

Cour d'appel de Liège - Institut européen de l'expertise et de l'expert

Cérémonie d'adhésion du 1^{er} mars 2013 sous la présidence de Monsieur Marc Dewart, Premier Président de la cour d'appel de Liège

L'expertise judiciaire entre efficacité et qualité

Introduction

Tant dans l'espace européen qu'au niveau des Etats, la matière de l'expertise suscite d'abondantes réflexions, de multiples rencontres, une profusion de contributions écrites, de propositions et de résolutions, que concrétisent parfois des interventions législatives mais aussi des bonnes pratiques.

1. *Typologie*

Le rapport de 2012 de la CEPEJ innove en ce sens qu'après avoir relevé qu'étant donné l'importance des experts judiciaires dans de nombreuses procédures, elle a décidé de leur consacrer un chapitre distinct. « Les experts contribuent à améliorer l'efficacité judiciaire en apportant aux juges des réponses claires et étayées sur les problèmes spécifiques et complexes pour lesquels ils sont consultés ».

« Il n'existe ni consensus, ni norme européenne sur ce qu'est un expert judiciaire. Si en 1959, la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale a abordé ces questions en traitant de la convocation des experts ou des commissions rogatoires pour l'examen des experts, cette partie de la Convention est brève et limitée aux questions pénales ».

« Différents types d'experts judiciaires existent dans les Etats membres du Conseil de l'Europe et notamment :

- « les *experts techniques* qui mettent à la disposition du tribunal leurs connaissances scientifiques et techniques sur des questions de fait ». Sont ici visés les experts « du juge » ;
- « les *experts témoins* qui, à la demande des parties, apportent leur expertise pour soutenir l'argumentation des parties ». Il s'agit des experts des parties du système anglo-saxon : le tribunal ne désigne pas d'expert ; chaque partie choisit un expert et le rémunère pour qu'il établisse un rapport sur les éléments techniques en débat puis ce rapport est communiqué dans les débats et soumis à la libre discussion des parties devant le ou les juges. Le débat contradictoire n'a lieu qu'à ce niveau. Cette méthode est critiquée dans la mesure où l'expert de la partie ne présenterait pas les garanties d'indépendance et d'impartialité de l'expert du juge et où le coût de deux expertises peut se révéler supérieur à celui d'une seule ordonnée par le juge mais il est objecté que plus l'expert d'une partie est compétent et indépendant, plus il sera influent sur le débat et le sort du procès et que d'autre part la méthode anglo-saxonne permet de limiter les frais de la première approche technique dans la mesure où elle se déroule rapidement et de manière unilatérale ainsi que les frais de conseiller technique ou des mesures complémentaires ordonnées par le juge ...

L'appellation « expert témoin » pourrait prêter à discussion ; les juges reçoivent deux rapports, confrontent les éléments et ouvrent le débat devant les parties pour discuter avec chaque expert de son propre rapport et de celui de son confrère. Il n'y a pas en principe de confrontation des experts car ils n'interviennent pas comme des témoins mais chaque expert est amené à débattre des deux rapports en répondant aux questions posées par les parties et les juges. De plus, ainsi que l'a relevé Madame Griss lors du colloque des 16 et 17 mars 2012, « les experts déterminent des faits et tirent des conclusions à partir de faits. Les témoins, quant à eux, n'ont pas le droit de tirer des conclusions. Ils doivent témoigner de ce qu'ils ont vu ou entendu ».

- «les *experts juristes* qui peuvent être consultés par le juge pour des questions de droit spécifiques ou qui ont pour tâche de soutenir le juge dans la préparation du travail judiciaire (mais qui ne participent pas au jugement) ».

Si d'après le rapport précité, l'expertise technique est la forme d'expertise utilisée par le plus grand nombre d'Etats européens ou entités (46 Etats ou entités), l'expertise témoin est un genre d'expertise plus développé dans les systèmes de Common Law et au nord de

l'Europe (32 Etats ou entités) tandis que l'expertise juridique (8 Etats) est utilisée en Allemagne, Estonie, Fédération de Russie, Irlande, Malte, Norvège, Pays-Bas et Pologne. Dans notre système ce type d'expertise est à première vue peu en adéquation avec la mission traditionnelle des experts appelés à procéder à des constatations et à donner un avis d'ordre technique (art. 963 C. jud.; art. 232 C.P.C. fr.). Mais, dans un monde caractérisé par l'évolution des savoirs de plus en plus hybridés et un développement extrême des spécialités, on assiste à une technicisation des professions juridiques ; en sens inverse, l'expertise n'est plus seulement technique au sens strict mais elle est aussi devenue juridique. A un certain niveau l'expertise juridique et l'expertise technique se rejoignent. Il y a de plus en plus de règles normatives sophistiquées qui ne sont parfois susceptibles d'être parfaitement comprises que par des « experts techniques » (exemples la fiscalité, la comptabilité, les normes de sécurité, roulage, propriété intellectuelle, droit de la construction, urbanisme, environnement, responsabilité médicale ...).

Le rapport précité souligne que ces experts ne participent pas au jugement mais en 1982 déjà, le professeur Perrot se demandait s'il ne faudrait pas faire, dans certains domaines, un pas de plus en intégrant ces experts ouvertement dans la juridiction elle-même comme cela existe déjà devant le tribunal pour enfants. En réalité, nous connaissons en Belgique des juges experts (échevins experts), au tribunal d'application des peines (assesseur spécialisé en matière pénitentiaire et assesseur spécialisé en réinsertion sociale), à la cour du travail (conseiller social), au tribunal du travail (juge social) et au tribunal de commerce (juge consulaire)¹.

Evidemment il peut y avoir des variantes : juge à part entière ; rapporteur adjoint ; *amicus curiae* émettant une opinion autorisée soumise à la contradiction des parties ...

Nous ne retenons ici que l'expertise judiciaire entre efficacité et qualité. Dans une communication du 13 avril 2012, Monsieur le Premier Président Lamanda précisait que « l'expertise se doit d'être une contribution efficace et diligente au processus d'élaboration d'une décision rendue dans un délai raisonnable ». En d'autres termes, la

¹ Ainsi l'ancienne présidente du tribunal de commerce de Bruxelles, Madame SPIRITUS-DASSESE, relevait dans la publication de l'Union des Juges consulaires de Belgique du mois de mars 2010 que « dans certains dossiers de haute technicité, le juge consulaire est devenu aujourd'hui un collègue indispensable, voire incontournable pour le juge de carrière dès lors qu'il permet d'assurer une visibilité correcte et complète des éléments de fait soumis à l'appréciation de la formation de jugement ».

procédure d'expertise et le rapport qui la clôture doivent être valables (respect des normes juridiques applicables) et efficaces c'est-à-dire produire l'effet attendu ; l'efficacité est à la fois technique (la qualité scientifique du rapport) et pratique (la qualité pédagogique du rapport et son utilité réelle).

Enfin le coût doit être raisonnable compte tenu de l'enjeu du litige.

2. L'expert et le juge

Le succès de l'expertise s'explique par l'ampleur croissante des contentieux d'une complexité technique souvent inaccessible au juge : « en nommant un expert, le juge signifie qu'au moment d'appréhender les faits, il se trouve dans l'incertitude, faute de connaissances techniques suffisantes pour pouvoir juger en toute sécurité. L'expertise introduit ainsi un élément perturbateur dans la fonction de juger, car elle conduit le juge à détacher et à déléguer temporairement à l'expert un pan de l'appréciation des faits, sans pour autant le lui abandonner puisqu'il veille sur le travail de l'expert et reste libre de suivre ou non son avis » (Charles Jarrosson, « L'expertise équitable »).

L'expert est ainsi à la fois un auxiliaire de justice et même un partenaire du juge en vue de trouver une solution au litige (voy. C. Const., 24 février 2009).

L'article 246 du Code de procédure civile (français) dispose que « *le juge n'est pas lié par les constatations ou les conclusions du technicien* ». De même l'article 962 alinéa 4 du Code judiciaire (belge) énonce que le juge « *n'est point tenu de suivre l'avis des experts si sa conviction s'y oppose* ». En pratique, il est incontestable que le rapport de l'expert désigné par le juge pèse sur lui d'un poids particulier qui n'est pas seulement scientifique mais bien aussi juridique en ce sens qu'il fera confiance à l'expert, sauf s'il est démontré que ce dernier a commis une erreur (Civ. Mons, 7 décembre 2011, *R.G.A.R.*, 2012, n° 14871). Ainsi un arrêt de la Cour de cassation de France du 29 octobre 1980 (*Gaz. Pal.*, 1981, I, pan. p. 63) énonce que le juge ne pourra écarter les conclusions de l'expert « *qu'en s'appuyant sur des constatations et des avis techniques extérieurs régulièrement produits aux débats et discutés entre les parties* », ce qui explique que dans une écrasante majorité de cas, le juge s'inspire de l'avis de l'expert.

Sur cette dimension essentielle du « dialogue » entre le juge et l'expert, le professeur Loquin écrit de manière particulièrement pertinente :

« Comme le juge, l'expert est un organe de la procédure. Il n'est ni partie, ni tiers à celle-ci (infra n° III/3). Quel est son rôle ? Il est plus qu'un donneur d'avis, même si telle est l'image officielle de sa fonction. Il participe à la construction du syllogisme judiciaire en nourrissant sa mineure, voire même partiellement sa majeure. Il est d'une certaine façon le co-auteur partiel et caché de la décision judiciaire que seul le juge signe » (Les experts : auxiliaires ou concurrents du juge ? - Rapport de synthèse, p. 153)². En bref, l'expertise présente un caractère quasi juridictionnel (voy. aussi les causes de récusation identiques à celles qui peuvent être retenues pour le juge ; le respect du contradictoire de la procédure etc.) au point que l'on a pu parler d'un déplacement du règlement du litige du tribunal vers l'expert³ ce qui est spécialement le cas lorsque la technicité des faits soumis au juge confère à l'expert un rôle prépondérant.

Après cette présentation « surplombante », nous proposons d'évoquer quatre thèmes explicitant l'efficacité et la qualité de l'expertise.

I. L'espace européen

L'étude du droit comparé européen peut être féconde pour favoriser des emprunts réciproques par voie de transposition, d'adaptation voire de « métissage » par exemple, suivant les circonstances, la combinaison du modèle anglo-saxon et du modèle continental.

1. Libre circulation des experts judiciaires

Au niveau du droit judiciaire européen, indépendamment du règlement n° 1206/2001 du Conseil relatif à la coopération entre les juridictions des Etats membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale (ayant donné lieu à ce jour à assez peu de jurisprudence)⁴, l'arrêt de la CJUE du 17 mars 2011 (aff. Penarroja, n° C-

² Ainsi l'expert judiciaire n'est pas seulement un technicien dans les litiges en matière de responsabilité. Ses constatations et ses analyses expertales peuvent être décisives et auto-suffisantes pour établir la faute et un dommage, le rôle du juge portant essentiellement sur l'imputabilité et le lien de causalité.

³ Voy. D. GARREAU, L'expert judiciaire et le service public de la justice, Dalloz, 1988, pp. 99-100 évoquant une situation de « démembrement, de dédoublement du juge ».

⁴ Voy. la Jurisprudence du Code judiciaire, t. V, Droit judiciaire européen et international, pp. 307 et s. Adde le récent arrêt de la CJUE du 23 février 2013, aff. C-332/11 disant pour droit : « Les articles 1^{er}, § 1, sous b), et 17 du règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil, du 28 mai 2001, relatif à la coopération entre les juridictions des Etats membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale, doivent être interprétés en ce sens que la juridiction d'un Etat membre, qui souhaite qu'un acte d'instruction confié à un expert soit effectué sur le territoire d'un autre Etat membre, n'est pas nécessairement tenue de recourir au

372/09 et C-373/09), même s'il est limité au cas des traducteurs, revêt une grande importance en ce qu'il reproche à la décision de refus d'inscription une absence de motivation au regard de la qualification professionnelle de l'intéressé, lequel ne dispose d'aucun recours juridictionnel effectif pour contester la décision sur ce point, ce qui heurte le « principe de transparence », instaure un pouvoir potentiel de discrimination et empêche le candidat de vérifier si ses qualifications acquises dans un autre Etats membres sont reconnues. Aussi la procédure d'inscription des experts judiciaires vient-elle d'être modifiée par le décret français n° 2012-1451 du 24 décembre 2012 relatif à l'expertise ; désormais les demandes d'inscription doivent être examinées en tenant compte des qualifications et de l'expérience professionnelle des candidats, y compris les compétences acquises dans un Etat membre de l'Union européenne autre que la France.

Il est intéressant de relever que dans cette affaire, la Cour de Justice de l'Union européenne a considéré que les missions confiées à l'expert traducteur constituaient des prestations de services au sens de l'article 57 TFUE, sans pour autant participer à l'exercice de l'autorité publique au sens de l'article 51 TFUE, et sans correspondre à une profession réglementée⁵. Compte tenu de l'importance de la mission de l'expert judiciaire en tant qu'auxiliaire de justice exerçant une mission en vue de trouver une solution au litige, et pour autant que l'arrêt ici évoqué s'applique aux experts au sens large, est-il concevable, dans ce cas particulier, de ne pas faire application de la dérogation prévue à ce texte ? Par plusieurs arrêts du 24 mai 2011, la CJUE a estimé qu'en ce qui concerne la condition de nationalité des notaires exigée par certains Etats dont la France et la Belgique, ces pays avaient manqué aux obligations leur incombant en vertu de l'article 43 CE en rappelant que la dérogation prévue à l'article 51 TFUE doit être restreinte aux seules activités qui, prises en elles-mêmes, constituent une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique. Or à cet égard la Cour rappelle qu'elle a déjà eu l'occasion de considérer que sont exclues de cette dérogation certaines activités auxiliaires ou préparatoires par rapport à l'exercice de l'autorité publique ou certaines activités dont l'exercice, bien qu'il comporte des contacts, même réguliers et organiques, avec les autorités administratives ou judiciaires, voire un concours, même obligatoire, à leur fonctionnement, laissent intacts les

moyen d'obtention des preuves prévu par ces dispositions afin de pouvoir ordonner cet acte d'instruction ». Il s'agit d'un arrêt remarquablement motivé et très intéressant en cette matière.

⁵ En vertu de cet article 51 alinéa 1^{er}, « Sont exceptées de l'application des dispositions du présent chapitre, en ce qui concerne l'Etat membre intéressé, les activités participant dans cet Etat, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique ».

pouvoirs d'appréciation et de décision desdites autorités. Tel est le cas pour l'expert judiciaire puisque le principe demeure que nonobstant le caractère prédominant de la contribution de l'expert à la découverte de la vérité, celle-ci ne constitue pour le juge, qui le nomme, le récuse, le contrôle tout en fixant sa mission et sa rémunération, qu'un avis.

2. Une expertise judiciaire européenne ?

De lege ferenda, on se limitera à mentionner les recommandations issues des actes du colloque sur le futur de l'expertise judiciaire en Europe (Bruxelles, 16 mars 2012) relatives à l'institution d'une expertise européenne qui, à l'image de la procédure d'injonction de payer européenne, aurait vocation à se substituer aux expertises régies par les règles nationales dans les litiges transfrontaliers ou dans les expertises qui peuvent avoir des prolongements transfrontaliers (en ce sens il s'agirait d'appliquer l'article 81 du TFUE relatif à la coopération judiciaire en matière civile fondé sur le principe de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires)⁶.

Somme toute il s'agirait de faire « d'une pierre deux coups » dans la mesure où les règles régissant cette expertise reprendraient pour l'essentiel les recommandations dont l'intégration dans les législations nationales et la mise en œuvre par tous les pays de l'Union pourrait nécessiter du temps (choix de l'expert, obligations de l'expert notamment l'obligation pour l'expert de souscrire dès le début de cette opération une déclaration d'indépendance (voy. n° III/3), le rôle actif du juge dans les opérations ; il est précisé que les juges peuvent notamment enjoindre sous astreinte aux parties ou aux tiers ne pouvant invoquer un motif légitime pour s'y opposer d'apporter leur concours à la réalisation de la mission, notamment en produisant tous les documents nécessaires pour permettre à l'expert de répondre aux questions posées par le juge⁷; déroulement des opérations d'expertise avec la judicieuse recommandation de la structuration et de la modélisation du rapport d'expertise (*infra* n° III/4).

Ce n'est pas le lieu d'évoquer les méthodes de rapprochement possibles susceptibles d'être mises en œuvre au sein de l'Union européenne (unification, harmonisation, coordination des droits nationaux), de leurs

⁶ Cette coopération incluant l'adoption lorsque c'est nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur de mesures visant à assurer notamment la coopération en matière d'obtention des preuves (cfr règlement 1206/2001) et l'élimination des obstacles au bon déroulement des procédures civiles, au besoin en favorisant la compatibilité des règles de procédure civile applicables dans les Etats membres.

⁷ Est-il concevable que le juge contraigne, le cas échéant sous astreinte, l'expert négligent à déposer son rapport ?

modalités (substitution ou superposition) ainsi que de leur champ d'application.

S'agissant du statut de l'expert judiciaire en relation avec le fonctionnement de la justice, il semble bien que la méthode de rapprochement la plus réaliste soit, dans un premier temps, une coordination, sur une base volontaire, des droits nationaux.

3. *Une leçon de sagesse et d'humilité*

En 1990 un groupe d'experts a été invité par la Commission européenne à rédiger une étude sur le droit de la procédure dans les Etats membres (la France était représentée par le professeur Jacques Normand, les Pays-Bas par le professeur Meyknecht, l'Allemagne par le professeur Prütting et la Belgique par le professeur Marcel Storme).

Les convictions exprimées en préambule de leur rapport demeurent bien actuelles sauf à tenir compte non seulement des partenaires économiques mais aussi des citoyens et des consommateurs :

1. les disparités constatées entre les procédures civiles des Etats membres de l'Union européenne constituent, pour beaucoup d'entre elles, une entrave sérieuse à l'établissement et au fonctionnement de l'Union pour trois raisons au moins :

- les divergences engendrent un défaut total de transparence des procédures considérées de telle sorte qu'il est extrêmement difficile de subir un procès hors « de chez soi » ; or il importe que les citoyens, les consommateurs et les opérateurs économiques soient à même de connaître et de comprendre les exigences procédurales des instances contentieuses dans lesquelles ils s'engagent et y satisfaire en toute sécurité ;

- il ne peut y avoir de véritable concurrence sur le marché intérieur si les partenaires économiques ne sont pas en situation d'égalité au moins approximative devant les charges qui pèsent sur eux ;

- pour que, sur le marché intérieur, la concurrence ne soit pas faussée, il est indispensable que les systèmes procéduraux des Etats membres mettent à la disposition des justiciables des instruments aux performances comparables.

2. Les obstacles identifiés ne pourraient être aplanis sans une intervention de l'Union car, à supposer qu'ils en ressentent le besoin, les Etats membres ne sauraient, en opérant chacun pour leur propre part, trouver les voies d'un rapprochement satisfaisant des règles et principes gouvernant leurs procédures. Bref les autorités de l'Union européennes sont seules à même de prendre sur ce terrain les initiatives et les décisions qui s'imposent.

3. La moindre des difficultés rencontrées n'était certes pas les différences d'esprit, de technique et de tradition qui opposent les droits continentaux et les droits de Common Law. Les membres de ce groupe de travail ajoutaient que leurs propositions devaient, par ailleurs, tenir pour intangibles tout ce qui touche à l'organisation des juridictions et au statut de ceux qui, à des titres divers, contribuent à leur fonctionnement. Il leur fallait aussi faire preuve de réalisme, ne pas braquer les esprits qui préconisent des solutions qui seraient apparues ici ou là insupportables.

Ce triple constat demeure actuel si ce n'est que, nonobstant le climat actuel de désenchantement européen, le droit judiciaire européen continue à s'enrichir (il suffit de songer au nouveau règlement de Bruxelles I du 12 décembre 2012). Il s'agit d'un atout très précieux pour l'Europe qui bénéficie de l'impulsion et du relais des différentes associations professionnelles de dimension européenne dans le domaine de la justice.

II. Le statut de l'expert judiciaire

De manière générale, tous les aspects tenant à l'investiture, à la formation initiale et continue, aux listes d'experts, à l'évaluation de ces derniers, aux devoirs et obligations de l'expert ainsi qu'à la discipline sont bien maîtrisés et donnent lieu à des précieuses analyses de droit comparé susceptibles de contribuer à l'amélioration de certaines législations nationales.

Nous nous limiterons à des considérations générales et à une considération propre à la Belgique.

1. **Considérations générales**

- Un titre et non une profession

La fonction d'expert judiciaire – là où elle existe - est une fonction occasionnelle⁸ et non point une profession, écrit le professeur Perrot⁹. Voici en substance son analyse : « Le juge désigne tel technicien réputé pour son savoir dans une matière donnée à l'occasion d'une affaire déterminée. Voilà pourquoi être « expert auprès des tribunaux » n'est pas une profession ; c'est un titre et rien de plus. Certes des listes d'experts peuvent exister. Ce système a le double avantage de faciliter la tâche du juge qui cherche un nom et surtout d'opérer une sélection parmi ceux qui satisfont à toutes les qualités requises pour diligenter une expertise mais le fait d'être inscrit sur une liste d'experts ne confère ni monopole ni droit acquis : le juge désigne qui il veut et, au besoin, une personne qui ne figurerait pas sur la liste¹⁰. Certes la tendance de certains juges à désigner toujours les mêmes personnes apportent aux experts désignés une certaine « clientèle judiciaire » et leur donne l'impression d'être des professionnels de l'expertise mais ces habitudes ne sont génératrices d'aucun droit et ne doivent pas faire oublier qu'il est

⁸ L'expert est un collaborateur occasionnel du service public de la justice (voy. D. GARREAU, « L'expert judiciaire et le service public de la justice », *Dalloz*, 1988, chronique XV, pp. 97 et s.

⁹ Voy. Les institutions judiciaires, 15^e éd., Montchrestien, 2012, p. 369, n° 483 ; voy. D. TRICOT, Qualification et indépendance de l'expert : « Outre ses activités habituelles, l'expert qui souhaite mettre sa compétence au service de la qualité du débat judiciaire, n'en demeure pas moins un professionnel de sa spécialité : en aucun cas on ne peut faire profession d'expertise judiciaire ». De même, Monsieur Daniel CHAVANOL (« Le coût et le financement de l'expertise civile », Bruxelles, 16 et 17 mars 2012) relevait très judicieusement que la professionnalisation poserait rapidement la question du maintien à niveau des compétences de l'expert qui, cantonné dans les expertises, pourrait perdre rapidement le contact avec l'évolution de sa discipline et des problèmes qu'elle rencontre. « Cette dimension se répercute au niveau du calcul des honoraires. Ainsi Monsieur LAMANDA relevait à propos du prix de l'expertise : « Pour en chiffrer le montant d'une manière parfaitement transparente, il conviendrait sans doute, de distinguer plus nettement, les frais intrinsèques de l'expertise, des dépenses relevant de l'activité professionnelle du technicien (comme par exemple, les charges afférentes au personnel ou l'amortissement du matériel, soit les coûts fixes de son activité couverts par l'exercice habituel de la profession) ». Monsieur LAMANDA ajoutait que la définition des clés de répartition devrait y contribuer. Voy. aussi à propos de la désignation d'un expert dans le domaine comptable choisi par le juge en dehors des personnes légalement habilitées à effectuer dans ce domaine une expertise judiciaire, Cass., 29 novembre 2011, *Pas.*, 2011, p. 2628 (la cour relevant que les dispositions légales applicables ne prescrivent pas la nullité d'un rapport qui serait fait à la suite d'une expertise visée par ces textes (c'est-à-dire d'une expertise accomplie par une personne ne relevant pas des professions légalement habilitées à effectuer une expertise judiciaire comptable) ; cet arrêt est aussi intéressant en ce qu'il précise que le juge qui constate que les expertises confiées par le juge d'instruction contiennent une délégation de compétence judiciaire interdite et qui conclut à l'écartement des rapports d'expertise dans la mesure où ils se prononcent sur les implications juridiques de leurs constatations et résultats, peut décider que les constatations de fait des experts et leurs résultats techniques ne constituent pas une preuve obtenue de manière illicite).

¹⁰ Mais il ressort du nouvel article 265 CPC Fr. (décret n° 2012-1451, 24 décembre 2012) que le juge qui confie une expertise à une personne qui n'est pas inscrite sur les listes établies par les cours d'appel ou la Cour de cassation doit motiver sa désignation en ce sens qu'il doit indiquer les circonstances qui rendent nécessaire cette désignation.

indispensable que l'expert conserve la pleine maîtrise de sa discipline en continuant à la pratiquer et à actualiser en permanence ses connaissances.

- Le contenu de la déontologie

Actuellement les normes déontologiques sont essentiellement des normes juridiques de nature déontologique (récusation et remplacement de l'expert ; respect des délais ; pouvoir de contrôle et de surveillance du juge ...). De plus, de nombreuses professions ont leur code ou leur règlement de déontologie (médecins, architectes, reviseurs d'entreprises, associations d'experts ...) ¹¹ et il est fréquent que ces règlements comportent les dispositions applicables à ces professionnels lorsqu'ils sont investis d'un mandat de justice.

Les règles déontologiques établies par profession sont ainsi susceptibles de s'appliquer de manière « adoptive et résiduelle », c'est-à-dire sous la réserve d'une norme déontologique ou juridique régissant spécialement l'accomplissement de la mission de l'auxiliaire de justice.

Une harmonisation est envisageable car les axes principaux de la déontologie se retrouvent dans toutes les professions associées à la justice. Il s'agit essentiellement de : l'indépendance et l'impartialité ; le secret professionnel ; la compétence et la nécessité d'une formation spécialisée ; la disponibilité suffisante ; les garanties offertes lorsque la responsabilité civile est engagée ... ¹²

¹¹ Une distinction existe toutefois entre les ordres professionnels réglementés et les associations à base contractuelle (ABEX, CEJA, ORDINEX, CNEJ-NCJD) dans la mesure où la réglementation est plus contraignante que dans le premier cas. Ainsi l'article 9 du règlement de déontologie de l'architecte énonce que « l'architecte qui agit en qualité d'expert doit, dans la pratique de la profession, avoir l'expérience indispensable pour résoudre les problèmes qui lui sont soumis. Il veille à accomplir les missions qui lui sont confiées avec diligence, discrétion et indépendance ». De plus les professions sont réglementées par activité alors que les associations sont multiprofessionnelles.

¹² Il est intéressant de relever que l'article 4-1 b du décret précité du 24 décembre 2012 relatif à l'expertise et à l'instruction des affaires devant les juridictions judiciaires, prévoit que « les demandes d'inscription sur les listes d'experts judiciaires sont examinées en tenant compte ... de l'intérêt qu'ils manifestent pour la collaboration au service public de la justice » ce qui permettra de prendre en compte la formation de l'expert ou encore sa contribution antérieure à la justice.

2. Considération propre à la Belgique – La réflexion du Centre interuniversitaire de droit judiciaire au sujet de la légalisation de la liste des experts

Actuellement il n'y a pas de listes officielles d'experts mais compte tenu des avantages, déjà signalés, de telles listes, des propositions ont été introduites en ce sens.

Préalablement il y a lieu de tenir compte des pratiques performantes qui peuvent exister en la matière (notamment dans le ressort de la cour d'appel de Liège ; voy. l'intervention de Monsieur Marot) au point de constituer des « équivalents fonctionnels » mais ceci reste à démontrer.

Aux yeux du Centre interuniversitaire de droit judiciaire :

- en cas de liste légalisée, le principe devrait être la prévalence de la liste des experts judiciaires mais le juge pourrait choisir un expert « hors liste » sans que de telles dérogations ne puissent être limitativement énumérées par la loi.

Compte tenu de la proximité étroite entre l'expert et le juge, la commission chargée de l'élaboration des listes d'experts et de l'évaluation de ces derniers devrait être composée majoritairement de magistrats appelés surtout à vérifier si les candidats et les experts évalués maîtrisent les principes fondamentaux du procès et les outils juridiques nécessaires à l'accomplissement de leur mission. Un ou plusieurs représentants de la discipline des experts devraient aussi faire partie de la commission afin d'apprécier leur compétence « technique »¹³.

Si les magistrats sont étroitement associés à l'élaboration des listes et à leur « maintenance », il est légitime d'imposer au juge le recours aux experts de la liste dont il ne pourrait s'écarter que par une décision spécialement motivée. Mais, en tout état de cause, il faut éviter que le système ne donne naissance à un procès dans le procès.

En raison de la fiabilité attachée à de telles listes, les parties pourraient décider de recourir davantage à des expertises amiables en vue d'un règlement extrajudiciaire de leur litige (*adde* en cours de procédure n° III/1), ce que soulignait Monsieur Alain Nuée lors de la synthèse du colloque du mois de mars 2012 en ces termes : « Le concept de

¹³ Voy. aussi O. LECLERC, Le juge et l'expert – contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science, *L.G.D.J.*, Bibliothèque de droit privé, t. 443.

l'expertise judiciaire s'élargit aux autres expertises, contractuellement acceptées et mises en œuvre par les parties ... nous allons vers un schéma participatif (avec les parties) »¹⁴.

III. L'apport des conférences de consensus

Ces conférences de consensus aboutissant à des recommandations sans valeur normative mais aptes à développer de bonnes pratiques harmonisées, ont été initiées dans le domaine de la santé. De manière très judicieuse, cette méthode alliant constatation, analyse et recommandation a été adoptée par les juristes. Plus précisément il s'agit d' « une méthode standardisée de conduite d'un processus de réflexion collective pour débattre de questions controversées, posées par une autorité légitime, dite « promoteur », et aboutir à des recommandations publiques » (cfr. la conférence de consensus de Madame Taubira en matière de prévention de la récidive).

Dans le domaine de l'expertise, on relève au moins une conférence de consensus en France et une autre en Belgique.

La première, tenue à la Cour de cassation de France le 15 novembre 2007.

Toutes les recommandations devraient être analysées et probablement immédiatement adoptées. Bien souvent leur énoncé va de soi mais à ce jour il n'avait pas été formulé avec la même légitimité. En voici six illustrations.

1. Adversaires dans le procès versus partenaires dans la recherche d'une solution

- « il est de bonne pratique de proposer une médiation, lorsque les conditions sont réunies, à l'occasion d'une demande de mesure d'instruction, en la confiant alors à un technicien ». Dans le même sens, dans le discours précité, Monsieur Lamanda énonce, de manière interrogative : « Qui mieux que l'expert de justice, dispose de cette connaissance approfondie du contexte, des personnes et des enjeux en

¹⁴ La contractualisation ne doit pas seulement s'envisager en dehors d'une procédure judiciaire mais aussi au sein de celle-ci non seulement en recourant à la mise en œuvre de l'article 977 § 1^{er} du Code judiciaire (*infra* III/1) mais aussi en incitant les parties à s'accorder avec l'expert, dans le respect du délai fixé par le juge, sur la méthodologie proposée par l'expert et sur l'équivalent d'un calendrier de procédure.

présence pour apprécier l'intérêt d'une solution non contentieuse au différend qu'elles oppose ? ».

On ne cesse d'insister auprès des experts sur la nécessité de mettre en œuvre l'article 977 § 1^{er} du Code judiciaire belge aux termes duquel : « l'expert tente de concilier les parties » « si les parties se concilient leur accord est constaté par écrit. Les parties peuvent agir conformément à l'article 1043 » (c'est-à-dire obtenir l'homologation judiciaire de leur accord)¹⁵. De plus en plus, la justice classique cesse d'être la bonne réponse au litige. Un spécialiste écrivait récemment que « les règles selon lesquelles on veut être jugé ne sont pas celles desquelles on vit »¹⁶. L'avis provisoire peut favoriser le dialogue permettant de réduire les désaccords factuels et d'envisager la solution technique du litige. L'expert, indépendant et compétent, maîtrisant les questions de fait qui échappent au savoir du juge est particulièrement indiqué pour agir en qualité de conciliateur. Idéalement il devrait s'agir de la voie normale de la résolution du litige dans le procès avec expertise mais il va de soi que ces ressources seraient encore mieux exploitées en y recourant en amont du procès afin de prévenir celui-ci.

En droit français, si l'article 240 du Code de procédure civile énonce que « le juge ne peut donner au technicien mission de concilier les parties », ceci ne prive évidemment pas les parties de la possibilité de se concilier en cours d'expertise ; aussi l'article 281 du même Code énonce-t-il que « si les parties viennent à se concilier, l'expert constate que sa mission est devenue sans objet, il en fait rapport au juge (al. 1). Les parties peuvent demander au juge de donner force exécutoire à l'acte exprimant leur accord (al. 2) »¹⁷.

C'est à ce courant qu'il y a lieu certainement de rattacher le constat, lors du colloque des 16 et 17 mars 2012, de Monsieur Vincent Vigneau¹⁸ rappelant qu'en France 80 % des expertises sont ordonnées par un juge

¹⁵ Voy. à ce sujet un ensemble d'études « L'expert judiciaire et la tentative de conciliation » par F. BAYARD, C. SMETS-GARY et M. BECKER, D. DESSARD et M.L. HENRION, *Revue de la Faculté de Droit de l'Université de Liège*, 2012/1-2, pp. 7 à 41.

¹⁶ Th. GARBY, « Les règles selon lesquelles la justice classique juge ne sont pas celles en fonction desquelles on vit », *Gaz. Pal.* – édition professionnelle – 20-22 janvier 2013, p. 7.

¹⁷ Commentant l'interdiction de l'article 240 du Code de procédure civile, le professeur Perrot précise que ce texte « a pour objectif essentiel de rappeler au technicien que l'attente d'une hypothétique conciliation, du fait même qu'elle n'entre pas dans sa mission, ne l'autorise pas à différer ses opérations et encore moins la date à laquelle il devra déposer son rapport » (Droit judiciaire privé – t. III, procédure de première instance, Sirey, p. 778, n° 917). Par contre, en droit belge, sans que cette dérive ne soit redoutée (au demeurant il ne faut pas perdre de vue les délais fixés par le juge et le rôle actif de celui-ci), il entre dans la mission de l'expert de tenter de concilier les parties.

¹⁸ Synthèse générale du colloque sur le futur de l'expertise judiciaire civile dans l'Union européenne.

qui ne tranche pas le litige et qui intervient avant tout le procès (le juge des référés) et 80 % de ces expertises sont suivies d'un règlement du litige extrajudiciaire. « Cela prouve, ajoutait-il, que cette dichotomie, un expert qui éclaire et un juge qui juge, est assez relative, car c'est en fin de compte l'avis de l'expert qui met un terme à ces litiges ... ».

Tout ceci justifie selon nous que sous la réserve du «pouvoir du dernier mot » du juge, les parties puissent s'accorder sur le choix d'un expert (art. 962 al. 2 C. jud.).

2. Du contact préalable du juge et de l'expert pour vérifier son aptitude compte tenu de la mission envisagée

Il est de bonne pratique d'établir un contact préalable avec l'expert, portant sur des questions générales et non pas sur l'espèce. Ce contact peut être téléphonique ou par voie électronique. Dans les cas complexes il doit être organisé contradictoirement au début de l'instruction.

Il s'agit d'une sage recommandation susceptible d'aider le juriste belge. En effet, certains praticiens de l'expertise ont exprimé leur inquiétude au sujet de l'article 972 § 2 alinéa 4 du Code judiciaire énonçant que « la présence de l'expert à la réunion d'installation est requise, sauf si le juge estime qu'elle n'est pas nécessaire et qu'un contact par téléphone ou par tout autre moyen de télécommunication est suffisant » (*adde* art. 986 al. 2 C. jud.). Il suffirait de suivre cette recommandation afin d'éviter toute atteinte effective au respect du principe de la contradiction (respect du finalisme procédural ; *infra* n° IV).

3. La déclaration d'indépendance

« Il est de bonne pratique de faire souscrire à l'expert, dans tous les cas, une déclaration d'indépendance, sous la forme d'une attestation pré-rédigée qui lui sera envoyée par le greffe avec l'avis de désignation. L'expert indiquera, ou bien qu'il renonce à la mission qui lui est proposée, ou bien qu'il l'accepte. En cas d'acceptation, l'expert déclarera, soit purement et simplement, qu'il est indépendant, soit qu'il est indépendant mais que dans un souci de transparence, il souhaite porter à la connaissance du juge et des parties des éléments d'information qu'il estime ne pas remettre en cause son indépendance »¹⁹.

¹⁹ On relève en droit français que l'article 1548 du Code de procédure civile (décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends) stipule, en cas de procédure participative, qu' « il appartient

Il s'agit de transposer à l'auxiliaire de justice l'obligation de révélation qui s'impose à un arbitre (voy. ainsi art. 1456 al. 2 C.P.C. fr.)²⁰. Une telle mesure doit permettre de prévenir les conflits d'intérêts²¹ et nombre de contestations irritantes, tardives et instrumentalisantes en matière de récusation ou de remplacement d'expert. Dans le système belge, de telles mesures sont susceptibles de recours immédiat de la part de parties mais non de l'expert qui n'est en règle, ni partie, ni tiers mais auxiliaire de la justice qui n'a pas de droit acquis à être maintenu dans sa mission²².

4. Modélisation des missions-types et du rapport d'expertise

Il est recommandé, après recensement par les cours d'appel des pratiques de leur juridiction, de modéliser les missions-types et de les diffuser au plan national²³.

On ajoutera la nécessaire modélisation et la structuration du rapport d'expertise obligatoirement précédé d'un rapport provisoire. Une modélisation est indispensable tant les pratiques peuvent diverger et tant

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 ».

²⁰ « Il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission, de révéler toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance et son impartialité. Il lui est également fait obligation de révéler sans délai toute circonstance de même nature qui pourrait naître après l'acceptation de sa mission ».

²¹ Ex. un médecin expert est à la fois conseil habituel d'une compagnie d'assurances. Sur les conflits d'intérêts voy. D. SCHMIDT, Essai de systématisation des conflits d'intérêts, *Dalloz*, 2013, pp. 446 et .

²² Ainsi un arrêt de la cour du travail de Mons du 4 juin 2010, *Ius & Actores*, 2010/2, p. 73 et avis du ministère public décide : « Sauf lorsqu'il s'agit de la taxation de ses frais et honoraires (ainsi que du remboursement d'une provision ou d'une réclamation de dommages-intérêts), l'expert n'est pas l'adversaire des parties à un procès (il n'est ni tiers, ni partie mais organe de la procédure). Il est dès lors irrecevable à interjeter appel de la décision procédant à son remplacement en raison du dépassement du délai. Les travaux préparatoires de la loi du 30 décembre 2009 portant des dispositions diverses en matière de justice confirment que la possibilité d'interjeter appel de la décision qui remplace un expert est réservée aux parties, ce qui exclut l'expert ». Ainsi que l'écrivent Messieurs Dominique MOUGENOT et Olivier MIGNOLET (La loi du 30 décembre 2009 « réparant » la procédure d'expertise judiciaire, *J.T.*, 2010, p. 212, n° 49) : « ... à l'exception de la procédure de taxation de ses frais et honoraires (art. 991), ou de la demande que l'expert formulerait éventuellement sur le fondement de l'article 971, alinéa 4 en cas de demande de récusation ayant échoué, il ne peut être considéré comme une partie à la procédure dans laquelle il est désigné. Il ne pourrait dès lors pas interjeter appel des décisions relatives à l'expertise. *Adde* sur l'absence de qualité de tiers ou de partie de l'expert pour l'exercice des voies de recours, Cass. fr., 2 arrêts, 24 juin 2004, *J.C.P.G.*, 2004, II, 10141, note H. CROZE.

²³ Le rapport français de la Commission de réflexion sur l'expertise du 29 avril 2011 précise au sujet de la définition de la mission : « une définition précise de la mission est un gage d'efficacité et doit reposer sur de bonnes pratiques : le rapport préconise que le demandeur ait l'obligation de présenter un projet de mission pour qu'une discussion contradictoire puisse s'instaurer avec le défendeur. Des missions types pourraient être établies pour les affaires répétitives, ce qui contribuerait à normaliser le travail de l'expert et assurerait la sécurité juridique ; même si le juge conserve son pouvoir d'appréciation, des expertises standards peuvent être présentées dans des applications informatiques, ou sur le site intranet » (N. FRICERO, « L'expertise judiciaire en mutation », *J.C.P.G.*, 2011, p. 967).

le rapport d'expertise, pour réaliser son objectif, doit être présenté et rédigé de manière accessible et compréhensible. L'expertise judiciaire n'est opportune que si elle permet le règlement d'un litige déterminé par un spécialiste chargé d' « écouter, observer, mesurer, comprendre puis expliquer pour faire comprendre » au juge les aspects techniques qui lui sont, en qualité de profane, étrangers. A cette fin la structuration et la modélisation ne peuvent que contribuer à l'obtention d'un tel résultat. « Sans envisager que puisse être imposée une présentation rigide, on doit attendre d'un rapport que, sur la base de la mission confiée à l'expert, il s'articule autour de trois axes, à savoir un constat des faits (incorporant l'énumération des pièces sur lesquelles s'appuie le rapport), une analyse des points litigieux et l'exposé de la démarche de l'expert conduisant à sa position motivée »²⁴. La diffusion d'un rapport ainsi présenté en autorise la critique, et peut donc assurer le respect du principe du contradictoire²⁵.

5. Concernant les délais

« Il est de bonne pratique, dans le schéma complexe, que le juge demande à l'expert choisi de se transporter, si besoin est, sur les lieux où doivent se dérouler les opérations expertales afin de faire, en respectant le principe de la contradiction, une évaluation des difficultés précises et de lui proposer un calendrier de ses opérations, et par là-même, le délai qu'il souhaite voir fixer pour le dépôt de son rapport ». Quelle heureuse recommandation qui mettrait fin à toutes les difficultés relatives au délai fixé de manière insuffisamment informé par le juge lors de la désignation de l'expert et nécessitant en aval des prorogations de délais, l'une d'entre elles ayant même donné lieu à un récent arrêt de la Cour de cassation du 24 janvier 2013 (C.12.0213.F ; *J.T.*, 2013, sous presse et obs.) mettant à néant une ordonnance de prorogation pour non motivation d'une telle décision !²⁶

²⁴ Il tombe sous le sens qu'un rapport d'expertise ne peut se limiter à des affirmations que le juge devrait s'approprier sans pouvoir d'aucune manière les comprendre, alors qu'il lui revient de se forger sa propre opinion en étant dûment éclairé (Civ. Bruxelles, 4^e ch. , 1^{er} juin 2012, RG n° 07/2037/A inédit).

²⁵ A. NUÉE et D. CHAVANOL, Synthèse de l'étude des règles d'expertise judiciaire en Europe, in *Revue Experts*, 2012, n° 101, p. 10.

²⁶ Comp. article 170 du CPC Fr. Voy. sur la fixation du délai pour le dépôt du rapport L.M. HENRION et M. DUFRENE, Le déroulement de l'expertise dans une perspective systémique, in *Le nouveau droit de l'expertise judiciaire en pratique* (dir. sc. H. Boularbah), Larcier, 2010, p. 64 : « en pratique l'on constate que bien souvent les tribunaux fixent des délais trop courts pour le dépôt du rapport, soit par optimisme soit sur instigation du demandeur et que tout ou partie des acteurs du procès sont extrêmement lents dans leurs interventions. La durée d'une expertise dépend bien plus du comportement des parties relayées par leurs conseils que de l'expert » ... « Il convient sans doute de prévoir des délais plus longs pour le dépôt du rapport dès le jugement d'expertise ... ».

6. *Le coût de l'expertise – information des parties*

Avec pertinence, la recommandation suggère l'insertion de cette information à la fin de l'ordonnance désignant l'expert et fixant le délai, le montant de la provision et la partie qui doit en faire l'avance :

« rappelle que :

1. le coût final des opérations d'expertise ne sera déterminé qu'à l'issue de la procédure, même si la présente décision s'est efforcée de fixer le montant de la provision à une valeur aussi proche que possible du coût prévisible de l'expertise (*adde* ci-dessous l'art. 7 du décret du 24 novembre 2012) ;
2. la partie qui est invitée par cette décision à faire l'avance des honoraires de l'expert n'est pas nécessairement celle qui en supportera la charge finale, à l'issue du procès ».

Il est intéressant de relever que le nouveau décret français du 24 novembre 2012 relatif à l'expertise, outre la prise en considération de l'arrêt de la CJUE du 17 mars 2011 et la motivation du choix de l'expert « hors liste », officialise dans chaque juridiction la fonction de juge chargé du contrôle des mesures d'instruction en lui conférant des attributions étendues et prévoit des mesures d'information concernant la rémunération des experts (complément de provision en cas d'insuffisance manifeste de la provision allouée au vu des diligences faites ou à faire). A juste titre Madame Fricero écrit que « la complexité croissante des situations de fait, le développement de techniques performantes, justifient le recours à l'expertise, mais son coût ne doit pas constituer une entrave à l'accès au juge. Dans le procès civil, ce sont les parties qui assument la charge de l'expertise. Pour elles, la prévisibilité du coût final est un élément-clé de la décision de la poursuivre ou non »²⁷. Il importe d'éviter que les parties soient contraintes d'assurer une charge imprévue alors que l'expert connaît parfaitement l'importance des diligences à effectuer (*ib.*).

X
X X

Signalons qu'en Belgique le Collège national des experts judiciaires de Belgique a également consacré une conférence de consensus limitée au statut de l'expert en Belgique, en formulant des recommandations sur la

²⁷ Rec. *Dalloz*, 2013, p. 276.

place de l'expert, la mission de l'expert, sa méthodologie (à mettre en relation avec la modélisation), la formation juridique de base, le caractère contradictoire de l'expertise, la responsabilité de l'expert, l'indépendance et l'impartialité de l'expert, la création d'une organisation professionnelle des experts, la place de l'expert belge sur le plan international et la déontologie.

IV. Le respect du contradictoire et la conception finaliste du formalisme procédural ou l'impact européen de la CEDH

De même que le statut de l'expert est dans une certaine mesure calqué sur celui du juge²⁸, il est cohérent d'envisager l'adaptation des règles du procès civil équitable au déroulement de l'expertise judiciaire laquelle doit dès lors respecter le principe d'égalité des armes, le principe de la durée raisonnable et le principe de la contradiction en vertu duquel l'expertise doit impérativement associer les parties aux opérations d'expertise.

1. La jurisprudence de la CEDH

Même s'il constitue une exigence fondamentale du procès équitable, le principe de la contradiction ne doit pas pour autant être sanctuarisé. Rompant avec une conception « formelle » du contradictoire dans laquelle toute violation du principe de la contradiction doit être automatiquement sanctionnée sans égard à l'influence que le manquement reproché ait pu avoir sur la solution du litige, la Cour européenne adopte une conception matérielle plus finaliste de cette garantie fondamentale en ne sanctionnant les atteintes à celle-ci que si la violation du contradictoire crée un réel préjudice, c'est-à-dire si cette violation touche un élément qui a influencé l'issue du litige²⁹. Cette heureuse approche permet de réduire l'alimentation d'un contentieux artificiel contrariant inutilement le déroulement du procès civil.

²⁸ Un arrêt de la Cour de cassation de Belgique du 20 septembre 2007 (Pas., 2007, p. 2428) nuance à juste titre l'exigence d'impartialité en précisant que dans le chef d'un expert, celle-ci ne peut être assimilée à l'exigence d'impartialité et d'indépendance du juge, dès lors que ce dernier statue sur la cause après les débats, alors que l'expert se borne à donner un avis avant les débats et que celui-ci peut être contesté devant le juge ».

²⁹ CEDH, 15 février 2007, *J.T.*, 2007, p. 543 : « Le principe du contradictoire implique, pour les parties au procès, le droit de se voir communiquer et de discuter toute pièce ou observation présentée au juge et qui, au vu de la décision de ce dernier, exerce une influence sur ce litige ».

Analysant la jurisprudence de la CEDH en matière d'expertise³⁰, des auteurs français, Messieurs Emmanuel Jeuland et Cyril Charbonneau³¹ ont judicieusement souligné que le respect du contradictoire en cours d'expertise est impératif lorsque les conclusions du rapport d'expertise se confondent avec les motifs de la décision du juge et qu'elles ne peuvent plus, dès lors, donner lieu à un débat utile et véritable durant la phase judiciaire mais, si tel n'est pas le cas, les griefs relatifs au non-respect de la contradiction au cours des opérations d'expertise sont susceptibles d'être couverts par le débat contradictoire ultérieur sur le rapport d'expertise qui a lieu devant le juge.

2. La jurisprudence récente de la Cour de cassation de France

Dans ce contexte, il n'y a pas une grande différence entre la partie au lien d'instance qui n'a pas été invitée à participer à l'expertise et le tiers à l'instance devenu partie alors que l'expert a déjà donné son avis (expertise unilatérale). Cette conception finaliste du respect du contradictoire semble être désormais celle de la Cour de cassation de France. Plusieurs arrêts récents vont en ce sens et semblent devoir mettre fin aux contradictions qui pouvaient exister entre ces différentes chambres³². Ainsi un arrêt de la Cour de cassation de France du 28 septembre 2012³³ décide à propos d'un rapport d'expertise produit par une partie et à ses frais pour contredire les conclusions d'une expertise judiciaire que le juge ne peut refuser d'examiner une pièce régulièrement versée aux débats et soumise à la discussion contradictoire mais il ne peut se fonder exclusivement sur l'expertise réalisée à la demande de

³⁰ CEDH, 18 mars 1997, *aff. Mantovanelli c. France*, R.T.D.H., 1997, p. 1008 et obs. J.P. MARGUENAUD ; CEDH, 2 juin 2005, *aff. Cottin c. Belgique*, R.T.D.H., 2007, p. 215 et s. et obs. A. JACOBS : « L'arrêt Cottin ou l'irréversible marche vers l'expertise contradictoire en matière pénale ». Dans cette affaire, la cour énonce : « si le requérant a pu formuler, devant la cour d'appel, des observations sur la teneur et les conclusions du rapport d'expertise qui lui fut communiqué, la Cour n'est pas convaincue qu'il avait là une possibilité véritable de commenter efficacement celui-ci. En effet, la question à laquelle l'expert était chargé de répondre se confondait avec l'une de celles qu'estimait devoir trancher la cour d'appel pour se prononcer sur la qualification pénale des faits reprochés au requérant ... Ainsi, bien que la cour d'appel ne fût pas juridiquement liée par les conclusions de l'expertise litigieuse, celle-ci devait influencer de manière prépondérante son appréciation des faits et conférer à l'opinion de l'expert un poids tout particulier ». Cet arrêt précise que la question posée à l'expert peut être l'une de celles posées au juge et qu'il s'agit d'une question technique échappant à la connaissance du juge et acquérant de ce fait un poids particulier.

³¹ Le caractère contradictoire du rapport d'expertise : une contradiction en haut lieu ?, *J.C.P.*, 2012, p. 557.

³² Somme toute la jurisprudence était écartelée entre deux positions : la contradiction doit-elle se situer au niveau des opérations pratiquées par le technicien ou suffit-il que son rapport ou son procès-verbal (par exemple pour le constat d'huissier mais à ce stade le défaut de contradiction se comprend mieux dans la mesure où il ne s'agit que d'un constat d'huissier qui, par définition, n'exprime aucun avis) ait fait l'objet d'un débat contradictoire à l'audience.

³³ *Procédure* – Revue mensuelle LexisNexis Jurisclasseur – novembre 2012, p. 12 et obs. R. PERROT ; S. AMRANI-MEKKI, Expertise et contradictoire, vers une cohérence procédurale ?, *J.C.P.*, 2012, p. 2037.

l'une des parties. Bref, ce rapport ne peut servir que d'appoint à d'autres indices concordants révélés par le dossier.

Dans un autre arrêt du 28 septembre 2012³⁴, la Cour avait décidé que l'irrégularité des opérations d'expertise devait trouver sa sanction dans le régime de la nullité des actes de procédure, c'est-à-dire une nullité subordonnée à la preuve d'un grief. Ce mouvement est amplifié par un arrêt plus récent encore du 29 novembre 2012 à propos de l'absence d'établissement d'un pré-rapport en méconnaissance des termes de la mission d'expertise³⁵.

La jurisprudence de la Cour de cassation de France doit se comprendre en relation avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui évalue l'incidence du non-respect du formalisme procédural au cours des opérations d'expertise en fonction du rôle prépondérant voire déterminant du rapport de l'expert pour la solution du litige. En d'autres termes, il s'agit de vérifier s'il est possible « d'économiser le contradictoire sans le sacrifier »³⁶. Il s'agit de faire la procédure et non de la procédure mais au préalable, il appartient à l'expert de « verrouiller » la régularité des opérations d'expertise avec l'autorité que lui confère son investiture et sa bonne maîtrise actualisée des règles procédurales applicables.

³⁴ R.T.D.C., 2012, p. 772 et obs. R. PERROT ; S. AMRANI-MEKKI, *ib.*

³⁵ J.C.P., 2013, p. 20 et obs. D. CHOLET ; *Dalloz*, 2012, p. 2899 : « ayant relevé que le demandeur en nullité du rapport d'expertise avait pu critiquer devant elle les conclusions de l'expert, produire d'autres barèmes que ceux mentionnés dans le 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, ce dont il se déduisait que l'intéressé ne prouvait pas le grief que lui aurait causé l'atteinte allégué au principe de la contradiction résultant de l'absence de dépôt d'un pré-rapport, une cour d'appel a exactement décidé que l'irrégularité invoquée n'entraînait pas la nullité de l'expertise » (*adde* Cass. fr., 31 janvier 2013, *Dalloz*, 2013, 372). Le professeur PERROT se montre toutefois sévère au vu de cette motivation car selon lui « il est clair que, pour la Cour de cassation, l'audience contradictoire immunise la défaillance de l'expert qui n'a pas respecté les termes de sa mission, en attendant du plaideur, qui n'a pas nécessairement des connaissances médicales, qu'il fasse la preuve que cette défaillance a faussé les conclusions du rapport. Il y a là une inversion de la charge de la preuve qui laisse perplexe et qui, à l'avenir, devrait inciter les plaideurs à solliciter les lumières d'un technicien officieux pour les aider à démontrer le grief ». « Tout se passe comme si l'on cherchait à se débarrasser des contestations sur la manière dont les opérations d'expertise ont été conduites. Ce blanc-seing donné aux experts ne laisse pas d'être préoccupant ». Voy. aussi sur la problématique de la sanction de la nullité et de son étendue, S. AMRANI-MEKKI, *o. c.*, *Dalloz*, 2012, pp. 2037 à 2040. En Belgique, la nullité n'est pas prévue par la loi en cette hypothèse ; elle est à distinguer de l'inopposabilité en ce sens que si le rapport violant le droit de la défense n'est pas « réparable » il peut être rendu inopposable mais, de manière générale, même inopposable à une partie ou à un tiers, le rapport constitue un fait ou en ensemble d'éléments de fait qui peut servir de présomption « de l'homme » au sens de l'article 1349 du Code civil (Cass., 22 décembre 1983, Pas., 1984, I, 456 ; jurisprudence constante). L'inopposabilité est à distinguer de l'écartement, sanction généralement limitée à la seule partie du rapport qui excède la mission de l'expert (voy. ainsi Cass., 29 novembre 2011, Pas., 2011, p. 2628). Enfin les ressources des articles 984 à 986 du Code judiciaire peuvent être mobilisées pour corriger les effets d'un formalisme insuffisant.

³⁶ J.F. van DROOGHENBROECK, « Vers une conception plus pragmatique du contradictoire », obs. sous CEDH, 15 février 2007, *J.T.*, 2007, p. 546.

X
X X

Dans les litiges complexes, l'expertise a et aura de plus en plus un rôle dénouant des contentieux judiciaires ou extrajudiciaires. Son importance grandissante a pour contrepartie un accroissement des exigences requises pour devenir expert et le rester. Les associations professionnelles ont à cet égard un rôle déterminant singulièrement lorsqu'elles œuvrent dans l'espace européen.

Georges de LEVAL