL (J.), « La célérité de la procédure pénale en droit comparé », *in* « La célérité de la procédure pénale », RIDP, 1995, p. 323.

PREVOST (J.-B.), « L'indépendance des experts », Gaz. Pal., 11 juill. 2009, n° 192, p. 9.

PRIEUR (M.), « La charte, l'environnement et la constitution », *AJDA*, 2003, p. 353.

PUEL (X.), « L'impartialité objective de l'expert au regard de son activité professionnelle », *JCP G* 2014, p. 735.

PUTMAN (E.), « Didier CHOLET, La célérité de la procédure en droit processuel », *RTD civ.*, 2007, p. 437.

RACINE (J.-B.), « Remarques sur la distinction entre les droits et les libertés », *LPA*, 23 sept. 2014, n°190, p. 7.

RASCHEL (L.), « Expertise et contradictoire : le jour se lève... un peu ! », *Gaz. Pal.*, n° 343, 8 déc. 2012, p. 25.

REIGNIÉ (P.), « Le changement de sexe devant la Cour de cassation », *JCP G*, 2012, p. 753.

REMY (P.), « 100 ans de chronique », *RTD civ.* 2002, p. 667.

RENAUD (F.), « La récusation de l'expert judiciaire dans le procès civil », *Experts*, juin 2002, n° 55, p. 2.

RENAUD-DUPARC (C.), « L'indépendance de l'expert désigné par le juge d'instruction », *AJ Pénal*, 2012, p. 659.

RENUCCI (J.-F.) :

- « L'expertise pénale et la Convention Européenne des Droits de l'Homme », *JCP G*, n° 19, 10 mai 2000, I, p. 227.
- « L'exigence d'impartialité au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme », *RSC* 2005, p.935.
- « Droit européen des droits de l'homme, octobre 2008 – octobre 2009 », *D.*, 2009, p. 2771.

RICHER (L.), « Les droits fondamentaux : une nouvelle catégorie juridique ? », *AJDA*, 1998, numéro spécial, p. 1.

ROBERT (A.), « La responsabilité civile de l'expert judiciaire », *D.*, 2013, p. 855.

ROBERT (J.), « La bonne administration de la justice », *AJDA*, 1995, p. 117.

ROUSSEAU (G.), « Du délai et de son application à l'expertise judiciaire », *Dalloz actu.*, 2 juill. 2009.

ROUVIERE (F.), « La justice prédictive, version moderne de la boule de cristal », *RTD civ.*, 2017, p. 527.

SAINT-PAU (J.-C.), « Droit à la preuve versus droit au respect de la vie privée », *D.*, 2016, p. 884.

SAUPHANOR (S.), « La convention de procédure participative : aspects pratiques », *Gaz. Pal.*, 18 janv. 2011, p. 47.

SAUTEL (O.), « La contre-expertise : analyse juridique sous le prisme de la contre-expertise médicale », *Procédures*, 2011, ét. n° 8.

SÉGUR (P.), « La dimension historique des libertés et droits fondamentaux », *in* CABRILLAC (R.), FRISON-ROCHE (M.-A.) et REVET (T.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2007, p. 8.

SENE (L.), « L'exécution de l'expertise judiciaire en matière civile », *Gaz. Pal.*, 1er sept. 2007, n° 244, p. 2.

SERVERIN (E.), « Le médiateur et le service public de la Justice », *RTD civ.*, 2003, p. 229.

SICARD (F.) et GAUTIER (P.-Y.), « L'avenir : pour une dématérialisation réfléchie de l'exercice de la justice », *Gaz. Pal.*, 26 sept. 2017, n° 32, p. 11.

SIFFREIN-BLANC (C.), « Pas d'expertise biologique en matière de constatation de possession d'état », *Dalloz actu.*, 27 juin 2011.

SIRINELLI (P.) et PREVOST (S.) :

- « Génération Legaltech », *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 65.
- « Madame Irma, Magistrat », *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 557.

SOUDRY (C.), « Le CHSCT et le recours à l'expert », *Travail & Sécurité*, nov. 2010, p. 48.

SOULEZ-LARIVIERE (D.), « Pour une expertise contradictoire et équitable », *AJ pénal*, 2006, p. 75.

SOUVIGNET (X.), « L'accès au droit, Principe du droit, principe de droit », *Jurisdctoria*, n°1, *in* « L'accès au droit », 2008, p. 23, site internet de Jurisdctoria : http://www.jurisdctoria.net/pdf/numero1/aut1_SOUVIGNET.pdf

STAGNARA (M.), « L'expert d'assurance est-il indépendant ? », *Experts* 2005, n° 66, p. 32.

STEINBACH (G.), « L'indépendance des médecins-experts », *RF dommage corporel*, 2008, p. 277.

STRICKLER (Y.), « Pour une nouvelle approche de la provision ad litem, Les soubresauts du volet civil de l'affaire du Mediator », *D.*, 2013, p. 2588.

STURLESE (B.), « L'Europe de la justice : une construction originale à la recherche d'un nouvel élan », *Recherche Droit et Justice*, n° 28, hiver 2007-2008, p. 10, site internet de la revue : <http://www.gip-recherche-justice.fr/IMG/pdf/RDJ-33.pdf>

TACCOEN (M.) (entr.), « Les experts dans la justice : quel avenir ? » *Experts*, août 2012,

p. 20.

TAVERNIER (P.), « Le procès équitable, jurisprudence du Comité des droits de l'homme de l'ONU », RTDH, 1996, p. 4.

THERY (P.), « Les finalités du droit de la preuve en droit privé », Droits, 1996, p. 41.

THIRIEZ (P.-Y.), « Indépendance de l'expert », Experts, mars 2008, p. 34.

TOMASI (L.), « Les alternatives à l'expertise judiciaire (première partie) », contribution présentée lors de la Journée de Réunion-Débat organisée par la Compagnie des Experts Judiciaires à GAP (HAUTES-ALPES), 12 déc. 2007, site internet Le blog de Maître Olivier DE PERMENTIER, TOMASI, GARCIA ET ASSOCIÉS :

[https://blogavocat.fr/space/odp.tomasi-garcia-associes/content/les-alternatives-a-l
%E2%80%99-expertise-judiciaire--premiere-partie-_b0129098-6ec5-4dc5-a0c3-
56d3a754eb10](https://blogavocat.fr/space/odp.tomasi-garcia-associes/content/les-alternatives-a-l%E2%80%99-expertise-judiciaire--premiere-partie-_b0129098-6ec5-4dc5-a0c3-56d3a754eb10)

VAN DROOGHENBROECK (J.-F.), « Vers une conception plus pragmatique du contradictoire », JT, 2007, p. 546.

VERGES (E.) :

- « Éléments pour un renouvellement de la théorie de la preuve en droit privé », in Mél. J.-H. Robert, LexisNexis, Paris, 2012, p. 853.
- « La réforme du droit de la preuve civile : enjeux et écueils d'une occasion à ne pas manquer », D., 2014, p. 617.

VERPEAUX (M.), « La procédure contradictoire et le juge constitutionnel », RFDA, 2001, p. 331.

VERT (F.), « L'expert judiciaire : auxiliaire du juge pacificateur, garant de la paix sociale », Gaz. Pal., 25 oct. 2016, n° 37, p. 12.

VIAL (G.) :

- « L'expertise génétique post mortem à l'épreuve du droit au respect de la vie privée et familiale », RDLE, 2011, chron. n°16.
- « La place de l'expertise dans la procédure de changement de sexe à l'état civil », AJ Famille, 2012, p. 405.

VIALLA (F.) :

- « Iphis ou Atalante », in *Regard croisés sur le genre, Les assises du corps transformé, Les études Hospitalières*, 2010, p. 244.
- « Transsexualisme : l'irréversibilité en question », D., 2012, p. 1648.

VILLACEQUE (J.), « Rapport ” célérité et qualité de la justice ” : le point de vue de l'avocat », D., 2004, p. 2660.

VILLETTE (Y.), « L'expertise " d'assurance " », *Experts*, mars 2008, p. 35.

VIZIOZ (H.), « Observations sur l'étude de la procédure civile », *Revue générale du Droit, de la Législation et de la Jurisprudence en France et à l'Étranger*, 1927, p. 171, réimprimé in *Études de procédure*, Brière, 1956, p. 19.

VUITTON (X.), « Longue vie à l'expertise officieuse », *Dr. et proc.*, 2013, p. 50.

WIEDERKEHR (G.) :

- « Droits de la défense et procédure civile », *D.*, 1978, p. 36.
- « Qu'est-ce qu'un juge ? » in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Mél. en l'honneur de Roger Perrot, Paris, *D.*, 1996.

ZNATY (D.), « Les nouvelles technologies de la communication : historique et perspectives dans le domaine de l'expertise », *Experts*, mars 2008, p. 98.

7. NOTES, OBSERVATIONS ET COMMENTAIRES DE JURISPRUDENCE

AMRANI-MEKKI (S.) :

- obs. sous Cass. civ., 1ère, 30 janv. 2007, n° 06-11.028 : *Dr. et patr.*, n° 166, janv. 2008, p. 103.
- « Expertise et contradictoire, vers une cohérence procédurale ? » : *JCP G*, n° 46, 12 nov. 2012, n° 1200, p. 2037, note sous Cass. ch. mixte, 28 sept. 2012, n° 11-11.381, *JurisData* n° 2012-022399 et Cass. ch. mixte, 28 sept. 2012, n° 11- 18.710, *JurisData* n° 2012-022400.
- « L'absence de pré-rapport de l'expert sanctionné par un vice de forme exigeant la preuve d'un grief », obs. sous Cass. civ., 2ème, 29 nov. 2012, n° 11-10.805 : *Gaz. Pal.*, n° 68, 9 mars 2013.
- obs. sous Cass. civ., 1ère, 12 nov. 2015, n° 14-16.603 : *Gaz. Pal.*, 9 févr. 2016, n° 6, p. 53.

BARBIER (H.), « Quand les secrets des affaires ou de la vie privée ont raison des mesures d'instruction *in futurum* », obs. sous Cass. civ., 1ère, 22 juin 2017, n° 15-27.845 et Cass. civ., 2ème, 17 mars 2016, n° 15-11.412 : *RTD civ.*, 2017, p. 661.

BÉGUIN (C.), « La portée probatoire d'une expertise amiable non contradictoire », obs. sous Cass., ch. mixte, 28 sept. 2012, n° 11-18.710, *Bull. ch. Mixte*, 2012, n° 2 : *LEDA*, 15 nov. 2012, n° 10, p. 2.

BENSAUSE (D.), note sous CA, Colmar, 13 mai 2016, n° 14/03993 : Gaz. Pal., 15 nov. 2016, n° 40, p. 40.

BERTIN (P.) :

- note sous TGI, Paris, ord. de référé, 11 janv. 1984 : Gaz. Pal., 1984, 1, p. 266.
- note sous CA, Paris, ch. 19, sect. A, 26 mai 1986 : Gaz. Pal., 1986, 1, p. 386.

BOULOC (B.), note sous Cass. civ., 1ère, 28 mars 2018, n° 17-15.176 : RTD com., 2018, p. 448.

BRETZNER (J.-D.), DELEBECQUE (P.) et VASSEUR (T.), obs. sous Cass. civ., 1ère, 30 janv. 2007, n° 06-11.581 : D., 2008, p. 2820.

BRETZNER (J.-D.), obs. sous Cass. civ., 1ère, 5 avr. 2012, n° 11-14.177 : D., 2012, p. 2826.

BRISAC (M.), obs. sous CA, Dijon, 26 avr. 2000, n° 95/03313 : RDI 2001, p. 245.

CARATINI et SELLON, note sous Cass. civ., 1ère, 21 déc. 1987, Bull. civ. I, n° 347 : Gaz. Pal., 1988, 1, p. 149.

CASSON (P.), « Dénier de justice fondé sur l'insuffisance des preuves produites », obs. sous Cass. civ., 2ème, 27 avr. 2017, n° 16-15.019 : LEDA, 1er juin 2017, n° 6, p. 6.

CHARTIER (Y.), note sous Cass. civ., 1ère, 25 nov. 2003, n°00-22.089 : Rev. Sociétés, 2004, p. 93.

CHÉNEDÉ (F.), obs. sous Cass. civ., 1ère, 16 juin 2011, n° 08-20.475 : AJ fam., 2011, p. 376.

CROZE (H.), obs. sous Cass. civ., 1ère, 1er oct. 2014, n° 13-25.226 : Procédures 2014, comm. n° 316.

DELAUNAY (B.), « L'appréciation du délai raisonnable de jugement », notes sous CEDH (Cinquième Chambre), *Gunes c. France*, req. n° 32157/06, CE (Quatrième et cinquième sous-sections réunies), 6 mars 2009, n° 312625, Cass. civ., 1ère, n° 07-15.575 et n° 07-15.576 : RFDA, 2009, p. 551.

DELPECH (X.), obs. sous Cass. com. 4 nov. 2008, n° 07-18.147 : Dalloz actu., 17 nov. 2008.

DENIZOT (C.), « Portée des rapports amiables », obs. sous Cass. civ., 1ère, 28 nov. 2006, n° 04-17.147 et Cass. civ., 2ème, 14 sept. 2006, n° 05-14.333 : AJDI, 2007, p. 562.

DOUCHY-LOUDOT (M.):

- obs. sous Cass. civ., 1ère, 16 juin 2011, n° 08-20.475 : D., 2012, p. 1033.
- obs. sous Cass. civ., 1ère, 28 nov. 2007, n° 06-19.157, Bull. civ., I, n° 371 :

Procédures, 2008, comm. n° 49

DREYER (E.), obs. sous Cass. civ., 1ère, 5 avr. 2012, n° 11-14.177 : D., 2013, p. 457.

DUPRÉ DE BOULOIS (X.), « La personne morale, la vie privée, et le référé », comm. sous Cass. civ., 1ère, 17 mars 2016, n° 15-14.072, Bull. d'information 2016 n° 846, I, n° 1060, site internet de la Revue des Droits et Libertés Fondamentaux : <http://www.revuedlf.com/personnes-famille/la-personne-morale-la-vie-privee-et-le-refere-commentaire-sous-cass-civ-1-17-mars-2016-n15-14-072-a-paraitre-au-bulletin/>

DU RUSQUEC (E.), note sous Cass. civ. 2ème, 4 janv. 2006, n° 05-13.129, Bull. civ. II, n°5 : Gaz. Pal., 2007. Somm. 1308.

EGEA (V.), note sous Cass. civ., 2ème, 26 juin 2008, n° 07-13.875, Bull. civ. II, n° 156 : Dalloz actu., 1er août 2008.

FLECHEUX (G.), obs. Sous Cass. civ., 1ère, 28 avr. 1998, n° 96-11.637, Bull. Civ. I, n°155 : Gaz. Pal., 1998, p. 15.

FOULON (M.) et STRICKLER (Y.), note sous TGI, Nanterre, ord. de référé, 13 juin 2012, n° 13/01276 : Gaz. Pal., 1er-3 sept. 2013, p. 37.

FRICERO (N.) :

- obs. sous Cass. civ., 1ère, 5 avr. 2012, n°11-14.177, D., 2013, p. 269.
- comm. sous CEDH (Première Section), *Martins Silva c. Portugal*, 28 mai 2014, Requête n° 12959/10 : Procédures n° 7, juill. 2014, comm. n° 205.

GALLMEISTER (I), obs. sous Cass. civ., 2ème, 17 avr. 2008, n° 07-16.824 : D., 2008, p. 1345.

GARÉ (T.), obs. sous Cass. civ., 1ère, 16 juin 2011, n° 08-20.475 : RJPF, 2011-10/42.

GAUMONT-PRAT (H.) obs. sous Cass. civ., 1ère, 16 juin 2011, n° 08-20.475 : D., 2012, p. 308.

GLASER (E.), « Référé-expertise et conciliation (à propos du calcul du “forfait d’externat”) », ccl. CE, Section du Contentieux, *Organisme de gestion du cours du Sacré Cœur et autres*, 11 févr. 2005, n° 259290 : RFDA, 2005, p. 546

GOFFAUX CALLEBAUT (G.), « Le secret des affaires enfin pris en compte face aux mesures d’instruction in futurum », note sous Cass. civ., 1ère, 22 juin 2017, n° 15-27.845 : Bull. Joly Sociétés, 1er nov. 2017, n° 11, p. 18.

GRELLET (L.), « L’utilisation de l’article 145 du CPC doit se limiter à la préservation et à

l'établissement des preuves avant tout procès », obs. sous CA, Rouen, 19 oct. 2017, n° 16/06124 : Le Droit Maritime Français, n° 800, 1er mars 2018.

GUINCHARD (S.) et MOUSSA (T.) :

- obs. sous Cass. civ., 2ème, 8 oct. 1986, n° 85-14.201 : Gaz. Pal., 1987, 2, somm. 337.
- obs. sous Cass. civ., 2ème, 16 déc. 1985 : Gaz. Pal., 1986, 2, pan. n° 418.

GUINCHARD (S.), obs. sous Cass. civ., 3ème, 23 oct. 1984 : Gaz. Pal., 1985, 1, pan. n° 58.

HAAS (P.) : « Loyer du bail renouvelé et erreur grossière de l'expert », AJDI, 2018, p. 197, obs. sous Cass. civ., 3ème, 19 oct. 2017, n° 16-22.660 et Cass. civ., 3ème, 19 oct. 2017, n° 16-22.665.

HAUSER (J.), :

- obs. sous Cass. civ., 1ère, 16 juin 2011, n° 08-20.475, RTD civ., 2011, p. 524.
- obs. sous Cass. civ., 1ère, 5 avr. 2012, n° 11-14.177, RTD civ., 2012, p. 506.
- « Du droit à l'expertise biologique et de l'action judiciaire : une action en référé ne suffit pas », obs. sous Cass. Civ., 1ère, 8 juin 2016, n° 15-16.696 : RTD civ., 2016, p. 597.

HEUGAS-DARRASPEN (H.) :

- « Expertise judiciaire et durée de la procédure », obs. sous CEDH (Quatrième Section), *Galinho Carvalho Matos c. Portugal*, 23 nov. 1999, req. n°35593/97 : AJDI, 2001, p. 534.
- « Investigations techniques en expertise judiciaire et respect du contradictoire », ob. Sous Cass. civ., 2ème, 18 janv. 2001, n° 98-19.958 : Bull. civ. II, n°11 : AJDI, 2001, p. 620.
- obs. sous Cass. civ., 3ème, 27 juin 2001, n° 99-18.883 : AJDI 2002, p. 787.
- obs. sous Cass. civ., 1ère, 19 mars 2002, n° 00-11.907 : AJDI 2002, p. 867.
- « Respect du contradictoire et avis technique d'un sapiteur recueilli par l'expert commis dans le cadre d'une expertise judiciaire », obs. sous Cass. civ., 2ème, 16 janv. 2003, n° 01-03.427 : AJDI, 2003, p. 520.
- « Mesure d'expertise et droit d'être jugé dans un délai raisonnable », note sous Cass. civ., 1ère, 25 mars 2003, n° 01-10.306 : AJDI, 2003, p. 775.
- « Frais d'expertise judiciaire et information des parties », obs. sous Cass. civ., 2ème, 24 mars 2005, n° 03-14.768, Bull. civ. II, n° 77 : AJDI, 2005, p. 667.

- « Conséquences d'un rapport d'expertise comportant des appréciations juridiques », obs. sous Cass. soc., 28 sept. 2005, n° 04-60.517 : AJDI 2006. 210.
- « Le pré-rapport d'expertise à l'aune du principe de la contradiction », obs. sous Cass. com., 4 nov. 2008, *Commariou c. Sté Vinches*, n° 07-18.147, Bull. civ. IV, n° 189 : AJDI, 2009, p. 212.
- « Impartialité de l'expert judiciaire réalisant des expertises pour des compagnies d'assurances et procès équitable », obs. sous Cass. civ., 2ème, 22 oct. 2009, n° 07-21.487, Bull. civ. II, n° 247 : AJDI 2010, p. 327.
- « Régime du pré-rapport imposé par la mission judiciaire », obs. sous Cass. civ., 2ème, 29 nov. 2012, n° 11-10.805 : AJDI, 2013, p. 534.

HILGER (G.), « Examen comparé des sangs et expertise génétique en matière de filiation : l'unicité du régime juridique consacré par la jurisprudence », obs. sous Cass. civ., 1ère, 12 juin 2018, n° 17-16.793, arrêt n° 593 : Gaz. Pal., 17 juill. 2018, n° 26, p. 24.

HONORAT (A.), obs. sous Cass. com., 23 juin 1998, n° 96-12.222 : D., 1999, somm. 71.

HOUSIER (J.) :

- « Le droit de la filiation à l'épreuve du contrôle de proportionnalité... "Que Dieu nous garde du bon vouloir des magistrats !" », obs. sous Cass. civ., 1ère, 5 oct. 2016, n° 15-25.507 : AJ fam., 2016, p. 543.
- « Expertises sanguines et expertises génétiques *in futurum* : l'avènement d'un régime commun » obs. sous Cass. civ., 1ère, 12 juin 2018, n° 17-16.793, arrêt n° 593 : AJ fam., 2018, p. 397.

HUGON (C.), « L'expertise à l'épreuve de la contradiction », note sous Cass., ch. mixte, 28 sept. 2012, n° 11-11.381 : Gaz. Pal. 10 janv. 2013, n° 10, p. 366.

JULIEN (P.) :

- obs. sous Cass. civ., 3ème, 17 juill. 1985 : D., 1986, p. 225.
- obs. sous Cass. civ., 2ème, 16 janv. 2003, n° 01-03.427 : D.2003, p. 1403.

JULIEN (P.) et FRICERO (N.), obs. sous Cass. civ., 2ème, 24 mars 2005, n° 03-14.768, Bull. civ. II, n° 77 : D., 2006, pan. n° 549.

KEBIR (M.) :

- obs. sous Cass. civ., 2ème, 29 nov. 2012, n° 11-10.805, Dalloz actu. 21 déc. 2012.
- obs. sous Cass. soc., 26 janv. 2016, n° 14-15.360, Dalloz actu., 9 févr. 2016.

KERCKHOVE (E.), « Droits de l'enfant : chronique d'actualité législative et jurisprudentielle n° 13 (5e partie) », chron. sous plusieurs arrêts dont Cass. civ., 1ère, 10 juin 2015, n° 14-20.790 : LPA, 7 déc. 2016, n° 244, p. 4,

KRAJESKI (D.), « Force probante d'une expertise », obs. sous Cass. civ., 2ème, 14 déc. 2017, n° 16-24.305 : LEDA, 1er févr. 2018, n° 2, p. 4.

LARDEUX (G.), note sous Cass. civ., 1ère, 5 avr. 2012, n°11-14.177 : D., 2012, p. 1596.

LEGROS (J.-P.), obs sous Cass. com., 25 juin 2002, n° 00-20.162 : Dr. Sociétés 2003, n°6.

LEVENEUR (L.), note sous Cass. civ., 3ème, 18 nov. 1997 : CCC, 1998. comm. n° 21, p. 9.

LIENHARD (A.), obs. sous Civ. 1ère, 25 nov. 2003, n°00-22.089 : D., 2003, p. 3053.

MALINVAUD (P.), note sous Cass. com., 4 nov. 2008, n°07-18.147 : RDI 2009, p. 119.

MARGUENAUD (J.-P.), :

- « De la libre utilisation dans une procédure de divorce des lettres d'amour échangées entre le mari et son amant », obs. sous CEDH (Deuxième Section), *N.N. et T.A. c. Belgique*, 13 mai 2008, req. n° 65097/01 : RTD civ., 2008, p. 650.
- « Transsexualisme, droit à l'expertise équitable et diffusion de l'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'Homme dans les relations contractuelles », obs. sous CEDH (Troisième Section), *Van Kück c. Allemagne*, 12 juin 2003, req. n° 35968/97 : RTD civ., 2004, p. 361.
- « La socialisation du droit des contrats à la mode strasbourgeoise », obs. sous CEDH (Deuxième Section), *Almeida Ferreira et Melo Ferreira c. Portugal*, 21 déc. 2010, req. n° 41696/07 : RDC, 2011 ,n°3, p. 949.

MASSIP (J.), note sous Cass. civ., 1ère, 10 févr. 1993, n° 89-21.997, Bull. civ. I, n° 64, p. 42 : D., 1994, p. 66.

MELIN (F.), :

- obs. sous Cass. civ., 2ème, 7 juin 2018, n° 17-18.722 : Dalloz actu., 15 juin 2018, « Expertise et valeur des droits sociaux : aspects procéduraux ».
- obs. sous Cass. civ., 2ème, 6 sept. 2018, n° 17-60.331 : Dalloz actu., 17 sept. 2018, « Un avocat peut être expert judiciaire ».

MESSAÏ-BAHRI (S.), note sous Cass. com., 15 nov. 2011, n° 10-28.036 : Rev. Sociétés 2012, p. 566.

MESTRE (J.) et FAGES (B.), « Une limite justifiée à la règle selon laquelle nul ne peut se

constituer une preuve à lui-même », note sous CA, Limoges, 18 nov. 1999, *SNCF c. Consorts Sellas* : RTD civ., 2000, p. 839.

MICHEL (O.), obs. sous Cass. civ., 2ème, 24 nov. 1999 : AJDI, 2000, p. 728.

MORLET-HAÏDIRA (L.), note sous Cass. civ., 2ème, 22 mai 2008, n° 08-10.314 Bull.civ. II, n° 122 : D., 2008, jur. 2635.

MOUSSA (T.), note sous Cass. civ., 1ère, 21 déc. 1987, Bull. civ. I, n° 347 : D. 1988, p. 578.

NEIRINCK (C.), note sous Cass. civ., 1ère, 16 juin 2011, n° 08-20.475, Dr. Fam., 2011, comm. n° 150.

NIELS (P.-L.) et MORIN (M.), « L'ordre public de proximité en matière de filiation à l'épreuve des droits fondamentaux dédiés à l'intérêt de l'enfant et à son droit à l'identité », obs. sous Cass. civ., 1ère, 27 sept. 2017, n° 16-19.654 : LPA, 31 janv. 2018, n° 23, p. 12.

NÍ GHAIRBHIA (N.), « L'impossibilité de déterminer le domicile de l'enfant : motif légitime de ne pas procéder à l'expertise biologique », obs. sous Cass. civ., 1ère, 11 oct. 2017, 16-23.104 : Gaz. Pal., 9 janv. 2018, n° 1, p. 76.

NOGUERO (D.), obs. sous Cass. civ., 3ème, 9 mars 2017, n° 15-18.105, 15-19.104 et 15-21.541 : RDI, 2017, p. 244.

NORMAND (J.), obs. sous TGI, Paris, ord. de référé, 11 janv. 1984 : RTD civ., 1984, p. 553.

PARICARD (P.), « Transsexualisme : la Cour de cassation sonnerait-elle le glas de la libéralisation ? », note sous Cass. civ. 1ère, 7 juin 2012, n° 10-26.947 et Cass. civ. 1ère, 7 juin 2012, n° 11-22.490 : RDSS, 2012, p. 880.

PELLET (S.), « Le principe de proportionnalité au secours du secret des affaires ! », note sous Cass. civ., 1ère, 22 juin 2017, n° 15-27845 : L'ESSENTIEL Droit des contrats, 1er sept. 2017, n° 8, p. 5.

PELLOUX (R.), obs. sous CEDH (Plénière), 8 déc. 1983, *Pretto et autres c. Italie*, req. n° 7984/77, Série A, n° 71 : AFDI, 1984, p. 483.

PENNEAU (A.), obs sous Cass. civ., 2ème, 5 déc. 2002, n° 01-00.224, Bull. civ. II, n° 275 : D., 2003, p. 2260.

PENNEAU (J.), obs. sous Cass. civ., 2ème, 7 juill. 1998, Bull. civ. II, n° 239 : D. 1999, p. 391.

PERROT (R.) :

– obs. sous Cass. civ., 1ère, 23 nov. 1977, n° 76-12.773, Bull. civ. I, n° 442 : RTD civ.,

1978, p. 423.

- obs. sous Cass. civ., 1ère, 27 nov. 1977, Bull. civ. I, n° 442 : RTD civ., 1978, p. 423.
- obs sous Cass. civ., 1ère, 21 déc. 1987, Bull. civ. I, n° 347 : RTD civ., 1988, p. 397.
- obs. sous Cass. civ., 1ère, 28 avr. 1998, n° 96-11.637, Bull. civ. I, n° 155 : RTD civ., 1998, p. 744.
- obs. sous Cass. civ., 2ème, 25 mars 1999, Juris-Data, n° 001299 : RTD civ., 2000, p. 158.
- obs. sous Cass. civ., 3ème, 23 mars 2005, n° 04-11.455, Bull. civ., 2005, III, n° 73 : Procédures, juill. 2005, comm. n° 177.
- obs. sous Cass. civ., 1ère, 7 juin 2005, pourvoi n° 05-60.044, Bull. 2005, I, n° 241, p. 203 : RTD civ., 2006, p. 151, « La loyauté procédurale ».
- obs. sous Cass. civ. 2ème, 28 juin 2006, n° 04-17.224 : RTD civ., 2006, p. 821.
- obs. sous Cass. civ., 3ème, 13 janv. 2009, n° 07-21.521 et Cass. civ., 3ème, 13 janv. 2009, n° 07-21.902 : RTD civ., 2009, p. 364.
- note sous Cass. civ., 3ème, 10 févr. 2009, n° 07-21.134, Procédures, 2009, comm. n° 105.
- obs. sous Cass. civ., 2ème, 18 juin 2009, n° 08-12.671 : Procédures, oct. 2009, n° 10, comm. n° 304.
- obs. sous Cass. ch. mixte, 28 sept. 2012, n°11-11.381 : D., 2012, p. 2317.
- obs. sous Cass. civ., 2ème, 26 sept. 2013, n° 12-25.433 : RTD civ., 2014, p. 161.

PRALUS-DUPUY (J.), note sous Cass. civ., 1ère, 28 avr. 1998, n° 96-11.637, Bull. civ. I, n°155 : JCP G, 1999, II, n° 10102.

RODIERE (R.), note sous Cass. com., 9 juill. 1953 : JCP, 1954, II, p. 8072.

ROQUET (Y.), « L’ambivalence de l’expertise extrajudiciaire dans le procès », obs. sous Cass. civ., 3ème, 3 févr. 2010, n°09-10.631, Bull. civ. 2010, III, n° 31 : D., 2010, p. 439.

ROUSSEL GALE (P.), obs. sous Cass. com., 1er févr. 2011, n° 10-40.057 : Rev. Sociétés, 2011, p. 193.

SAULIER (M.), :

- obs. sous Cass. Civ., 1ère, 8 juin 2016, n° 15-16.696 : AJ fam., 2016, p. 388.
- « La preuve de la paternité face au refus de l’expertise génétique par l’enfant », obs. sous CEDH (Première Section), *Bagniewski c. Pologne*, 31 mai 2018, req.

n° 28475/14, AJ fam., 2018, p. 398.

SCHULZ (R.), :

- « Portée probatoire de l’expertise amiable contradictoirement menée entre les parties », obs. sous Cass. com., 19 nov. 2013, n° 12-20.143 : RGDA, févr. 2014, n° 2, p. 129.
- « Preuve de circonstances du sinistre : le piège de l’expertise non judiciaire (et non contradictoire) », obs. sous Cass. civ., 2ème, 2 mars 2017, n° 16-13.337 : RDA, 1er avr. 2017, n° 4, p. 286.
- « Référé expertise : motif légitime, caractère légalement admissible de la mesure et contrôle de la proportionnalité », note sous Cass. civ., 1ère, 22 juin 2017, n° 15-27.845 : RDA, 1er oct. 2017, n° 10, p. 529.
- « Encore le piège de l’expertise non judiciaire et non contradictoire », obs. sous Cass. civ., 2ème, 14 déc. 2017, n° 16-24.305 : RDA, 1er févr. 2018, n° 2, p. 125.

SIFFREIN-BLANC (C.), obs. sous Cass. civ., 1ère, 16 juin 2011, n° 08-20.475 : D., 2011, p. 1757.

TAVERNIER (P.), obs. sous CEDH (Plénière), 8 déc. 1983, *Pretto et autres c. Italie*, req. n° 7984/77, série A, n° 71 : JDI, 1985, p. 228.

URBAIN-PARLEANI (I.), obs. sous CA, Paris (14ème ch., cect. A) 23 nov. 2005, *Société civile des Mousquetaires c. Deyglun* : Rev. sociétés, 2006, p. 193.

WASZEK (J.), « Nouvelle application du contrôle de proportionnalité au droit de la filiation : la sécurité juridique l’emporte sur la vérité biologique », obs. sous Cass. civ., 1ère, 5 oct. 2016, n° 15-25.507 : Gaz. Pal., 3 janv. 2017, n° 1, p. 76.

8. SITES INTERNET

Centre National de Ressources Lexicales et Textuelles : <http://www.cnrtl.fr>

Compagnie des experts près la cour d’appel de Versailles : <http://www.experts-versailles.fr>

Conseil constitutionnel : <http://www.conseil-constitutionnel.fr>

Conseil de l’Europe (site en français) : <http://hub.coe.int/fr/>.

Conseil national des compagnies d’experts de justice : <http://www.fncej.org>

Cour de cassation : <http://www.courdecassation.fr>

Cour européenne des droits de l'homme : www.echr.coe.int

Cour de justice de l'Union européenne : http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/

Eur-Lex : Access to European Union law : <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html>

Institut européen de l'expertise et de l'expert : <http://www.experts-institute.eu>

Journal officiel : <http://www.journal-officiel.gouv.fr>

Jurisdoctria, Revue doctorale de droit public comparé et de théorie juridique :
<http://www.jurisdoctria.net>

Légifrance : <http://www.legifrance.gouv.fr>

Ministère de la justice : <http://www.justice.gouv.fr>

Platerfome Opalexe : <http://www.opalexe.fr>

Parlement européen : <http://www.europarl.europa.eu/portal/fr>

Revue Recherche Droit et Justice : <http://www.gip-recherche-justice.fr>

Revue Experts : <http://www.revue-experts.com>

Unidroit : <http://www.unidroit.org>

Union européenne (site web officiel) : http://europa.eu/index_fr.htm

INDEX

(Les numéros renvoient aux paragraphes ou aux notes de bas de page)

- A -

Amicus curiae, 7

Arbitrage, 7

- B -

Bonne administration de la justice, 25, 96

- C -

Compétences de l'expert judiciaire

- appréciations juridiques, 119-120
- nécessité de compétences, 88
- caractère personnel de la mission, 111-113
- critères de Daubert, 89
- dépassement de mission, 117-118
- remise en cause des compétences de l'expert, 95
- objectivité, 114-116
- respect des règles procédurales, 107-108

Confidentialité de l'expert

- secret des affaires, 427-429
- convention de procédure participative, 534
- expertise judiciaire en tant que mode amiable de résolution des différends autonome, 557

Contradictoire

- convocation des parties, 149-151
- code de procédure civile, 132-133, 135
- définition, 126-127
- dires, 184-185, 251
- *Dispute Boards*, 542
- v. expertises particulières
- expertise unilatérale, 449-457
- expertise pénale (nbp n° 430)

- *Mantovanelli contre France* (arrêt de la Cour EDH), 24, 138-141
- incidence sur le coût de l'expertise, 250
- nullité des opérations, 180-182
- pré-rapport d'expertise, 158-160
- rôle du juge, 147, 155
- sapiteur, 156
- triptyque du code de procédure civile, 132, 485

Contrôle de proportionnalité

- délai raisonnable et contrôle de proportionnalité, 214-223
- filiation et contrôle de proportionnalité, 395-397
- indépendance de l'expert et contrôle de proportionnalité, 85
- secret des affaires et contrôle de proportionnalité, 432-435

Convention Européenne des Droits de l'Homme

- effet horizontal, 496
- particularité du système, 16, 18

Cour Européenne des Droits de l'Homme

- v. délai raisonnable et contrôle de proportionnalité
- scepticisme sur le droit d'accès à l'expertise, 312-318
- particularité du contrôle, 18

Coût raisonnable de l'expertise

- aide juridictionnelle, 230
- barèmes indicatifs des cours d'appel, 242
- consignation, 233
- coût de l'expertise et accès au juge, 229
- coût de l'expertise et égalité des armes, 232-234
- critères d'appréciation, 240-241
- principe de rémunération de l'expert, 225

- provision *ad litem*, 234
- rôle taxateur du juge, 237-238

- D -

Décret n° 2004-1463 du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires, 6, 39, 93, 205

Délai raisonnable

- célérité de l'expert, 204-205
- contrôle de proportionnalité en matière de délai raisonnable, 214
- critère de complexité de l'affaire, 215-216
- critère du comportement des autorités nationales judiciaires, 221-223
- critère du comportement du requérant, 218-219
- délai raisonnable dans l'expertise judiciaire, 201
- *Dispute Boards*, 540
- nullité, 207
- principe de célérité, 196-197

Dématérialisation, 278-283

Déontologie de l'expert

- codes de déontologie, 41, 42, 507
- définition, 40, 507

Droit à la preuve

- autonomie, 345
- définition, 337
- manifestation dans l'expertise unilatérale, 469
- nature hybride, 346
- reconnaissance, 19, 339, 341, 343-345

Droit au juge, 82, 229, 300-306, 359, 560-568

Droit au respect de la vie privée et familiale, 18

- filiation, 374-375
- expertise unilatérale, 474

- v. secret

Droit de la preuve, 8, 19, 314, 336

Droits de l'homme

- éléments historiques, 13
- positivisation, 14

Droits fondamentaux

- apparition, 12
- définition, 12, 15, 16
- v. droits de l'homme
- spécificité, 14

Droits fondamentaux procéduraux

- définition, 18
- droit à l'expertise judiciaire, 296
- v. procès équitable

Droits fondamentaux subjectifs

- définition, 18
- droit à l'expertise judiciaire, 296
- v. droit au respect de la vie privée et familiale
- influences, 361

Droit processuel

- évolution, 11
- v. droits fondamentaux procéduraux
- v. procès équitable

- E -

Enquêtes privées, 482

Expert judiciaire

- collaborateur, 112
- conciliateur, 552-559
- v. compétences de l'expert judiciaire
- expert réglementé, 42
- médiateur, 552-559
- qualités attendues, 29
- sapiteur, 113
- statut, 6

Expertise

- définition générale, 2

- v. expertise judiciaire
- v. expertise non judiciaire
- expertises obligatoires, 333-334, 349-352
- Histoire, 1, 2
- perfectionnement et renouvellement, 19
- utilité de l'expertise, 2, 330

Expertise amiable

- bonne foi, 504-507
- clause d'expertise amiable, 500
- compétences de l'expert, 518-521
- contradictoire, 514-516
- définition, 8, 494
- erreur grossière de l'expert, 520
- impartialité et indépendance, 510-512
- liberté contractuelle, 498-502
- v. modes amiables de résolution des différends

Expertise biologique

- actions concernées, 370
- consécration du droit à l'expertise biologique en matière de filiation, 366-367
- consentement, 399, 404-406
- contradictoire, 177
- définition, 363
- exception d'ordre public international, 377-379
- expertise *post mortem*, 374, 400-402
- fondamentalisation, 373-375
- intérêt supérieur de l'enfant, 407
- motifs légitimes, 383-397
- recherche de paternité, 371

Expertise judiciaire

- caractère raisonnable, 194
- complément d'expertise, 327
- contractualisation, 268-270
- droit d'accès à l'expertise judiciaire, 295
- encadrement légal, 10
- équité de l'expertise judiciaire, 20, 22-25, 291
- expertise commune, 258

- expertise judiciaire équitable autonome, 308, 310
- influence sur la décision du juge, 5
- mode amiable de règlement des différends autonome, 544-559
- particularité, 4
- qualité de l'expertise judiciaire, 27
- rapprochement des parties, 549
- succès, 5

Expertise non judiciaire, 8, 20, 442

- v. expertise amiable
- v. expertise unilatérale ou officieuse
- v. modes amiables de résolution des différends
- objectifs, 8

Expertises particulières

- expertise automobile, 507
- v. expertise biologique
- expertise demandée par le comité social et économique, 361
- expertises des articles 1843-4 et 1592 du code civil, 520
- expertise en matière d'assurance dommages ouvrage, 490
- expert en évaluation des droits sociaux, 168-169
- expertise de gestion, 170-171
- expertise médicale, 176
- expertise médicale de la loi *Badinter*, 516
- expertise relative au contrat de transport, 261
- fixation du prix à dire d'expert, 502
- technicien désigné par le juge commissaire, 166-167
- transsexualisme, 361

Expertise unilatérale

- bonne foi, 475
- corroboration, 459-465
- définition, 8
- discussion contradictoire, 449-457
- établissement légal, 473-474
- expertise unilatérale légale, 444
- expertise unilatérale privée, 444
- résurgence du contradictoire, 489-

- 490
- type de preuve, 471
- valeur de l'expertise unilatérale, 472

- I -

Impartialité

- conflit d'intérêts, 30, 124
- définition, 31, 54
- *Dispute Boards*, 541
- expertise pénale (nbp n° 252)
- extension de l'exigence, 61, 63-65
- objective et subjective, 55
- solution transactionnelle, 550

Indépendance

- conflit d'intérêts, 30, 124
- cumul d'activités, 80-86
- déclaration d'indépendance (ou d'intérêts), 44-45, 512
- définition, 31, 34
- déontologie, v. cette entrée
- *Dispute Boards*, 541
- expert et saisie-contrefaçon, 47
- formes de dépendance, 49-52

- J -

Juge

- contrôle de la célérité de l'expertise, 210-213, 222-223, 289
- déni de justice, 321-323
- v. droit au juge
- *juris dictio*, 4, 119, 322, 325, 330
- liberté de désignation de l'expert, 100-101
- magistrat chargé du contrôle des mesures d'instruction, 19, 264
- protection du secret des affaires, 420-435
- rôle taxateur du juge, 237-238

- L -

Loi n° 71-498 du 29 juin 1971 relative aux

experts judiciaires, 6, 39

Loyauté

- intentions dilatoires des parties, 263, 281
- loyauté et impartialité de l'expert, 59
- loyauté procédurale, 264

- M -

Management de la justice, 193, 288

Mesures d'instruction

- constatation et consultation, 4, 7, 272-275
- espace européen (règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001), 19
- v. mesure d'instruction *in futurum*
- mesures exécutées par le juge, 4
- mesures réalisées par un technicien, 4
- rôle des mesures d'instruction, 92

Mesures d'instruction *in futurum*

- article 145 du code de procédure civile, 354
- abus de l'expertise en référé, 253-255
- autonomie de l'article 145 du code de procédure civile, 356
- communication et production de pièces, 431
- prohibition ancienne, 4
- expertise en évaluation de droits sociaux, 169
- opposition face au secret des affaires, 412

Modes amiables de résolution des différends

- définition, 9
- *Dispute Boards*, 537-543
- intérêts, 522
- recours au technicien dans le cadre de la convention de procédure participative, 9, 523, 526-535

- N -

Nomenclature *Dintilhac*, 254

- O -

Opposabilité aux tiers, 486-487

Organisme de sécurité sociale (assignment), 259

- P -

Preuve

- administration de la preuve, 265, 336, 349, 352, 356, 473
- v. droit à la preuve
- v. droit de la preuve
- preuves imparfaites, 5
- preuves rationnelles, 3
- preuves scientifiques, 3

Procès équitable (art. 6 § 1 Conv. EDH)

- v. contradictoire
- v. coût raisonnable de l'expertise
- définition, 18
- v. délai raisonnable
- dimension substantielle, 18
- v. droit à la preuve
- v. droit au juge
- égalité des armes, 18
- élasticité, 19
- v. impartialité
- v. indépendance

Progrès scientifiques et technologiques, 293

- R -

Raisonnable

- définition, 192, 287
- renforcement du caractère raisonnable de l'expertise, 246

Rapport de la commission de réflexion sur l'expertise *Bussière Autin*, 19, 246, 253

Rapport relatif à la célérité et la qualité de la justice *Magendie*, 282

Récusation de l'expert, 55, 62, 70-72, 534

Réformes de la justice

- Réforme J-21, 278, 361, 544, 553
- Chantiers de la Justice, 278, 522, 544, 572

Responsabilité de l'expert

- responsabilité civile délictuelle, 73-74
- responsabilité civile contractuelle, 512, 519, 520
- responsabilité pénale, 123, 429
- sanctions disciplinaires, 76-77

Responsabilisation des parties, 72, 260, 283

- S -

Secret

- notion, 409
- personnes morales, 122
- respect du secret, 121
- secret bancaire, 410
- secret de fabrication, 410
- secret des correspondances, 410
- secret fiscal, 410
- secret professionnel, 123
- secret médical, 361, 410

Secret des affaires, 19

- absence d'autonomie face à l'instauration d'une mesure d'instruction *in futurum*, 414-419
- définition (loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires), 411
- mesures d'aménagement de l'expertise, 422-425
- personnes morales, 122

TABLES DES MATIERES

INTRODUCTION.....	1
 PREMIÈRE PARTIE : LE RENFORCEMENT SOUHAITABLE DE L'ÉQUITÉ DE L'EXPERTISE JUDICIAIRE.....	31
TITRE 1 : L'EXIGENCE D'UNE EXPERTISE DE QUALITÉ.....	35
Chapitre 1 : Les qualités attendues de l'expert, acteur de l'expertise.....	37
Section 1. Les exigences d'indépendance et d'impartialité de l'expert.....	37
§ 1. Le contenu des exigences d'indépendance et d'impartialité de l'expert.....	39
A. L'indépendance de l'expert, une exigence incertaine.....	39
1. La recherche nécessaire du devoir d'indépendance de l'expert judiciaire	40
a. L'absence regrettable de dispositions spécifiques relatives à l'indépendance de l'expert judiciaire.....	41
α . Les lacunes des textes relatifs à l'expertise judiciaire.....	41
β. Les limites provenant des règles déontologiques.....	42
b. La mobilisation de données originales révélatrices de l'indépendance de l'expert judiciaire.....	45
α. L'établissement d'une déclaration d'indépendance.....	45
β. L'utilisation de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH.....	46
2. Les formes de dépendance de l'expert judiciaire.....	48
B. L'impartialité, une exigence étendue.....	52
1. Les fondements de l'impartialité de l'expert.....	54
2. L'extension de l'exigence d'impartialité de l'expert.....	57
a. Les cas de partialité de l'expert prévus par la loi.....	57
b. Le recours au droit européen et l'extension des cas de récusation de l'expert.....	59
§ 2. La mise en œuvre des exigences d'indépendance et d'impartialité de l'expert	61
A. La diversité des sanctions du non-respect des obligations d'indépendance et d'impartialité par l'expert.....	61

1. Les sanctions judiciaires.....	62
a. La récusation de l'expert, sanction classique de l'atteinte aux obligations d'indépendance et d'impartialité.....	62
b. L'engagement de la responsabilité civile de l'expert judiciaire.....	64
2. Les sanctions disciplinaires.....	66
B. La nécessité de maîtriser les risques d'indépendance et d'impartialité de l'expert judiciaire.....	67
1. Le cumul des missions d'expertises privées et d'expertises judiciaires, la réalité du risque.....	68
2. Les solutions envisageables face aux risques engendrés par les situations de cumul.....	70
Section 2. le droit à un expert compétent.....	74
§ 1. La recherche d'un droit à un expert compétent.....	77
A. les règles légales de compétence de l'expert.....	77
B. les données jurisprudentielles d'un expert compétent.....	78
§ 2. Les critères d'un expert compétent.....	80
A. Des connaissances techniques et scientifiques suffisantes.....	81
1. La liberté du juge dans le choix de l'expert judiciaire.....	81
2. La nécessité de qualifications suffisantes de l'expert.....	83
B. Le respect des règles procédurales.....	86
C. Le respect des règles techniques générales afférente à sa mission.....	88
1. Le caractère personnel de la mission de l'expert.....	88
2. L'objectivité de l'expert.....	90
3. La prohibition du dépassement de la mission confiée par le juge.....	92
4. La prohibition des appréciations juridiques.....	93
5. Le respect du secret.....	96
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	101
Chapitre 2 : La qualité du déroulement de l'expertise : le paradoxe du principe du contradictoire.....	103
Section 1. L'emprise importante du principe du contradictoire sur l'expertise judiciaire.....	105
§ 1. L'exigence du respect de la contradiction au sein de l'expertise	105

A. Les exigences du code de procédure civile.....	106
1. La manifestation du contradictoire au sein des principes directeurs du procès.....	106
2. La manifestation du contradictoire au sein des règles relatives aux mesures d’instruction et à l’expertise.....	107
B. Les exigences jurisprudentielles.....	108
1. L’influence prépondérante de l’arrêt Mantovanelli contre France.....	108
2. L’après Mantovanelli, les jurisprudences renforçant la nécessité du contradictoire dans l’expertise.....	112
§ 2. L’étendue du contradictoire à l’ensemble de l’expertise.....	113
A. La présence impérative des parties à l’expertise.....	114
B. La nécessité de discussion dans l’expertise.....	116
1. Le rôle important des intervenants à l’expertise dans la mise en œuvre de la discussion.....	116
2. L’usage primordial du pré-rapport, enclencheur de discussion.....	119
Section 2. la relativisation du principe du contradictoire dans l’expertise.....	124
§ 1. Les limitations au principe du contradictoire.....	124
A. Les expertises ne relevant pas du code de procédure civile.....	124
1. La désignation d’un technicien par le juge commissaire.....	125
2. L’expertise d’évaluation des droits sociaux.....	127
3. L’expertise de gestion.....	129
B. Les opérations dispensées du respect du contradictoire.....	131
§ 2. Les limites du principe du contradictoire.....	134
A. L’atténuation du principe du contradictoire.....	134
B. La lourdeur du principe du contradictoire.....	138
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	141
CONCLUSION DU TITRE.....	143
 TITRE 2 : L’EXIGENCE DU CARACTÈRE RAISONNABLE DE L’EXPERTISE.....	145
Chapitre 1 : Les composantes de l’expertise raisonnable.....	149
Section 1. L’expertise judiciaire face à l’exigence du délai raisonnable.....	149
§ 1. L’affirmation de la nécessité de célérité de l’expertise judiciaire.....	152

A. L'exigence sous-entendue d'une expertise judiciaire à durée raisonnable par la Cour Européenne des Droits de l'Homme.....	152
B. La consécration de l'obligation de célérité de l'expert.....	154
1. Les données légales révélatrices de l'obligation de célérité de l'expert.....	154
2. Le renforcement de l'effectivité du devoir de célérité de l'expert par la mise en œuvre de ses sanctions.....	156
§ 2. La vérification du respect de la célérité de l'expertise.....	158
A. Le juge ordonnant l'expertise, régulateur du temps d'exécution de la mesure.....	158
B. Les juges de la Cour européenne des droits de l'homme et le contrôle de proportionnalité en matière de délai raisonnable.....	161
1. Le critère tenant à la complexité de l'affaire.....	162
2. Le critère tenant au comportement du requérant.....	163
3. Le critère tenant au comportement des autorités nationales judiciaires.....	165
Section 2. La question du coût raisonnable de l'expertise.....	169
§ 1. L'élaboration d'un principe de coût raisonnable de l'expertise.....	171
A. Le coût raisonnable de l'expertise résultant du principe d'accès au juge.....	171
B. Le coût raisonnable de l'expertise résultant du principe d'égalité des armes.....	174
§ 2. L'identification des paramètres du coût raisonnable de l'expertise.....	177
A. Le pouvoir souverain du juge dans la fixation de la rémunération de l'expert.....	177
B. Les critères de fixation de la rémunération de l'expert par le juge.....	180
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	184
Chapitre 2 : Le renforcement du caractère raisonnable de l'expertise.....	185
Section 1. L'identification des limites au caractère raisonnable de l'expertise.....	187
§ 1. Les facteurs légaux, limite au caractère raisonnable de l'expertise.....	187
A. L'application paradoxale du principe du contradictoire.....	188
B. L'abus du recours à l'expertise de l'article 145 du code de procédure	

civile.....	190
§ 2. Les limites pratiques au caractère raisonnable de l'expertise.....	193
A. Le ralentissement involontaire des parties dans la mesure d'expertise :	
le manque de diligences.....	194
B. Le ralentissement volontaire des parties dans la mesure d'expertise :	
l'atteinte à l'obligation de loyauté.....	198
Section 2. Les moyens d'assurer le caractère raisonnable de l'expertise.....	200
§ 1. La meilleure utilisation des règles du code de procédure civile.....	200
A. La préparation de l'expertise par une coopération entre ses acteurs.....	201
B. Le recours aux mesures d'instruction alternatives à l'expertise.....	204
§ 2. La généralisation de la dématérialisation de l'expertise.....	208
A. L'application de la dématérialisation à l'expertise.....	208
B. Dématérialisation et prudence.....	211
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	214
CONCLUSION DU TITRE.....	215
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....	217
 SECONDE PARTIE : LES MUTATIONS NÉCESSAIRES DE L'EXPERTISE CIVILE.....	218
TITRE 1 : LE DROIT À L'EXPERTISE JUDICIAIRE AU REGARD DES DROITS	
FONDAMENTAUX.....	223
Chapitre 1 : Le renforcement du droit à l'expertise judiciaire par les droits	
fondamentaux processuels.....	225
Section 1. Le droit au juge, soutien du droit à l'expertise judiciaire.....	225
§ 1. La contribution des règles européennes relatives au droit au juge à	
l'émergence d'un droit à l'expertise.....	226
A. La richesse du droit au juge au service de la reconnaissance d'un droit	
à l'expertise judiciaire.....	226
1. La multiplicité des garanties du droit au juge, révélatrices de la	
reconnaissance du droit à l'expertise.....	226
2. L'émergence d'un droit à l'expertise judiciaire équitable autonome ?	
.....	228

B. Le scepticisme de la Cour européenne des droits de l'homme à l'égard d'un droit à l'expertise judiciaire.....	231
1. Le droit à l'expertise et l'hésitation de la Cour européenne des droits de l'homme.....	231
2. Une stabilisation jurisprudentielle en matière de droit à l'expertise judiciaire ?.....	233
§ 2. L'influence du droit au juge sur le droit à l'expertise judiciaire en droit interne.....	236
A. Le déni de justice, aspect négatif de la mise en œuvre du droit au juge sur le droit à l'expertise.....	236
1. Le déni de justice, vecteur du droit à l'expertise.....	236
2. L'étendue des obligations d'organisation d'une expertise et de complétude du juge.....	241
B. L'expertise en tant qu'aide au juge, aspect positif de la mise en œuvre du droit au juge sur le droit à l'expertise judiciaire.....	242
1. L'incitation à l'aide.....	242
2. Les expertises obligatoires.....	244
Section 2. Le droit à la preuve, maintien du droit à l'expertise judiciaire.....	247
§ 1. L'émergence et l'affirmation du droit à la preuve.....	248
A. L'appréhension du droit à la preuve par la Cour européenne des droits de l'homme.....	249
B. L'appréhension du droit à la preuve par les juridictions internes.....	251
§ 2. L'influence du droit à la preuve sur le droit à l'expertise judiciaire.....	253
A. L'obligation d'ordonner une mesure d'expertise.....	253
B. L'article 145 du code de procédure civile, expression du droit à l'expertise sur le fondement du droit à la preuve.....	257
CONCLUSION DU CHAPITRE	262
Chapitre 2 : La limitation du droit à l'expertise judiciaire par les droits fondamentaux subjectifs.....	264
Section 1. L'ambivalence du droit à l'expertise biologique en matière de filiation.....	269
§ 1. La sacralisation du droit à l'expertise biologique en matière de filiation....	269
A. La consécration du droit à l'expertise biologique en matière de	

filiation.....	269
1. Un revirement jurisprudentiel significatif.....	270
2. Portée et étendue d'une jurisprudence capitale.....	271
B. La fondamentalisation du droit à l'expertise biologique en matière de filiation.....	274
1. Le déploiement du droit au respect de la vie privée et familiale, fondement du droit à l'expertise biologique	274
2. Le renforcement de l'intérêt de l'enfant dans les conflits internationaux relatifs à la filiation.....	276
§ 2. Les limitations du droit à l'expertise biologique en matière de droit de la filiation.....	278
A. Le motif légitime de ne pas procéder à l'expertise biologique.....	279
1. La notion de motif légitime.....	279
2. L'illustration des motifs légitimes conduisant au refus d'une expertise biologique.....	281
a. Les restrictions légales de procéder à une mesure d'expertise biologique.....	281
b. L'impossibilité manifeste de pratiquer une expertise biologique...	283
c. Le caractère superfétatoire de la mesure d'expertise biologique...	284
d. Le caractère abusif de la mesure d'expertise biologique.....	285
3. L'entrée des motifs légitimes dans la mise en œuvre d'un contrôle de proportionnalité.....	286
B. Le consentement nécessaire de l'intéressé à l'expertise biologique.....	290
1. L'expertise <i>post-mortem</i>	291
2. Les conséquences du refus par l'intéressé.....	293
Section 2. L'expertise judiciaire face au secret des affaires.....	298
§ 1. Le caractère non absolu du secret des affaires en matière d'expertise <i>in futurum</i>	302
A. La reconnaissance de l'absence d'autonomie du secret des affaires.....	303
B. Le secret des affaires, élément d'appréciation du motif légitime de l'expertise <i>in futurum</i>	305
§ 2. Le rôle du juge dans la protection du secret des affaires face à une	

demande d'instauration d'une expertise.....	307
A. Une protection a posteriori par la mise en place de moyens de préservation du secret des affaires.....	307
1. Les mesures d'aménagement de l'expertise résultant de l'article L. 153-1 du code de commerce.....	308
2. L'obligation de confidentialité résultant de l'article L. 153-2 du code de commerce.....	313
B. Une préservation préventive du secret des affaires : la promotion de l'expertise judiciaire en tant que mesure de substitution.....	315
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	320
CONCLUSION DU TITRE 1.....	322
TITRE 2 : LE DROIT À L'EXPERTISE NON JUDICIAIRE AU REGARD DES DROITS FONDAMENTAUX.....	325
Chapitre 1 : La recevabilité de l'expertise unilatérale dans le procès.....	327
Section 1. Les conditions de recevabilité d'une expertise unilatérale privée au procès.....	330
§ 1. La discussion du rapport unilatéral.....	330
A. L'ancienneté de la condition de discussion.....	331
B. L'étendue du critère de discussion.....	332
1. Une communication régulière du rapport officieux.....	332
2. L'instauration d'un débat autour du rapport unilatéral.....	334
§ 2. La corroboration du rapport unilatéral par d'autres éléments de preuve.....	335
A. La fin d'une opposition jurisprudentielle.....	335
B. L'étendue de l'exigence de corroboration.....	337
Section 2. La portée de la prise en compte dans l'instance de l'expertise unilatérale privée.....	340
§ 1. L'expertise unilatérale privée face au droit de la preuve.....	340
A. L'entrée de l'expertise unilatérale dans le champ du droit à la preuve..	340
B. L'expertise unilatérale privée, un mode de preuve devant être légalement établi.....	344
§ 2. L'incidence de la recevabilité de l'expertise unilatérale privée sur la	

portée du principe du contradictoire.....	347
A. La légitimité de l'allègement du principe du contradictoire.....	347
1. Une légitimité au regard des règles européennes.....	347
2. Une légitimité au regard des règles procédurales internes.....	359
a. La justification au regard des règles procédurales internes protégeant le principe du contradictoire.....	350
b. La justification au regard des conditions d'opposabilité d'un rapport d'expertise judiciaire à un tiers qui n'a pas participé aux opérations expertales.....	351
B. La résurgence du contradictoire dans l'unilatéral	353
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	356
Chapitre 2 : L'insertion de l'expertise dans l'amiable : une manifestation originale des droits fondamentaux	357
Section 1. L'expertise amiable contractualisée.....	358
§ 1. L'identification des règles applicables au contrat d'expertise.....	359
A. Le principe de liberté contractuelle.....	359
B. Le principe de bonne foi.....	363
§ 2. La mise en œuvre des règles applicables au contrat d'expertise.....	366
A. Les exigences d'indépendance et d'impartialité.....	366
B. Le respect du principe du contradictoire.....	369
C. Les compétences de l'expert.....	371
Section 2. L'expertise amiable encadrée : l'expertise insérée dans les modes amiables de résolution des différends.....	374
§ 1. L'application des garanties fondamentales de l'expertise judiciaire à l'expertise utilisée dans les MARD.....	376
A. Le régime du recours au technicien dans le cadre de la convention de procédure participative.....	376
1. Présentation de la convention de procédure participative et recours au technicien	376
2. Fondamentalisation des modalités du recours au technicien.....	379
3. Les difficultés relatives aux droits fondamentaux.....	381
B. Le régime particulier des <i>Dispute Boards</i>	383

1. Présentation du mécanisme des <i>Dispute Boards</i>	383
2. La place primordiale des droits fondamentaux dans les <i>Dispute Boards</i>	385
§ 2. L'expertise judiciaire, mode amiable de résolution des différends ?.....	389
A. L'expert, initiateur du rapprochement entre les parties.....	390
1. L'article 281 du code de procédure civile.....	390
2. Données du procès équitable et rapprochement des parties.....	392
B. L'expert médiateur ou conciliateur.....	393
1. La question de la double qualification de l'expert judiciaire en procédure civile.....	395
2. La double qualification « expert médiateur/conciliateur » à l'aune des droits fondamentaux processuels.....	398
Section 3. L'influence de l'expertise amiable sur le droit au juge.....	401
§ 1. La possibilité de saisir le juge à l'issue de l'expertise amiable.....	401
§ 2. La valeur du rapport d'expertise amiable.....	406
CONCLUSION DU CHAPITRE.....	409
CONCLUSION DU TITRE.....	410
CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE.....	412
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	413
BIBLIOGRAPHIE.....	419
INDEX.....	473