

**RENCONTRE-DEBAT AVEC LES MAGISTRATS DES TRIBUNAUX DE COMMERCE
DU RESSORT DES COURS D'APPEL DE PARIS ET VERSAILLES
La possibilité d'une expertise amiable sous contrôle judiciaire.**

Sous la présidence de
Monsieur le Président **Christian de BAECQUE**,
Président du Tribunal de Commerce de Paris

Intervenants :

Maître **Denis DUPREY**, Avocat
Maître **Christian LAMBARD**, Avocat

Le mercredi 24 novembre 2010,

à la Maison des Polytechniciens,
12 rue de Poitiers, Paris (7^o)

Organisée par la

**COMPAGNIE NATIONALE DES INGENIEURS DIPLOMES EXPERTS
PRES LES COURS D'APPEL ET LES JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES**

C.N.I.D.E.C.A

M. Alain MARTIN, Président de la CNIDECA-

Mesdames et messieurs les Magistrats, Chers collègues nous sommes heureux de vous recevoir, et c'est avec plaisir que nous vous voyons aussi nombreux.

Ce soir, nous organisons, comme régulièrement, une soirée débat avec les magistrats des tribunaux de commerce de la région parisienne, Paris et Versailles que M. le Président du Tribunal de Commerce de Paris nous a fait l'honneur de bien vouloir présider.

Vous avez pu remarquer que le titre est :

La possibilité d'une expertise amiable sous contrôle judiciaire.

Vous vous souvenez peut-être que la CNIDECA, dont la plupart des experts ici présents font partie, a proposé il y a quinze ans une Expertise Amiable Codifiée.

Cette Expertise Amiable Codifiée n'a eu aucun succès, cependant, je voudrais vous rappeler les raisons de sa création.

Pourquoi une expertise amiable ?

Parce que nous avons remarqué que 80 % des expertises se terminaient par une conciliation. Dans ces conditions pourquoi ne pas commencer, dans un cadre non conflictuel, par une expertise consensuelle ?

Une particularité de cette expertise est que chaque partie désignait son expert et les deux experts devaient arriver à un accord, sauf exception, car nous pensions qu'une vérité technique ne pouvait échapper à deux experts objectifs et indépendants.

Pourquoi codifiée ?

Pour respecter le Code de Procédure Civile, de façon à ce qu'ultérieurement cette expertise puisse être utile si les parties jugeaient nécessaire d'aller devant les tribunaux, sachant que 20 % seulement iraient au judiciaire.

Pourquoi n'a-t-elle pas fonctionné ?

Ainsi que les avocats nous l'ont expliqué, parce que les avocats cherchent l'imperium du juge de façon à ce que l'expert ne soit pas limité dans ses investigations et qu'il puisse faire produire les pièces qu'il juge nécessaires.

Nous en sommes donc arrivés à envisager une expertise amiable sous contrôle judiciaire.

Monsieur le Président du Tribunal de Commerce de Paris, M. De Baecque, nous a fait l'honneur de bien vouloir nous donner son avis sur cette possibilité.

M. Christian DE BAECQUE, Président du Tribunal de Commerce de Paris

Merci Monsieur le Président d'avoir fait ce rappel historique.

Je me souviens de votre colloque d'il y a deux ans où vous aviez évoqué cette question.

Pourquoi essayer de développer l'expertise judiciaire amiable ?

Parce que je souhaite faire passer l'idée qu'un tribunal de commerce n'est pas, comme le nom « tribunal » le laisse entendre, un lieu où l'on condamne, où l'on sanctionne, mais un lieu où l'on résout les litiges des entreprises.

De la même façon que depuis une trentaine d'années les juges consulaires parisiens ont développé une culture de la prévention pour le traitement des difficultés des entreprises, ils souhaitent aujourd'hui développer une culture de l'apaisement. Ils sont des hommes et des femmes issus du monde de l'entreprise, ils savent par expérience -et l'expérience judiciaire ne fait que renforcer ce sentiment - qu'un mauvais accord vaut mieux qu'un bon procès.

Les juges consulaires ont, certes de par la loi, la mission, de juger, c'est à dire de trancher les litiges qui leur sont soumis, mais ils le font avec une culture de l'apaisement et la volonté de dire qu'ils doivent résoudre des litiges qui concernent des entreprises qui peuvent continuer à travailler ensemble.

Ils ont la possibilité, par ailleurs, de proposer soit la conciliation par le juge, soit la conciliation ou la médiation par un tiers (un décret vient d'étendre aux tribunaux de commerce la conciliation judiciaire qui n'est autre qu'une médiation gratuite).

A propos des expertises, je constate qu'il existe deux types d'expertises :

1°) celles qui sont décidées par le juge après un débat entre les parties :

Le juge en examinant le litige qui lui est soumis, constate la nécessité d'être éclairé sur un point précis ; il désigne à cette fin un expert.

2°) celles qui sont avant tout procès, fondées sur l'article 145 du CPC :

il s'agit des cas où une partie souhaite établir la preuve de faits utiles à la résolution d'un litige ; le juge peut décider de nommer un expert ; ces expertises sont les plus nombreuses que nous connaissons dans les tribunaux de commerce ; elles concernent le juge des référés.

La partie en demande soutient devant le juge des référés qu'il existe un litige qu'il faudra trancher, alors que, très souvent, il n'y a pas encore de litige, mais seulement des faits qu'il convient de constater ou le désir d'établir une preuve.

Il arrive que le simple constat, par un tiers, des faits invoqués par la partie en demande conduise à une solution amiable.

Pourquoi, dès lors, amener des parties, par l'application de l'article 145 du CPC, à faire naître un litige alors qu'elles ne sont pas encore en conflit, mais souhaitent seulement être éclairées sur des faits ?

J'observe, de surcroît, que dans le cadre précis de l'article 145 du CPC, les parties défenderesses se contentent en général d'exprimer leurs « *protestations et réserves* », ce qui signifie qu'elles sont d'accord, mais qu'elles ne veulent pas le dire. Elles réservent tous moyens, mais sont en fait d'accord sur le principe d'une expertise qui conduira à éclairer les faits qui opposent les parties.

J'aimerais éviter cette sorte d'hypocrisie que nous constatons très souvent en référé ; d'où l'idée d'un simple changement de fondement juridique : au lieu de recourir à l'article 145, les parties évoqueraient l'article 25 du CPC, qui institue une procédure gracieuse amiable, non conflictuelle, dans une optique d'apaisement. Cet article expose que « *Le juge statue en matière gracieuse lorsqu'en l'absence de litige il est saisi d'une demande dont la loi exige qu'elle soit soumise à son contrôle* ».

Il y a trente ans, dans le cadre de la prévention des difficultés des entreprises, mes prédécesseurs ont utilisé avec succès l'article 25 du CPC qui concerne les mesures gracieuses.

Quelles différences peut-il y avoir entre une expertise demandée sur le fondement de l'article 25 et celle demandée sur le fondement de l'article 145 du CPC ?

Il doit tout d'abord s'agir d'une « requête conjointe ».

Si les parties sont d'accord, elles feront une requête conjointe, pour proposer au magistrat la mission, le nom de l'expert et celui qui paiera les honoraires.

Le juge devra, dans son ordonnance, se conformer à l'accord entre les parties. Il n'est pas dans une optique de conflit, car tout le monde est d'accord pour considérer qu'il faut une expertise.

Il faut aussi que les parties appellent dans la cause tous les tiers qui peuvent être concernés par l'expertise ; le tribunal ne veut pas être instrumentalisé par un accord à deux alors que c'est une troisième partie qui est concernée.

Il est impératif que toutes les parties soient présentes et d'accord sur les grandes lignes de la mission et sur le nom de l'expert.

Si au contraire les parties ne sont pas d'accord, c'est qu'il existe un litige et, dans ces cas c'est au juge de décider la mission, le nom de l'expert et la partie qui paiera les honoraires.

Quel est l'intérêt d'une expertise judiciaire amiable ?

Si les parties ne sont pas encore en litige, il n'y a pas de raison qu'elles s'affrontent, et, normalement, l'expertise suit son cours technique avec lme concours des parties, elle ne devrait revêtir aucun caractère passionnel.

Au fur et à mesure de l'avancement de l'expertise, soit les parties continueront à être dans une situation apaisée non conflictuelle, soit un différent surgira ; si les parties sont en désaccord sur l'évolution de l'expertise, le juge du suivi de l'instruction, sera toujours là pour assister l'expert, et pour trancher toute difficulté.

Comme l'expertise est judiciaire, on quittera alors l'aspect amiable pour rentrer dans un aspect litigieux.

Il s'agit donc bien de votre idée d'expertise amiable codifiée pour développer une culture d'apaisement ; ne créons pas des conflits et des litiges où il n'y en a pas. Essayons de traiter une demande qui n'est pas un litige, qui est une

demande de constat, d'examen de faits par un expert qui déposera son rapport. En c'est bien en fonction de ce rapport que les parties décideront de la suite qu'elles veulent donner.

Telle est l'ambition du tribunal de commerce de Paris.

Nous avons commencé dans certains cas à essayer de convaincre les avocats de l'intérêt de la requête conjointe ou lors de référés de requalifier, en motivant, l'expertise demandée en une expertise judiciaire amiable.

Je souhaitais, pour aller plus loin, organiser avec l'Ordre des avocats un colloque sur ce sujet. Grâce à vous, monsieur le Président, il a lieu. Soyez en remercié.

Vous aurez certainement remarqué qu'exceptionnellement le juge a parlé avant les avocats !

M. Alain MARTIN.

Nous avons choisi, pour répondre au Président, deux avocats, qui sont Maître Denis Duprey, avocat honoraire, qui a une très grande expérience dans l'expertise et qui va donc donner la réplique au Président, ensuite, nous avons proposé Maître Christian Lambard que je connais depuis trente ans et que j'ai vu dans toutes les expertises rechercher systématiquement la négociation et la transaction. C'était un plaisir pour les experts car il n'y avait pratiquement jamais à faire de rapport.

Me Denis DUPREY.-

Le point de savoir si la mise en place dans le champ procédural d'une expertise amiable sous contrôle judiciaire répond ou non à un besoin et à une attente est sans nul doute fort intéressant et suscitera sans nul doute un débat, mais la question posée suppose que soient préalablement examinées la faisabilité et la sécurité juridiques d'une telle initiative.

Nous sommes donc convenus, Christian LAMBARD et moi-même, de nous partager la tâche, en examinant dans un premier temps ce qui, juridiquement et procéduralement parlant, paraît pouvoir s'opposer à l'idée avancée (ce sera l'objet de mon intervention) pour suggérer ensuite, de manière optimiste, quelques propositions constructives (ce sera la mission dévolue à Christian)

La première difficulté rencontrée relève de la sémantique et procède des confusions trop souvent commises dans le sens réel donné aux mots.

Ainsi le concept même d'expertise amiable sous contrôle judiciaire n'apparaît pas a priori évident et semble même quelque peu antinomique, le qualificatif « amiable » paraissant difficilement pouvoir être associé à l'idée d'un « contrôle judiciaire » dès lors que ce qui est amiable paraît extérieur au champ judiciaire.

Le souhait de conserver un caractère « amiable » à la mesure souhaitée suppose en effet qu'elle soit sollicitée et obtenue sans l'intervention du juge car à défaut elle n'a plus son caractère « amiable » et devient « judiciaire

Comment concilier ces deux exigences que constituent :

-D'une part la volonté affirmée du caractère amiable de la mesure envisagée impliquant de laisser aux justiciables la liberté d'organiser leurs relations pour négocier ensemble la solution de leur litige (comment ne pas évoquer ici la proposition de loi votée le 30/06/2010 envisageant la création d'une « procédure participative de négociation assistée par avocat » qui prendrait place dans les articles 2062 et suivants du CPC ?)

-Et d'autre part le désir également affirmé de placer ladite mesure sous le contrôle du juge ?

Doit-on alors parler de « liberté surveillée » ?

Mais Christian LAMBARD montrera sans doute que cette incompatibilité n'est qu'apparente et ne saurait constituer un argument sérieux d'opposition.

En revanche, il reste que l'idée de rattacher le concept d'une telle expertise à la notion de « procédure gracieuse » et de la situer dans le cadre des « Règles Propres à la Matière Gracieuse » visées par les articles 25 et suivants du CPC ne paraît pas possible.

C'est oublier, en effet, que la matière gracieuse définie pour la première fois par la loi du 15/07/1944 comprend toutes les demandes ne comportant aucun adversaire ou ne pouvant donner lieu à contestation de la part de tiers et qu'elle concerne également les matières où les parties n'étant pas en désaccord sont cependant tenues par leur qualité ou par la nature de l'affaire d'obtenir l'autorisation du Tribunal .

Dans ce dernier cadre on entend soit protéger les mineurs (hypothèse d'une demande d'émancipation) et les incapables majeurs (hypothèse d'une demande d'homologation des décisions du conseil de famille), soit, là où la loi l'exige (cf la formulation de l'article 25) soumettre au contrôle du juge certaines demandes (telles que des changements de nom ou des homologations de changement de régime matrimonial)

Le principe de la procédure gracieuse découle de la volonté de faire en sorte que la loi puisse entourer certains actes de la protection de la justice. L'intervention du juge se produit alors en dehors de tout procès. Il exerce une juridiction « gracieuse », le terme « gracieux » s'opposant au terme « contentieux » sans évoquer aucunement une idée de facilité ou de bienveillance.

Rappelons ici que la matière gracieuse est celle qui relève de cette juridiction dont le caractère particulier et obligatoire ne doit pas être oublié et que la majorité de la doctrine moderne, distinguant les actes « réceptifs » des actes

« volitifs » assimile ces actes gracieux (d'ailleurs susceptibles d'appel cf art 543 du CPC) à de véritables actes juridictionnels d'une nature spéciale.

L'article 25 auquel on serait tenté de se rattacher prévoit en effet deux conditions cumulatives savoir :

-« l'absence de litige » d'où la question « que faut-il entendre par absence de litige ?

-« une demande dont la loi exige qu'elle soit soumise au contrôle du juge.

On voit immédiatement qu'une demande d'expertise, fût-elle présentée amiablement ne satisfait aucune de ces deux conditions.

L'exigence, prévue par la loi, d'un contrôle du juge semble signifier que le juge ne saurait exercer cette juridiction gracieuse que dans les cas où la loi et les textes règlementaires imposent son intervention, ce qui exclut une demande d'expertise.

Par ailleurs la condition posée d' « absence de litige » si elle signifie « en l'absence de tout procès » (litis signifiant procès : exemple : provision « ad litem » ou l'expression « in limine litis ») n'est pas assimilable à l'absence de contestation car si l'absence de litige suppose nécessairement l'absence de contestation (car il n'y a pas d'adversaire), l'absence de contestation ne signifie pas toujours qu'il n'y a pas de litige, ne serait-ce que dans le cas où le défendeur ne comparait pas.

Bien des confusions sont commises sur ce qu'il faut entendre par « litige » ou par « différend » les deux termes étant indifféremment utilisés de façon synonyme (cf art 847-3 c.civ- art L 127-1 c.ass) alors qu'il est admis généralement que le terme « litige » recouvre une situation conflictuelle dont la solution relève des tribunaux alors que le terme « différend » évoque une situation conflictuelle susceptible d'être réglée amiablement.

La jurisprudence considère que les principes directeurs du procès, notamment le caractère contradictoire de la procédure, ne peuvent s'appliquer à la procédure gracieuse.

On voit mal comment ces exigences et ces principes pourraient être respectés dans le cadre d'une expertise qui serait sollicitée amiablement, (c'est çà dire par deux parties au moins) mais que l'on voudrait placer sous le contrôle du juge.

Et ce, d'autant plus que les articles du CPC ne dégagent pas véritablement de solution sur la manière de diligenter une telle mesure.

L'article 60 du CPC prévoit, en effet, s'agissant de la procédure gracieuse de l'article 25, que toute demande en relevant doit être formée par requête.

Plus encore, en ses articles 797 et suivants, le CPC dispose, au Chapitre relatif à la « Procédure en Matière Gracieuse » :

- que la demande doit être formée par une requête déposée par avocat ou par officier public ou ministériel habilité (cf art.797)
- que le Ministère Public doit avoir communication des affaires gracieuses (cf art 798)
- qu'un juge rapporteur doit être désigné par le Président (cf art 799)
- que le Ministère Public soit entendu s'il y a débats (cf art 800)

Là encore on imagine mal qu'une telle procédure, aussi lourde et aussi longue, puisse convenir en l'occurrence et permette aux parties qui le souhaitent d'obtenir amiablement la mesure d'expertise à la quelle elles veulent recourir.

Le fait qu'elles sollicitent le recours à un expert choisi d'un commun accord implique nécessairement l'existence d'un désaccord c'est-à-dire d'une contestation, d'un conflit ou si l'on aime mieux d'un différend, étant évident que si rien ne les opposait, rien ne justifierait leur demande.

Il y a donc « litige sous jacent » contestation née mais non encore portée devant le juge dans l'espoir sans doute d'éviter le procès et de régler amiablement le différend.

En ce sens, et malgré l'évident désir d'éviter la référence à la situation prévue par l'article 145, accusé de tous les maux, la question peut se poser de savoir si l'on en est si loin.

Mais, si la notion d'expertise amiable est facilement compréhensible dans la mesure où l'on conçoit aisément ce que les parties veulent et recherchent, en revanche que faut-il entendre par « contrôle judiciaire » ? D'abord quel contrôle ? S'agit-il d'une simple homologation ou s'agit-il d'un contrôle effectif de la mesure décidée ? En ce cas quels pouvoirs conférer au juge et sous quelle forme ?

Pour terminer, quelques remarques doivent encore être faites, portant sur les voies susceptibles d'être empruntées.

Comme on l'a vu, la voie de l'article 25 est impraticable.

La voie de la requête proposée par l'article 58 du CPC ne l'est pas davantage puisqu'il est immédiatement précisé que cette requête est un acte par lequel le demandeur saisit la juridiction sans que son adversaire en ait été préalablement informé.

Il en va de même :

-de la requête proposée à l'article 494 du CPC puisqu'elle n'a pour objet, selon les propres termes de l'article 493, que d'obtenir par la voie d'une

ordonnance, « une décision provisoire rendue non contradictoirement dans les cas où le requérant est fondé à ne pas appeler de partie adverse »

- et de la requête prévue à l'article 812 du CPC puisqu'elle ne peut, là encore, être envisagée que pour obtenir une ordonnance prescrivant des mesures d'urgence « lorsque les circonstances exigent quelles ne soient pas prises contradictoirement ».

Reste, peut-être, le recours à la requête conjointe des articles 57 et à l'application qui en est spécifiquement faite devant le Tribunal de Commerce par les articles 859 et 860 du CPC.

Mais en ce cas il faudra retenir que cette procédure figure dans le CPC, au titre IV sous la mention « La Demande en Matière Contentieuse » ce qui l'exclut évidemment du champ de la matière gracieuse.

Si devait par conséquent s'affirmer la volonté d'aboutir à la mise en place d'une nouvelle forme de résolution des litiges par le biais d'une expertise amiablement réclamée et accordée, avec ou sous le contrôle d'un juge, selon des modalités à définir, il conviendrait alors de vérifier si l'arsenal juridique dont nous disposons, ne contient pas déjà les moyens nécessaires pour y parvenir.

A défaut c'est par la modification et l'adaptation du code de procédure civile que l'on y parviendra.

Evoquant cette évolution des modes de règlement des litiges sous l'égide du juge, X.LAGARDE écrivait très justement que « cette conception nouvelle de la justice, davantage conçue comme une instance qui régule que comme une instance qui tranche, révèle un nouveau modèle de type procédural fait de liberté contrôlée et de solution négociée »

Nul doute qu'à propos de «liberté contrôlée et de solution négociée» Christian LAMBARD, à qui je cède la parole, ne nous ouvre maintenant des horizons prometteurs et nous montre la voie adéquate.

Me Christian LAMBARD.

Mesdames, Messieurs les Présidents, mesdames, messieurs les magistrats et experts,

Cher Denys,

Je prends donc le relais auquel tu me convies, mais j'avoue qu'un instant, j'ai été saisi d'une vive inquiétude et me suis demandé ce que j'allais bien pouvoir exposer après toi. Je me suis interrogé sur le point de savoir si je n'avais pas été un peu trop audacieux en répondant à l'aimable invitation de notre ami le Président Alain Martin, de m'exprimer ce soir devant cette docte assemblée.

Ceux ici, qui me connaissent un peu, savent mon inclination naturelle, mais ce n'est je vous l'assure, qu'une déformation professionnelle, à entretenir la

dialectique voire quelques fois la provocation. Mais j'aurais du mal, en ma qualité de « procédurier » au sens générique du terme (on dirait aujourd'hui praticien du droit processuel) , j'aurais du mal disais-je, à te contredire sur ce que tu viens d'exprimer et tout particulièrement au sujet de la référence qui pourrait être faite aux dispositions des articles 25 et suivants du code de procédure civile.

Je n'y reviendrai pas puisque tu as éloquemment mis en évidence que quelles que soient les bonnes volontés, elles se heurtent, à nos yeux communs à tout le moins les tiens et les miens, à l'état du droit positif.

Au-delà de toutes les contraintes que tu as rappelées, un constat signe selon moi, en l'état encore une fois du droit positif, l'impossibilité de faire référence à ces dispositions : elles relèvent comme tu l'a parfaitement indiqué, de la matière gracieuse. Or, dans le domaine qui nous intéresse, nous ne sommes pas en matière gracieuse, nous sommes en matière contentieuse.

Nous y reviendrons sans doute ultérieurement, mais il ne faut pas se laisser égarer par les mots : qui dit litige ne dit pas nécessairement procès, qui dit amiable ne dit pas qu'il n'y a pas litige mais qui dit contentieux n'exclut pas pour autant l'amiable.... !

Bref, je persiste à penser que quand des parties envisagent de recourir à l'expertise, fût-elle amiable, c'est précisément parce qu'il y a litige et s'il y a litige, il y a potentialité de procès. L'expertise devient alors un instrument qui tout à la fois peut permettre de cerner le périmètre du litige, mais le plus souvent, de le régler amiablement et ainsi d'éviter de devoir aller jusqu'au procès ou de devoir le conduire à son terme.

Je vais arrêter là mon propos au sujet de l'article 25 du code de procédure civile au risque de redire moins bien, ce tu as déjà excellemment exposé, mais avant cela je voudrais vous faire part des effets, sans que cet exemple soit exhaustif, qui sont attachés à une décision rendue au visa de cet article 25.

La Cour de cassation a été conduite à se pencher sur la question en matière d'accident du travail. C'est un arrêt rendu par la Chambre Sociale de la Cour de cassation le 9 mars 1983. Il est, à ma connaissance, unique en ce domaine.

Dans le cadre donc d'un accident du travail, un expert technique avait été désigné par une ordonnance du Président de la Commission de 1ère instance de la Sécurité sociale, (aujourd'hui le TASS) ordonnance rendue au visa de l'article 25 du Code de procédure civile.

Un tiers, auquel l'ordonnance désignant l'expert, faisait grief, selon la formule consacrée, avait formé à l'encontre de cette ordonnance, une tierce opposition. Sans qu'il soit nécessaire d'entrer dans le détail des explications relatives à la tierce opposition, les non juristes de cette assemblée retiendront qu'il s'agit d'une voie de recours réservée aux tiers qui n'ont pas été partie à la procédure ayant donné lieu à une décision qui leur porte tort. Cette voie de

recours permet d'aller devant le juge qui a rendu cette décision pour lui demander de la modifier.

La Cour de cassation a retenu par l'arrêt que j'ai cité que LA DECISION EN CAUSE, INTERVENUE EN L'ABSENCE DE LITIGE, ET ALORS MEME QU'ELLE CONSTITUAIT LE PREALABLE NECESSAIRE DE LA PROCEDURE CONTENTIEUSE ENGAGEE ULTERIEUREMENT PAR M Y..., PRESENTAIT LE CARACTERE D'UNE DECISION GRACIEUSE AU REGARD DE L'ARTICLE 25 DU CODE DE PROCEDURE CIVILE ET QUE COMPORTANT MENTION DE SA NOTIFICATION AUX PARTIES PAR LE SECRETAIRE DE LA COMMISSION DE PREMIERE INSTANCE LE 11 JUIN 1976, ELLE N'ETAIT PAS SUSCEPTIBLE AUX TERMES DE L'ARTICLE 583, PARAGRAPHE 3, DE TIERCE OPPOSITION.

Ceci me semble t'il confirme, s'il en était besoin, que dans nos affaires qui encore une fois relèvent de la matière contentieuse, une décision « intervenue en l'absence de litige et alors même qu'elle constituait, dit la Cour de cassation, le préalable nécessaire de la procédure contentieuse », reste une décision gracieuse avec toutes les conséquences et les contraintes qui s'y attachent.

Pour autant, il ne faut évidemment pas rester ce qui pourrait être regardé comme un constat d'échec, et tel est le rôle qui m'est ce soir dévolu, d'essayer de suggérer des solutions qui permettraient de concilier tout à la fois, l'amiable et l'office du juge.

Puisqu'en toutes choses en effet il faut savoir évoluer, je vais donc essayer de faire preuve d'un peu d'imagination pour tenter de répondre à l'attente que vous avez exprimée.

Si vous le voulez bien nous allons reprendre le libellé de notre discussion de ce soir : « l'expertise amiable sous contrôle judiciaire. »

Avant d'évoquer le contrôle du juge, son office en pareille matière et la nécessité ou non de se placer son sous aile protectrice ou de dispensateur de sanctions, il convient me semble t'il, de s'interroger sur ce qu'est l'expertise amiable.

Est-elle peu ou prou reconnue dans notre droit ou ne résulte t'elle que d'usages sans référence à la loi ?

Dans les faits, force est de reconnaître que l'expertise amiable a bel et bien droit de cité dans notre dispositif juridique. L'Expertise amiable est même couramment utilisée car elle répond à des impératifs de rapidité et de simplicité dans l'administration de la preuve.

Ce sera, je crois, un rappel nécessaire qui constituera la première partie de mon propos.

→ L'Expertise amiable : une procédure courante et usuelle

A) Son domaine d'application

B) La portée de l'expertise amiable

La question qui se posera alors sera de savoir si nous pouvons aller au-delà de cette expertise amiable, en lui conférant une valeur et une sécurité juridique accrue, sans toutefois tomber dans les rigueurs et la lourdeur parfois encombrante de l'expertise judiciaire.

Existe-t-il alors une place pour une procédure d'expertise amiable, mais placée cette fois, dans un cadre judiciaire ?

Tel sera l'objet de la deuxième partie de mon propos.

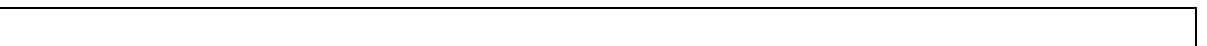
A mon sens, cette expertise "sous contrôle" pourrait présenter de nombreux avantages que j'évoquerai. (A)

Je vous parlerai donc :

A) des avantages de l'expertise amiable sous contrôle judiciaire

Mais au risque de déplaire, je pense que notre droit positif nous donne in fine, tous les outils permettant d'atteindre les objectifs de l'expertise amiable sous contrôle judiciaire, sans qu'il soit réellement nécessaire d'opérer une modification législative. (B)

B) Une "expertise qui peut être amiable sous contrôle judiciaire" qui ne dit pas son nom : la procédure sur requête conjointe



<p>PARTIE 1 – L'EXPERTISE AMIABLE Une procédure courante et usuelle</p>

Dans les expertises auxquelles, vous mesdames et messieurs les experts ainsi que mon ami Denys Duprey et moi-même sommes quotidiennement confrontés, il y a le plus souvent un acteur, visible ou caché selon les cas : le ou les assureurs.

Et bien les assureurs savent parfaitement ce qu'est une expertise amiable, mais pas seulement les assureurs, le Code des assurances lui-même y fait référence d'assez nombreuses fois.

A) Le domaine d'application de l'Expertise amiable

On distingue habituellement trois types d'expertise :

- l'expertise dite officieuse : c'est celle qui est demandée de manière unilatérale par une partie. C'est celle qui peut être utilisée par exemple, au soutien d'une demande d'expertise judiciaire en référé au visa de l'article 145 du Code de procédure civile ;
- l'expertise amiable : les auteurs en matière de droit des assurances considèrent qu'une telle expertise, amiable, est celle qui est établie à la demande de deux ou plusieurs personnes mais on verra aussi que dans ces domaines, l'expertise amiable peut être définie et régie par la loi ;
- l'expertise judiciaire que vous connaissez parfaitement ;

Je m'attache donc à l'expertise dite amiable.

Je ne vais pas entrer dans les détails eu égard au temps qui m'est imparti, mais sachez que le code des assurances, en plusieurs matières prévoit le recours à l'expertise amiable.

Ceci est vrai par exemple :

- en matière d'assurances de dommages aux biens ;
- en matière d'assurance dommages ouvrage ;
- c'est également vrai en d'autres matières comme par exemple les risques technologiques ou en matière de dommages miniers ;

Je m'en tiendrai aux deux premiers domaines.

En matière d'assurance de dommages aux biens, la plupart des polices d'assurance comportent une clause qui oblige les parties à avoir recours à une expertise amiable. Ces dispositions contractuelles interdisent alors aux parties de solliciter une expertise judiciaire tant que l'expertise amiable n'a pas été mise en œuvre ou n'a pas abouti dans les délais que le contrat a fixés.

En matière d'assurance de dommages-ouvrage, le code des assurances, (c'est l'article R 112-1) dispose que les polices d'assurance doivent indiquer « la procédure et les principes relatifs à l'estimation des dommages en vue de la détermination du montant de l'indemnité. »

Mais alors qu'en matière d'assurances de dommages aux biens les parties peuvent convenir librement de ces dispositions, en matière d'assurance de dommages ouvrage celles-ci sont très précisément règlementées puisque la loi a défini des clauses types qui s'imposent aux parties, toute disposition contraire étant jugée nulle et nul effet.

Là encore, sans trop entrer dans le détail, en matière d'assurance dommage ouvrage, une expertise amiable doit être obligatoirement mise en œuvre, elle doit s'effectuer dans le délai de 60 jours de la déclaration de sinistre, délai augmenté en cas de rapport complémentaire à 90 jours. Les parties peuvent conventionnellement proroger ce délai dans certaines conditions. Le juge n'a pas la faculté quant à lui de proroger ces délais.

La jurisprudence est désormais parfaitement fixée sur le caractère obligatoire de cette expertise amiable préalable. La Cour de cassation juge systématiquement irrecevable la demande d'un assuré en désignation d'un expert judiciaire tant que n'a pas pris fin l'expertise amiable obligatoire qui est considérée comme d'ordre public.

Mais cela va encore plus loin puisque la cour de cassation juge, toujours dans cette matière de l'assurance dommages ouvrage, que l'assureur ne peut pas opposer de non garantie tant que l'expertise amiable obligatoire n'a pas été mise en œuvre et même s'il sait, avant toute expertise, que sa garantie est, selon lui, contestable.

Voilà donc un exemple d'une expertise amiable « contrainte » à laquelle les parties ne peuvent pas échapper.

B) Valeur et portée juridique de l'Expertise amiable

Si l'on va toujours dans le même sens, celui de la reconnaissance par la loi ou par la jurisprudence, de l'expertise amiable, la Cour de cassation a été amenée à de nombreuses reprises à statuer sur sa portée à l'égard des parties et notamment de celles qui n'ont pas participé à l'organisation d'une telle expertise et à la désignation de l'expert.

La jurisprudence s'est prononcée d'assez nombreuses fois et quelques hésitations se font encore jour sur la portée et le bénéfice, en termes

d'administration de la preuve, que l'on peut tirer d'une expertise amiable, voire même d'une expertise officieuse.

Ceci explique les précautions qu'il faut prendre, me semble-t-il, avec les expertises amiables et tout l'intérêt, par conséquent, que l'on pourrait éventuellement tirer de l'expertise amiable « sous contrôle judiciaire ».

Nous savons tous que l'expertise amiable voire même l'expertise officieuse, n'a certes pas valeur d'expertise judiciaire mais que dans une certaine mesure, la jurisprudence lui confère une certaine valeur dans l'établissement de la preuve.

Pour autant, il existe encore une certaine hésitation car les positions adoptées par la 1ère chambre civile et la chambre commerciale d'une part, et la 3ème chambre civile, ne sont pas strictement identiques.

⇒ La question est évidemment celle de la portée de l'expertise

- Une expertise amiable opposable car librement discutée ?

La Chambre commerciale Cour de cassation exige que le rapport d'expertise même si cette expertise n'a pas été réalisée contradictoirement, ait été soumis à la libre discussion des parties.

La chambre commerciale et la 1ère chambre civile considèrent que si les conclusions de l'expert amiable ne lient pas la juridiction, celle-ci peut y puiser des renseignements à la condition qu'elle ait veillé à ce que le principe de la contradiction soit respecté et que le rapport d'expertise ait été soumis à la libre discussion des parties.

Je citerai à ce titre, un arrêt de principe de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 19 avril 2005, outre deux arrêts de la 1ère chambre civile rendus au cours de l'année 2010. qui ont statué en ce sens.

- Une expertise amiable sans valeur probante ?

La 3ème chambre civile (arrêt du 26 janvier 2010) s'attache au contraire au principe du contradictoire pour écarter dans certaines circonstances, des mesures d'instruction réalisées hors la présence de toutes les parties. Il s'agissait là de surcroît, non pas d'une expertise amiable mais d'une expertise judiciaire dont la Cour de cassation écarte l'opposabilité pour ne pas s'être déroulée au contradictoire de toutes les parties.

La 3ème chambre civile :

"Vu l'article 16 du code de procédure civile ;

Attendu que le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction ;

Attendu que pour condamner la société X... à payer diverses sommes aux consorts X...- Y... sur le fondement d'un rapport d'expertise, l'arrêt retient que la circonstance qu'une partie n'ait pas été atraite au cours des opérations d'expertise et n'ait pas eu la possibilité de participer aux constats de l'expert est bien une cause d'inopposabilité de la mesure d'instruction, que cependant tel n'est pas le cas de l'espèce, la cour relevant la présence de la société X.... au cours des opérations d'expertise, ainsi qu'en témoignent les mentions portées au rapport.

Qu'en statuant ainsi, alors que la Soprema n'avait été ni appelée ni représentée aux opérations d'expertise en tant que partie, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Plus récemment encore dans une de mes affaires la Cour d'appel de Paris 5ème chambre par un arrêt en date du 3 novembre 2010 a également déclaré inopposable un rapport d'expertise judiciaire à l'égard d'une partie qui n'avait pas été atraite à l'expertise et alors même qu'elle avait participé à au moins à une réunion d'expertise ce qui était attesté par la feuille de présence jointe au rapport de l'expert !

« Si la juridiction peut apprécier librement la valeur des éléments de preuve recueillis unilatéralement par une partie, il n'en est pas de même de ceux recueillis par un expert judiciairement désigné. En ce cas, l'expertise doit impérativement se dérouler conformément aux dispositions de l'article 6 du code de procédure civile. »

Et c'est bien là la difficulté : la facilité et l'aisance avec laquelle une expertise amiable peut être mise en œuvre, pourrait conduire à se satisfaire de ce type de mesure au risque d'oublier le principe du contradictoire que la 3ème chambre civile estime devoir protéger.

Car au-delà du contradictoire, peut se poser également la question de l'impartialité de l'Expert qui peut être désigné d'un commun accord par les parties.

En d'autres termes, les deux dernières décisions que j'ai citées si elles n'écartent pas clairement de pouvoir retenir comme élément de preuve, une expertise amiable, elles considèrent que dès lors que c'est une expertise judiciaire qui est invoquée, celle-ci doit avoir été conduite au contradictoire de toutes les parties et qu'un rapport ne peut être opposé à une partie qui n'a pas été atraite aux opérations d'expertise.

Mais il faut convenir qu'il y a certain paradoxe dans cette analyse puisque d'une certaine manière ceci pourrait inciter les parties à choisir la voie d'une expertise amiable voire officieuse pour mieux tenter de l'imposer à un tiers, ce

qu'elle ne pourrait pas faire en cas d'expertise judiciaire à l'égard du même tiers sans l'avoir attiré à ladite expertise !

Vous voyez donc que l'expertise amiable n'est donc pas aux yeux de la loi ou de la jurisprudence, un total ectoplasme juridique !

Elle n'est pas pour autant exempte de critiques ou d'interrogations.

Tout ceci m'amène à considérer que le sujet de notre rencontre de ce soir, présente un intérêt légitime.

De quelle manière pourrait-on organiser une expertise amiable, avec ses avantages, mais « sous contrôle judiciaire » , avec les siens ?

C'est notre sujet de ce soir.

Il y a quelque chose d'apparemment antinomique dans cette locution.

En effet, si les parties, alors qu'elles disposent d'un certain arsenal procédural pour mettre en œuvre une expertise judiciaire, décident de recourir à l'expertise amiable c'est que pour une ou plusieurs raisons, elles veulent tenter d'échapper aux contraintes de l'expertise judiciaire.

On pourrait alors s'interroger sur ces véritables raisons, et il y en a plusieurs mais ceci pourrait être à mes yeux l'objet d'un de nos prochains débats ! Je ne vais donc pas ouvrir cette discussion.

Donc, si les parties, par le recours à l'expertise amiable, veulent échapper à certaines contraintes du judiciaire, quels sont les motifs qui pourraient les amener à vouloir se placer spontanément sous « contrôle judiciaire ».

La contradiction n'est qu'apparente.

Observation liminaire : le cas particulier de l'arbitrage technique

Mais à titre liminaire je souhaite formuler une observation.

Nous parlons bien ici d'expertise amiable que j'oppose à l'arbitrage technique.

Qui dit expertise amiable dit la formulation d'un avis technique auquel les parties peuvent conférer différents effets ou différentes valeurs. Ce peut être un simple avis dont les parties feront ultérieurement l'usage qu'elles souhaiteront, ce peut être un avis technique auquel elles décident pas avance de se référer et de se soumettre mais qui n'a pas nécessairement vocation à résoudre leur différend dans son ensemble.

Qui dit arbitrage dit non plus un avis mais une décision, une sentence qui a valeur de décision dès lors qu'elle a été rendue dans les formes prévues par le code de procédure civile et qui peut donc recevoir l'exequatur du juge et recevoir ainsi force exécutoire.

Ces deux notions comportent quelquefois du fait de leur libellé et de la portée que les parties ont entendu lui conférer, conduire à un contentieux qui a été assez largement nourri par la jurisprudence.

* *
*

A) Les avantages que l'on pourrait tirer de l'Expertise amiable sous contrôle du juge

Je reviens donc à notre expertise amiable sans référence à une quelconque portée à valeur de sentence arbitrale.

Les parties peuvent constater un désaccord entre elles, constater qu'en l'état de leurs rapports, elles ne trouvent pas le moyen de le résoudre. Elles savent que sans le recours, j'allais dire le secours, d'une expertise technique, leur différend persistera. Pour autant, elles peuvent ne pas souhaiter porter ce différend devant la justice, pour différentes raisons possibles : le souci d'une certaine confidentialité, celui d'une certaine rapidité, la maîtrise des coûts, le choix d'un expert sur le nom duquel elles peuvent se mettre d'accord, le périmètre de sa mission, enfin la portée qu'elles entendent donner à cette expertise.

Bref, hormis les cas que l'on a vu ci-dessus où la loi réglemente l'expertise amiable, celle-ci ne peut être que le résultat d'un véritable contrat entre les parties.

Pour autant, même si les parties sont d'accord sur le principe du recours à l'expertise, elles peuvent rencontrer des difficultés soit en amont c'est-à-dire lors de la mise en œuvre de cette expertise, soit en aval c'est-à-dire pendant le cours de l'expertise ou encore lorsqu'il s'agira d'utiliser cette expertise dans le cadre d'une procédure au fond.

C'est là que l'intervention du juge peut être nécessaire voire même opportune.

⇒ Les parties peuvent avoir besoin du juge pour plusieurs motifs

- les parties sont d'accord sur le principe de l'expertise amiable mais en revanche, elles ne le sont pas sur le choix de l'expert ou encore sur le périmètre de sa mission. Elles peuvent saisir le juge pour qu'il statue non pas sur le principe de l'expertise sur laquelle les parties sont d'ores et déjà d'accord mais choisir l'expert et /ou fixer sa mission sur les éventuels points qui feraient désaccord ;
- pour les motifs que l'on a vu précédemment, les parties peuvent avoir le soin de ne prendre aucun risque de voir un rapport d'expertise amiable être déclaré inopposable ;

A titre d'exemple, une autre raison qui peut conduire les parties à avoir recours à l'expertise amiable :

En l'état du droit positif vous savez qu'il est fait interdiction à l'expert de concilier les parties. (Article 240 du code de procédure civile). Je ne ferai que peu de commentaires sur un texte qui a pu se justifier dans le passé mais qui pour ma part et au regard de la nature des expertises que j'ai l'habitude de

suivre (risques industriels) est devenu une absurdité. (Tout le monde ne partage pas mon point de vue).

Et bien les parties peuvent parfaitement convenir qu'elles vont conférer ce pouvoir à l'expert amiable qu'elles vont désigner, ce qui serait impossible en cas d'expertise judiciaire.

Nous verrons ensuite selon quelles modalités le juge peut être saisi.

Les critiques possible au recours à l'expertise amiable

Une des critiques essentielles que font certains praticiens (c'est le cas je crois de mon confrère et ami Pierre Sudaka) au recours à l'expertise amiable, se rapporte à l'absence de toute possibilité de régler les différends qui peuvent se révéler pendant le déroulement des opérations d'expertise. Ils en tirent la conséquence qu'ils ne peuvent pas prendre le risque qu'une expertise amiable s'engage puis s'enlise à raison des difficultés rencontrées au cours de l'expertise et que les parties ne parviendraient pas à résoudre amiablement.

Donc, ils estiment que pour ne pas perdre de temps, il est préférable de recourir dès le constat du différend, à l'expertise judiciaire.

Cette critique est à mes yeux sans valeur.

Comme je l'ai précisé tout à l'heure, l'expertise amiable résulte d'un véritable contrat entre les parties. Ce faisant, elles ont la faculté - et selon moi elles doivent - définir les conditions dans lesquelles elles vont prévoir le règlement des difficultés possibles de l'organisation ou du déroulement de l'expertise.

Dans ce cas, il m'apparaît que la solution la plus simple est tout simplement de se référer aux règles du code de procédure civile qui régissent l'expertise judiciaire.

Il suffit en effet que les parties conviennent par avance que les difficultés rencontrées au cours de l'expertise seront soumises, comme en matière d'expertise judiciaire, au juge du contrôle de l'expertise qu'elles pourront saisir dans les formes prévues par la loi, mais aussi de prévoir que l'expert amiable qu'elles auront désigné aura la même faculté de saisir le juge du contrôle de l'expertise, ce dernier ayant alors très exactement les mêmes pouvoirs que ceux dont il dispose au titre de l'expertise judiciaire.

Nous serions alors cette fois dans une quasi « expertise amiable sous contrôle judiciaire ».

On peut toutefois s'interroger sur le point de savoir si en l'état des textes actuels, le juge du contrôle de l'expertise peut avoir compétence pour régler de tels différends dans le cadre d'une expertise qui n'a pas été ordonnée par le tribunal.

A mes yeux, cette difficulté est surmontable. Dans de nombreuses matières les parties conviennent (par exemple en matière d'arbitrage) que si l'une des parties n'a pas désigné son arbitre dans les délais, prévus, celui-ci sera désigné par le juge des référés saisi à l'initiative de la partie la plus diligente. Qu'est ce qui empêcherait que cette saisine, soit, en cas d'expertise amiable, non pas celle du juge des référés mais celle du juge du contrôle ?

L'intérêt du recours au contrôle du juge sur la portée et des effets que les parties entendent conférer à l'expertise amiable.

Rien n'interdit aux parties de convenir expressément que le rapport qui sera déposé par l'expert amiable aura valeur d'expertise judiciaire.

Il s'agira donc d'un simple avis qui ne liera pas les parties pas plus que le juge du fond auquel il peut être soumis.

Une fois ces avantages ou inconvénients exposés, il reste à déterminer :

Les modalités de la saisine du juge

Lorsque les parties en cause ne sont que deux, la mise en œuvre d'une expertise amiable est relativement simple dès lors on l'a vu, qu'elles sont d'accord sur le principe de cette expertise.

Mais, même d'accord sur le principe de l'expertise les parties peuvent préférer avoir recours au juge pour l'organiser comme une expertise judiciaire.

En d'autres termes, les parties s'accordent sur le principe de l'expertise amiable mais elles s'accordent aussi sur le recours au juge.

Elles vont ainsi passer de l'expertise amiable à la « quasi expertise judiciaire » mais on pourrait dire que compte tenu de l'accord préalable des parties sur le principe de l'expertise, voire sur le nom de l'expert et sur le périmètre de sa mission, cette expertise peut être qualifiée « d'expertise amiable sous contrôle judiciaire ».

B) La procédure sur requête conjointe : une expertise amiable sous contrôle judiciaire qui ne dit pas son nom

C'est à mon sens, là qu'il convient d'examiner les solutions qui peuvent résulter de la procédure sur requête conjointe car elle permet de combiner la sécurité juridique avec l'aisance et la souplesse pour les parties, que procure l'expertise amiable.

La requête conjointe de l'article 57 du code de procédure civile.

Le code de procédure civile définit tout d'abord les modalités de saisine du juge en matière contentieuse : assignation, requête conjointe, requête, déclaration au secrétariat de la juridiction. C'est l'article 55.

A noter qu'à contrario, et pour revenir à l'exposé de Denys DUPREY, l'article 60 du code de procédure civile précise qu'en matière gracieuse, le seul mode de saisine du juge est la requête. (pas la requête conjointe)

L'article 57 définit la requête conjointe comme étant « l'acte commun par lequel les parties soumettent au juge leurs prétentions respectives, les points sur lesquels elles sont en désaccord ainsi que leurs moyens respectifs. »

L'article 57-1 précise que « lorsque cette faculté leur est offerte par l'article 12 (matière où les parties ont libre disposition de leurs droits, les parties peuvent si elles ne l'ont déjà fait depuis la naissance du litige, conférer au juge dans la requête conjointe mission de statuer comme amiable compositeur ou le lier par les qualifications et les points de droit auxquels elles entendent limiter le débat. »

Quel juge peut-il être saisi par requête conjointe ? Toute juridiction compétente pour connaître de la matière concernée : ce peut être aussi bien naturellement le juge du fond que le juge des référés.

De la même manière, cette requête conjointe peut être introduite au moins bien sûr par deux parties mais au-delà et sans limitation.

La requête conjointe est un mode de saisine fort peu usité par les praticiens que nous sommes. J'en suis pourtant pour ma part un fervent partisan dans nos matières notamment de risques industriels même si je ne disconviens pas qu'elle est souvent difficile à mettre en œuvre et requiert un certain « militantisme ».

Pourtant ce mode de saisine offre d'indiscutables avantages :

- quand on parvient à la mettre en œuvre, elle dépassionne le débat et conduit les parties à un exposé objectif de ce qui constitue leur différend ;
- elle permet aux parties de choisir leur expert mais si elles ne sont pas parvenues à ce choix, elles demandent alors au juge de le désigner
- elle permet aux parties de définir le périmètre de la mission de l'expert mais en cas de désaccord sur tel ou tel point, elles peuvent la soumettre au juge ;
- un autre avantage important, la saisine du juge par requête conjointe, est comme le serait une assignation, interruptive de prescription ;

Certains praticiens, à mes yeux peu audacieux ou peu imaginatifs, considèrent d'une part que comme je le disais il y a un instant, que c'est tellement plus simple d'assigner mais ils objectent surtout un autre argument qui mérite réflexion.

Tout ceci est bien beau disent-ils lorsque les parties co-demanderesses à l'expertise sont clairement identifiées dès l'origine du différend, mais qu'en est-il lorsque l'évolution des opérations d'expertise révèle la nécessité de mises en cause ultérieures ? Dans ce cas affirment-ils, l'expertise ordonnée par requête conjointe ne peut leur être étendue.

Je ne suis personnellement pas d'accord avec cette affirmation.

J'indiquais tout à l'heure, d'une part que la requête conjointe est l'un des modes de saisine du juge en matière contentieuse, d'autre part que tout juge dès lors qu'il est compétent dans la matière concernée peut être saisi sous cette forme.

Trop souvent les praticiens confondent requête conjointe et requête tout court.

L'article 54 fait bien la distinction, ce sont deux modes de saisine différents.

C'est tellement vrai que l'article 58 du code de procédure civile le définit précisément : « La requête ou la déclaration est l'acte par lequel le demandeur saisit la juridiction sans que son adversaire en ait été préalablement informé. »

Qui dit requête, que ce soit en matière contentieuse ou en matière gracieuse, dit donc que la décision sera rendue par une « ordonnance sur requête ». L'ordonnance est ainsi rendue sans qu'il y ait débat contradictoire.

Pour ce seul motif, cette ordonnance rendue de manière non contradictoire ne peut effectivement à mes yeux être rendue commune à des tiers.

Mais la requête conjointe visée par l'article 57 ne conduit pas comme certains le croient ou l'ont pratiqué, à saisir le juge des requêtes.

La requête conjointe étant parmi d'autres, un des modes de l'acte introductif d'instance, elle est de nature à saisir, je l'ai déjà dit, le juge du fond, mais aussi et surtout pour ce qui nous concerne nos préoccupations de ce soir : le juge des référés.

Dès lors, l'objection exprimée ci-dessus selon laquelle une expertise ordonnée sous cette forme ne pourrait pas être étendue ultérieurement à des tiers est pour moi, vidée de son sens.

En effet, le juge des référés saisi sur requête conjointe, ne rend pas une « ordonnance sur requête », mais une ordonnance de référé et comme telle, cette ordonnance est susceptible d'appel, mais aussi pour ce qui nous préoccupe, elle est donc susceptible d'être ultérieurement rendue commune à des tiers non parties à la procédure d'origine.

Bref, comme vous le voyez, ce mode de saisine, s'il reste très et trop méconnu, même si je conviens qu'il n'est pas toujours facile à mettre en œuvre car il suppose que les parties soient parvenues, nonobstant leur

désaccord, à un certain climat d'apaisement, permet selon moi, de conjuguer les avantages de l'expertise amiable (exposé commun des parties exposant leurs points de désaccord, choix de l'expert, définition du périmètre de sa mission) mais aussi la sécurité que représente l'intervention du juge et le contrôle qu'il est susceptible d'exercer sur le bon déroulement de l'expertise et son intervention pour le règlement des incidents de l'expertise, ou encore la maîtrise de la rémunération de l'expert.

Alors faut-il inventer « l'expertise amiable contradictoire » ou faut-il prévoir une évolution des textes pour l'instituer ?

Je vous avoue ne pas en être si sûr.

L'expertise amiable existe déjà on l'a vu. La loi la reconnaît et l'impose dans certains cas, la jurisprudence, dans certaines conditions, lui confère une certaine valeur probante.

Faut-il, à l'invitation de fin de propos de mon ami Denys Duprey, imaginer de devoir avoir recours au législateur ?

Je n'en suis pas si sûr non plus.

Il me semble en effet que l'arsenal procédural dont nous disposons déjà, conjugué à l'évolution de la jurisprudence, est de nature comme j'ai tenté de l'exposer, à répondre à nombre d'attentes pour autant qu'il soit mieux connu et surtout mieux utilisé.

Je n'en suis pas si sûr pour une autre raison.

En effet, certains textes en gestation me laissent penser qu'ils sont peut être de nature à être utilisés dans la matière qui nous occupe.

Le 30 juin 2010, l'Assemblée Nationale a en effet adopté une proposition de loi initialement élaborée par le sénateur Laurent BÉTEILLE « relative à l'exécution des décisions de justice, aux conditions d'exercice de certaines professions réglementées et aux experts judiciaires. »

L'article 31 de cette loi prévoit d'insérer dans le code civil un article 2062 qui serait rédigé comme suit sous le titre :

« De la convention participative :

La convention de procédure participative est une convention par laquelle les parties à un différend qui n'a pas encore donné lieu à la saisine d'un juge ou d'un arbitre, s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend ».

Les articles suivants 2063 à 2067 prévoient les conditions dans lesquelles cette convention de procédure participative peut être mise en œuvre et les suites qui peuvent y être données.

Ce texte, à ma connaissance, n'a pas encore été adopté par le Sénat.

Il me semble quant à moi, que cette idée de convention de procédure participative pourrait parfaitement s'appliquer à notre thème de discussion de ce soir.

Cette justice participative a déjà fait l'objet de nombreux débats et pas seulement au parlement, mais dans nos organisations professionnelles puisqu'elle prévoit la participation active de l'avocat qui deviendrait en quelque sorte le garant des conditions de la négociation et de ce qu'elle est conduite dans le cadre du droit applicable.

Nous n'avons malheureusement pas le temps de développer beaucoup ces notions mais j'invite ceux qui s'y intéressent à se reporter un article très complet et très intéressant paru au recueil Dalloz sous la plume de Mme G'Sell-Marcez, maître de conférence l'université de Paris I.

CONCLUSION

Je vais achever mon propos.

Nous vivons une époque assez curieuse et pleine de paradoxes apparents à tout le moins.

La convention participative que je viens d'évoquer a pour objet vous l'avez compris, « de promouvoir des solutions négociées au détriment de la justice étatique traditionnelle. » C'est ce qu'écrit l'auteur de l'article que je viens d'évoquer et je poursuis la citation :

« Il y a peut être une vérité du paradoxe. Alors même que l'accès au juge n'a jamais été autant protégé et garanti, l'évitement du procès n'a jamais été autant promu ».

Mais en définitive le thème de notre discussion de ce soir, était sans doute de réfléchir au moyen de trouver le juste compromis entre ce la liberté des parties qui est un principe fondamental de notre droit dès lors qu'elle ne s'oppose pas à l'ordre public, qui peut et doit être négociée et la protection et la garantie que l'office du peut lui conférer.

J'espère vous avoir convaincu que des solutions existent.

Reste aux praticiens que nous sommes à être imaginatifs, plus audacieux et ne pas rester figer sur des habitudes et des usages qui quelques conformes qu'ils soient aux textes peuvent aussi évoluer sans se trouver nécessairement hors la loi.

M. Christian DE BAECQUE.-

Je ferai une ou deux remarques.

Je suis juge consulaire, qui n'est ni un magistrat ni un avocat.

J'ai toujours parlé de l'expertise judiciaire. Pour moi, il s'est toujours agi d'une expertise judiciaire. J'ai alternativement employé les termes d'amiable et de gracieuse pour cette expertise, en entendant bien -je suis très à cheval sur les questions de sémantique- que ni l'un ni l'autre des termes ne s'appliquent pas tout à fait aux souhaits que nous avons.

La vraie question -on s'adresse ici à des experts- est de voir la différence qu'il peut y avoir dans l'un ou l'autre et non pas dans les assignations et, comme vous l'avez fait remarquer vous-même, tout dépend des avocats et de la façon dont ils introduisent le litige devant le tribunal.

J'ai également un peu constaté que si vous étiez d'accord avec mes propos, vous étiez tous les deux d'accord sur la même solution pour dire que ce que je disais n'était pas fondé et qu'il y avait sans doute une solution que j'avais signalée tout à l'heure quand j'ai parlé de requête conjointe ; sans avoir les développements brillants et juridiques que vous avez sur les articles, même s'il y a eu un peu de confusion avec les articles du TGI, qui sont des articles, sauf les 799 et suivants, qui s'appliquent à tout le monde.

En fait, par rapport à tout cela, j'ai un point de désaccord avec vous, et pas forcément sur l'article 25 dont on peut discuter. Il est arrivé parfois à mes prédécesseurs d'interpréter certains articles dans les domaines de prévention pour arriver à faire évoluer les choses, et à certains de mes collègues et à moi-même d'utiliser l'article 25 de manière gracieuse dans d'autres domaines de pré-contentieux qui étaient en fait des interprétations d'articles. Cela nous arrive aux uns et aux autres. On verra ce que dira la cour d'appel quand elle sera éventuellement saisie.

J'ai un grand point de désaccord quand vous dites qu'à chaque fois qu'il y a une demande d'expertise, il y a un litige et désaccord. En tant que juges - peut-être que les avocats, quand ils viennent devant nous en référé, ne disent pas toute la vérité, mais pourtant nous sommes persuadés qu'ils disent toujours la vérité de ce qu'ils pensent-, nous avons réellement le sentiment, pour l'avoir vécu -les juges consulaires qui sont ici ont des demandes fondées sur l'article 145- de voir qu'en fait -ce n'est pas dans tous les cas- il n'y a pas de désaccord.

Ils veulent un constat fait par un expert pour savoir quelle est l'origine, qu'est-ce qui s'est passé, pourquoi il y a eu cet incident, quelles en sont les causes, et avoir, à partir de là, éventuellement un litige ou un accord. C'est là que j'ai un point de désaccord avec vous. Il n'y a pas forcément, quand nous sommes saisis, des litiges.

J'ai compris qu'il ne fallait pas que je parle, mais que je laisse les questions à la salle.

M. Bernard DENIS LAROQUE.-Expert CNIDECA

Au sujet de la requête conjointe, j'imagine assez bien deux parties d'accord sur presque tout, sur le fait que le mauvais c'est le troisième, celui qui n'est pas là. Elles vont voir le magistrat en requête conjointe en disant : « *On veut une expertise et on voudrait nommer M. Untel* ».

Le juge ne peut pas nommer quelqu'un d'autre que M. Untel.

M. Christian DE BAECQUE.-

Il peut refuser de rendre l'ordonnance et rejeter la demande.

Me Christian LAMBARD.-

Pas sur requête conjointe.

M. Bernard DENIS-LAROQUE.-

À ce moment-là, l'expert Untel est nommé et, aussitôt, les deux larrons assignent en ordonnance commune le troisième qui débarque dans cette expertise et qui a un peu l'impression de tomber au milieu d'un club dans lequel il va être l'intrus. Il va commencer par récuser l'expert aux motifs qu'il aura été proposé.

Me Christian LAMBARD.-

Je comprends votre souci, car je l'ai exprimé comme étant une des objections que l'on faisait à ce processus. Je ne suis pas d'accord et croyez-vous que si demain, avec un de mes adversaires, je vous fais désigner, vous allez tomber à bras raccourcis sur le troisième ?

M. Bernard DENIS-LAROQUE.-

Certainement pas.

Me Christian LAMBARD.-

Je suis heureux de vous l'entendre dire. Si vous avez été désigné, non pas par requête conjointe mais par une ordonnance de référé au visa de l'article 145, ne croyez-vous pas que c'est exactement la même chose ?

M. Bernard DENIS-LAROQUE.-

J'aurais été désigné par le juge.

Me Christian LAMBARD.-

Du moment que l'expert a été désigné dans le cadre judiciaire, les parties qui viennent s'agréger ensuite, de manière plus ou moins spontanée, à l'expertise en question, conservent tous leurs droits prévus par la loi pour récuser l'expert.

M. Bernard DENIS-LAROQUE.-

Je dis que le motif de récusation sera d'avoir été proposé.

Me Christian LAMBARD.-

Ce n'est pas un motif de récusation. La tentation de récusation va vous échapper très vite, sans vouloir faire trop de sémantique.

La récusation des experts est exceptionnelle, et les motifs de récusation des experts sont les mêmes que ceux qui permettent de récuser les juges. Ils sont limitativement énumérés par la loi. En 40 ans d'expertise professionnelle, il est très exceptionnel de pouvoir demander une récusation, et encore plus de l'obtenir.

En revanche, nous avons parfois le moyen de convaincre le juge de changer d'expert. On vient voir le juge en lui disant pour telle ou telle raison, M. ou Mme Untel...

Je suis d'accord avec vous. Honnêtement, je comprends le souci que vous exprimez. Je l'ai évoqué tout à l'heure, et je ne disconviens pas que la question peut se poser, mais je n'ai pas l'impression que ce soit un vrai problème.

Me Denis DUPREY.-

La garantie que l'expert apporte est d'être objectif.

M. Claude BULTE.-

On peut craindre que, dans ce cas, même s'il n'y a pas une opposition, le but d'apaisement ne soit pas atteint.

M. Christian DE BAECQUE.-

Si effectivement le but est de se mettre d'accord contre un autre, on n'est pas totalement dans la culture d'apaisement.

M. Robert MAZABRAUD.-

On n'est pas sûr que le juge va nommer l'expert que l'on souhaite et la mission que l'on souhaite. Donc, on va s'entendre sur les points qui nous conviennent et, à partir de ce moment-là, on va faire entériner par le juge le choix de tel expert car on s'est entendu sur ce nom et ses compétences et on n'est pas certain que le juge veuille nommer cet expert pour telle mission.

M. Christian DE BAECQUE.-

C'est pour cette raison que, quand il y a une demande sur le fondement de l'article 145, nous ne nous laissons pas imposer ou suggérer le nom de l'expert par une des parties. Vous avez un litige, c'est nous qui décidons du nom de l'expert. Je sais que cela ne plaît pas toujours aux avocats et qu'ils aimeraient que l'on n'ait pas ce point de vue, mais c'est celui que nous avons à Paris.

En revanche, s'ils sont d'accord, nous souhaitons développer de l'apaisement et éviter de créer des litiges et des conflits quand c'est possible. Nous perdons de notre imperium, mais ce n'est pas très grave.

INTERVENANT.-

Et l'arbitrage ?

M. Christian DE BAECQUE.-

On n'est plus dans le domaine judiciaire. De la même façon que pour l'amiable pur, on n'est pas dans le domaine judiciaire.

Me Denis DUPREY.-

On propose le nom de M. Dupont car on est sûr qu'il ne sera pas nommé.

M. Christian DE BAECQUE.-

Nous ne laissons pas les avocats proposer des noms.

M. Serge MIGAYRON.- Expert CNIDECA.

Je reviens sur les modalités et je me projette dans l'exécution d'une telle mission. Le contradictoire s'imposerait-il comme dans une expertise ?

Me Christian LAMBARD.-

Sans aucune espèce de doute.

Si vous permettez de compléter ma réponse, dans le cadre d'une expertise purement amiable, qui n'aurait jamais vu l'office du juge, mais dont on viendrait débattre du rapport, dans le cadre d'une procédure au fond ultérieure, il est tout à fait clair que dans cette hypothèse, si on mettait en évidence le non-respect d'un certain nombre de règles du contradictoire, ce rapport aurait toutes les chances d'être écarté.

M. Christian DE BAECQUE.-

C'est pour cela que c'est une expertise judiciaire.

M. Serge MIGAYRON.-

Comme l'objectif d'une expertise amiable, c'est néanmoins d'arriver à une solution, on se prive d'un instrument qui est celui de l'aparté, qui est fortement utilisé dans les médiations et qui a prouvé son efficacité.

Me Christian LAMBARD.-

Votre objection est assez pertinente.

J'ai oublié de vous dire quelque chose. Vous savez que l'article 240 du code de procédure civile interdit à l'expert de concilier les parties. C'est pour moi une absurdité totale. On peut expliquer ce texte historiquement, mais je pense que c'est un texte qui fait beaucoup de mal aujourd'hui.

Si on va en requête conjointe, on peut très bien convenir de donner mission à l'expert, dont on demande la désignation, qu'il ait celle de concilier les parties. En revanche, si le juge désigne le même expert sur l'article 145, il ne peut pas lui donner cette mission qui est interdite par la loi.

M. Yves BLACLARD.-Magistrat

Je voudrais rebondir sur les derniers propos de Me Lambard et les prémices de cette réunion en faisant très rapidement mention de la formulation de la médiation judiciaire et comment pourrait s'inscrire utilement l'expertise judiciaire dans le cadre d'une médiation judiciaire.

Me Christian LAMBARD.-

La médiation judiciaire est maintenant réglementée. On pourrait très bien imaginer des solutions qui incluent l'expertise dans cette médiation judiciaire. Je n'y ai pas réfléchi de manière précise, mais on peut le faire sous deux formes. On pourrait imaginer que, dans le cadre de sa tentative de médiation, le médiateur propose aux parties d'avoir recours à une expertise technique, de

la même manière que l'on peut imaginer que le médiateur soit lui-même un expert. C'est tout à fait concevable.

Me Denis DUPREY.-

Il y a une difficulté pratique sur cette méthode. La médiation étant enfermée dans des délais très précis, où elle réussit et on signe un PV de conciliation et d'accord, ou elle échoue et rien n'a été écrit. Le rapport d'expertise qui aurait été diligenté ne servirait à rien. On ne pourrait pas l'invoquer. C'est donc la limite.

L'idée est bonne, mais il y a des limites pratiques à la médiation. J'en ai suivi quelques-unes. On n'a pas encore, malheureusement en France, un corps de médiateurs suffisamment formé mais on en a d'excellents à l'étranger. La médiation qui consiste à rapprocher rapidement des parties, en dégageant toutes les scories du dossier et en gardant le cœur du dossier, une procédure extrêmement spécifique qui réussit parfois très bien, mais qui est enfermée dans des règles assez strictes.

L'idée de faire intervenir un expert dans le cas d'une médiation, qui généralement est enfermée dans un délai extrêmement court, est une bonne idée, mais elle me paraît difficilement possible à mettre en œuvre.

M. Christian DE BAECQUE.-

Elle peut être possible à mettre en œuvre car cela peut être justement ce à quoi arrive la médiation, c'est-à-dire à la nomination de l'expert. Il y a expertise et, éventuellement, la réouverture d'une autre médiation. Il existe effectivement des règles, mais la médiation est un autre sujet. Elle se développe un peu car elle correspond à un besoin. Elle réussit dans plus de trois cas sur quatre dans les nominations que nous faisons.

De même que la conciliation par le juge sur le fondement de l'article 21 réussit très régulièrement devant notre tribunal.

Je vous remercie pour votre attention.