

Université Paris II  
Panthéon-Assas

Master 2 de Droit Européen Comparé  
Dirigé par Monsieur le Professeur Louis Vogel

L'expertise de droit international privé  
en droit français et droit anglais

Nolwenn Simon

Sous la direction de Monsieur le Professeur Bertrand Ancel

## Résumé

L'expertise est l'institution juridique qui organise le recours à un expert dans le cadre d'un litige, avant l'introduction d'une instance ou pendant son déroulement, afin d'apporter ses connaissances techniques ou scientifiques aux acteurs du procès.

Le droit anglais comme le droit français présentent un tel mécanisme. Toutefois les modalités du recours à l'expert varient profondément. En droit anglais, les parties jouent un rôle prépondérant dans le choix de l'*expert witness* et la définition de sa mission. En droit français, il relève de l'office du juge de contrôler l'exécution de l'expertise judiciaire, après l'avoir désigné et avoir fixé les termes de sa mission. Tandis que l'expertise anglaise prend la forme d'un témoignage, l'institution juridique française constitue une preuve judiciaire.

Toutefois, le droit anglais a connu une profonde réforme en 1998, qui a abouti à un rapprochement de l'*expert evidence* anglaise et de l'expertise judiciaire française. D'autres facteurs doivent conduire à relativiser la distinction de fond entre les deux systèmes juridiques. Dans les deux cas, l'expertise vise à éclairer le juge sur les éléments techniques ou scientifiques du litige. En outre, certaines exigences procédurales liées aux droits fondamentaux se retrouvent en droit français et en droit anglais.

Malgré ces éléments de rapprochement, les différences de fond entre l'expertise judiciaire française et l'*expert evidence* anglaise persistent. L'application du droit international privé à ces institutions se fait l'écho de ces divergences. Ainsi la conception française de la souveraineté constitue-t-elle une source de rigidité dans les litiges internationaux, et un facteur d'opposition avec le droit international privé anglais applicable en matière d'*expert evidence*.

Cette dichotomie est reflétée par les instruments de coopération interétatique adoptés en matière de recherche de preuves à l'étranger. La Convention Preuves de la Haye de 1970 et le Règlement Preuves de 2001 qui s'en inspire, visent précisément à instaurer une position médiane entre la *common law* et la tradition continentale. Leur réussite en la matière doit cependant être nuancée : l'opposition persiste sur la question de l'application obligatoire ou non-obligatoire de ces instruments.

La CJUE a toutefois récemment imposé l'application subsidiaire du Règlement Preuves. C'est le droit national qui doit être appliqué lorsqu'il s'avère plus efficace que le droit de l'Union, notamment par le biais de l'expertise judiciaire extraterritoriale, négation absolue de la conception de la souveraineté judiciaire française. Visant à renforcer l'intégration judiciaire, l'Institut Européen de l'Expertise et de l'Expert a émis des demandes répétées pour la création d'une procédure d'expertise européenne propre aux litiges transfrontaliers. Si l'expertise judiciaire française a largement inspiré les projets d'uniformisation, la position adoptée la CJUE semble sonner le glas de la conception française de la souveraineté judiciaire pour consacrer la souplesse prônée par le droit anglais.

## Remerciements

J'adresse mes remerciements à Monsieur le Professeur Bertrand Ancel, pour avoir accepté de diriger ce mémoire, et pour ses conseils avisés au cours de sa réalisation.

A Monsieur Corbellini pour sa présence chaleureuse et ses encouragements tout au long de l'année universitaire. A Madame Lafon et aux autres bibliothécaires de l'Institut du Droit Comparé, pour leur disponibilité et leur bienveillance. A Madame Le Saux pour son précieux travail d'organisation.

Au personnel de la Bodleian Law Library, pour l'aide qu'ils m'ont apportée dans mes recherches au cours de mon séjour de recherches à Oxford.

A ma famille, pour son soutien sans faille.

A mes amis, collègues et professeurs musiciens, pour avoir été une source constante de motivation et d'inspiration.

## Table des abréviations

Cass – Cour de cassation française

CE – Conseil d’Etat

CEPEJ – Commission européenne pour l’efficacité de la justice (organe du Conseil de l’Europe)

CJCE – Cour de Justice des Communautés Européennes

CJQ – Civil Justice Quarterly

CJUE – Cour de Justice de l’Union Européenne

CNCEJ – Conseil National des Compagnies d’Experts de justice

ConvEDH – Convention Européenne des Droits de l’Homme

CPR – Civil Procedure Rules

CrEDH – Cour Européenne des Droits de l’Homme

CRFP – Council for the registration of Forensic Practitioners

DG Justice – Direction Générale Justice de la Commission européenne

EGLE – European Guide for Legal Expertise

EWCA – England and Wales Court of Appeal

EWHC – England and Wales High Court

IEEE – Institut Européen de l’Expertise et de l’Expert

MR – Master of Rolls

OMP – Office médico-légal public (institution islandaise)

PD – Practice Direction

Rev. Crit. DIP – Revue Critique de Droit international Privé

RIDC – Revue Internationale de Droit Comparé

RTD Civ – Revue Trimestrielle de Droit Civil

SJE – Single joint expert

UE – Union Européenne

WLR – Weekly Law Report

## Plan

<b>Résumé .....</b>	<b>2</b>
<b>Remerciements .....</b>	<b>3</b>
<b>Table des abréviations.....</b>	<b>4</b>
<b>L'expertise de droit international privé en droit français et anglais.....</b>	<b>6</b>
<b>Introduction .....</b>	<b>6</b>
<b>Partie I La comparaison de l'expertise en droit français et anglais.....</b>	<b>10</b>
Titre A Une différence fondamentale de nature .....	10
1°) Le rôle des parties .....	10
2°) Le rôle du juge.....	20
Titre B Les similitudes des deux institutions juridiques .....	34
1°) Une identité de fonction : le devoir d'éclairer le juge.....	34
2°) Les exigences procédurales communes .....	46
<b>Partie II Le traitement contrasté de l'expertise en droit international privé .....</b>	<b>56</b>
Titre A L'expertise de droit international privé hors de l'Union Européenne : une coopération interétatique limitée.....	56
1°) L'expertise à la seule initiative des parties.....	57
2°) L'expertise judiciaire dans le cadre de la Convention de la Haye .....	66
Titre B Le droit de l'Union Européenne applicable à l'expertise : la coopération judiciaire renforcée .....	77
1°) L'application du Règlement Bruxelles I en matière d'expertise .....	78
2°) L'application du Règlement Preuves en matière d'expertise transnationale .....	85
<b>Conclusion.....</b>	<b>97</b>
<b>Plan détaillé .....</b>	<b>98</b>
<b>Bibliographie .....</b>	<b>100</b>
<b>Index des termes et traductions utilisées.....</b>	<b>106</b>

# L'expertise de droit international privé en droit français et anglais

## INTRODUCTION

Tous les systèmes juridiques partagent une problématique : le juge, technicien du droit, n'est généralement pas qualifié pour comprendre les aspects scientifiques ou techniques des litiges qui lui sont soumis. Il doit donc recourir à l'avis d'un expert pour l'éclairer, par le biais de l'expertise.

Si la forme prise par cette expertise varie d'un droit à l'autre, la plus grande différence se situe entre les systèmes de tradition juridique continentale, tels le système français, et ceux de *common law*, comme le système anglais.

En droit français, la référence à l'expertise renvoie immédiatement à l'expertise judiciaire, y compris dans le langage courant<sup>1</sup>. C'est la forme par excellence que prend le recours à un expert dans le cadre d'un litige. Le recours à un technicien peut cependant revêtir d'autres formes, comme les constatations ou la consultation<sup>2</sup>. En outre, il est possible de faire appel à des experts dits « privés » ou « amiables », à l'initiative des parties à l'instance, un type d'expertise qui reste marginal.

En droit anglais, le recours à l'expert n'est que rarement « judiciaire », c'est-à-dire qu'il ne résulte généralement pas d'une décision du juge. La manière la plus répandue d'obtenir l'assistance d'un expert est appelée « *expert evidence* », preuve expertale. L'expert a le statut de témoin, et il est choisi et missionné par une ou plusieurs parties au procès.

La confrontation de ces deux modèles d'expertise permet d'en révéler les différences les plus flagrantes : l'acteur de l'instance à l'origine de la mesure, ainsi que la nature du rapport d'expertise. Les deux institutions ont également un caractère commun : leur finalité, qui est double : éclairer le juge d'une part, et contribuer à la preuve des faits d'autre part, quoique cette fonction puisse être débattue dans le cas de l'expertise judiciaire française. En outre, le recours toujours plus fréquent

---

<sup>1</sup> Le Petit Robert (2011).

<sup>2</sup> Article 232 du Code de Procédure Civile (CPC).

à l'expertise a rendu nécessaires des réformes en droit anglais, qui ont contribué à rapprocher les deux systèmes juridiques.

Le droit français comme le droit anglais ont également connu des réformes relatives aux « expertises particulières »<sup>3</sup>, par exemple en matière médicale. Ces cas à part ne seront pas traités en détail dans les présents développements, qui ont pour objet les règles générales applicables à l'expertise, lorsque celle-ci est confrontée à l'application d'un droit international privé.

C'est en effet dans le cadre des litiges internationaux que la comparaison des deux types d'expertise revêt tout son intérêt. La mondialisation et la complexification des sciences et des techniques rendent le recours à l'expertise au cours d'affaires transnationales de plus en plus fréquent. Ainsi les différentes institutions juridiques sont-elles mises en rapport, et confrontées à l'application du droit international privé de différents Etats.

L'objet des présents développements est d'étudier comment et dans quelle mesure le droit international privé est susceptible de s'appliquer à la recherche des preuves à l'étranger par le biais de l'expertise, en droit français et en droit anglais.

Cette recherche de preuves peut dépendre du droit international privé de chaque Etat ou d'instruments de coopération internationale adoptés par la France ou le Royaume-Uni. Le principal texte applicable en matière d'expertise transnationale est la Convention de La Haye du 16 mars 1970, qui porte sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile et commerciale. La limitation du domaine d'application de cette Convention, reprise par le Règlement européen applicable en matière d'expertise transfrontalière, est l'un des facteurs nous conduisant à exclure l'expertise en matière pénale et administrative de nos développements. Les difficultés liées à la délimitation de ces deux matières en droit comparé ainsi qu'à leurs particularités constituent une nouvelle raison justifiant ce choix.

Un autre thème devant être exclu des présents développements est le recours à l'expert dans l'établissement du contenu de la loi étrangère. Il s'agit en droit anglais de la principale méthode

---

<sup>3</sup> Pour reprendre la terminologie établie par l'ouvrage *Droit de l'expertise*, dirigé par T. MOUSSA (Daloz Action, 3<sup>e</sup> édition, 2015).

pour déterminer la teneur de la loi étrangère<sup>4</sup>, tandis qu'en droit français cette preuve est libre<sup>5</sup>.

La détermination du contenu de la loi étrangère constitue un enjeu fondamental en droit international privé. Toutefois, le présent sujet étant traité sous l'angle de la recherche de preuves à l'étranger par le biais de l'expertise, la question de la preuve du contenu du droit étranger ne peut y trouver sa place.

La question de la loi applicable à l'expertise de droit international privé constitue un autre sujet qui ne sera pas traité en détail dans les présents développements. En effet, ce point ne donne que rarement matière à discussion. Les modalités que doit revêtir l'expertise relèvent de la procédure, et en droit international privé français comme anglais, les règles de procédure applicables au litige relèvent de la *lex fori*<sup>6</sup>.

Cette solution soulève plusieurs problèmes. Le fondement prêté à la règle est discuté, et la mise en œuvre de la *lex fori* nécessite souvent la prise en compte des règles matérielles applicables au litige<sup>7</sup>. Toutefois, l'homogénéité du principe d'application de la *lex fori* à l'expertise limite l'intérêt de cette question dans le cadre de la comparaison effectuée par le présent mémoire.

Les particularités de l'institution juridique qu'est l'expertise, en droit français et en droit anglais ont des répercussions sur la manière d'obtenir des preuves à l'étranger par ce biais.

Dans le cas de l'expertise judiciaire française, l'office du juge est fondamental, et la qualité d'« auxiliaire du juge »<sup>8</sup> de l'expert contribue à poser un problème de souveraineté. En vertu de la conception française de l'expertise, les opérations expertales constituent un « exercice de

---

<sup>4</sup> « *In any case to which foreign law applies, that law must be pleaded and proved as a fact to the satisfaction of the judge by expert evidence or sometimes by certain other means* » ; « Dans toute affaire où la loi étrangère s'applique, cette loi doit être alléguée et prouvée comme un fait à la satisfaction du juge par preuve expertale ou parfois par d'autres moyens » ; DICEY, MORRIS & COLLINS, *The Conflict of laws*, (§9R-001, Sweet & Maxwell, 15<sup>e</sup> édition, 2012) ; ces autres moyens sont détaillés par la Section 4 du *Civil Evidence Act* de 1972.

<sup>5</sup> NIBOYET Marie-Laure, GEOUFFRE DE LA PRADELLE Géraud, *Droit international privé*, (§687 et suivants, LGDJ 4<sup>e</sup> édition, 2013).

<sup>6</sup> NIBOYET Marie-Laure, GEOUFFRE DE LA PRADELLE Géraud, *Droit international privé*, (§652 et suivants, LGDJ 4<sup>e</sup> édition, 2013).

<sup>7</sup> L'affaire *Wall v Mutuelle de Poitiers Assurances* [2013] EWHC 53 (QB) et [2014] EWCA Civ 138 constitue une illustration de l'application de la *lex fori* en matière d'expertise. Les décisions rendues présentent en outre l'avantage de comparer l'expertise judiciaire française et anglaise. Le juge anglais saisi du litige a en effet refusé d'ordonner une expertise « à la française » ainsi que le lui demandait la Mutuelle de Poitiers.

<sup>8</sup> Terminologie retenue par Thomas Habu GROUD dans son ouvrage *La preuve en droit international privé*, PUAM (2000), spec. §387



souveraineté de l'ordre juridique » ayant désigné l'expert, et doivent donc « être strictement territoriales »<sup>9</sup>. La France considère donc que toute mesure d'expertise réalisée sur son sol sans qu'elle l'ait autorisé viole sa souveraineté.

Le caractère « principalement accusatoire »<sup>10</sup> de la procédure anglaise a au contraire pour effet de confier la recherche de la preuve, et en particulier la direction de l'expertise, aux parties. Comme en de nombreux autres domaines, le droit anglais démontre ici sa souplesse, souplesse qui se retrouve dans le cadre de l'obtention des preuves à l'étranger par le biais de l'*expert evidence*.

Du fait des différences procédurales attachées à l'expertise, le traitement de cette institution par le droit international privé est contrasté. Dans l'intérêt d'une recherche efficace de preuves à l'étranger, il a fallu trouver un juste milieu entre les conceptions française et anglaise pour créer des instruments internationaux de coopération interétatiques.

Ainsi faut-il envisager comment les spécificités procédurales de l'expertise en droit français et en droit anglais rendent difficile à atteindre et néanmoins nécessaire un compromis en matière de recherche de preuves à l'étranger par le biais de l'expertise.

La comparaison des deux institutions juridiques, l'expertise judiciaire française et la preuve expertale anglaise, constitue un préalable nécessaire à la comparaison du droit international privé applicable dans chaque cas (Partie I). Cette étape permet en effet d'appréhender comment les différences de chacune de ces institutions, et les éléments de rapprochement discernables au-delà de ces distinctions, influencent l'application du droit international privé, et en particulier des instruments internationaux de coopération interétatique (Partie II).

---

<sup>9</sup> CUNIBERTI G., « L'Expertise judiciaire en droit judiciaire européen », Rev. Crit. DIP 2015, p. 519 (§37).

<sup>10</sup> KAY M. (ed.) *Blackstone's civil practice 2018 – The Commentary*, Oxford (§1.38 et suivants).

## PARTIE I LA COMPARAISON DE L'EXPERTISE EN DROIT FRANÇAIS ET ANGLAIS

L'expertise française, principalement judiciaire, s'oppose frontalement au statut de témoin auquel est cantonné l'expert anglais. Tandis que la première est placée sous l'autorité directe du juge, le second est laissé à l'initiative des parties (Titre A). Mais cet abord n'empêche pas de discerner les points communs qui rapprochent le recours à l'expert dans ces deux systèmes juridiques : la fonction de l'expertise et certaines exigences procédurales communes, liées aux droits fondamentaux (Titre B).

### Titre A Une différence fondamentale de nature

La différence fondamentale de nature entre les deux types d'expertises tient à la place de l'expert, et à l'acteur du procès qui lui confie sa mission. Dans un cas, la mission émane des parties qui sollicitent l'expert-témoin (1). Dans l'autre, l'expert tient sa mission directement du juge, auquel il rendra compte dans un rapport (2).

#### **1°) Le rôle des parties**

En droit anglais, la collecte des preuves relève exclusivement des parties (a). En droit français en revanche, ces dernières n'ont qu'un rôle mineur dans cette étape, bien qu'elles aient un intérêt indéniable dans les éléments de preuve découverts (b).

a) Un rôle primordial dans l'expertise-témoignage anglaise

Le procès anglais connaît une procédure de type accusatoire. Cela signifie que la collecte des preuves incombe aux parties, et que le juge n'aura pour fonction que de départager les éléments qui lui sont soumis et d'appliquer la loi. Le rôle des parties à l'égard de l'expert-témoin est donc crucial. Ce sont elles qui choisissent et recrutent l'expert avec une très grande liberté (i), et ce sont elles qui mènent la *cross-examination* au cours du procès (ii).

#### i) Le choix de l'expert-témoin

Le choix de l'expert-témoin relève des parties, ou plus précisément de leur *solicitor* (avocat), et se fait en fonction de la stratégie mise en place par celui-ci. Le but est de présenter des témoignages venant appuyer la position de leur client. Cette proposition suppose un choix stratégique concernant la discipline dont se réclament les experts et l'avis dont ils feront part.

En ce qui concerne la spécialisation de l'expert, il est de coutume de présenter plusieurs témoignages par plusieurs experts, chacun ayant son propre domaine de compétence. Chacun de ces domaines correspondra en général à un chef de préjudice. Par exemple dans l'affaire *Wall v Mutuelle de Poitiers Assurances*<sup>11</sup>, le demandeur anglais avait subi un accident de la route en France, causé par un automobiliste français. En application du Règlement de Bruxelles I, Wall assigna l'assureur français en réparation devant un tribunal anglais. Il soumit au juge huit témoignages d'experts différents : un chirurgien, un psychologue, et d'autres spécialisés en soins, coûts de rééducation, réaménagement d'habitation adaptée au handicap ayant résulté de l'accident, technologie d'aide (*assisted technology*), neurophysiothérapie et transport. La partie adverse présentera en général un expert-témoin ayant la même spécialité, pour répondre point par point aux arguments développés.

Le droit anglais contraste sur ce point avec la pratique française. Dans cette dernière, l'expert judiciaire unique ne connaît pas toutes les disciplines auxquelles il peut être confronté. Aussi peut-il faire appel à d'autres techniciens ayant des spécialités distinctes de la sienne, communément appelés « sapiteurs »<sup>12</sup>. Il rendra compte de leur avis dans son rapport, après que l'avis de ces sapiteurs ait été soumis à un débat contradictoire.

C'est une solution qui, au contraire du droit anglais, a le mérite de la simplicité et de la concision. Un rapport unique suffit à rendre compte de diverses opinions techniques. Au contraire au Royaume-Uni, la longueur et le coût de la procédure supposés par l'appel à plusieurs experts, pratique fondée sur le caractère traditionnellement accusatoire et oral de la procédure, a conduit à une profonde réforme du droit. Après l'adoption des *Civil Procedure Rules* (CPR) en 1999, le recours à un *single joint expert* (SJE, unique expert commun) plutôt qu'à un expert pour chaque partie est devenu de plus en plus fréquent<sup>13</sup>. Le droit français a influencé cette évolution<sup>14</sup>, sans qu'il soit possible de transférer directement l'institution de l'expert judiciaire unique.

A titre d'exemple, l'utilisation de sapiteurs apparaît difficile en droit anglais, en ce qu'elle va à l'encontre de la traditionnelle *rule against hearsay* (règle contre le oui-dire). Ce principe rend irrecevable comme preuve d'un fait ou d'une opinion toute allégation faite indirectement, c'est-à-

---

<sup>11</sup> [2013] EWHC 53 (QB) et [2014] EWCA Civ 138.

<sup>12</sup> Article 278 CPC ; cette possibilité serait cependant mise en œuvre pour seulement 6% des expertises judiciaires civiles, selon les chiffres rapportés dans l'ouvrage *Droit de l'expertise*, dir. par T. Moussa (§252.21, Dalloz Action, 3<sup>e</sup> édition 2015).

<sup>13</sup> BLOM-COOPER L. (dir), *Experts in the Civil Courts* (§5-01 &s, Oxford University Press, 2006).

<sup>14</sup> SPENCER J.R. « Court experts and expert witnesses : have we a lesson to learn from the French ? » C.L.P. 1992, 45 (2), 213-236 ; DWYER Déirdre, « The future of assessors under the CPR », C.J.Q. 219 (2006), spécialement à 222.

dire qui ne soit pas un témoignage oral devant la Cour<sup>15</sup>. En vertu de la section 1(1) du *Civil Evidence Act* de 1995, cette règle a été abolie en matière civile. Toutefois, elle a profondément influencé la pensée juridique anglaise et reste significative, dans la mesure où une *hearsay evidence* (preuve par oui-dire) aura une force probante moindre qu'une preuve directe. Le juge anglais a en effet toute discrétion pour évaluer quelle valeur doit être accordée à ce type de preuve<sup>16</sup>. L'analyse d'un expert rapportée indirectement sera donc moins convaincante que si son auteur témoignait directement devant la Cour.

Malgré la réforme visant à simplifier la preuve expertale en droit anglais, la multiplicité d'experts reste donc une facette importante de cette institution, qui continue de l'opposer au système d'expertise judiciaire français.

Les critères du choix de l'expert sont tout aussi stratégiques que le nombre d'experts soumis. La pratique de l'*expert-shopping*<sup>17</sup> a longtemps été l'un des principaux points noirs de la preuve expertale anglaise. Elle consistait pour chacune des parties à consulter différents experts jusqu'à trouver celui dont la position leur était la plus favorable<sup>18</sup>. Les critères de choix comportaient également la capacité d'expression et de persuasion face à un jury, ou encore la capacité de résister à l'épreuve de la *cross-examination*. La compétence n'arrivait que loin derrière, ce qui a donné lieu à de nombreux scandales judiciaires en matière de condamnations pénales<sup>19</sup>. Un autre problème soulevé par l'*expert-shopping* est la partialité de l'expert, qui même de bonne foi, peut déformer quelque peu son témoignage afin qu'il défende au mieux l'intérêt de la partie qui l'a missionné.

Mettre un terme à l'*expert-shopping* constituait l'un des principaux objectifs de la réforme Woolf à l'égard de la preuve expertale. Lors de son choix d'experts, l'avocat se doit désormais de considérer avant toute chose le caractère nécessaire du témoignage qu'ils doivent apporter, plutôt que l'avantage que son argumentaire peut retirer de leur rapport. En effet, les *Civil Procedure Rules* confient d'importants pouvoirs au juge en matière de *case management* (gestion de l'instance)<sup>20</sup>, puisqu'il peut désormais contrôler quelles preuves peuvent lui être soumises. Les frais d'expertises

---

<sup>15</sup> MUNDAY R. *Evidence* (§9-129, Oxford University Press, 9th edition, 2017).

<sup>16</sup> S4(1) et (2) Civil Evidence Act (1995).

<sup>17</sup> BLOM-COOPER L. (dir), *Experts in the Civil Courts* (§6.82, Oxford University Press, 2006).

<sup>18</sup> SPENCER J.R. « Court experts and expert witnesses : have we a lesson to learn from the French ? », C.L.P. 1992, 45 (2), 213-236, spec. 220.

<sup>19</sup> L'affaire « Maguire » (1990), celle des « Birmingham Six » (1991), ou la condamnation de Stefan Kiszko (1992), pour ne citer que des exemples anglais – d'autres scandales ont eu lieu dans d'autres juridictions de la famille de la *common law*.

<sup>20</sup> CPR règle 1.1(1), règle 32.1, et règles 35.1, 35.3 et 35.4.

engendrés par un témoignage superflu ne pourront être comptabilisés parmi les autres frais de justice<sup>21</sup>, ce qui décourage efficacement ce genre de pratiques. Le choix de l'expert reste donc un choix stratégique, mais dont les critères ont évolué pour prendre en compte la nécessité de rendre justice de la meilleure manière possible. Il s'agit de l'objectif prépondérant (*overriding objective*) porté par les CPR, règle 1(1).

Les CPR avaient donc pour objectif de remédier aux nombreux défauts connus par le système anglais de preuve expertale : la durée et le coût de la procédure, le risque d'incompétence de l'expert-témoin choisi, ainsi que sa partialité en faveur de la partie l'ayant missionné. Ces défauts résultaient en partie du recours à la *cross-examination* des témoins, une des institutions les plus caractéristiques de la *common law* en matière processuelle.

#### ii) La *cross-examination* de l'expert-témoin

En tant que témoin, l'expert anglais est par définition sujet à la *cross-examination*. Il s'agit d'une étape dans le déroulement du procès anglais visant à examiner les témoignages soumis à la Cour. Longtemps considérée comme un parangon dans la recherche de la vérité, elle a été remise en cause à compter des années 1980.

Le témoignage peut comporter jusqu'à trois phases devant une cour anglaise. La première est l'*examination-in-chief*, l'exposition du témoignage. Le témoin est interrogé par la partie qu'il soutient, et le but de cette phase est qu'il présente des éléments de preuve favorables à cette partie<sup>22</sup>. La deuxième étape, qui suit presque invariablement l'*examination-in-chief*, est la *cross-examination*. On lui confère communément deux objectifs : d'abord permettre à la partie adverse d'obtenir du témoin des éléments de preuve qui lui sont favorables. Ensuite, poser des questions visant à discréditer le témoin<sup>23</sup>. La *cross-examination* prend souvent une forme assez agressive, bien que certaines règles tendent à imposer des limites<sup>24</sup>. Ainsi la compétence de l'expert peut-elle être remise en cause au cours de cette phase. Enfin, la *cross-examination* peut être suivie d'une

---

<sup>21</sup> BLOM-COOPER L. (dir), *Experts in the Civil Courts* (§3-07, Oxford University Press, 2006).

<sup>22</sup> MUNDAY R. *Evidence* (§4.6, Oxford University Press, 9th edition, 2017).

<sup>23</sup> Ibid §4.19.

<sup>24</sup> Par exemple le *Bar Standards Board's Handbook* (2018, disponible sur le site : <http://handbook.barstandardsboard.org.uk/handbook/> [consulté le 27 août 2018]) établit la règle C7 suivante « *Where you are acting as an advocate, your duty not to abuse your role includes the following obligations: (1) you must not make statements or ask questions merely to insult, humiliate or annoy a witness or any other person* » ; « lorsque vous agissez comme avocat, le devoir de ne pas abuser de votre rôle inclut les obligations suivantes : (1) vous ne devez pas faire de déclarations ou poser des questions dans le seul but d'insulter, humilier ou ennuyer un témoin ou toute autre personne ».

troisième et dernière étape, appelée *re-examination*, et dont le but est d'atténuer les effets de la *cross-examination*<sup>25</sup>. La partie ayant appelé le témoin peut lui poser de nouvelles questions, par exemple pour clarifier une contradiction mise au jour par la *cross-examination*. Toutefois, il est rare qu'une *re-examination* soit demandée, dans la mesure où il faut un « miracle » pour la réussir tant c'est un exercice délicat<sup>26</sup>.

L'objectif de chacune de ces trois phases met en exergue le rôle des parties dans l'expertise anglaise. Ce sont elles qui dirigent le procès, en ce qu'il leur appartient d'apporter tous les éléments de preuve. Elles dirigent l'interrogatoire des témoins qu'elles ont elles-mêmes choisis, afin que les déclarations leur soient favorables. Depuis l'entrée en vigueur des CPR, le rapport de l'expert doit être communiqué à la partie adverse avant le début de l'audience. Cela permet, dans l'éventualité où ce rapport ne suffirait pas et que l'expert doive être entendu oralement, de préparer les questions devant lui être posées, et donc de mettre en place une stratégie. Outre le choix des témoins, les parties décident donc également du contenu de leur témoignage.

Les auteurs du *Powell on evidence*, édité en 1921, affirmaient avec foi « *The examination and cross-examination of witnesses in open court is undoubtedly the best method of arriving at the truth* »<sup>27</sup>. Les praticiens anglais marquent aujourd'hui encore leur attachement à cette institution<sup>28</sup>. Toutefois, elle a été récemment remise en cause comme l'un des facteurs contribuant à allonger la procédure, et *de facto*, à augmenter son coût. J.R. Spencer en fait également la principale cause de l'incompétence des experts généralement entendus par les Cours de justice au cours de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle. Il soulignait en effet que le succès de la *cross-examination* nécessitait un caractère affirmé et sûr de soi, et la capacité à réitérer la même déclaration quelles que soient les questions posées par l'avocat adverse. En somme, l'exact opposé du travail d'un homme de

---

<sup>25</sup> MUNDAY R. *Evidence* (§4.6, Oxford University Press, 9th edition, 2017).

<sup>26</sup> HEALY M. *The Old Munster Circuit* (pp71-2, London, 1939), cité par MUNDAY R *Evidence* (§4.62, Oxford University Press, 9th edition, 2017).

<sup>27</sup> « *l'examination et la cross-examination des témoins dans une cour publique est sans aucun doute la meilleure manière d'aboutir à la vérité* » in BLAKE ODGERS W. & W.B. *Powell on evidence*, (p 22, Butterworth & Co, 10th edition 1921).

<sup>28</sup> *Libby-Mills v Metropolitan Police commissioner* [1995] PIQR 324 à 328 « *Attacking the credit of a witness by dramatic confrontation in the witness box is so much part of the English forensic tradition, so hallowed in history and fiction, that lawyers are naturally reluctant to be deprived of the chance to ambush the opposing party with some devastating piece of cross-examination.* ». « Attaquer la crédibilité d'un témoin par une confrontation dramatique à la barre des témoins est une part de la tradition légale anglaise, si consacrée par l'histoire et la fiction, que les avocats sont naturellement réticents à être privés d'une chance d'embusquer la partie adverse par un élément dévastateur de *cross-examination* ».

science, appelé à douter de tout pour arriver à la vérité<sup>29</sup>.

A défaut d'avoir pris en compte ces dernières observations dans les récentes réformes procédurales, le coût et la longueur supposés par cette institution ont été reconnus. En matière civile, le recours à la *cross-examination* a été grandement limité. Désormais, la règle veut que le rapport de l'expert soit déposé par écrit, à moins que la Cour ne prescrive le contraire, lorsqu'il existe de sérieuses raisons de croire que le rapport est inexact ou incomplet<sup>30</sup>. La *cross-examination*, élément caractéristique du déroulé du procès en *common law*, n'est donc plus systématiquement de rigueur. Toutefois, cela ne remet pas en cause le rôle des parties dans l'apport des preuves. La mission de l'expert est toujours définie par les instructions lui ayant été transmises par la partie qui l'emploie. Une fois son rapport communiqué à l'autre partie, et après avoir discuté avec l'expert adverse, les parties peuvent poser des questions à l'expert par écrit<sup>31</sup>.

Ce rôle primordial conféré aux parties dans le déroulement du procès anglais s'oppose à celui, plus réduit, qui leur est dévolu dans le cadre de l'expertise judiciaire française.

b) Un rôle secondaire dans l'expertise judiciaire française

Les parties ont en droit processuel français un rôle non négligeable. En vertu du principe dispositif, l'initiative du procès leur appartient, et l'office du juge doit se borner aux faits qu'elles ont délimités<sup>32</sup>. En matière de preuve toutefois, et malgré la charge pesant sur les parties de prouver les faits qu'elles allèguent<sup>33</sup>, les pouvoirs d'instruction du juge prennent un poids de plus en plus important. C'est pour cette raison que, dans le cadre de l'expertise judiciaire, qui est une mesure d'instruction, il est raisonnable d'envisager un rôle secondaire des parties, facteur d'opposition avec l'expertise anglo-saxonne. Toutefois, un rôle secondaire n'implique pas une absence totale, aussi faut-il souligner les manières dont les parties peuvent influencer sur le contenu de l'expertise judiciaire. Elles peuvent obtenir la récusation ou le remplacement de l'expert judiciaire dans certains cas extrêmement limités (i). Elles peuvent également avoir recours à un expert privé (ii). Enfin, le principe du contradictoire trouve une certaine application au cours de l'expertise judiciaire, qu'il convient toutefois de nuancer (iii).

---

<sup>29</sup> SPENCER J.R. « Court experts and expert witnesses : have we a lesson to learn from the French ? », C.L.P. 1992, 45 (2), 213-236, spec. 217.

<sup>30</sup> CPR règle 35.5, et Practice Direction 5.

<sup>31</sup> CPR règle 35.6.

<sup>32</sup> GUINCHARD S., CHAINAIS C., FERRAND F., *Procédure civile*, (§547 et 479 et suivants, Précis Dalloz, 32<sup>e</sup> édition, 2014).

<sup>33</sup> Article 9 CPC.

### i) Le remplacement et la récusation de l'expert judiciaire

« Le juge peut commettre toute personne de son choix pour l'éclairer », dispose l'article 232 du Code de Procédure Civile (CPC). A lire cette disposition, il semble que les parties n'ont guère leur mot à dire sur le choix de l'expert. Cela semble un contraste marqué avec le droit anglais, et manifeste les importants pouvoirs du juge des référés et de la mise état français dans le cadre de l'instance.

Il convient toutefois de relativiser cette affirmation. Tout d'abord, dans la pratique il arrive que les parties soumettent un nom au juge. Si l'expert proposé rencontre l'approbation du juge, celui-ci valide en général la proposition des parties. En outre, il existe aussi la possibilité de remettre en cause le choix de l'expert, en demandant sa récusation ou son remplacement.

En effet, en tant qu'auxiliaire du juge, l'expert est tenu aux mêmes devoirs que lui, et cela inclut l'obligation d'impartialité dont la violation entrainera sa récusation<sup>34</sup>. L'impartialité de l'expert peut être contestée sur la base de huit causes énumérées à l'article L111-6 du Code de l'Organisation Judiciaire, principalement des cas où le technicien a un lien personnel avec l'une des parties. L'existence de tels liens relève de l'appréciation souveraine des juges du fond<sup>35</sup>, et la liste n'est pas limitative. Outre l'établissement de la partialité de l'expert, le technicien peut également être remplacé s'il manque à ses autres devoirs<sup>36</sup>, par exemple « lorsqu'il tarde trop à déposer son rapport, ne respecte pas un engagement de confidentialité ou viole le principe de contradiction »<sup>37</sup>. Là encore, les juges du fond disposent d'un pouvoir d'appréciation souverain pour déterminer si le manquement justifie le remplacement du technicien.

Les parties n'ont donc la possibilité d'intervenir dans le choix de l'expert, que lorsqu'elles peuvent rapporter la preuve d'un manquement à ses devoirs. Les critères du choix de l'expert judiciaire français peuvent presque être opposés à ceux qui président à la sélection de l'*expert witness*. La pratique de l'*expert shopping*, désormais fermement combattue, montre néanmoins l'opposition de fond entre le recours à l'expert en droit français et en droit anglais. Naguère, l'expert anglais était sélectionné précisément pour sa partialité.

Cette opposition doit être nuancée, puisque les réformes récentes du droit anglais tendent à imposer un devoir d'impartialité à l'*expert witness*<sup>38</sup> et qu'en France dans la pratique, les parties peuvent avoir voix au chapitre concernant le choix de l'expert. Il n'en demeure pas moins qu'il

---

<sup>34</sup> Article 234 alinéa 1 CPC.

<sup>35</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 oct. 2000, n°97-14.971 (non publié).

<sup>36</sup> Article 235 alinéa 3 CPC.

<sup>37</sup> MOUSSA T. (dir), *Droit de l'expertise*, (§224.152, Dalloz Action, 3<sup>e</sup> édition, 2015).

<sup>38</sup> CPR règle 35.3.



s'agit d'un élément symptomatique d'une différence clef dans la manière d'appréhender l'expertise. Elle trouve son fondement dans l'opposition fondamentale de la conception du procès en droit anglais et en droit français, entre la procédure majoritairement accusatoire de l'un, et celle principalement inquisitoire de l'autre.

En outre, cette opposition fondamentale entre les deux procédures n'empêche pas d'établir des correspondances entre certaines institutions, telle l'expertise privée admise au cours de l'instance française et l'*expert evidence* anglaise.

## ii) L'expertise privée

Une autre manière pour les parties de peser dans le contenu de l'expertise, est de recourir à un expert officieux ou amiable dont l'avis pourra être pris en compte par l'expert judiciaire ou par le juge.

L'expertise privée relève de la seule initiative des parties. Elle est dite amiable lorsque les deux parties consentent à l'expertise et participent au choix de l'expert. Elle est officieuse lorsque seule l'une des parties prend l'initiative de l'opération. Le recours à ce type d'expertise est fréquemment exigé par les compagnies d'assurance pour rationaliser les coûts de gestion, et garder la main-mise sur le contentieux<sup>39</sup>. Mais elle peut également servir à titre de contre-expertise ou plus simplement pour évaluer les chances de succès d'une action en justice. L'expert ainsi choisi a la qualité de mandataire de la ou des parties qui l'ont désigné. Contrairement à l'expert judiciaire, il n'est pas un auxiliaire du juge<sup>40</sup>, et à ce titre il n'est confronté à aucune exigence en matière de qualification ou d'impartialité. Toutefois, il faut souligner que les experts ainsi choisis sont parfois également inscrits sur les listes d'experts près la Cour d'Appel, ce qui constitue un gage de leur compétence.

L'expert officieux peut être rapproché de l'*expert witness* anglais, en ce qu'il intervient pour le compte exclusif de l'une des parties. L'expert amiable peut être comparé au *single joint expert*, devenu la pratique la plus courante pour les affaires les plus simples où les faits ne sont pas contestés<sup>41</sup>. La limite de cette comparaison est que le rapport de l'expert officieux ou amiable aura toujours une capacité de persuasion moindre que celui de l'expert judiciaire, alors que le juge anglais ne peut avoir recours à un avis expertal autre que ceux soumis par les parties. Le rapport de l'expert officieux ou amiable ne peut être dédaigné, en ce que la Cour de cassation lui confère

---

<sup>39</sup> Voir à titre d'exemple la Convention de Règlement de l'Assurance Construction (CRAC).

<sup>40</sup> Terminologie retenue par Thomas Habu GROUD dans son ouvrage *La preuve en droit international privé*, PUAM (2000), spec. §387.

<sup>41</sup> CPR règle 35.7.

la qualité de preuve, car le juge « ne peut refuser d'examiner une pièce régulièrement versée aux débats et soumise à la discussion contradictoire »<sup>42</sup>. Toutefois, le juge ne peut pas s'appuyer « exclusivement »<sup>43</sup> dessus ; il doit être corroboré par une autre pièce du dossier. Cette exigence permet d'établir une hiérarchie entre les différents types d'expertises, en vertu de laquelle l'expertise amiable a une force probante nécessairement moindre que celle accordée à l'expertise judiciaire<sup>44</sup>.

L'un des facteurs rendant nécessaire cette hiérarchie est le principe du contradictoire. L'expertise officieuse ou amiable est le plus souvent réalisée à la requête d'une seule partie, ou de seulement quelques parties, alors que l'expertise judiciaire est soumise à l'exigence de contradictoire. L'attribution d'une force probante à l'expertise privée peut contribuer à limiter le respect du principe du contradictoire dans son acception la plus stricte.

### iii) La limitation de l'applicabilité du principe du contradictoire

L'exigence de contradictoire constitue une autre source de distinction entre les droits français et anglais. Ce principe va de soi dans les pays de *common law*, du fait de leur tradition juridique et en particulier en matière d'*expert evidence*. L'affrontement des experts-témoins de chaque partie constitue le fondement du déroulement du procès dans lequel ils témoignent. Il n'en va pas de même en droit français. Si le contradictoire fait partie des principes fondamentaux de la procédure civile française, la définition qui en est donnée par la Cour Européenne des droits de l'homme (CrEDH) met en exergue certaines faiblesses en matière d'expertise.

Le principe du contradictoire, établi par les articles 14 et 16 du Code de procédure civile, impose que « chaque partie soit en mesure de discuter les prétentions, les arguments et les preuves de son adversaire »<sup>45</sup>. Il a connu un développement majeur avec la condamnation de la France par la Cour européenne des Droits de l'Homme (CrEDH) en 1998 pour non-respect du droit à un procès équitable dans le cadre d'une expertise de droit administratif<sup>46</sup>. Dans cette affaire *Mantovanelli c/ France*, les requérants n'avaient pas pu assister aux opérations expertales. La CrEDH avait considéré qu'étant donné que l'expertise « ressortissait à un domaine technique échappant à la connaissance des juges »<sup>47</sup>, les conclusions du rapport étaient susceptibles d'influencer les juges.

---

<sup>42</sup> Cass., ch. Mixte, 28 sept. 2012, n°11-18.710, *Bull. ch mixte*, n°2 ; *D.* 2013 269, obs. Fricero ; *D.* 2013 2802, obs. Bretzner ; *RTD Civ.* 2012 769, obs. Perrot.

<sup>43</sup> *Ibid.*

<sup>44</sup> MOUSSA T. (dir), *Droit de l'expertise*, (§212.13, Dalloz Action, 3<sup>e</sup> édition, 2015).

<sup>45</sup> GUINCHARD S., CHAINAIS C., FERRAND F., *Procédure civile*, (§808 et suivants, Précis Dalloz, 32<sup>e</sup> édition, 2014).

<sup>46</sup> CrEDH 18 mars 1997, *Mantovanelli c/ France*, req. n°21497/93.

<sup>47</sup> *Ibid.* (§36).

Le couple Mantovanelli n'ayant pas eu « la possibilité de commenter efficacement l'élément de preuve essentiel [...], la procédure n'[avait] donc pas revêtu le caractère équitable exigé par l'article 6§1 de la Convention »<sup>48</sup>. La CrEDH retient qu'il n'existe pas pour autant « un principe général et abstrait selon lequel, lorsqu'un expert a été désigné par un tribunal, les parties doivent avoir dans tous les cas la faculté d'assister aux entretiens conduits par le premier ou de recevoir communication des pièces qu'il a prises en compte ».

Le principe du contradictoire doit donc permettre aux parties de « commenter efficacement » les opérations expertales. Pour assurer son respect, plusieurs obligations pèsent sur l'expert judiciaire. Il doit convoquer les parties en temps utile, préalablement à ses opérations. Il doit leur communiquer tous les documents servant à former son avis. Les parties doivent avoir la possibilité de présenter leurs observations au cours de cette procédure, ce qui leur permet d'influer dans une certaine mesure sur le contenu du rapport définitif. On peut rapprocher cette pratique de celle existant en droit anglais, qui autorise les parties à questionner l'expert adverse. Le caractère désormais majoritairement écrit de la procédure civile anglaise contribue à la ressemblance, les questions écrites devant être jointes au rapport de l'*expert witness*.

Toutefois, le principe du contradictoire rencontre des difficultés d'application en droit français, à travers la reconnaissance de l'expertise amiable à titre d'élément de preuve, mais aussi par les conditions posées à la sanction du non-respect du principe dans le cadre de l'expertise judiciaire.

Ainsi qu'on l'a déjà souligné, l'expertise amiable ou non officielle, même si elle n'a pas été réalisée contradictoirement, peut servir d'élément de preuve. Il est tout de même posé comme condition que le rapport en question ait été soumis à une discussion contradictoire au cours de l'instance<sup>49</sup>. La nécessité que ce rapport soit corroboré par une autre pièce du dossier contribue à limiter cette possible atteinte au contradictoire, car cela affaiblit encore la force probante d'une expertise amiable réalisée non contradictoirement. Toutefois, la CrEDH a souligné dans l'arrêt *Mantovanelli* la nécessité pour les parties de pouvoir soumettre des observations avant le dépôt du rapport, lorsque celui-ci est susceptible « d'influencer de manière prépondérante »<sup>50</sup> l'appréciation des faits par le juge. On peut alors mettre en doute le respect du contradictoire par le poids accordé à l'expertise amiable, ce qui vient du même coup limiter l'apport possible de l'une des parties sur les questions techniques soumises au juge.

---

<sup>48</sup> Ibid.

<sup>49</sup> Cass., ch. Mixte, 28 sept. 2012, n°11-11.381, *Bull. ch mixte*, n°1 ; RTD civ. 2012 771, obs. Perrot.

<sup>50</sup> CrEDH 18 mars 1997, *Mantovanelli c/ France*, req. N°21497/93 (§36).

Un autre facteur de remise en cause de l'exigence de contradictoire réside dans la sanction des manquements au principe. En vertu de l'article 175 du CPC, la nullité des actes relatifs aux mesures d'instruction est soumise à l'article 114, qui régit la nullité des actes de procédure. Pour obtenir la nullité d'une mesure d'instruction, il faut donc que celle-ci soit prévue par la loi ou qu'existe un manquement à une formalité substantielle ou d'ordre public. La partie qui excipe de cette nullité doit également prouver le grief causé par l'irrégularité. Pendant un temps, la Cour de cassation avait admis une exception en cas de violation du principe de la contradiction : la partie invoquant la nullité n'avait pas à faire état d'un grief, et pouvait soulever cette nullité à tout stade du litige<sup>51</sup>. Elle est revenue sur cette solution dans un arrêt de chambre mixte du 28 septembre 2012<sup>52</sup>. Désormais, la violation du principe de la contradiction au cours de l'expertise ne pourra être sanctionné qu'à condition que la partie qui l'invoque réussisse à établir que cette irrégularité lui a causé un grief, preuve difficile à rapporter. Elle ne pourra également l'invoquer qu'*in limine litis*, avant toute argumentation au fond. Cette nouvelle jurisprudence conduit à limiter les possibilités de faire sanctionner les manquements au principe du contradictoire.

Si l'expertise anglaise est confrontée au défi de l'impartialité difficile de l'*expert witness*, l'expertise française n'est donc pas exempte d'enjeux problématiques. Dans une certaine mesure, on peut comparer les difficultés soulevées à propos de chacun de ces principes. Ils se rattachent tous deux à l'exigence du procès équitable, telle que formulée par l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (ConvEDH). Dans les deux cas, il s'agit de questionner la place qui doit être attribuée aux parties dans l'expertise. Cette place est exacerbée en droit anglais, comme l'atteste le caractère parfois servile de l'*expert witness* à l'égard de la cause de son client. Cette place est amoindrie en droit français, comme l'attestent les difficultés de mise en œuvre du principe du contradictoire. Dans les deux cas toutefois, il est nécessaire de trouver un équilibre le plus achevé possible, afin d'assurer la qualité de l'avis technique soumis au juge, qui a son rôle à jouer en matière d'expertise.

## **2°) Le rôle du juge**

Le rôle du juge constitue un autre caractère présentant une différence marquée entre les deux systèmes de droit étudiés. Le principe encore prépondérant en droit français veut que le procès soit la chose des parties. Cependant, malgré ce postulat, les prérogatives du juge dans le cadre de l'expertise judiciaire civile ont été en se renforçant (a). Cet office du juge français s'oppose en cela

---

<sup>51</sup> MOUSSA T. (dir), *Droit de l'expertise*, (§231.134, Dalloz Action, 3<sup>e</sup> édition, 2015).

<sup>52</sup> Cass., ch. Mixte, 28 sept. 2012, n°11-11.381, *Bull. ch mixte*, n°1 ; RTD civ. 2012 771, obs. Perrot.

au rôle du juge dans le procès anglais, simple arbitre du procès (b).

a) Un office primordial dans l'expertise judiciaire française

Le principe de libre-disposition veut que les parties « ont la maîtrise de la matière litigieuse, le pouvoir de fixer les éléments du litige »<sup>53</sup>. Elles ont le devoir d'alléguer les faits propres à appuyer leurs prétentions<sup>54</sup>, et c'est sur elles que pèse la charge de la preuve de ces faits. Le corollaire du principe de libre-disposition est celui d'indisponibilité des faits : le juge doit s'en tenir aux faits allégués par les parties<sup>55</sup>. Toutefois, ces axiomes doivent être profondément relativisés en matière de recherche de la preuve<sup>56</sup>, notamment en présence d'une mesure d'instruction telle que l'expertise judiciaire. Après avoir ordonné la mesure en question, il appartient en effet au juge de désigner l'expert, délimiter sa mission (i) et à l'issue de la mesure, de fixer sa rémunération (ii).

i) La désignation de l'expert et la délimitation de sa mission

L'expertise, comme toutes les mesures d'instruction, peut être ordonnée aussi bien d'office qu'à la demande de l'une des parties<sup>57</sup>. Mais c'est lors de la désignation de l'expert et de la définition de sa mission que le pouvoir du juge, souverain en ces deux décisions, se fait le plus sentir.

Malgré la charge de la preuve pesant sur les parties, le juge a un poids réel en la matière. Outre la possibilité d'ordonner d'office les mesures d'instruction pouvant servir à l'éclairer, il peut également « écarter des débats les preuves offertes, si elles lui apparaissent inutiles ou superflues »<sup>58</sup>. Il s'agit d'un pouvoir que l'on peut rapprocher des responsabilités en matière de *case management* confiées au juge anglais par les CPR, notamment la règle 32.1, intitulée « pouvoir de la Cour de contrôler la preuve ». Cette règle permet au juge anglais de donner des instructions concernant les questions sur lesquelles il exige qu'une preuve soit rapportée, et la manière dont elle doit l'être. En outre, elle lui donne aussi le pouvoir d'écarter des preuves, même lorsque ces preuves satisfont aux autres critères de recevabilité. La similarité des pouvoirs des juges français et anglais sur ce point ne se retrouve toutefois pas concernant les règles particulières relatives à l'expertise, concernant le choix de l'expert et la délimitation de sa mission.

---

<sup>53</sup> GUINCHARD S., CHAINAIS C., FERRAND F., *Procédure civile*, (§504, Précis Dalloz, 33<sup>e</sup> édition, 2016).

<sup>54</sup> Article 6 CPC.

<sup>55</sup> Article 7 CPC ; GUINCHARD S., CHAINAIS C., FERRAND F., *Procédure civile*, (§531 et suivants, Précis Dalloz, 33<sup>e</sup> édition, 2016).

<sup>56</sup> Ibid. (§537 et suivants).

<sup>57</sup> Article 143 CPC.

<sup>58</sup> GUINCHARD S., CHAINAIS C., FERRAND F., *Procédure civile*, (§560, Précis Dalloz, 32<sup>e</sup> édition, 2014).

En droit français, la désignation de l'expert relève de l'exercice d'un pouvoir souverain du juge, liberté consacrée à l'article 232 du CPC. Les listes d'experts judiciaires dressées par la Cour de cassation et les Cours d'appel ne le sont que pour son information<sup>59</sup>, et il a la possibilité de choisir un nom en dehors de ces listes, bien que depuis le décret du 24 décembre 2012, l'article 265 du même Code lui impose de justifier cette décision. Cette liberté ne peut être restreinte qu'à titre exceptionnel et par la loi<sup>60</sup>. Tel est par exemple le cas pour l'expert judiciaire chargé d'identifier une personne par ses empreintes génétiques, qui ne peut être issu que d'une liste spécifique<sup>61</sup>. Ainsi qu'il a déjà été souligné<sup>62</sup>, les parties peuvent avoir une influence sur ce choix, mais aucune disposition légale ne vient appuyer cette possibilité constatée dans la pratique. Sur ce point, les droits anglais et français s'opposent donc radicalement, en ce que le choix de l'*expert witness* anglais relève exclusivement des parties. Tout au plus le juge peut-il les obliger à choisir ensemble le nom d'un *single joint expert*, et seulement à défaut d'accord, choisir lui-même le nom sur une liste préparée par les parties<sup>63</sup>.

Le choix de la mission de l'expert judiciaire relève lui aussi du pouvoir souverain du juge. Il est à noter que le juge peut recourir à un technicien par le biais de trois mesures d'instruction différentes, les constatations, la consultation et l'expertise. L'article 147 lui recommande de recourir à la mesure « suffisant » à la solution du litige, la plus simple et la moins onéreuse. On retrouve ici en droit français les enjeux qui ont guidé la réforme du droit de la preuve anglais par les CPR 1998. Lorsqu'il ordonne une expertise, le juge a donc dû s'assurer avant toute chose que cette mesure d'instruction, la plus lourde et la plus onéreuse, était nécessaire. Il a ensuite une pleine liberté de décision en ce qui concerne le contenu de la mission, et peut accroître ou restreindre ce contenu à tout moment<sup>64</sup>. La seule limite à cette liberté est l'interdiction qui est faite au magistrat de déléguer ses pouvoirs juridictionnels, et toute violation de cette interdiction entraîne systématiquement la censure de la décision par le juge d'appel. Tel sera par exemple le cas lorsque le juge ordonnant l'expertise laisse le soin au technicien de définir lui-même la mission qui lui est confiée<sup>65</sup>. A titre de comparaison, il faut relever qu'en droit anglais, l'intervention du juge concernant les investigations confiées à l'*expert witness* n'est qu'exceptionnelle. De fait, il s'agit d'une faculté pour l'*expert witness* lui-même de demander des instructions à la Cour pour

---

<sup>59</sup> MOUSSA T. (dir), *Droit de l'expertise*, (§224.31, Dalloz Action, 3<sup>e</sup> édition, 2015).

<sup>60</sup> Ibid. (§224.41).

<sup>61</sup> Article 6-1 de la loi du 29 juin 1971 n°71-498, inséré par l'article 6 de la loi du 29 juillet 1994 n°94-653.

<sup>62</sup> Voir la sous-partie « i) Le remplacement et la récusation de l'expert judiciaire ».

<sup>63</sup> CPR règle 35.7.

<sup>64</sup> Article 149 CPC.

<sup>65</sup> MOUSSA T. (dir), *Droit de l'expertise*, (§224.21, Dalloz Action, 3<sup>e</sup> édition, 2015).

remédier à la carence des parties<sup>66</sup>.

L'office du juge français ne s'arrête toutefois pas à la seule délimitation de la mission, car il contrôle également son exécution. La rédaction du Code de Procédure Civile a en effet été guidée par la volonté d'organiser une étroite collaboration entre le juge et le technicien<sup>67</sup>. Ainsi le juge doit-il être informé de l'avancement de la mesure d'instruction. Il est également habilité à statuer sur les difficultés se faisant jour au cours de l'exécution : les problèmes appelant le remplacement ou la récusation du technicien, ou les complications rencontrées par celui-ci pour obtenir la communication de pièces de la part des parties ou de tiers<sup>68</sup>. Depuis l'adoption du décret du 24 décembre 2012, le président du tribunal de grande instance a l'obligation de désigner un juge chargé du contrôle des mesures d'instruction, qui pourra se substituer au juge ayant ordonné la mesure d'expertise dans son rôle<sup>69</sup>. Il n'existe pas d'institution correspondante au contrôle de l'exécution de l'expertise en droit anglais. Ce contrôle n'est en effet qu'une conséquence du rôle du juge dans le cadre de l'expertise judiciaire française, l'expert ayant la qualité d'auxiliaire du magistrat qui l'a désigné.

Outre la désignation de l'expert et la délimitation de sa mission, le juge français a également d'importantes prérogatives concernant la fixation de la rémunération de l'expert, prérogatives que ne détient pas le juge anglais.

#### ii) La fixation de la rémunération de l'expert

La rémunération de l'expert, français comme anglais, constitue toujours une part des frais de justice incombant aux parties. Toutefois en raison de l'exigence d'impartialité faite à l'expert judiciaire, la fixation de cette rémunération et son versement sont soumis à l'autorisation du juge. Il s'agit d'une circonstance supplémentaire indiquant l'office primordial du juge dans le déroulement de l'expertise.

L'article 284 du CPC dispose que « le juge fixe la rémunération de l'expert en fonction notamment des diligences accomplies ». Il est interdit à l'expert judiciaire de recevoir toute rémunération sans autorisation préalable du juge<sup>70</sup>. Le principe veut que le juge dispose d'un pouvoir souverain pour apprécier le montant de cette rémunération. Il peut retenir une multitude de critères dans son appréciation. Cependant en pratique, le montant de la rémunération est fixé

---

<sup>66</sup> CPR règle 35.14.

<sup>67</sup> MOUSSA T. (dir), *Droit de l'expertise*, (§233.11, Dalloz Action, 3<sup>e</sup> édition, 2015).

<sup>68</sup> Article 243 CPC.

<sup>69</sup> Articles 155-1 CPC ; L121-3 et R212-37 10° du Code de l'Organisation judiciaire.

<sup>70</sup> Article 248 CPC.

par le technicien lui-même, et le juge accorde habituellement le montant demandé<sup>71</sup>. Son pouvoir n'entre en jeu que lorsque la somme réclamée par l'expert est excessive et déraisonnable.

Les parties ont également leur mot à dire concernant le montant devant être versé à l'expert. Depuis l'entrée en vigueur du décret du 24 décembre 2012, l'expert communique aux parties sa demande de rémunération en même temps que son rapport<sup>72</sup>. Cette disposition permet d'instaurer un débat contradictoire sur la rémunération devant être versée à l'expert. Les parties pourront notamment apporter au juge des éléments lui permettant d'apprécier les diligences imparties, le respect des délais prescrits et la qualité du travail fourni, que le juge doit prendre en compte dans son calcul<sup>73</sup>.

En droit anglais, la rémunération de l'expert (*fees*) est réglée par l'avocat lui-même, qui sera responsable en cas de défaut de paiement, même dans l'hypothèse où lui-même n'a pas encore perçu ses honoraires. Il s'agit d'un principe d'éthique professionnelle qui figurait dans le *Code of Conduct* des avocats jusqu'en juillet 2007. Bien qu'il n'ait pas été repris depuis, Mark James avance que ce principe est tellement ancré dans la pratique qu'il continuera probablement à s'appliquer<sup>74</sup>. Il n'existe aucune norme concernant le mode de calcul de ces *fees*, qui dépendra de l'accord passé entre l'expert et l'avocat. Le juge anglais n'a aucun contrôle direct sur le montant réclamé par l'expert. Tout au plus pourra-t-il contrôler le calcul lorsque l'accord passé entre l'avocat et l'*expert witness* comporte une clause répréhensible. A titre d'exemple, dans de rares cas la rémunération de l'expert a été subordonnée au résultat de l'instance par le biais d'une *conditional* ou *contingency clause*. De telles stipulations ont été qualifiées *obiter dicta* de « hautement indésirables » parce qu'elles conféraient un intérêt financier significatif à l'expert dans l'issue du procès, remettant en cause son impartialité<sup>75</sup>. Les récents efforts en matière de maîtrise du coût

---

<sup>71</sup> MOUSSA T. (dir), *Droit de l'expertise*, (§252.11 et 252.23, Dalloz Action, 3<sup>e</sup> édition, 2015).

<sup>72</sup> Article 282 dernier alinéa CPC.

<sup>73</sup> Article 284 CPC ; FRICERO Natalie, *Procédure civile, janvier 2012 - décembre 2012*, D. 2013, p. 269.

<sup>74</sup> JAMES M., HODGKINSON T., *Expert evidence : law and practice*, (§13-001, London : Sweet & Maxwell, 4<sup>ème</sup> édition, 2015).

<sup>75</sup> R. (*on the application of Factortame Ltd*) v *Secretary of State for Transport* (N°8) [2002] EWCA Civ 932, [73]. Dans cette affaire, 90 entreprises de pêche hispano-anglaises avaient obtenu que soit reconnue la contrariété de dispositions légales anglaises aux principes européens. N'ayant plus les moyens financiers de poursuivre par eux-mêmes la procédure, les demandeurs ont conclu un accord avec une entreprise d'experts-comptables. En vertu de ce contrat, cette société devait les aider à évaluer leur préjudice afin d'obtenir des dommages et intérêts de l'Etat anglais, en échange de quoi elle percevrait 8 % de la somme obtenue. Les experts-comptables ont à leur tour missionné divers *expert witnesses* indépendants. Le *Secretary of State* a été condamné en première instance à payer des dommages et intérêts aux pêcheurs. Il a interjeté appel, alléguant une violation de la



de l'instance ont toutefois mené à des réformes qui ont donné aux Cours un pouvoir de contrôle bien plus grand sur les frais d'expertises.

On a déjà mentionné la nécessité pour les parties de prendre en considération l'utilité de l'*expert witness* soumis à la Cour, afin de s'assurer que ses frais d'expertises pourront être compris dans les frais d'instances soumis à l'ordonnance de frais finale (*costs order*)<sup>76</sup>. Depuis le 1<sup>er</sup> avril 2013, date de l'entrée en vigueur de la *Jackson reform*, les parties ont en outre l'obligation d'établir un budget pour leurs frais d'instance (*costs budget*) au fur et à mesure du déroulement du procès, et de se communiquer les unes aux autres cette évaluation<sup>77</sup>. L'une d'elles peut même demander à la Cour d'émettre une ordonnance limitant les frais d'instance (*costs capping order*)<sup>78</sup>, dans des « circonstances exceptionnelles », précisent les *Practice Directions*<sup>79</sup>. Pour le cas où les parties ne parviendraient pas à trouver un accord sur le *costs budget*, le juge peut émettre une ordonnance relative à la maîtrise des frais (*costs management order*), afin de synthétiser les sommes engagées par les parties et leur compatibilité avec le budget préétabli. Si les frais avancés n'avaient pas été prévus en amont, la Cour pourra décider si elle les approuve ou non<sup>80</sup>. L'enjeu pour les parties de faire agréer ces frais, notamment d'expertise, est de s'assurer qu'ils pourront être couverts par le *costs order*, et que la partie perdante soit tenue de les rembourser à son adversaire. Ces dispositions confèrent donc un réel pouvoir de contrôle au juge anglais en matière de frais d'instance. La menace de ne pouvoir obtenir le remboursement de leurs frais oblige les parties à se montrer raisonnables quant aux experts qu'elles engagent et soumettent à l'approbation du juge. Ces nombreuses dispositions relatives à la maîtrise des frais rejoignent dans une certaine mesure le souci du législateur français en ce qui concerne le versement de la rémunération de l'expert. Ainsi le second alinéa de l'article 280 du CPC prévoit-il la possibilité d'ordonner la consignation d'une provision complémentaire, ce qui permet aux parties d'avoir une certaine visibilité sur les frais devant être versés à l'issue de la procédure.

Le rôle du juge dans le contrôle des frais d'instance se retrouve ainsi en droit français comme en droit anglais, à ceci près que dans ce second système juridique, il s'agit d'une tendance récente et

---

loi prohibant le pacte de *quota litis* aux avocats anglais rendant irrecevables les éléments de preuve rapportés par les experts-comptables. Les juges ont conclu que cette loi n'avait pas vocation à s'appliquer en l'espèce, et qu'au regard des faits précis de l'affaire, la société comptable n'avait pas agi en tant qu'*expert witness* puisqu'elle avait fait appel à d'autres experts, indépendants. L'appel a donc été rejeté.

<sup>76</sup> Voir le paragraphe « i) Le choix de l'expert-témoin ».

<sup>77</sup> CPR règle 3.13.

<sup>78</sup> CPR règles 3.19, 3.18 et 3.20.

<sup>79</sup> Practice Direction 3F.

<sup>80</sup> CPR règle 3.15.

encore relativement limitée. La tradition juridique anglaise ne confie en effet qu'un rôle précisément circonscrit au juge dans le déroulement du procès.

b) Le juge, simple arbitre du procès anglais

Les juristes anglais comparent volontiers le rôle de leur juge à celui d'un « umpire », l'arbitre d'un match de cricket<sup>81</sup>. Il doit « rester en dehors de la bataille tout au long de l'instance »<sup>82</sup>, ou pour paraphraser Denning LJ, rester en dehors de l'arène pour ne pas être aveuglé par le sable du combat<sup>83</sup>. Il s'agit d'un principe affirmé de longue date, qui découle de la tradition juridique anglaise (i). Toutefois, il doit aujourd'hui être profondément relativisé en raison des récentes évolutions en matière d'expertise (ii).

#### i) Un principe caractéristique du droit de la preuve anglais

Traditionnellement, l'opposition entre le droit de la preuve des pays de tradition juridique continentale, et ceux relevant de la *common law* est attribuée à deux principaux facteurs. Le premier est le caractère inquisitoire ou accusatoire (*adversarial*) de la procédure<sup>84</sup>. Le second est le rôle prépondérant du jury dans les procès anglo-saxons. Toutefois chacun de ces axiomes doit être nuancé en matière d'expertise.

Une procédure est dite accusatoire lorsque « les parties ont, à titre exclusif ou au moins principal, l'initiative de l'instance, de son déroulement et de son instruction »<sup>85</sup>. Ainsi est-elle opposée à la procédure inquisitoire où à l'inverse, « toute initiative vient du juge »<sup>86</sup>. La procédure anglaise est communément considérée comme « *essentially adversarial in nature* »<sup>87</sup>, ce qui suppose un affrontement des parties sous le regard impartial du juge, tenu à la neutralité jusque dans la recherche des preuves. A ce titre, ce principe contraste fortement avec le rôle éminemment actif du juge dans l'instruction en droit français. On a déjà mis en avant les implications du caractère

---

<sup>81</sup> Propos tenus par Cumming-Bruce LJ dans l'affaire *Gunning* (1994) 98 Cr App R 303 [à 306].

<sup>82</sup> MUNDAY R. *Evidence* (§4.3, Oxford University Press, 9th edition, 2017).

<sup>83</sup> *Jones v National Coal Board* [1957] 2 QB 55 (62ff).

<sup>84</sup> La différence étymologique entre le terme anglais et sa traduction française nous pousse à utiliser le terme anglais qui renvoie à la notion d'adversaires (de l'adjectif latin *adversus*), ce que sont les parties du procès anglais. Cela va également dans le sens de l'expression souvent employée de « bataille d'experts ». Le terme français provient en revanche du verbe *accuso, are, avi, atum*, qui signifie mettre en cause, accuser. Tandis que l'Anglais renvoie à la place des parties, le Français rappelle le rôle d'accusateur du juge.

<sup>85</sup> Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, (9<sup>e</sup> édition, 2011).

<sup>86</sup> *Ibid.*

<sup>87</sup> « essentiellement de nature accusatoire », in KAY Maurice (editor) *Blackstone's civil practice 2018 – The Commentary*, Oxford (§1.38 et suivants).

accusatoire de la procédure à l'égard des parties, pour le choix de l'expert et sa *cross-examination*.

On peut citer à l'appui de cette neutralité de principe du juge, l'exemple d'un certain devoir de réserve lors de la *cross-examination* des *expert-witness*, dans laquelle la Cour ne doit jouer qu'un rôle minimal. Il est en effet malvenu pour le juge de questionner lui-même les témoins, particulièrement dans le cadre des instances en matière pénale, où une telle ingérence est susceptible d'influencer le jury. Le devoir de neutralité du juge sera apprécié en fonction du nombre de questions qu'il posera, mais également de leur qualité, c'est-à-dire leur pertinence au regard des interrogations soulevées par les avocats des deux parties. A titre d'exemple, on peut relever la soigneuse évaluation menée par Kennedy LJ dans l'affaire *Webb and Simpson*<sup>88</sup>. Dans le cadre d'une procédure pour évasion fiscale, le juge de première instance avait longuement questionné chacun des témoins avancés, tant par le ministère public que par la défense. Kennedy LJ relève notamment que le juge avait posé à deux des prévenus 175 questions à la fin de leur déposition, en plus des 25 autres déjà posées la veille pendant l'étape de la *cross-examination*. Le juge d'appel souligne qu'en présence d'avocats compétents, comme c'était le cas en l'espèce, l'intervention du juge n'est pas nécessaire. Bien plus : il estime qu'au cas d'espèce « *it is clear that at times [the judge] was assuming the role of a prosecutor and was not displaying appropriate judicial impartiality* »<sup>89</sup>. Ce n'est donc pas seulement l'intervention du juge qui était mise en cause ici, mais bien la manière dont les questions qu'il avait posées pouvait influencer le jury au détriment des prévenus. Aussi convient-il de relever la désapprobation marquée par la Cour d'appel face à cette ingérence du juge dans les questions posées aux témoins.

Cette position contraste donc fermement avec l'office du juge français, qui par la définition de la mission de l'expert, est bien au contraire dans l'obligation de poser des questions à l'expert judiciaire qu'il désigne. L'opposition entre le droit anglais et français n'est cependant pas complète sur ce point, puisque les parties à l'expertise judiciaire sont encouragées à formuler des observations, auxquelles l'expert devra répondre dans son rapport final. Sur ce point précis, les parties ont donc tout autant un rôle à jouer que le juge ordonnant la mesure.

Outre le caractère inquisitoire ou accusatoire de la procédure, un autre facteur d'opposition de principe entre le droit français et le droit anglais de la preuve est la traditionnelle présence d'un jury dans le procès anglais.

Le recours à un jury dans la procédure anglaise a en effet longtemps été considéré comme

---

<sup>88</sup> (2000) 23 October, 2000 CL 1544617.

<sup>89</sup> « il est clair qu'à ce moment, [le juge] avait endossé le rôle d'un procureur et ne démontrait pas l'impartialité judiciaire de rigueur » Ibid. §5.

l'une de ses caractéristiques emblématiques. Ce serait parce que les faits devaient être appréciés par des non-juristes, que le droit de la preuve anglais procède par règles d'exclusion (*exclusionary rules*), rendant inadmissibles certaines preuves risquant d'induire en erreur le jury<sup>90</sup>. Toutefois cette particularité du droit anglais est aujourd'hui en voie de disparition. Roderick Munday déclare que « *the jury is now virtually extinct in civil cases* » et que les gouvernements successifs tentent régulièrement de réduire sa place dans le procès pénal. Le même auteur remarque à ce propos que, « curieusement », les particularités du droit de la preuve issues de ce système de jury continuent d'être appliquées malgré sa disparition<sup>91</sup>.

La règle exigeant que le juge ne pose pas de question à l'expert peut être vue comme l'une de ces héritières du système de jury, et qui lui survit encore. Ainsi que le démontre l'affaire *Webb and Simpson*<sup>92</sup>, le principal inconvénient de l'intervention du juge lors de la déposition des témoins, est qu'elle risque d'influencer le jury. Pourtant, il paraît à certains égards nécessaire de permettre au juge d'obtenir les connaissances techniques dont il a besoin pour comprendre les tenants et les aboutissants d'une affaire. Une partie de la doctrine anglaise dénonce cette impossibilité pour le juge d'obtenir de lui-même des informations techniques, comme l'une des principales insuffisances du système de *l'expert evidence* anglais. S'il existe des mécanismes qui pourraient permettre au juge de consulter un expert, ceux-ci ne sont guère mis en pratique<sup>93</sup>. Il ne peut donc recourir qu'aux *expert witnesses* soumis par les parties, et s'en remettre aux questions posées par leurs avocats pour comprendre le litige, alors même que ces questions visent la plupart du temps à faire dire par l'expert ce qui favorise la thèse de leur client<sup>94</sup>. Il faut toutefois profondément nuancer cette critique, émise en majorité avant l'adoption des CPR. Les experts ont désormais un devoir principal (*primary duty*) à l'égard de la Cour<sup>95</sup>, ce qui laisse entendre qu'ils doivent lui fournir les informations nécessaires. Cette règle a depuis son adoption renforcé l'impartialité de l'expert, mais elle ne peut remédier à la nature profonde de *l'expert evidence*, délivrée par des témoins choisis par les parties,

---

<sup>90</sup> La phrase de James Bradley Thayer décrivant le droit de la preuve comme « *the child of the jury system* » (l'enfant du système de jury) est souvent citée à l'appui de cette idée (*A Preliminary Treatise on Evidence at Common Law*, 1898, Boston, MA, p. 296) ; cité dans MUNDAY R. *Evidence* (Introduction, Oxford University Press, 9th edition, 2017) ; et VERGES E., VIAL G., LECLERC O., *Droit de la preuve* (§81 PUF Thémis droit, 2015).

<sup>91</sup> « Le jury a pratiquement disparu des affaires civiles » MUNDAY R. *Evidence* (Introduction, Oxford University Press, 9th edition, 2017).

<sup>92</sup> Cité note 88.

<sup>93</sup> DWYER Deirdre, *The future of assessors under the CPR*, C.J.Q. 219 (2006).

<sup>94</sup> SPENCER J.R., *Court experts and expert witnesses : have we a lesson to learn from the French ?*, C.L.P. 1992, 45 (2), 213-236 (spec. p. 224).

<sup>95</sup> CPR règle 35.3.

et ne remet pas en cause la conception anglaise de la neutralité du juge.

Cette « neutralité du juge » ne suppose pas pour autant qu'il reste passif face à l'*expert witness* des parties. Il a son rôle à jouer en ce qu'il lui appartient de se prononcer sur la recevabilité de cette opinion expertale ; son assimilation à un expert toujours en retrait doit donc être nuancée.

#### ii) L'appréciation de la recevabilité de l'opinion de l'expert

L'évaluation de la recevabilité de l'*expert evidence* est une nécessité en droit anglais de la preuve. Celui-ci procède en effet de règles d'exclusions, et il revient au juge de s'assurer que l'élément de preuve qui lui est soumis ne contrevient à aucune de ces règles. L'*expert evidence* a un statut particulier à cet égard, en ce qu'elle constitue une exception à plusieurs de ces règles d'exclusion. Mais le juge anglais doit surtout intervenir pour déterminer la recevabilité de l'*expert evidence* qui lui est soumise.

La principale règle d'exclusion à laquelle déroge l'*expert evidence* est l'*opinion rule*, la règle interdisant aux témoins de faire état de leur opinion personnelle au cours de leur déposition. Roderick Munday prête deux justifications à cette règle d'exclusion ; la première étant que l'opinion d'un témoin n'a aucune pertinence puisque sa seule vocation est d'éclairer le tribunal sur les faits. La seconde est que si un témoin pouvait faire état de son opinion, il usurperait le rôle du jury ou le cas échéant du juge chargé d'apprécier les faits pour décider de l'issue du litige<sup>96</sup>. L'*expert witness* constitue la principale exception à cette règle. Si son témoignage peut porter sur des constatations factuelles, il doit en outre donner son opinion sur ces constatations, une opinion technique qui doit relever de son domaine de compétence.

C'est dans l'appréciation de cette compétence, mais surtout de la pertinence (*relevance*) de la déposition que le juge anglais doit intervenir et se déterminer sur la recevabilité du témoignage expertal. Une opinion expertale est dite pertinente lorsqu'elle est apte à rendre plus ou moins probable les faits en cause dans l'affaire<sup>97</sup>. Enfin, le juge doit également apprécier la recevabilité (*admissibility*) du témoignage expertal. Dans le cas de la déposition d'un *expert witness*, cela signifie vérifier qu'elle est nécessaire à l'information du juge, ou le cas échéant du jury. Cela signifie qu'elle doit porter sur un domaine qui échappe aux connaissances d'une personne ordinaire (*ordinary knowledge of the Court*)<sup>98</sup>.

A titre d'exemple, dans l'affaire *Turner*<sup>99</sup>, un homme avait été condamné pour le meurtre de sa

---

<sup>96</sup> MUNDAY R. *Evidence* (§8.2, Oxford University Press, 9th edition, 2017).

<sup>97</sup> *Ibid* (§1.8).

<sup>98</sup> *Ibid* (§8.22).

<sup>99</sup> *R. v Turner* [1975] QB 834.

petite amie, après qu'elle lui ait annoncé qu'elle le trompait. Pour se défendre, il avait soutenu comme moyen de défense en première instance que sa fiancée l'avait provoqué (*defence of provocation*), et demandé qu'un psychiatre soit entendu en qualité d'*expert witness*. Dans son rapport, le médecin décrivait le patient comme un homme sain d'esprit, calme, et dont la personnalité était telle que l'aveu de sa petite amie était de nature à le provoquer. Le juge de première instance avait refusé d'admettre le témoignage de cet expert au motif qu'une personne ordinaire est apte à apprécier la personnalité d'un homme sain d'esprit, « normal ». Le témoignage d'un expert sur ce point ne pouvait donc être recevable. Lawton LJ approuve cette décision en appel, et rappelle longuement les conditions selon lesquelles un témoignage d'expert peut être admis par une Cour.

Les difficultés liées à ce type de preuve étaient démultipliées en l'espèce du fait de la spécialité en psychiatrie du médecin. En effet, un tel professionnel base son diagnostic sur ce que lui rapporte son patient ou les proches de ce dernier. Cela fait de toutes les informations qu'il en tire de la *hearsay evidence*, de la preuve par ouï-dire, qui est irrecevable<sup>100</sup>. Pour échapper à cette règle d'exclusion, il est nécessaire de prouver chacun des faits sur lesquels s'appuie l'expert.

En l'espèce toutefois, le rapport de l'expert a été déclaré irrecevable dans son ensemble, car les juges d'appel ont estimé que les jurés pouvaient apprécier par eux-mêmes les éléments apportés par l'expert dans son rapport. Celui-ci n'était pas nécessaire et dès lors, ne devait pas être admis.

Le juge anglais ne se cantonne donc pas à un rôle passif. Il lui revient de s'assurer du respect des règles de procédure, notamment en déterminant quelles preuves peuvent être présentées devant la Cour. En droit français, le critère de la recevabilité ne connaît pas d'équivalent se rapportant à l'expertise judiciaire. Toutefois, la même problématique est soulevée avec l'expertise privée ; et la question de savoir si elle devait être prise en compte par le juge. Ainsi qu'on l'a déjà souligné, cette expertise peut être prise en considération si elle est corroborée par d'autres éléments de preuve. Le juge français dispose cependant d'un pouvoir d'appréciation souveraine.

#### c) L'indépendance du juge face à l'expert

Le juge, représentant de l'autorité étatique, doit conserver le pouvoir de juger qui lui a été confié. Au contraire, l'expert tant en droit français qu'en droit anglais, n'est titulaire d'aucun pouvoir étatique. Il n'a aucune légitimité pour juger des affaires soumises à la justice et il ne rentre pas dans son rôle de trancher les litiges. Pourtant, la crainte d'une usurpation du pouvoir de juger par l'expert se retrouve dans chacun des systèmes de droit étudiés. Chacun a donc adopté des principes assurant la libre-appréciation du juge. Le poids de l'expertise judiciaire est cependant

---

<sup>100</sup> Ibid [840].

considérable en droit français (i). Le juge anglais semble par opposition plus libre dans son appréciation de l'*expert evidence* (ii).

#### i) Le poids de l'expertise judiciaire dans l'instance française

Le principe sans cesse réaffirmé veut que le juge ne soit pas lié par les constatations ou conclusions du technicien<sup>101</sup>. Toutefois, la pratique montre que le juge remet rarement en cause le rapport de l'expert.

On a déjà mentionné les limites posées à la définition de la mission de l'expert par le juge. Interdiction absolue est faite à ce dernier de déléguer ses pouvoirs juridictionnels au technicien. Le corollaire de ce principe est la possibilité pour le juge de s'écarter des conclusions de l'expert. Il en apprécie souverainement l'objectivité, la valeur et la portée<sup>102</sup>. Il peut, à son choix, s'appuyer sur une partie du rapport ou au contraire se fonder sur une contre-expertise officielle. De manière générale, le juge n'a pas à s'expliquer sur les éléments de preuve qu'il décide d'écarter. Toutefois, dans certains cas, la Cour de cassation a consacré une obligation de motiver sa décision, par exemple lorsque le magistrat choisit de s'appuyer sur un rapport d'expertise contesté<sup>103</sup>. Cette obligation de motivation vient encadrer l'appréciation souveraine du juge du fond, sans la limiter. Le rapport d'expertise judiciaire ne constitue donc en théorie qu'un élément de preuve parmi d'autres.

Cette conclusion doit cependant être nuancée, car les études montrent que les conclusions du technicien sont déterminantes dans la quasi-totalité des affaires<sup>104</sup>. Malgré les principes et une liberté qui trouve application lorsque les circonstances l'exigent, il semble donc bien que le juge se repose presque exclusivement sur le rapport expertal pour trancher l'affaire. Dans ces circonstances, il semble envisageable de se demander s'il ne s'agit pas d'une forme de délégation du pouvoir de juger. Dans le cadre de l'expertise judiciaire française, soumise à l'exigence du contradictoire et à laquelle les parties sont appelées, cette autorité accordée au rapport expertal

---

<sup>101</sup> Article 246 CPC.

<sup>102</sup> MOUSSA T. (dir), *Droit de l'expertise*, (§233.31, Dalloz Action, 3<sup>e</sup> édition, 2015).

<sup>103</sup> Cass. Civ 2<sup>e</sup> 7 juin 1989, n°87-19.139, NP ; « Attendu que, pour condamner la SCPI au paiement de cette somme d'argent, l'arrêt se borne à énoncer que, les experts ayant estimé le montant des travaux restant à exécuter à une certaine somme, celle-ci doit donc être retenue, et laisse sans réponse les conclusions de la SCIC, de la CPCI et du cabinet Trouvin qui contestaient l'estimation des experts », l'arrêt est cassé au visa des articles 246, 455 et 458 du CPC.

<sup>104</sup> Etude de Contis, Penvern et Triomphe intitulée « *Incidence des expertises sur le déroulement des litiges* », Université de Paris I, 1998 ; citée par T. Moussa *Droit de l'expertise* op. cit. (§233.31, note 2) ; L Dumoulin, *L'expert dans la justice. De la genèse d'une figure à ses usages*, Paris, Economica, 2007, p. 103, cité par Vergès E., Vial G., Leclerc O., *Droit de la preuve* (§743, PUF Thémis Droit, 2013).

ne semble pas porter à conséquence, puisque les droits au procès équitable sont respectés. L'expert judiciaire ne bénéficie certes pas de la légitimité de droit pour trancher un litige, légitimité reconnue au seul magistrat. Toutefois, le juge est-il plus légitime à devoir apprécier le contenu d'un rapport scientifique ou technique sans connaissance aucune en la matière ? Il s'agit d'une autre forme de défaut de légitimité, le pendant nécessaire de celle dont pâtit l'expert judiciaire. Il peut donc être reconnu à ce dernier une légitimité de fait pour trancher certaines questions techniques<sup>105</sup>.

#### ii) Les limites inhérentes à l'opinion expertale dans le procès anglais

L'inquiétude d'une délégation du pouvoir de juger de la Cour à l'expert se retrouve exactement de la même manière en droit anglais qu'en droit français. Toutefois, la tradition juridique anglaise a pallié cette difficulté d'une autre manière, aujourd'hui remise en cause.

La règle traditionnelle originellement appliquée en matière d'*expert evidence* voulait que le technicien ne soit pas habilité à se prononcer sur la problématique fondamentale (*ultimate issue*) de l'affaire. On y voyait en effet une usurpation du rôle du jury ou du juge, chargés de se prononcer sur les faits et de trancher l'affaire<sup>106</sup>. Il s'agissait d'une autre règle issue de la prédominance du recours au jury dans la procédure anglaise. Entendre des experts se prononcer et donner leur opinion sur la réponse à la question posée au jury pouvait l'influencer de manière déterminante, ce que les juges refusaient par principe.

L'ancien principe interdisant à l'expert d'usurper le rôle du juge contraste avec la pratique retenue en droit français, d'une manière qui met en évidence les oppositions entre les institutions juridiques de chaque pays. Le droit français interdit au juge de déléguer son pouvoir à l'expert judiciaire, mais laisse à ce dernier une certaine marge de manœuvre dans le cadre de la mission définie par le juge. Cela montre l'importance du pouvoir confié au juge français en matière d'expertise, qui en contrôle toutes les étapes, depuis la décision qui ordonne l'expertise jusqu'au poids qui doit être donné au rapport en résultant. Par opposition, en droit anglais, l'interdiction est reportée sur l'*expert witness*, c'est lui qui n'a pas l'autorisation de se prononcer sur certaines questions – tout comme le témoin ordinaire ne peut généralement donner son opinion sur les faits qu'il rapporte. Le juge anglais est bien sûr amené à sanctionner un éventuel manquement de l'expert à ses obligations, mais il n'intervient qu'*a posteriori* – comme c'est le cas lorsque les déclarations du témoin contiennent de la *hearsay evidence*. Son pouvoir de contrôle est donc moins absolu que celui du juge français ; le droit anglais laisse dans un premier temps aux parties et à

---

<sup>105</sup> PUTMAN Emmanuel « Olivier LECLERC, Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science », RTD Civ. 2006 p. 427.

<sup>106</sup> MUNDAY R. *Evidence* (§8.34, Oxford University Press, 9th edition, 2017).



leurs avocats le soin de veiller au respect des règles de procédure.

La règle sur l'*ultimate issue* a toutefois été définitivement abolie par le Civil Evidence Act de 1972, dont la section 3 (1) dispose « *where a person is called as a witness in any civil proceedings, his opinion on any relevant matter on which he is qualified to give expert evidence shall be admissible in evidence* »<sup>107</sup>. Il est ensuite précisé que « *In this section "relevant matter" includes an issue in the proceedings in question* »<sup>108</sup>. Il semble donc désormais qu'au lieu d'une interdiction de principe, il reviendra au juge – le jury n'étant désormais plus employé en matière civile – de déterminer quelle force probante accorder à quel témoignage.

L'affaire *Armstrong and Connor v First York Ltd*<sup>109</sup> détaille les modalités que doit prendre cette appréciation des éléments de preuve soumis au juge. Le litige en cause opposait les victimes d'un accident de la route et l'assureur du conducteur l'ayant causé. Les deux parties avaient missionné un *single joint expert* (SJE) spécialisé en reconstitution d'accidents et bio-mécanique. Celui-ci avait conclu, plusieurs mois après les faits, à partir de descriptions de seconde main des véhicules, que le choc avait été trop léger pour causer les douleurs dont se réclamaient les demandeurs. Le juge de première instance avait cependant choisi de s'appuyer sur les déclarations des victimes plutôt que sur le rapport de l'expert. La Cour d'appel lui a donné raison, relevant qu'il avait justifié de manière appropriée sa décision au regard des faits particuliers de l'espèce. Elle a surtout rappelé un principe fondamental « *We do not have trial by experts in this country ; we have trial by judge* »<sup>110</sup>, et son corollaire, l'absence de toute obligation pour le juge de donner raison en toute circonstance à l'expert.

L'appréciation de la force probante devant être conférée à la déposition de l'*expert witness* est donc libre. La seule obligation pesant sur le juge est une prise en compte des circonstances particulières de l'espèce, ce qui correspond à l'approche casuistique répandue en droit anglais ; ainsi que la justification de sa décision. Les modalités de cette justification dépendent des différents éléments de preuve avancés par les parties. Ainsi devra-t-elle être particulièrement détaillée lorsque ces preuves se contredisent, comme c'était le cas dans l'affaire *Armstrong and Connor*.

---

<sup>107</sup> « lorsqu'une personne est appelée comme témoin dans toute instance civile, son opinion sur toute question pertinente à propos de laquelle elle est qualifiée pour donner une opinion expertale constitue une preuve admissible ».

<sup>108</sup> « dans cette section « question pertinente » inclut une problématique de l'instance en question ».

<sup>109</sup> [2005] EWCA Civ 227, [2005] 1 WLR 2751.

<sup>110</sup> « Nous n'avons pas de procès par experts, dans ce pays, nous avons un procès par le juge » Ibid. §28.

Cette obligation de justification semble largement assimilable à celle pesant sur le juge français, lorsqu'il s'appuie sur un rapport d'expert contesté. Cette problématique montre que malgré les différences essentielles de principe, certains rapprochements peuvent être faits en matière d'expertise entre les deux systèmes de droit.

## Titre B Les similitudes des deux institutions juridiques

L'expertise judiciaire française s'oppose frontalement à l'*expert evidence* anglaise en raison de leur différence fondamentale de nature. L'une est un témoignage, l'autre une mesure d'instruction. Toutefois, au-delà de cette différence, de nombreuses règles ont évolué vers des approches similaires, notamment sous l'impulsion des CPR anglaises de 1998. Ces rapprochements seront étudiés selon deux axes principaux, l'un relevant la similitude de l'expertise dans chacun des systèmes de droit considéré (1), l'autre soulignant une évolution parallèle sous l'influence d'une même source internationale : la Convention Européenne sur les Droits de l'Homme (ConvEDH) (2).

### **1°) Une identité de fonction : le devoir d'éclairer le juge**

La raison d'être de l'expert, ce qui justifie son intégration au procès, est une nécessité que l'on retrouve tant en droit anglais qu'en droit français : celle d'éclairer le juge sur des problématiques scientifiques ou techniques qui échappent à ses connaissances. Cette identité de finalité constitue l'un des principaux points de rapprochement des deux institutions juridiques. La ressemblance s'est encore accentuée du fait des profondes réformes introduites par les CPR, qui ont renforcé les pouvoirs du juge anglais. Les CPR lui ont ainsi confié d'importants pouvoirs de gestion de l'instance (*case management powers*) en matière de preuve (a), ainsi que la possibilité d'intervenir de manière bien plus efficace lors des investigations techniques (b).

a) La révolution de la procédure anglaise avec les CPR

Bien que l'introduction d'*expert witnesses* réponde à la même nécessité que l'utilisation des experts judiciaires en droit français, l'institution anglaise présentait de nombreux inconvénients, dont les plus apparents étaient la durée et le coût de l'instance d'une part, et d'autre part la partialité des experts présentés par les parties. Les CPR avaient pour objectif de corriger ces défauts, ce qu'elles ont fait en confiant au juge des pouvoirs de *case management* (i), et en imposant à l'expert une obligation principale due à la Cour plutôt qu'à la partie l'ayant missionné (ii).

### i) Les pouvoirs du juge dans la gestion de l'instance

Les CPR ont introduit un objectif prépondérant (*overriding objective*) à la charge du juge dans la résolution des litiges, et lui ont confié de nombreux pouvoirs en matière de preuve afin de concourir à la réalisation de cet objectif.

L'*overriding objective* est établi par la première règle des CPR, laquelle dispose : « *These Rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly and at proportionate cost* »<sup>111</sup>. Les dispositions suivantes établissent l'obligation pour la Cour de chercher à appliquer cet *overriding objective* et celle revenant aux parties d'aider les juges dans cette tâche<sup>112</sup>. Elles fournissent surtout un moyen d'accomplir l'objectif : la Cour doit « activement gérer les affaires » (*actively managing cases*)<sup>113</sup>, ce qui constitue un changement fondamental de philosophie, au regard de la conception profondément ancrée en droit anglais du juge comme un arbitre neutre ne devant pas « descendre dans l'arène »<sup>114</sup>.

On a déjà souligné en matière de frais d'instance les pouvoirs conférés au juge pour s'assurer que le coût du procès soit proportionnel à ses enjeux financiers. Les parties ont l'obligation d'établir ensemble un budget, et le juge peut prendre des décisions afin de gérer le montant de ces frais<sup>115</sup>. On peut rapprocher ce souci d'anticipation des frais de justice à la prescription du droit français qu'une provision, dont le montant doit être aussi proche que possible de la rémunération définitive de l'expert, soit consignée aussitôt que possible après la décision ordonnant la mesure d'instruction<sup>116</sup>.

La durée des procès apparaît comme un objectif secondaire comparé à la question des frais d'instance. Cette question ne figure qu'au (2) de la première règle des CPR, qui au nombre des conditions nécessaires pour traiter une affaire justement fait figurer « *ensuring that [the case] is dealt with expeditiously and fairly* »<sup>117</sup>. Afin de remplir cet objectif, la Cour doit fixer un calendrier précis, établissant des dates limites pour l'échange de documents, notamment des rapports d'experts<sup>118</sup>. Un calendrier tout aussi précis est fixé en droit français par la décision ordonnant

---

<sup>111</sup> « ces Règles sont un nouveau code de procédure ayant pour objectif prépondérant d'habiliter la cour à traiter les affaires de manière juste et à un coût proportionné » CPR règle 1.1(1).

<sup>112</sup> CPR règle 1.2 et 1.3.

<sup>113</sup> CPR règle 1.4 (1).

<sup>114</sup> Voir note 88.

<sup>115</sup> CPR règles 3.13 et 3.15.

<sup>116</sup> Article 269 CPC ; MOUSSA T. (dir), *Droit de l'expertise*, (§243.41, Dalloz Action, 3<sup>e</sup> édition, 2015).

<sup>117</sup> « s'assurer que [l'affaire] est réglée promptement et équitablement ».

<sup>118</sup> A titre d'exemple, pour la *fast track procedure* (procédure accélérée), voir Part 28 Practice Directions 3.12, fixant un nombre de semaines précis entre chaque étape du procès.

l'expertise judiciaire<sup>119</sup>, et l'expert a pour devoir de respecter les délais impartis par le juge<sup>120</sup>. Une fois de plus, l'objectif de ces dispositions paraît comparable. Toutefois, il doit être relevé la différence essentielle en ce qui concerne leur sanction. Dans le cas du droit anglais, la sanction pèsera sur les parties ; un rapport d'expertise soumis en retard ne sera généralement pas accepté<sup>121</sup>, ce qui peut avoir pour conséquence de priver la partie fautive d'éléments de preuve déterminants. Dans le cas du droit français, l'obligation de respect du délai pour le dépôt du rapport pèse sur l'expert lui-même. C'est lui qui subira la sanction en cas de retard, laquelle peut prendre la forme d'une « réduction de sa rémunération, son remplacement ou son retrait des listes d'experts »<sup>122</sup>. Cette différence met en exergue une fois de plus le rôle respectif de l'expert dans l'instance française et le procès anglais. Dans le premier cas le technicien est un auxiliaire du juge devant assumer pleinement de lourdes responsabilités, dans le second au contraire, c'est un simple témoin se mettant à disposition des parties – et depuis 1999 également à celle du juge.

Nous avons déjà montré que le juge français avait un rôle bien plus important dans le cadre de l'expertise judiciaire que le juge anglais lorsque les parties lui soumettent des *expert witnesses*. Bien qu'elle doive être relativisée, c'est une affirmation qui reste fondée malgré les évolutions qu'a connues le droit anglais avec les CPR. Considérant que ce rôle prépondérant des parties était la source des nombreux maux de la procédure civile anglaise, le législateur a entrepris d'y apporter des limites en renforçant le pouvoir du juge.

Certaines dispositions générales confient à la Cour d'importants pouvoirs de contrôle en matière de preuve<sup>123</sup>, qui l'autorisent notamment à exclure certains éléments de manière discrétionnaire. Une telle prérogative doit être mise en œuvre au regard de l'*overriding objective* établi par la première règle. Ce pouvoir recoupe également les facultés conférées au juge par la partie 35 des CPR, en matière de preuve expertale. La règle 35.1 restreint en effet la possibilité pour les parties d'introduire des rapports d'experts dans le procès à ce qui est « *reasonably required to resolve the proceedings* » (raisonnablement requis pour conclure la procédure judiciaire), tandis que la règle 35.4 oblige les parties à solliciter l'autorisation de la Cour afin de lui soumettre une preuve expertale.

Il résulte de ces dispositions un basculement de la répartition des rôles dans la recherche de la preuve. Le juge anglais a désormais un réel pouvoir de *management*, de contrôle, sur le

---

<sup>119</sup> Article 265 dernier alinéa CPC.

<sup>120</sup> Article 239 CPC.

<sup>121</sup> BLOM-COOPER L. (dir), *Experts in the Civil Courts* (§4.30 & s, Oxford University Press, 2006).

<sup>122</sup> MOUSSA T. (dir), *Droit de l'expertise*, (§243.41, Dalloz Action, 3<sup>e</sup> édition, 2015).

<sup>123</sup> CPR règle 32.1 & s.

déroulement de l'instance et en particulier sur la recherche de preuves. Sous cet aspect, le rapprochement avec le droit français est réel.

#### ii) L'obligation principale due par l'expert-témoin à la Cour

Un autre changement fondamental dans la procédure expertale anglaise réside dans l'introduction d'un devoir de l'expert à l'égard de la Cour. Il s'agit d'une disposition ayant été adoptée pour contrer la pratique de l'*expert shopping*, mais également les cas moins extrêmes où un expert de bonne foi présente son rapport de la manière la plus favorable possible à la partie l'ayant missionné. Les juges avaient adopté une décision majeure à cet effet avant l'entrée en vigueur des CPR. La réforme Woolf a systématisé et clarifié les obligations pesant sur l'expert par le biais de ce principe majeur, consacré par la règle 35.3, sans remédier totalement au problème du *bias* (parti-pris) de l'*expert witness*.

L'arrêt dit *The Ikarian Reefer*<sup>124</sup> avait été rendu par la Commercial Court à propos d'une affaire d'assurance maritime. Un assureur prétendait que l'incendie ayant causé le naufrage de l'*Ikarian Reefer* avait été déclenché par des membres d'équipage, à la demande des armateurs (*beneficial owners*). L'affaire avait trainé en longueur, et le Juge Cresswell avait imputé cette circonstance à la méconnaissance de leurs devoirs et responsabilités par plusieurs *expert witnesses*. Il avait en conséquence entrepris de définir ces devoirs et énuméré sept d'entre eux dans sa décision. Les deux premiers, mettant l'accent sur la nécessaire indépendance de l'expert, et sur l'obligation de l'expert d'apporter à la Cour une aide indépendante<sup>125</sup>, ont fortement inspiré les CPR adoptées quatre ans plus tard.

Les règles de procédure civile ont cependant simplifié la formulation des principes établis par *The Ikarian Reefer*. La règle 35.3 des CPR dispose en effet :

- « (1) It is the duty of experts to help the court on matters within their expertise.
- (2) This duty overrides any obligation to the person from whom experts have received instructions or

---

<sup>124</sup> National Justice Compania Naviera SA v Prudential Assurance Co Ltd ; *The Ikarian Reefer* (N°1) [1993] 2 Lloyds REp. 68.

<sup>125</sup> Ibid à [81]. « 1. Expert evidence presented to the court should be and seen to be the independent product of the expert uninfluenced as to form or content by the exigencies of litigation » et « 2. An expert witness should provide independent assistance to the court by way of objective unbiased opinion in relation to matters within his expertise. An expert witness should never assume the role of advocate » ; « 1. Une preuve expertale soumise à la cour devrait être et devrait paraître être la production indépendante de l'expert n'ayant pas été influencé sur la forme ou le contenu par les exigences du contentieux » « 2. Un témoin expertal devrait fournir une aide indépendante à la cour par le biais d'une opinion objective et impartiale sur les questions relevant de son domaine de compétence. Un témoin expertal ne devrait jamais endosser le rôle d'un avocat ».

by whom they are paid. »<sup>126</sup>

Le législateur a ainsi entendu s'opposer à certaines formes de *bias*, encore monnaie courante à l'adoption des CPR. Les auteurs de *Expert evidence : law and practice*<sup>127</sup> distinguent trois types de *bias* : *selectorial bias* (parti-pris dans la sélection), *unconscious partisanship* (partialité involontaire) et *deliberate partisanship* (partialité délibérée). Le premier consiste à choisir un expert en sachant que son opinion coïncide avec les arguments favorables à la partie. Il s'agit d'une pratique dérangeante en ce qu'elle a pour conséquence que les opinions présentées au juge par chaque partie seront les plus extrêmes et non les plus répandues. Le deuxième type de *bias* est plus insidieux, et assez répandu. Il consiste pour un expert de bonne foi, à présenter son opinion de la manière la plus favorable possible à la partie qui le missionne. Le dernier, sévèrement sanctionné mais très rare, consiste pour l'expert à travestir son rapport afin de servir son mandant<sup>128</sup>. Il n'est alors ni plus ni moins qu'un « *hired gun* », un mercenaire, prêt à formuler n'importe quelle opinion.

La règle 35.3 n'a pour objectif que d'empêcher l'*unconscious partisanship* et le *deliberate partisanship*. Si le devoir principal de l'expert est envers le juge et consiste à l'éclairer sur les aspects techniques du litige, la perspective de servir la partie qui l'instruit doit nécessairement être mise en retrait. Le *selectorial bias* est quant à lui limité par un autre biais : en faisant peser sur l'expert l'obligation de porter à la connaissance de la Cour les autres opinions, notamment celles qui sont les plus communément répandues<sup>129</sup>. Mais il n'est pas proscrit en soi, ce qui ne manque pas d'interpeler le juriste français, pour qui l'indépendance de l'expert est une obligation au même titre que celle du magistrat. Malgré le rapprochement opéré avec les CPR, la différence de fond reste donc prégnante.

Cette distinction est rendue encore plus évidente par le mode de sanction du *bias*. Une opinion trahissant un parti-pris ne sera pas déclarée inadmissible, et à moins de circonstances exceptionnelles, telles le *deliberate partisanship*, l'expert n'encourt aucune sanction. Le juge prendra en considération ce *bias* en modérant la force probante (*weight*) accordée au témoignage en cause. L'absence de parti-pris ne constitue qu'un objectif vers lequel on doit tendre, et non une condition nécessaire de la preuve expertale. Ainsi le pouvoir discrétionnaire du juge d'écarter des preuves en raison d'un *bias* doit-il n'être utilisé qu'avec parcimonie. Il est à noter que le droit

---

<sup>126</sup> « (1) Il est du devoir des experts d'aider la Cour sur des questions relevant de leur domaine de compétence. (2) Ce devoir outrepassé toute obligation due à la personne dont l'expert a reçu des instructions ou par qui il est payé ».

<sup>127</sup> JAMES M., HODGKINSON T., *Expert evidence : law and practice*, (§6-003, London : Sweet & Maxwell, 4<sup>ème</sup> édition, 2015).

<sup>128</sup> Ibid (§6-004).

<sup>129</sup> CPR 35 PD3.2 (6).

anglais présente à cet égard une originalité absente des autres systèmes de *common law*, tels l'Australie ou les Etats-Unis. L'obligation pour les parties de solliciter l'autorisation du juge avant de soumettre à la Cour une *expert opinion*<sup>130</sup> constitue un garde-fou supplémentaire permettant de restreindre la possibilité d'un parti-pris chez l'expert<sup>131</sup>.

La sanction du *bias* doit être distinguée de celle imposée en cas de non-respect de l'obligation principale due à la Cour. Les conditions d'une telle sanction ont été posées dans l'affaire *Field v Leeds City Council*<sup>132</sup>, dont le jugement principal a été rédigé par Woolf MR, auteur de l'*Access to Justice report* ayant constitué la principale source d'inspiration pour la rédaction des CPR. Elle concernait une procédure visant à faire rénover un logement social insalubre, et présentait deux originalités majeures. Tout d'abord, les deux parties dépendaient des fonds publics pour financer leur procédure judiciaire, ce qui rendait plus nécessaire que jamais une certaine économie dans les frais engagés. Ensuite, la procédure avait été entamée avant l'entrée en vigueur des CPR, et l'*expert witness* en cause avait été commis à la même période. Il s'agit donc d'une affaire de transition entre l'ancien et le nouveau droit. En l'espèce, le *City Council* avait cherché à faire admettre l'*expert opinion* de l'un de ses employés. Cela lui avait été refusé en première instance, en raison de la probable partialité dudit expert. Les juges d'appel ont approuvé cette décision, mais sur un fondement distinct. Ils ont établi que la qualité d'employé de l'une des parties ne faisait pas obstacle, à elle seule, à la recevabilité de l'*expert opinion*, et ne pouvait avoir d'influence que sur sa force probante<sup>133</sup>. La recevabilité d'un *expert witness* ne pouvait être remise en cause que dans deux cas : s'il n'est pas démontré que l'expert a la compétence nécessaire pour apporter son opinion à la Cour ; ou lorsqu'il peut être démontré qu'il n'a pas conscience de son devoir principal à l'égard de la Cour<sup>134</sup>. Le *City Council* n'avait rapporté aucun élément permettant de vérifier que ces conditions étaient satisfaites. L'*expert opinion* devait donc être déclarée irrecevable.

Cette affaire met en relief le contraste existant entre le problème de l'impartialité de l'*expert witness* et son obligation à l'égard de la Cour. Seule la seconde peut être sanctionnée de l'irrecevabilité du témoignage, et cela reste extrêmement rare<sup>135</sup>. La décision rendue par les juges dans l'affaire *Field v Leeds City Council* montre toutefois que le devoir de l'expert à l'endroit de la

---

<sup>130</sup> CPR règle 35.4.

<sup>131</sup> JAMES M., HODGKINSON T., *Expert evidence : law and practice*, (§6-009, London : Sweet & Maxwell, 4<sup>ème</sup> édition, 2015).

<sup>132</sup> (2000) 35 HLR 618 CA.

<sup>133</sup> Ibid. à 624.

<sup>134</sup> Ibid. à 623.

<sup>135</sup> La condition apparaît en effet extrêmement facile à satisfaire, en ce qu'il suffit que l'expert affirme avoir conscience de son devoir.

Cour ne doit pas être négligé.

L'obligation principale de l'*expert witness* à l'égard de la Cour revient néanmoins à lui imposer un certain standard d'impartialité, ou du moins à limiter la manière dont sa partialité pourrait influencer sur le contenu de son rapport. La création de cette obligation tranche avec la tradition juridique anglaise, et marque une volonté d'encadrer ce qui jusqu'à présent ne l'avait jamais été. A cet égard, on peut donc relever qu'il s'agit d'un élément de rapprochement entre le droit anglais et le droit français, bien que le standard anglais soit loin d'être aussi exigeant que celui tenu pour évident en droit français. Un autre facteur de similitude est le recours à un expert unique, de plus en plus répandu en droit anglais.

b) L'expert unique : une nouveauté en droit anglais

Ce n'est que récemment et grâce aux réformes introduites par les CPR que les parties et les juges ont commencé à recourir à un expert unique. Les règles de procédure prévoient plusieurs cas de figure où un seul technicien conseille la Cour. La première est le Single Joint Expert (SJE) (i), et la seconde le recours à un *assessor* (ii).

i) Le Single Joint Expert choisi par les parties

La possibilité de nommer un unique expert commun (SJE)<sup>136</sup> est un autre des apports majeurs des CPR. Le recours à ce type d'experts est devenu courant dans bon nombre d'affaires, principalement les plus simples et celles dont l'enjeu n'est pas trop élevé. Toutefois, la création du SJE n'a pas fondamentalement remis en cause le recours à des *party experts* (experts des parties), aussi appelés *own experts* (experts particuliers).

Le recours à un SJE est prévu par la règle 35.7 (1) des CPR, qui dispose : « Where two or more parties wish to submit expert evidence on a particular issue, the court may direct that the evidence on that issue is to be given by a single joint expert. »<sup>137</sup>. Cette règle présente deux originalités. La première est qu'elle confère au juge un pouvoir d'obliger les parties à recourir au SJE. La seconde est bien évidemment le caractère unique du SJE, qui contraste avec la pratique jusque-là communément admise.

---

<sup>136</sup> La règle 35.2 des CPR en établit la définition : « 'Single joint expert' means an expert instructed to prepare a report for the court on behalf of two or more of the parties (including the claimant) to the proceedings. » ; « un "unique expert commun" désigne un expert ayant pour instruction de préparer un rapport pour la cour pour le compte de deux parties à l'instance ou plus (y compris le demandeur) ».

<sup>137</sup> « Lorsque deux parties ou plus souhaitent soumettre une *expert evidence* sur une question particulière, la cour peut ordonner que la preuve portant sur cette question soit déposée par un *single joint expert* ».



Le pouvoir du juge reste cependant limité en la matière. Lord Woolf, qui avait recommandé la mise en place de ce mécanisme dans son rapport final, avait souligné que le recours au SJE n'est adapté que dans certaines affaires : les plus simples, lorsque le rapport de l'expert portera majoritairement sur des faits plutôt que son opinion ; ou encore lorsque les sommes en jeu rendraient disproportionné le recours à une multitude d'experts<sup>138</sup>. Cela indique assez qu'une fois de plus, cette règle a été conçue afin de concourir à la réalisation de l'*overriding objective* des CPR, et pour réduire les coûts et la durée des procès. En outre, il revient avant tout aux parties de choisir le SJE et de l'instruire<sup>139</sup>. Ce n'est que lorsque les parties ne parviennent pas à trouver un accord que le juge peut être amené à choisir le SJE, à partir d'une liste fournie par les parties. Le recours à un SJE a pour principal avantage qu'il permet de mettre l'accent sur les points de convergence entre les arguments des deux parties, au lieu de souligner leurs divergences comme le font habituellement les batailles d'experts<sup>140</sup>. Cela a pour conséquence une définition plus claire et succincte des questions soulevées par l'affaire, ce qui fait gagner du temps dans la procédure.

Un exemple de la mise en œuvre de cette disposition a été très tôt donné dans l'affaire *Daniels v Walker*<sup>141</sup>, considérée comme la décision de principe en matière de SJE<sup>142</sup>. La contestation portait sur l'évaluation de dommages et intérêts devant être versés par un assureur pour la prise en charge de la victime d'un accident de la circulation. Les parties s'étaient accordées pour désigner un SJE, toutefois le montant de la réparation avancé par son rapport avait alarmé l'assureur. Celui-ci avait donc cherché à obtenir un autre rapport d'un nouvel expert qu'il aurait lui-même choisi. La victime, qui devait être examinée par cet expert, avait refusé la demande de l'assureur. Celui-ci avait immédiatement introduit une instance visant à obtenir du juge la permission de missionner un nouvel expert. Cette permission lui avait été refusée, faute d'avoir dans un premier temps questionné le SJE de manière adéquate. L'assureur a interjeté appel.

La décision d'appel, rendue par Lord Woolf MR, donne tort au juge de première instance. Elle définit la finalité du recours à un SJE : il s'agit d'une première étape dans la recherche de la preuve, qui doit permettre de restreindre les questions devant être soulevées lors de l'instance. Dans l'idéal, le rapport du SJE doit conduire les parties à transiger avant tout procès au fond. A défaut,

---

<sup>138</sup> « Access to justice », Final report, Lord Woolf, Ch. 13, para. 21, p.142, HMSO (1996), cité dans JAMES M., HODGKINSON T., *Expert evidence : law and practice*, (§5-003, London : Sweet & Maxwell, 4<sup>ème</sup> édition, 2015) ; voir aussi CPR 35 PD7, qui donne des instruction aux juges sur les cas où le recours au SJE doit être envisagé.

<sup>139</sup> CPR 35.7 (2) et CPR 35.8.

<sup>140</sup> JAMES M., HODGKINSON T., *Expert evidence : law and practice*, (§5-003, London : Sweet & Maxwell, 4<sup>ème</sup> édition, 2015).

<sup>141</sup> [2000] 1 WLR 1382.

<sup>142</sup> BLOM-COOPER L. (dir), *Experts in the Civil Courts* (§4.25, Oxford University Press, 2006).

ce seul rapport doit suffire pour que le juge statue sur l'affaire. Mais, dans l'hypothèse où aucun de ces objectifs ne serait atteint, et lorsque les enjeux – notamment financiers – du dossier le justifient, il doit être permis aux parties de recourir à un expert particulier<sup>143</sup>. Ainsi cette décision met-elle en exergue la survivance du recours à la multitude d'experts pour les affaires plus complexes. La règle 35.7 telle que mise en œuvre par les juges constitue donc un juste milieu, qui permet de minimiser les coûts et la durée de l'instance, tout en conservant pour les affaires les plus complexes la traditionnelle mise en œuvre de la procédure *adversarial* (accusatoire) lors de la bataille d'experts.

Le recours à un SJE constitue un rapprochement avec le droit français et la désignation d'un unique expert judiciaire. Toutefois les contrastes en la matière restent marqués, notamment parce que le SJE gardera le statut de témoin et sera désigné par les parties, loin d'être un auxiliaire du juge comme l'expert judiciaire français. Toutefois, il existe une autre institution juridique anglaise pouvant être assimilée à l'expert judiciaire français en ce qui concerne son statut à l'égard de la Cour.

#### ii) L'*assessor* nommé par le juge

Une problématique récurrente à propos de la preuve expertale anglaise réside dans l'impossibilité pour le juge d'obtenir par lui-même, indépendamment des parties, les données techniques nécessaires à la compréhension d'un litige<sup>144</sup>. Le droit anglais a connu plusieurs développements visant à remédier à cette carence. Il a un temps été envisagé de laisser la possibilité au juge de désigner lui-même un *court expert* (expert du tribunal). Toutefois, cette éventualité a été rejetée au profit de l'institution de l'*assessor*, prévue par la règle 35.15 des CPR.

La possibilité de désigner un *court expert* a longtemps existé en droit anglais, mais est peu ou prou demeurée lettre morte. Il faut en effet souligner que cette institution s'oppose à nombre de principes du droit de la preuve, en particulier à la conception *adversarial* du procès anglais. En vertu de ce principe, les parties doivent avoir la maîtrise du procès, une maîtrise qui s'étend à la recherche de la preuve<sup>145</sup>. Les praticiens anglais, ainsi qu'une partie de la doctrine, répugnent à s'écarter de cette tradition juridique<sup>146</sup>. C'est ce qui explique que la provision de l'ordonnance 40

---

<sup>143</sup> *Daniels v Walker* [2000] 1 WLR 1382, à 1387.

<sup>144</sup> SPENCER J.R. « Court experts and expert witnesses : have we a lesson to learn from the French ? » C.L.P. 1992, 45 (2), 213-236 ; DWYER Déirdre, « The future of assessors under the CPR », C.J.Q. 219 (2006).

<sup>145</sup> Voir le paragraphe « i) Un principe caractéristique du droit de la preuve anglais ».

<sup>146</sup> ZANDER Michael, « The Woolf Report : forwards or backwards for the new Lord Chancellor ? » C.J.Q. 208 (1997).

des *Rules of the Supreme Court* de 1965<sup>147</sup> prévoyant la désignation d'un *court expert* par le juge n'ait été mise en œuvre qu'une seule fois, dans l'affaire *Abbey National Mortgages plc v Key surveyors Nationwide Ltd*<sup>148</sup>. Ce litige opposait une banque offrant des prêts immobiliers à une société chargée d'évaluer des immeubles. Les demandeurs reprochaient à leur adversaire d'avoir été négligeant dans l'évaluation de terrains en cause, et de leur avoir ainsi causé des pertes financières substantielles. Le juge de première instance avait désigné un *court expert* chargé d'évaluer les propriétés, et avait limité le nombre d'*expert witnesses* pouvant être présenté par les parties à un chacune. Le demandeur avait interjeté appel de cette décision, arguant que le juge n'avait pas le pouvoir de rendre une telle ordonnance, et que même s'il avait eu une telle faculté, son exercice dans l'affaire en cause était inadmissible. Dans une décision rédigée par Sir Bingham MR, la Cour d'appel a rejeté l'appel et donné raison à Justice Hicks, soulignant les nombreux avantages présentés par la désignation d'un *court expert* et la limitation des *expert witnesses* pouvant être présentés par les parties, principalement en terme de gain de temps et d'argent<sup>149</sup>.

Lord Woolf MR partageait cette vision et avait suggéré dans son *Access to Justice Interim Report* que le recours au *court expert* soit généralisé. Cette proposition a toutefois généré une levée de boucliers qui a poussé le *Master of the Rolls* à la retirer. Cinq arguments peuvent être avancés contre le recours à des *court experts*, pour la plupart ayant trait aux conceptions traditionnelles de la procédure civile anglaise qui seraient négligées dans un tel cas. « *First, the parties have the right to decide the issues in question and the evidence to be adduced on those issues ; secondly, the parties have the right to present the best case; thirdly, it would be difficult to find suitable court experts; fourthly, the use of a court appointed expert would result in the ultra vires delegation of judicial authority; fifthly, the court should have access to a range of opinions.* »<sup>150</sup>. Il faut relever

---

<sup>147</sup> RSC ord. 40 règle 1 (1) « *In any cause or matter which is to be tried without a jury and in which any question for an expert witness arises the court may at any time, on the application of any party, appoint an independent expert or, if more than one such question arises, two or more such experts, to inquire and report upon any question of fact or opinion not involving questions of law or of construction. An expert appointed under this paragraph is referred to in this Order as a 'court expert'* » ; « dans toute cause ou affaire devant être jugée sans jury et dans laquelle une question quelconque surgit pour un *expert witness*, la cour peut à tout moment, sur demande de l'une des parties, désigner un expert indépendant ou, si plus d'une telle question surgit, deux experts ou plus de cette sorte, pour enquêter et délivrer un rapport sur toute question de fait ou opinion n'impliquant pas des questions de droit ou d'interprétation. Un expert nommé sur le fondement de ce paragraphe est désigné dans cet Ordre comme un "*court expert*" ».

<sup>148</sup> [1996] 1 WLR 1534.

<sup>149</sup> Ibid. à 1537.

<sup>150</sup> « D'abord, les parties devraient avoir le droit de déterminer les faits allégués et les preuves avancées pour les soutenir ; deuxièmement, les parties ont le droit de présenter le meilleur dossier possible ; troisièmement, il serait difficile de trouver des *court experts* qualifiés ; quatrièmement,

que l'expert judiciaire français s'apparente largement au court expert, et que le droit français a été confronté aux mêmes problématiques. Plusieurs des préoccupations soulevées par les opposants au *court expert* sont contrées en droit français par des règles de procédure spécifiques : le principe dispositif donne aux parties la maîtrise de la matière litigieuse<sup>151</sup>. Il est remédié à la difficulté à trouver des *court experts* compétents grâce au système de listes d'experts mis en place par la loi du 29 juin 1971<sup>152</sup>. Enfin, l'une des limites posées à la définition de la mission de l'expert judiciaire par le juge est précisément l'interdiction de déléguer ses pouvoirs juridictionnels<sup>153</sup>. L'opposition frontale des juristes anglais à cette institution juridique semble donc trouver sa source dans la tradition juridique prééminente, notamment le pouvoir des parties dans la recherche des preuves, plutôt que dans de réelles difficultés de mise en œuvre.

Toutefois, la réforme Woolf a trouvé un juste milieu permettant de retenir certains des avantages du *court expert*, en instaurant le SJE, et en tentant d'élargir le recours à l'*assessor*<sup>154</sup>, une possibilité ouverte de longue date dans certaines matières juridiques.

L'*assessor* est une institution juridique qui a d'abord été utilisée devant l'*Admiralty Court*. Dans ce cadre, il avait pour fonction d'apporter aux juges ses connaissances techniques en matière de navigation et d'usages maritimes. Désigné par les juges, il siégeait parmi eux et pouvait les aiguiller sur les interrogations techniques à soulever, voire sur des questions concernant le cœur du litige ; mais il ne prenait jamais part au vote menant à la décision<sup>155</sup>. Lorsque l'*Admiralty Court* a été ramenée dans le giron de la *High Court* par le *Judicature Act* de 1873, la possibilité de faire appel à des *assessors* a été conférée à cette juridiction indifféremment du domaine juridique en cause. Toutefois, l'institution n'a rencontré de succès qu'en matière de brevets et de propriété foncière, et c'est seulement dans ces trois domaines qu'elle continue d'être utilisée, encore aujourd'hui.

La règle 35.15 des CPR visait à démocratiser le recours à l'*assessor*, en permettant aux *County*

---

le recours à un expert désigné par la Cour entraînerait une délégation prohibée de pouvoirs juridictionnels ; cinquièmement, la Court doit pouvoir avoir accès à un éventail d'opinions expertales » DWYER Déirdre, « The future of assessors under the CPR », C.J.Q. 219 (2006), à 231.

<sup>151</sup> GUINCHARD S., CHAINAIS C., FERRAND F., *Procédure civile*, (§509 et suivants, Précis Dalloz, 33<sup>e</sup> édition, 2016).

<sup>152</sup> Article 2 de la loi n° 71-498 du 29 juin 1971.

<sup>153</sup> MOUSSA T. (dir), *Droit de l'expertise*, (§224.21, Dalloz Action, 3<sup>e</sup> édition, 2015).

<sup>154</sup> DWYER Déirdre, « The future of assessors under the CPR », C.J.Q. 219 (2006) à C.J.Q. 222 et 223.

<sup>155</sup> JAMES M., HODGKINSON T., *Expert evidence : law and practice*, (§5-018, London : Sweet & Maxwell, 4<sup>ème</sup> édition, 2015 ; DWYER Déirdre, « The future of assessors under the CPR », C.J.Q. 219 (2006), spécialement à 221.

*Courts* et *Senior Courts*<sup>156</sup> de désigner un *assessor* pour les aider à traiter les affaires relevant de leur domaine de compétence<sup>157</sup>. Cette finalité n'est pas sans rappeler le devoir imposé par la règle 35.3 à tous les *expert witnesses* vis-à-vis de la Cour devant laquelle ils doivent témoigner. Cependant, l'*assessor* diffère radicalement des *party own experts* et même des SJE en ce qu'il est désigné par la Cour de sa seule volonté, lorsqu'elle l'estime approprié. Les autres différences significatives ont été largement gommées par la réforme de 1998. Alors qu'auparavant, l'*assessor* était considéré davantage comme un membre du tribunal que comme un *expert witness*<sup>158</sup>, il peut désormais effectuer nombre de tâches revenant habituellement aux *party experts*. Il est laissé grande latitude à la Cour dans la définition de sa mission par la règle 35.15 (3), et il peut désormais soumettre un rapport que les parties pourront utiliser comme élément de preuve.

Ces nouveautés indiquent assez la vocation de l'*assessor* issu des CPR à remplacer autant que possible le *court expert* préexistant, avec le complément constitué par le SJE. L'amplitude du rôle envisagé pour lui explique également le peu de succès rencontré par cette disposition. Ainsi, dans l'affaire *Balcombe Group Plc v London Development Agency*<sup>159</sup> le Juge Coulson a rejeté la demande d'une partie de nommer un *assessor*. Il a soigneusement détaillé quatre éléments devant être pris en compte par la Cour dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, pour conclure qu'en l'espèce, il était à la fois inutile et disproportionné au regard du montant en jeu de désigner un *assessor*. Cette décision, qui souligne que la désignation d'un *assessor* constitue l'exception plutôt que la règle dans les affaires soumises à la *Technology and Construction Court*<sup>160</sup>, montre assez la réticence des juges et de la plupart des parties à l'égard de cette institution juridique.

Les éléments qui contribuent à rapprocher l'*assessor* anglais de l'expert judiciaire français expliquent donc le rejet de cette institution. Sa désignation par la Cour, la grande liberté conférée au juge dans la définition de sa mission, la valeur probatoire accordée à son rapport sont autant

---

<sup>156</sup> Cette compétence est confiée à la High Court par la section 70 du Senior Courts Act 1981 ; et aux County Courts par la section 63 of the County Courts Act 1984 ; les autres tribunaux de moindre importance ne sont pas habilités à faire appel à un *assessor*.

<sup>157</sup> CPR 35.15 (2) « *An assessor will assist the court in dealing with a matter in which the assessor has skill and experience* » ; « Un *assessor* aidera la cour à traiter des questions pour lesquelles il a des qualifications et de l'expérience ».

<sup>158</sup> Ainsi ne constituait-il pas une source de preuve, il ne prêtait pas serment, et il ne pouvait généralement pas être soumis à la *cross-examination* par les parties ; voir DWYER Déirdre, « The future of assessors under the CPR », C.J.Q. 219 (2006), spécialement à 220.

<sup>159</sup> [2008] EWHC 1392 (Technology and Construction Court). Cette décision portait sur l'évaluation du *quantum* des dommages et intérêts devant être obtenus par le demandeur, évaluation pour laquelle était sollicitée la désignation d'un *assessor*.

<sup>160</sup> Ibid §6(d).

d'aspects qu'il partage avec l'expert de droit français. A la différence des institutions juridiques déjà envisagées que sont les *party witnesses* et le SJE, il permet au juge d'obtenir par lui-même des informations, de manière indépendante des parties aux litiges. Cette manière de faire contrevient à la conception traditionnelle du rôle du juge, celle d'un arbitre ne devant pas descendre dans l'arène, et du rôle primordial réservé aux plaideurs. Malgré la position en faveur du *court expert* et de ses avatars de certains auteurs<sup>161</sup> et de certains juges comme Lord Woolf, le rôle réservé à l'expert dans les procès anglais reste marqué par ces principes. Ainsi, malgré les rapprochements engendrés par les CPR, la différence de fond entre le droit français et le droit anglais subsiste.

Les CPR ne sont cependant pas le seul facteur de rapprochement des droits français et anglais de l'expertise. Outre les nouvelles dispositions anglaises contribuant à atténuer les différences, des principes procéduraux fondamentaux se retrouvent dans les deux systèmes juridiques. Ainsi faut-il envisager ces principes comme un second facteur de rapprochement de l'*expert evidence* anglaise et de l'expertise judiciaire française.

## **2°) Les exigences procédurales communes**

Les droits français et anglais partagent le souci de s'assurer de la compétence de l'expert, bien qu'ils utilisent des voies différentes pour ce faire (a). Mais ce sont surtout les exigences procédurales imposées par la ConvEDH et la jurisprudence issue de la CrEDH, qui contribuent à créer un dénominateur commun aux deux types d'expertise (b).

### a) La compétence de l'expert

La nécessité commune de s'assurer de la compétence de l'expert a cependant trouvé des solutions différentes. En droit français, il a été choisi d'établir des listes officielles d'experts auprès des Cours d'Appel et de la Cour de cassation (i). En droit anglais, cette vérification s'effectue dans la majorité des affaires au cas par cas, bien que des listes soient établies depuis une vingtaine d'années pour certaines spécialités (ii). Il est à noter que les deux systèmes de droit rencontrent des difficultés dans l'évaluation de la compétence technique des experts, confiée à des juges.

### i) Le système de listes d'experts judiciaires français

Ainsi qu'il a déjà été établi, c'est sur le juge que repose le pouvoir de choisir l'expert. Il est guidé dans son choix par les listes établies par les Cours d'Appel, ou bien par une liste nationale relevant

---

<sup>161</sup> Voir DWYER Déirdre, « The future of assessors under the CPR », C.J.Q. 219 (2006) à C.J.Q. 222 ; SPENCER J.R. « Court experts and expert witnesses : have we a lesson to learn from the French ? » C.L.P. 1992, 45 (2), 213-236.

de la Cour de cassation. Le processus d'établissement de ces listes a été soumis à la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE), qui l'a reconnu contraire à la liberté de prestation de service, décision ayant rendu nécessaire une réforme en la matière.

Le système des listes a été établi par la loi du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires<sup>162</sup>, et l'un des principaux objectifs de cette loi était d'assurer le "recrutement" des meilleurs professionnels<sup>163</sup>. Cette loi a été profondément remaniée par la loi du 11 décembre 2004<sup>164</sup> et son décret d'application du 23 décembre 2004<sup>165</sup>, venus réglementer la réinscription des experts afin qu'elle ne soit plus automatique, mais bien au contraire soumise à des conditions de compétence n'ayant pas seulement trait à la compétence technique de l'expert. En effet, l'article 2 du décret de 2004 pose huit conditions à l'inscription sur les listes des Cours d'appel. Parmi celles-ci, quatre concernent les "qualités morales" du candidat : « n'avoir pas été l'auteur de faits contraires à l'honneur, à la probité et aux bonnes mœurs » ; n'avoir pas fait l'objet d'une destitution, radiation ou autre sanction similaire ; n'avoir pas été frappé de faillite, et « n'exercer aucune activité incompatible avec l'indépendance nécessaire à l'exercice de missions judiciaires d'expertise ». Seules deux des conditions ont trait à sa compétence technique : il lui faut « exercer ou avoir exercé pendant un temps suffisant une profession ou une activité en rapport avec sa spécialité », et d'une manière telle que cet exercice lui confère une « qualification suffisante »<sup>166</sup>. Le texte semble donc mettre l'accent sur les qualités morales plutôt que techniques du candidat à l'inscription. On retrouve une caractéristique similaire dans la composition de la commission chargée de statuer sur les candidatures. Elle est en effet composée de dix-sept membres : douze magistrats pour seulement cinq experts<sup>167</sup>. En outre, ces experts sont eux-mêmes désignés par le premier président et le procureur général, sur avis des compagnies d'experts judiciaires ou de tout organisme représentatif<sup>168</sup>.

---

<sup>162</sup> Loi n° 71-498.

<sup>163</sup> MOUSSA T. (dir), *Droit de l'expertise*, (§121.11, Dalloz Action, 3<sup>e</sup> édition, 2015).

<sup>164</sup> Loi n°2004-130.

<sup>165</sup> Décret n°2004-1463.

<sup>166</sup> A cet effet, la demande d'inscription doit être « assortie de toutes précisions utiles », notamment les titres, diplômes, travaux scientifiques, techniques et professionnels, les différentes fonctions qu'il a remplies et la nature des activités professionnelles qu'il exerce ; article 6, 2° du décret du 23 décembre 2004.

<sup>167</sup> Article 12 du décret du 23 décembre 2004 ; MOUSSA T. (dir), *Droit de l'expertise*, (§123.34, Dalloz Action, 3<sup>e</sup> édition, 2015).

<sup>168</sup> Article 12, 7° du décret du 23 décembre 2004 ; ces cinq experts sont « inscrits sur la liste des branches différentes de la nomenclature depuis au moins cinq ans et désignés conjointement par le premier président et le procureur général après avis des compagnies d'experts judiciaires ou d'unions des compagnies d'experts judiciaires ou, le cas échéant, de tout organisme

Il est assez frappant, pour une commission chargée d'apprécier les qualités techniques d'un spécialiste, de voir combien la décision repose sur les magistrats. Il s'agit d'une approche assez paradoxale, puisque le système des listes d'experts judiciaires est notamment un moyen de s'assurer de la compétence du technicien dans son domaine de qualification<sup>169</sup>. Les textes semblent pourtant mettre l'accent sur les qualités morales du technicien. En outre, comme en écho au devoir principal de l'*expert witness* anglais à l'égard de la Cour, les conditions posées par le décret du 23 décembre 2004 à la réinscription devant avoir lieu tous les cinq ans, concernent majoritairement les connaissances de l'expert relatives « aux principes directeurs du procès et [aux] règles de procédure applicables aux mesures d'instruction confiées à un technicien »<sup>170</sup>. La Cour de cassation a entériné une application stricte de cette disposition dans un arrêt du 27 juin 2013<sup>171</sup>. Un autre arrêt rendu à la même date et par la même chambre consacre comme incontournable la condition d'indépendance de l'expert, refusant la réinscription à un technicien dont 80% du chiffre d'affaires dépendait d'un assureur<sup>172</sup>. En revanche, peu de décisions de refus d'inscription ou de réinscription semblent avoir un lien avec les compétences techniques de l'expert.

Les critères pris en compte pour l'inscription sur les listes d'experts judiciaires ont dû être réformés après l'arrêt *Peñarroja* rendu le 17 mars 2011<sup>173</sup>. Monsieur Peñarroja, ressortissant espagnol, avait formé une demande d'inscription sur la liste nationale et sur la liste près la Cour d'Appel de Paris en tant que traducteur en langue espagnole. Cette demande lui avait été refusée sur la base d'une décision non motivée, car la Cour de cassation avait établi que « la procédure d'inscription des experts judiciaires ne constitue ni une procédure de nature juridictionnelle, ni ne donne lieu à un acte susceptible de relever de la procédure d'accès aux documents administratifs »<sup>174</sup>, pas plus qu'elle n'entre « dans le champ d'application des dispositions de l'article 6§1 » de la ConvEDH<sup>175</sup>. Monsieur Peñarroja a intenté un recours contre les décisions de

---

représentatif ».

<sup>169</sup> A titre d'illustration, l'arrêt *Peñarroja* (CJUE 2011) au §51 souligne que l'établissement des listes « vise à permettre aux juridictions de s'assurer que les professionnels qui les assistent disposent des compétences et d'autres aptitudes nécessaires à la qualité et à l'efficacité du service public de la justice. »

<sup>170</sup> Article 10, 2° du décret du 23 décembre 2004.

<sup>171</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 27 juin 2013, n°13-60.007, *Bull. Civ. II*, n°145, rendu à propos d'un traducteur-interprète auquel on avait refusé la réinscription faute pour lui d'avoir suivi les formations obligatoires.

<sup>172</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 27 juin 2013, n° 13-60.025, *Bull. Civ. II*, n°146.

<sup>173</sup> CJUE, 4<sup>e</sup> ch., 17 mars 2011, *Jospé. Peñarroja Fa*, affaires jointes C-372/09 et C-373/09, *Rec. CJUE* 2011, I-01785.

<sup>174</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 14 juin 2006, n°05-1à.459, *Bull. civ. II*, n°158 ; cité dans MOUSSA T. (dir), *Droit de l'expertise*, (§123.27, Dalloz Action, 3<sup>e</sup> édition, 2015).

<sup>175</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 21 sept. 2006, n°06-10.767, *Bull. civ. II*, n°244.



refus, et la Cour de cassation a sursis à statuer pour soumettre des questions préjudicielles à la CJUE. Il s'agissait notamment de savoir si les restrictions posées à l'inscription sur des listes d'experts étaient susceptibles d'entraver la libre prestation de service, qualification retenue par la Cour pour l'activité des experts judiciaires inscrits sur les listes. La CJUE a répondu par l'affirmative, relevant que l'absence de motivation ne permettait pas de s'assurer que le droit de l'Union Européenne était respecté. En effet, il ne pouvait être vérifié si la commission d'inscription avait bel et bien pris en compte les qualifications professionnelles acquises par le demandeur dans son Etat membre d'origine.

Cet arrêt établit que les listes d'experts judiciaires constituent une restriction à la liberté de prestation de services, mais que cette restriction peut être justifiée par la protection des justiciables et la bonne administration de la justice.<sup>176</sup> Les listes permettent en effet de contrôler les qualifications professionnelles des experts traducteurs. L'exigence de prise en compte des qualifications obtenues à l'étranger s'étend notamment aux missions accomplies par l'expert considéré dans cette autre juridiction<sup>177</sup>. Le problème alors susceptible d'être soulevé est la différence des conditions posées à l'exercice de la mission d'expert dans les différents Etats en cause. Si les exigences de compétence technique et de qualités morales ne sont pas équivalentes, la prise en compte des qualifications étrangères en sera complexifiée. Cela constitue une incitation à la création d'une liste et d'un statut d'expert européens, ainsi que plusieurs colloques et soumissions à la Commission européenne l'ont suggéré<sup>178</sup>.

Toutefois, cette faveur marquée pour les listes d'experts constitue une approche propre au droit continental. La « consécration du système des listes » décelée dans l'arrêt Peñarroja<sup>179</sup> ne signifie pas que ces répertoires constituent la seule manière de s'assurer de la compétence des techniciens intervenant au cours d'une instance. Ainsi la *common law* ne recourt que peu à ce mécanisme et lui préfère encore une appréciation au cas par cas des *expert witness* soumis à la Cour.

## ii) L'établissement des qualifications de l'*expert witness*

La vérification des qualifications de l'*expert witness* se fait à travers les différentes étapes du procès anglais, lors de l'examen de la recevabilité du témoignage, mais aussi au cours de son dépôt. Cela

---

<sup>176</sup> Arrêt Peñarroja §53 et suivants.

<sup>177</sup> Ibid. §75.

<sup>178</sup> V.A. Nuée, « Le futur de l'expertise judiciaire civile dans l'Union européenne – Recommandations à soumettre à la conférence de consensus à venir », actes du colloque sur le futur de l'expertise judiciaire en Europe, Bruxelles 16 et 17 mars 2012, p. 60 ; cité dans MOUSSA T. (dir), *Droit de l'expertise*, (§111.11, Dalloz Action, 3<sup>e</sup> édition, 2015).

<sup>179</sup> MOUSSA T. (dir), *Droit de l'expertise*, (§121.11, Dalloz Action, 3<sup>e</sup> édition, 2015).

confère une plus grande souplesse sur les matières pouvant faire l'objet de la preuve expertale.

Ainsi qu'il a été exposé, l'un des rôles réservés au juge dans la conduite du procès anglais réside dans l'appréciation de la recevabilité de l'*expert evidence*. Le test servant de base à cette appréciation a été établi dans l'affaire australienne *R v Bonython*<sup>180</sup>, et transposée en droit anglais avec *Barings Plc (in liquidation) v Coopers & Lybrand*<sup>181</sup>. Ce second arrêt traitait d'une dispute relative à des pertes issues d'une transaction spéculative. Les demandeurs avaient annoncé leur intention de soumettre un témoignage expertal visant à démontrer le lien de causalité entre les actes des défendeurs et la perte qu'ils avaient subie. Leurs adversaires avaient argué que cette *expert evidence* n'était pas recevable. Evans-Lombe J. avait conclu à la recevabilité du témoignage, reprenant les trois critères énoncés par le juge australien comme applicables sous l'empire de la section 3 du Civil Evidence Act de 1972. Le premier de ces critères a déjà été décrit : il s'agit du caractère nécessaire du témoignage expertal, pour éclairer les personnes non spécialisées<sup>182</sup>. Les deux autres conditions relèvent en revanche de l'évaluation de l'*expert witness* lui-même : il s'agit de vérifier que le domaine technique dont se réclame l'expert constitue une matière suffisamment organisée ou reconnue ; et que l'expert en a une connaissance assez intime pour que son opinion présente un intérêt pour la Cour<sup>183</sup>.

---

<sup>180</sup> (1984) 38 SASR 45 South Australia Supreme Court.

<sup>181</sup> (2001) Lloyd's Rep. Bank 85, (2001) PNLR 22 à [38].

<sup>182</sup> Voir le paragraphe « ii) L'appréciation de la recevabilité de l'opinion de l'expert ».

<sup>183</sup> Ibid à [35], citant le jugement australien : « *Before admitting the opinion of a witness into evidence as expert testimony, the Judge must consider and decide two questions. The first is whether the subject matter of the opinion falls within the class of subjects upon which expert testimony is permissible. This first question may be divided into two parts: (a) whether the subject matter of the opinion is such that a person without instruction or experience in the area of knowledge or human experience would be able to form a sound judgment on the matter without the assistance of witnesses possessing special knowledge or experience in the area and (b) whether the subject matter of the opinion forms part of a body of knowledge or experience which is sufficiently organised or recognised to be accepted as a reliable body of knowledge or experience, a special acquaintance with which of the witness would render his opinion of assistance to the Court. The second question is whether the witness has acquired by study or experience sufficient knowledge of the subject to render his opinion of value in resolving the issue before the Court.* » « Avant d'admettre comme preuve expertale l'opinion d'un témoin, le juge doit prendre en considération et répondre à deux questions. La première est celle de savoir si la matière de l'opinion compte parmi le type de domaines pour lesquels le témoignage expertal est admissible. Cette première question peut être subdivisée en deux axes : (a) selon que la matière de l'opinion est telle qu'une personne sans instruction ou expérience dans ce domaine précis ou sans expérience personnelle propre serait capable d'arriver à un jugement judiciaire sur la question sans l'aide de témoins ayant une expérience ou des connaissances particulières dans ce domaine et (b) selon que la matière sur laquelle porte l'opinion fait partie d'un corpus de savoir ou d'expérience

Il faut toutefois souligner que ce contrôle de recevabilité n'est que très superficiel. Il s'agit d'une vérification préalable au débat qui ne présume en rien de la réception finale reçue par le rapport. La compétence de l'expert sera mise sur la sellette, tout comme l'expert lui-même et ses conclusions, au cours de son *examination-in-chief* et sa *cross-examination*. Ainsi, lors du dépôt d'un rapport écrit ou de son témoignage oral, le témoin doit-il faire état de ses qualifications et de son expérience<sup>184</sup>. Elles sont considérées comme faisant partie intégrante de son témoignage, car elles en constituent le fondement<sup>185</sup>. C'est donc lors de la *cross-examination* que la compétence technique de l'expert pourra éventuellement être remise en cause<sup>186</sup>. Comme dans les autres domaines de l'*expert evidence*, ce sont les parties qui joueront un rôle primordial dans l'établissement de la qualification de l'expert, ou au contraire dans sa décredibilisation. Tout comme en matière de *bias* (partialité) de l'expert, la remise en cause de ses qualités ne mènera pas au rejet du témoignage, mais influera seulement sur la force probante (*weight*) qui lui sera reconnue par le juge des faits.

Cette méthode diffère donc profondément de celle mise en œuvre par le droit français avec les listes d'experts judiciaires. Alors qu'en France, le contrôle de la compétence et des qualités morales de l'expert se fait avant son inscription, le droit anglais montre sa plus grande casuistique avec l'évaluation des qualifications de l'expert au cas par cas, pour chaque affaire. Il s'agit d'une procédure extrêmement lourde, même si dans la majorité des affaires elle relève de la formalité, et elle contribue à allonger l'audition des *expert witnesses*. A certains égards, son efficacité a pu être remise en cause, notamment en matière pénale. A la suite des scandales judiciaires des années 1980, il a été établi un Council for the registration of Forensic Practitioners (CRFP), d'abord pour les procès de droit pénal, puis en matière civile<sup>187</sup>. L'expertise biologique est cependant un cas à part qui justifie un régime spécial, y compris en droit français<sup>188</sup>.

---

assez organisé ou reconnu pour être accepté comme un corpus fiable de savoir ou d'expérience, dont le témoin a une connaissance particulière telle que son opinion aidera la Cour. La seconde question est celle de savoir si le témoin a acquis par l'étude ou l'expérience des connaissances suffisantes sur le sujet pour que son opinion soit utile pour résoudre le litige soumis à la Cour » ; pour la séparation en trois segments, voir JAMES M., HODGKINSON T., *Expert evidence : law and practice*, (§11-013, London : Sweet & Maxwell, 4<sup>ème</sup> édition, 2015).

<sup>184</sup> CPR règle 35 PD 3.2 (1).

<sup>185</sup> JAMES M., HODGKINSON T., *Expert evidence : law and practice*, (§11-013, London : Sweet & Maxwell, 4<sup>ème</sup> édition, 2015).

<sup>186</sup> SPENCER J.R. « Court experts and expert witnesses : have we a lesson to learn from the French ? » C.L.P. 1992, 45 (2), 213-236, spécialement p. 217.

<sup>187</sup> BLOM-COOPER L. (dir), *Experts in the Civil Courts* (§2.01 &s, Oxford University Press, 2006).

<sup>188</sup> VERGÈS E., VIAL G., LECLERC O., *Droit de la preuve*, (§745 et suivants, PUF Thémis droit, 2015)

Dans les autres domaines, c'est toujours l'appréciation casuistique qui prévaut. Cette approche a l'avantage de la souplesse, notamment sur la question des matières acceptées comme objet d'une expertise. Roderick Munday explique en effet « *English Courts are generally rather receptive to new varieties of expertise* »<sup>189</sup>, et cite à titre d'exemple l'affaire *Dallagher*<sup>190</sup> où les juges d'appel ont accepté la déposition d'un témoin expert en empreintes auriculaires, malgré la nouveauté du procédé et les doutes pesant sur sa fiabilité. Au regard de la rapidité des progrès scientifiques, cette souplesse est susceptible de présenter un avantage, par rapport à la rigidité supposée par les listes d'experts françaises. Toutefois d'intense débats doctrinaux ont lieu sur la question du juste milieu constitué entre la possibilité d'admission de nouveaux procédés scientifiques, et le risque d'erreur judiciaire présenté par un témoignage expertal non fiable, notamment en droit pénal, où les enjeux sont les plus élevés<sup>191</sup>.

C'est également en matière pénale que nombre de développements relatifs au droit à un procès équitable ont eu lieu. Toutefois, les exigences relatives à ce principe trouvent également à s'appliquer en matière d'expertise civile.

#### b) Le droit à un procès équitable

L'un des principaux facteurs d'unification de la procédure civile au niveau européen réside dans la jurisprudence de la CrEDH. L'expertise ne fait pas exception, et s'est trouvée confrontée aux exigences des droits fondamentaux exposées par cette Cour. La ConvEDH impose un standard minimum commun en ce qui concerne l'indépendance de l'expert (i), et l'exigence du contradictoire (ii), qui donne une résonance européenne aux problématiques soulevées par chaque principe dans son droit respectif.

##### i) L'indépendance de l'expert : une exigence européenne nuancée

L'impartialité de l'expert judiciaire est une exigence ferme en droit français, qui s'explique par le rôle dudit expert au sein du procès. En revanche, on a déjà souligné que la position du droit anglais contrastait avec ce principe. Les travaux de droit comparé visant à aboutir à la création d'une expertise européenne, ou à tout le moins d'une liste d'experts européens retiennent l'impartialité de l'expert comme un principe clef. La CrEDH a effectivement établi sa nécessité, mais seulement dans certains cas limités, car l'impartialité de l'expert doit être distinguée de celle attendue d'un

---

<sup>189</sup> « Les Cours anglaises sont en général plutôt réceptives à de nouvelles variétés de savoir-faire » MUNDAY R. *Evidence* (§8.6, Oxford University Press, 9th edition, 2017).

<sup>190</sup> [2003] 1 Cr App R 195.

<sup>191</sup> A titre d'exemple, voir EDMOND Gary, « Legal versus non-legal approaches to forensic science evidence », E.&P. 3 (2016).

juge.

Parmi les principes établis par l'article 6§1 de la ConvEDH se trouve le droit d'être entendu par un « tribunal impartial et indépendant ». Cette référence au « tribunal » exclut *a priori* l'expert. Pourtant, la jurisprudence *Lind c/ Islande*<sup>192</sup> a reconnu la violation de l'article 6 du fait de la partialité d'un panel d'experts. Cet arrêt a été rendu à propos d'une affaire de responsabilité médicale, où les questions de causalité sont toujours délicates. Des parents réclamaient pour le compte de leur fille, l'indemnisation du préjudice constitué par son handicap, qu'ils attribuaient à une erreur médicale. Ils ont obtenu gain de cause en première instance, mais la Cour Suprême islandaise avait annulé le jugement. Elle avait basé sa décision sur un nouveau rapport d'expertise rendu par un organe officiel, l'Office Médico-légal Public (OMP). La CrEDH relève que lorsque le rapport de l'expert « est susceptible de peser de manière significative sur la manière dont ladite juridiction appréciera l'affaire », « le manque de neutralité d'un expert nommé par une juridiction peut dans certaines circonstances emporter la violation du principe d'égalité des armes inhérent à la notion de procès équitable »<sup>193</sup>. Malgré les précautions prises par le juge européen dans la formulation de ce principe, il semble donc incontestable qu'un certain devoir d'impartialité peut être exigé de l'expert.

On peut néanmoins remarquer que ce devoir est limité à l'expert missionné par le juge, ce qui exclut de fait l'*expert witness* anglais le plus communément invoqué dans la majorité des affaires. Malgré le caractère commun des principes de droit fondamentaux européens, force est de constater que leur application ne constituera pas un élément de recoupement, dans le cadre du recours traditionnel à l'expert témoin.

Toutefois, en matière de SJE la question de l'impartialité se pose, quoiqu'elle n'ait jamais été fondée sur le droit de la ConvEDH. Les juges anglais ont longtemps fait preuve de réticence pour appliquer ce droit européen. Ainsi dans l'arrêt *Daniels v Walker*, dont il faut toutefois souligner qu'il a été rendu avant l'entrée en vigueur du *Human Rights Act*, Lord Woolf déclare obiter « *It would be highly undesirable if the consideration of case management issues was made more complex by the injection into them of article 6 style arguments. I hope that judges will be robust in resisting any attempt to introduce those arguments* »<sup>194</sup>. Les défendeurs avaient dans un premier

---

<sup>192</sup> CrEDH 5 juillet 2007, requête n°31930/04.

<sup>193</sup> Ibid, §47.

<sup>194</sup> « Il serait hautement indésirable que des considérations propres à la gestion de l'instance soient complexifiées par l'invocation d'arguments basés sur l'article 6. J'espère que les juges résisteront fermement à toute tentative visant à invoquer ce genre d'arguments » [2000] 1 WLR 1382, à 1387 (précité note 143).

temps soulevé la contrariété à l'article 6 du refus du juge d'admettre qu'un nouveau *party expert* soit désigné, outre le SJE dont le rapport ne les satisfaisait pas. Ils avaient finalement abandonné cet argument, attitude que les juges d'appels avaient approuvée.

## ii) Le principe du contradictoire dans la jurisprudence européenne

Le respect du principe du contradictoire en droit français rencontre des difficultés qui ont déjà été soulignées, en matière d'expertise amiable et lorsqu'il s'agit de sanctionner un manquement à ce principe. En revanche, du fait de la nature « essentiellement *adversarial* »<sup>195</sup> du procès anglais, qui fait s'affronter les deux parties devant la Cour comme s'il s'agissait d'une « arène », cet aspect ne pose *a priori* que peu de difficultés en droit anglais.

Toutefois, les évolutions récentes du droit anglais pourraient soulever de nouvelles questions à l'égard de cette exigence européenne. Le recours de plus en plus fréquent au SJE dans une multitude de cas pourrait, à terme, laisser envisager des problèmes de contradictoire. La question n'a pas encore été posée, et ne se posera probablement jamais avec autant d'acuité qu'en droit français, du fait de la tradition juridique anglaise. Ainsi, dans le cas du SJE, ce sont les deux parties qui donnent des instructions à l'expert<sup>196</sup>, ce qui par hypothèse permet le respect du principe tel que défini par la CrEDH. De même, chacun des plaideurs peut, une fois le rapport du SJE publié, lui soumettre des questions<sup>197</sup>. Par ailleurs, il faut souligner que les réformes relatives à l'*assessor* ont soulevé l'inquiétude d'une partie de la doctrine, qui s'interroge sur leur compatibilité avec les exigences de l'article 6§1 de la ConvEDH.

Les difficultés du droit français sont en partie attribuables au rôle prépondérant de l'expert judiciaire qui doit s'assurer du respect du contradictoire<sup>198</sup>. Il lui revient de vérifier que les parties sont informées de ses opérations, que les pièces qu'il requière et les dires qui lui sont communiqués sont transmis à toutes les personnes impliquées. Il doit répondre aux questions qui lui sont posées. Il s'agit d'une lourde responsabilité pesant sur un technicien non magistrat. Cette responsabilité sera d'autant plus importante si son opinion est déterminante dans l'adoption de la décision du juge chargé du dossier. Le critère du caractère décisif du rapport a été retenu dans l'arrêt

---

<sup>195</sup> KAY Maurice (editor) *Blackstone's civil practice 2018 – The Commentary*, Oxford (§1.38 et suivants).

<sup>196</sup> CPR règle 35.8

<sup>197</sup> CPR règle 35.6 (1).

<sup>198</sup> RIJAVEC V., KERESTES T., IVANC T. (ed.) *Dimensions of Evidence in European Civil Procedure*, (§3A.04, Kluwer Law International, 2016) ; Institut Européen de l'Expertise et de l'Expert, « De la nécessité d'harmoniser les procédures expertales dans l'Union Européenne », disponible sur : <https://experts-institute.eu/projets/> [consulté le 27 août 2018].

*Mantovanelli*<sup>199</sup>, et c'est également celui qui a semblé emporter la conviction de la CrEDH dans l'arrêt *Lind*<sup>200</sup>. La Cour y relève en effet que l'opinion de l'OMP ayant été sollicitée par la Cour suprême islandaise elle-même, cette opinion est « susceptible de peser de manière significative sur la manière dont ladite juridiction appréciera l'affaire ». C'est donc l'importance accordée au rapport expertal et son rôle dans la détermination de la Cour, qui établira la portée des obligations d'indépendance de l'expert, mais également ses devoirs concernant le respect du contradictoire.

L'intégralité de ces développements montre que malgré les points de rapprochement théoriques sur les dispositions légales de chaque système juridique considéré, la pensée juridique qui guide leur mise en œuvre oppose frontalement le droit français et le droit anglais. Tandis que dans le premier système, le juge est largement encouragé à prendre intégralement part à la recherche de preuves, notamment dans le cadre de l'expertise judiciaire, le juge anglais doit lutter pas à pas pour conquérir sa légitimité à intervenir dans le procès. Les CPR lui ayant conféré un pouvoir de *case management*, et une obligation de l'exercer avec le concours des parties, ont contribué à un changement de philosophie de la procédure civile et entériné son rapprochement du droit français. Mais les praticiens du droit anglais et une partie de la doctrine, veillent farouchement à ce que les parties gardent une maîtrise la plus large possible de l'instance, en particulier en ce qui concerne la recherche de preuve<sup>201</sup>. Ainsi ces différences persistantes entre l'*expert evidence* anglaise et l'expertise judiciaire française entraînent-elles un traitement contrasté de l'institution juridique par le droit international privé de chaque Etat, mais aussi dans le cadre de la coopération interétatique toujours plus étroite.

---

<sup>199</sup> CrEDH 18 mars 1997, *Mantovanelli c/ France*, requête N°21497/93.

<sup>200</sup> CrEDH 5 juillet 2007, requête n°31930/04, spécialement §47.

<sup>201</sup> ZANDER Michael, « Zander on Woolf » N.L.J. 2009, 159(7360), 367-368 ; disponible sur <https://www.newlawjournal.co.uk/content/zander-woolf> [consulté le 27 août 2018] ; DWYER Déirdre, « The future of assessors under the CPR », C.J.Q. 219 (2006) à C.J.Q. 230.

## Partie II Le traitement contrasté de l'expertise en droit international privé

Les expertises anglaises et françaises s'opposent fondamentalement dans leur philosophie, et leur différence porte à conséquence sur le traitement de l'institution juridique que constitue le recours à l'expert par le droit international privé de chaque pays. Toutefois, les éléments de rapprochement existant entre les deux types d'expertise ainsi que la coopération interétatique toujours plus renforcée entre les Etats permettent de nuancer cette opposition frontale.

En outre, l'expertise est une institution juridique particulière visant à administrer une preuve, à contribuer à prouver un fait allégué par l'une des parties. C'est une finalité commune à l'*expert evidence* anglaise et l'expertise judiciaire française, au même titre que son objectif d'éclairer le juge sur les éléments techniques du litige. Cela signifie que l'expertise n'est qu'un accessoire à l'instance, un préalable nécessaire à la décision finale qui tranchera le litige. Cela confère à cette institution juridique un statut particulier au regard du droit international privé : elle ne constitue pas une simple décision judiciaire, qu'il conviendrait de reconnaître et exécuter.

De plus, dans le cadre du droit français, l'expertise judiciaire n'est pas seulement une simple preuve rapportée par les parties, elle est une preuve « judiciaire », pour laquelle le rôle du juge est important. Ce caractère particulier n'existant pas en droit anglais implique des problématiques relatives à la souveraineté étatique que ne suppose pas l'*expert evidence*. Les difficultés sont donc particulièrement aiguës lorsqu'il s'agit d'organiser une coopération judiciaire entre les Etats de tradition juridique continentale et ceux relevant de la *common law*. Cette coopération peut être réduite à son expression la plus simple (Titre A) ou au contraire extrêmement développée comme c'est le cas dans le contexte européen (Titre B).

### Titre A L'expertise de droit international privé hors de l'Union Européenne : une coopération interétatique limitée

Selon la terminologie retenue par le présent mémoire, une expertise est dite « de droit international privé » lorsqu'elle implique un élément d'extranéité. Cet élément résulte d'une nécessaire exécution de l'expertise dans un autre Etat que celui compétent au fond et/ou saisi de la demande. Il convient d'étudier selon quelles modalités le droit anglais et le droit français régleront l'expertise présentant un élément d'extranéité, par exemple lorsqu'elle doit se dérouler à l'étranger, ou selon quelles conditions ces deux systèmes juridiques recevront le résultat d'une expertise diligentée par un juge étranger sur son propre territoire.



La coopération interétatique mise en œuvre par les Etats a pour objet de faciliter l'obtention de preuves à l'étranger. Elle ne constitue cependant pas la seule option pour obtenir de tels éléments de preuve. Dans le prolongement des particularités mises en avant pour l'expertise judiciaire française et l'*expert evidence* anglaise, deux méthodologies peuvent être distinguées pour organiser le recours à l'expert en cas de litige international. La première repose sur l'initiative privée, celle des parties en cause (1). La seconde découle de l'action du juge appliquant son droit international privé commun, ou recourant à la Convention de la Haye du 18 mars 1970, relative à l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile et commerciale (2).

### **1°) L'expertise à la seule initiative des parties**

L'expertise à la seule initiative des parties constitue la manière la plus directe d'obtenir une expertise concernant des faits localisés dans un autre for que celui où se déroule la procédure au fond. Dans certains cas, l'instance n'a pas même encore été introduite devant un tribunal, et la recherche de preuves par le biais de l'expertise constitue une étape préalable à toute procédure judiciaire. Les parties, ou la partie prenant l'initiative de recourir à un expert peut employer l'une de deux méthodes. La première réside dans le simple recours à un expert privé (a). La seconde consiste à solliciter les autorités judiciaires du lieu de situation des éléments de faits devant être expertisés pour obtenir une expertise judiciaire dans ce pays (b).

a) L'expertise privée, une solution commune aux droits français et anglais

Le recours à un expert, sans faire appel à aucune autorité judiciaire, représente la solution la plus simple pour obtenir une appréciation technique sur des éléments de fait localisés à l'étranger. Si cette solution correspond exactement à la conception anglaise de l'*expert evidence*, elle est en revanche moins adaptée à l'expertise judiciaire française.

En droit anglais, le recours à un expert engagé directement par l'une des parties constitue la règle plutôt que l'exception, comme c'est le cas en France. Le recours de plus en plus répandu à un SJE ne contredit pas cette affirmation, dans la mesure où lui aussi est missionné par plusieurs des parties à l'instance. La recherche des preuves échoit aux plaideurs, et le juge n'y joue qu'un rôle subsidiaire.

Le *Conflict of laws* de Dicey, Morris et Collins établit des règles à propos de chaque domaine du droit international privé anglais, et la première relative à la recherche de preuves à l'étranger dispose « *Nothing in this rule prevents a party from obtaining evidence from a third party abroad*

*without compulsion of law* »<sup>202</sup>. Plus loin, il est ajouté que « *there is no objection in English law to the taking of evidence required for use in foreign proceedings without the intervention or permission of an English court or official agency* »<sup>203</sup>. Si ce principe est affirmé au regard des preuves situées sur le territoire anglais, elle peut être logiquement transposée aux preuves se trouvant sur les territoires d'autres Etats relevant de la tradition de la *common law*.

La question qui subsiste alors est de savoir si cette analyse peut être transposée aux pays de droit continental. Le recours par une partie à un *expert witness* devant conduire ses investigations dans un pays de tradition continentale, constitue-t-il une atteinte à sa « souveraineté judiciaire », pour reprendre la terminologie employée par Thomas Habu Groud<sup>204</sup> ? La nature même de l'expert-témoin anglais semble imposer une réponse négative. Missionné par les parties, n'ayant que la qualité de témoin et ne constituant pas, au contraire de l'expert judiciaire français, un « auxiliaire du juge »<sup>205</sup>, il ne prend aucune part à la décision finale adoptée par les magistrats. Son statut ne peut qu'être assimilé à celui de l'expert privé engagé par l'une des parties au cours d'une instance française, expert privé ayant la qualité de « mandataire ».

Toutefois, la loi dite « de blocage » du 26 juillet 1968 telle que modifiée en 1980<sup>206</sup> doit pousser à n'admettre cette hypothèse qu'avec circonspection. En effet, cette loi prohibe à « toute personne » de « demander, de rechercher ou de communiquer », sous quelque forme que ce soit, des « documents ou renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique tendant à la constitution de preuves en vue de procédures judiciaires ou administratives étrangères ou dans le cadre de celles-ci ». Pour peu que la mission confiée à un *expert witness* porte sur des éléments de preuve d'une telle nature, elle serait passible de sanction pénale sur le fondement de cette interdiction, à la formule singulièrement large.

On a déjà souligné les particularités de l'expertise privée au sein de l'instance française. Si elle présente de nombreuses similarités avec l'*expert evidence* anglaise, notamment en ce qu'elle est à l'initiative des parties et que le juge bénéficie d'un pouvoir d'apprécier souverainement sa

---

<sup>202</sup> « Rien dans cette règle n'empêche une partie d'obtenir des preuves d'une tierce partie à l'étranger sans contrainte légale » DICEY, MORRIS & COLLINS, *The Conflict of laws*, (§8R-067, Sweet & Maxwell, 15<sup>e</sup> édition, 2012).

<sup>203</sup> « Il n'y a pas d'objection en droit anglais à la recherche de preuves requises dans le cadre d'une procédure étrangère sans la permission ou l'intervention d'une Cour ou autorité anglaise » Ibid. §8-094.

<sup>204</sup> GROUD Thomas Habu, *La preuve en droit international privé*, (§410, PUAM, 2000).

<sup>205</sup> Ibid. §387.

<sup>206</sup> Loi n° 68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères, modifiée par la loi n° 80-538 du 16 juillet 1980.

force probante, elle s'en distingue par la place qui lui est réservée dans la recherche de la preuve en droit français. L'expertise privée française ne constitue qu'un complément à l'expertise judiciaire – ou bien un préalable à toute action en justice, afin de justifier la demande d'une expertise judiciaire. Au contraire, l'*expert witness* constitue la mesure d'instruction expertale par défaut en droit anglais. Recourir à l'expertise privée dans le cadre d'une recherche de preuve à l'étranger paraît donc moins pertinent dans le cadre d'un procès au fond devant le for français.

Toutefois, Thomas Habu Groud relève que les parties bénéficient d'une « autonomie dans la recherche de la preuve », puisque les mesures d'instruction ne servent qu'à suppléer les allégations formulées par les plaideurs<sup>207</sup>. En vertu du principe d'autonomie, les parties auraient toute latitude pour obtenir des preuves à l'étranger, et donc pour demander à des experts privés d'y conduire des investigations. Il est à noter que dans ce cas, malgré la localisation des éléments de fait expertisés, le droit international privé n'entrera pas en jeu. Le rapport d'expertise privée sera considéré comme un élément de preuve soumis par une partie, et ne présentant aucune originalité<sup>208</sup>.

La seule limite que connaîtra le recours à ce type d'expertises en droit français réside dans sa force probante, moins grande que celle reconnue à une expertise judiciaire<sup>209</sup>. Ce désavantage, que ne connaît pas l'*expert evidence* anglaise, démontre la supériorité de cette dernière dans un contexte international. Sa flexibilité rend plus aisée l'introduction de ce type de preuve expertale au sein de la procédure se déroulant dans le for anglais. Les inconvénients de l'*expert evidence* précédemment soulignés – la difficile impartialité de l'expert, le complexe contrôle de sa compétence technique – trouvent ici une contrepartie.

Toutefois, le droit français et le droit anglais partagent un inconvénient au regard de ce type d'expertises instituées par les parties de leur propre initiative : l'absence de tout pouvoir de contrainte. Lorsque le recours à la contrainte est nécessaire, les parties ont l'obligation de solliciter la mesure d'expertise auprès des autorités judiciaires locales.

b) Le recours à l'autorité judiciaire du lieu de situation des preuves

Il est admis, en droit français comme en droit anglais, que les parties sollicitent une expertise directement auprès de l'autorité judiciaire du lieu de situation des preuves (i). De même, les autorités judiciaires des deux systèmes étudiés acceptent d'organiser le recours à l'expert

---

<sup>207</sup> Ibid. §405 et suivants ; Article 146 CPC.

<sup>208</sup> Ibid. §419.

<sup>209</sup> Outre les développements consacrés à l'expertise privée en droit français ci-dessus, voir aussi l'arrêt déjà cité : Cass., ch. Mixte, 28 sept. 2012, n°11-18.710, *Bull. ch mixte*, n°2 ; *D.* 2013 269, obs. Fricero ; *D.* 2013 2802, obs. Bretzner ; *RTD Civ.* 2012 769, obs. Perrot.

lorsqu'une procédure au fond se déroule dans un autre for (ii).

#### i) L'expertise à l'étranger dans l'hypothèse d'un procès au fond devant le for

Tout comme en matière d'expertise privée, le droit anglais montre ici sa plus grande flexibilité : cette possibilité est admise sans hésitation. Le principe de la recherche judiciaire des preuves ayant cours en droit français rend moins évidente l'admissibilité de cette pratique. La jurisprudence semble néanmoins l'admettre.

A la suite de la règle de droit international privé admettant le recours à un *expert witness* devant effectuer sa mission à l'étranger, les auteurs du *Conflict of laws* ajoutent « *nothing in this rule prevents a party [...] from making direct application to a foreign court for assistance, save where such application would be unconscionable* »<sup>210</sup>. Le recours à l'autorité judiciaire étrangère ménage la possibilité de faire appel à son pouvoir de contrainte. En outre, les juges anglais sont réticents à autoriser la recherche de preuve à l'étranger dans le cadre d'une procédure au fond qui leur est soumise, c'est-à-dire d'admettre la mise en œuvre des mécanismes de coopération judiciaire<sup>211</sup>. Cela correspond à la philosophie du procès anglais, qui dicte au juge d'intervenir le moins possible dans son déroulement. La demande directement adressée par les parties à l'autorité judiciaire étrangère semble donc le plus souvent la solution indiquée.

Il est toutefois à noter que le recours à la contrainte en matière d'expertise se bornera le plus souvent à forcer la partie adverse à coopérer avec l'expert choisi. L'hypothèse d'une coercition d'un *expert witness* se trouvant à l'étranger pour un procès devant le for anglais est bien plus rare. En effet, forcer un témoin à déposer devant la Cour risque de desservir la cause de la partie qui s'y aventure, au point qu'il soit nécessaire de faire déclarer l'expert « hostile » (*hostile witness*). Il s'agit d'un cas extrême qui voit le témoin garder le silence ou refuser de dire la vérité. La reconnaissance de son hostilité par le juge permet à l'avocat ayant nommé l'expert de poser des questions tendancieuses (*leading questions*) et de procéder lui-même à sa *cross-examination*<sup>212</sup>.

Le recours à l'autorité judiciaire étrangère pour obtenir une expertise doit cependant trouver des limites pour éviter le *forum shopping*, le choix d'un forum visant à profiter de règles légales plus

---

<sup>210</sup> « rien dans cette règle n'empêche une partie [...] de déposer une demande directement devant une juridiction étrangère pour solliciter son concours, à moins que cette demande ne soit indéfendable » DICEY, MORRIS & COLLINS, *The Conflict of laws*, (§8R-067, Sweet & Maxwell, 15<sup>e</sup> édition, 2012).

<sup>211</sup> Ibid. §8-085.

<sup>212</sup> JAMES M., HODGKINSON T., *Expert evidence : law and practice*, (§8-015, London : Sweet & Maxwell, 4<sup>ème</sup> édition, 2015) ; MUNDAY R. *Evidence* (§4.10 et suivants, Oxford University Press, 9th edition, 2017).

favorables. Lorsque ce *forum shopping* est trop flagrant, ou ne trouve aucune justification satisfaisante – autre que d’opportunité – les Cours anglaises considéreront que la requête était « *unconscionable* » (indéfendable), et n’admettront pas les éléments de preuve ainsi obtenus. Toutefois, l’application de cette exception en matière d’expertise semble improbable. En effet, il n’existe pas de mécanisme dont l’utilisation présenterait un avantage justifiant une élection de for<sup>213</sup>. Le recours à la juridiction étrangère en matière d’expertise est justifié par la localisation des preuves.

En droit français, la possibilité pour les parties de saisir un juge étranger pour obtenir une mesure probatoire est moins évidente qu’en droit anglais. En effet, le principe de souveraineté judiciaire implique que toute recherche de preuve relève de l’office du juge et doit être effectuée sous son autorité<sup>214</sup>. Le recours à l’expertise par les parties de leur propre initiative semble donc contrarier ces axiomes.

La Cour de cassation s’est cependant écartée d’une application stricte de ces principes dans un arrêt rendu par la première chambre civile le 22 février 1978<sup>215</sup>, à propos de témoignages recueillis au Venezuela par l’autorité compétente de ce pays. Dans cette affaire, la Cour d’appel de Paris s’était fondée sur des faits établis par lesdits témoignages pour prononcer le divorce de deux époux, aux torts du mari. Celui-ci s’était pourvu en cassation, arguant que les dépositions des témoins auraient dû respecter les règles de procédure françaises. La première chambre civile a rejeté son argumentation et retenu que « rien ne s’oppose à ce qu’il soit fait état, au cours de [l’instance engagée en France et régie par la loi française], de témoignages recueillis dans un pays étranger par l’autorité compétente en vertu de la loi de ce pays, procédant selon les formes définies par cette loi, et saisie, soit par commission rogatoire du juge français, soit par requête de l’une des parties ». Cet arrêt paraît poser un principe qui ne se limite pas au seul témoignage. Même en matière d’expertise, il semble donc envisageable qu’une partie saisisse directement un tribunal étranger pour obtenir une telle mesure d’instruction.

Il convient alors d’envisager comment une telle expertise peut être insérée dans une procédure au fond se déroulant devant les juridictions françaises. Doit-elle être assimilée à une expertise judiciaire purement interne, ou bien à une expertise privée ? Le risque que la *lex fori executionis* dictant la forme revêtue par cette expertise ne respecte pas les principes procéduraux français,

---

<sup>213</sup> Contrairement à la *discovery* américaine, par exemple. Pour une application de cette exception en la matière, voir DICEY, MORRIS & COLLINS, *The Conflict of laws*, (§8-91, Sweet & Maxwell, 15<sup>e</sup> édition, 2012).

<sup>214</sup> GROUD Thomas Habu, *La Preuve en droit international privé*, (§410, PUAM, 2000).

<sup>215</sup> N°77-10.109 *Bull. Civ. I*, n°73 ; *Rev. Crit. DIP* 1979 p. 593 G Couchez.

inciterait à l'assimiler à une simple expertise privée. Ainsi qu'on l'a déjà souligné, celle-ci ne bénéficie en effet que d'une force probante atténuée. Elle doit être corroborée par d'autres éléments de preuve pour emporter la conviction du juge<sup>216</sup>. Au contraire l'expertise judiciaire peut fonder à elle seule la décision du magistrat. L'arrêt du 22 février 1978, déjà cité, permet d'apporter un élément de réponse. Bien qu'il concerne un témoignage, et non une expertise, la Cour de cassation y approuve les juges du fond de s'être appuyés sur les éléments de preuve recueillis par le notaire vénézuélien, selon le mode de constitution du témoignage dans ce pays. Toutefois, le témoignage ainsi rapporté ne constitue pas une « preuve judiciaire »<sup>217</sup>, et ne peut avoir la même force probante qu'une preuve résultant d'une mesure d'instruction. Transposé à l'expertise, ce raisonnement signifie que l'expertise, même réalisée avec le concours de l'autorité judiciaire étrangère, aura la même valeur que l'expertise purement privée.

Le droit anglais comme le droit français admettent la saisine d'un juge étranger sur la seule initiative des parties. Les principes français rendent cette démarche moins évidente, et comme dans le cas de la recherche privée de preuves, sans le concours d'une autorité judiciaire, la valeur conférée à ce type d'expertise est inférieure à celle d'une expertise judiciaire française. En revanche, en droit anglais, l'appréciation de la force probante de l'*expert witness* étranger se fera de la même manière que pour un témoignage expertal interne. De nouveau, le droit anglais plus souple apparaît plus adapté aux instances soumises au droit international privé. Toutefois, il convient de relever que l'argument de la moins grande force probante de l'expertise réalisée à l'étranger, ne suffit pas forcément à décourager les parties françaises. Bien que les mécanismes de coopération internationale permettent de remédier à ce problème, le délai et les coûts supplémentaires liés à leur mise en œuvre peut conduire les parties à préférer faire appel au juge du lieu de situation des preuves. Ainsi peut-il être relevé que « les justiciables préfèr[ent] saisir directement le juge du territoire où se situent les preuves recherchées » plutôt que de recourir aux mécanismes de coopération interétatique<sup>218</sup>.

D'autres problèmes doivent être soulevés lorsque l'hypothèse est renversée. Au lieu de réaliser une expertise à l'étranger devant servir à établir les faits au cours d'un procès devant le for français ou anglais, ce peut être pour le bénéfice d'une procédure se déroulant à l'étranger que le juge français ou anglais peut être sollicité. Il convient d'étudier la compétence de chacun dans ce genre

---

<sup>216</sup> Voir l'arrêt déjà cité : Cass., ch. Mixte, 28 sept. 2012, n°11-11.381, *Bull. ch mixte*, n°1 ; RTD civ. 2012 771, obs. Perrot.

<sup>217</sup> On entend par preuve judiciaire « le résultat d'une mesure d'instruction », selon la terminologie retenue par Thomas Habu Groud dans son ouvrage *La Preuve en droit international privé* (§424).

<sup>218</sup> DUBARRY P., « L'obtention des preuves en France et à l'étranger », JCP G n°28, 14 juillet 2014, 834.

d'hypothèses.

ii) La compétence du juge pour ordonner une expertise en l'absence d'un procès au fond devant le for

La compétence du juge anglais et celle du juge français pour ordonner une expertise sur demande de l'une des parties n'est pas envisagée par les textes de loi. Au contraire, ceux-ci exigent une initiative judiciaire. Ainsi le *Evidence (Proceedings in Other Jurisdictions) Act* de 1975 exige-t-il comme condition pour obtenir le concours du juge anglais, que la requête de recherche de preuve ait été émise « *by or on behalf of a court or tribunal* »<sup>219</sup>. De manière symétrique, le Code de Procédure civile français envisage la compétence du juge français saisi d'une demande de mesure probatoire, uniquement sous l'angle de la réception de commissions rogatoires<sup>220</sup>. Or une commission rogatoire a nécessairement été émise par une autorité judiciaire. La loi française comme la loi anglaise ne comporte donc pas de disposition visant spécifiquement la recherche de preuves par une partie auprès de leurs juridictions, en vue d'une procédure judiciaire étrangère.

Toutefois, Thomas Habu Groud envisage sous quelles conditions les juridictions françaises peuvent exercer une compétence internationale en matière de recherche de preuves<sup>221</sup>. Cet auteur estime que « le fait que la saisine des tribunaux français soit motivée uniquement par la recherche de preuves ne soumet pas la détermination de leur compétence internationale à des règles particulières »<sup>222</sup>. Il étend donc classiquement les règles de compétences internes aux hypothèses internationales et conclut « que les tribunaux français sont compétents dès que la mesure probatoire doit être exécutée sur le territoire national »<sup>223</sup>. A cet égard, l'expertise judiciaire française ne se démarque guère des autres mesures probatoires envisagées par Thomas Habu Groud. Il considère également le cas d'une saisine du juge français alors que la mesure probatoire doit être exécutée hors du territoire national. L'urgence pourrait justifier cette compétence, si la nécessité de faire ensuite exécuter la mesure judiciaire à l'étranger n'ajoutait un paramètre venant compliquer et allonger la procédure. L'auteur remarque qu'il serait plus économique et efficace de solliciter directement la mesure auprès de la juridiction territorialement compétente<sup>224</sup>.

Le droit anglais ne comporte aucune disposition relative aux demandes de mesure

---

<sup>219</sup> « par ou au nom d'une cour ou d'un tribunal » Section 1 (a) *Evidence (Proceedings in Other Jurisdictions) Act* 1975.

<sup>220</sup> Articles 736 et suivants du CPC.

<sup>221</sup> GROUD Thomas Habu, *La Preuve en droit international privé*, (§426 et suivants, PUAM, 2000).

<sup>222</sup> Ibid. §429.

<sup>223</sup> Ibid. §430.

<sup>224</sup> Ibid. §441 &s.

probatoire par les parties visant à les utiliser dans des instances étrangères. En revanche, l'hypothèse d'une demande par une juridiction étrangère, en dehors de toute coopération judiciaire régie par un traité, est prévue par la loi. Les auteurs du *Conflict of law* relèvent qu'il est tout à fait possible de rechercher des preuves sans intervention ou demande de permission auprès des juridictions anglaises<sup>225</sup>. Une telle intervention « *will be required if measures of compulsion are required against an unwilling witness* »<sup>226</sup>. Ainsi qu'on l'a déjà souligné, en matière de recherche de preuves, c'est la contrainte qui oblige les parties anglaises à se tourner vers les juridictions.

La jurisprudence anglaise nous présente un exemple de refus de mise en œuvre de cette disposition, ou plutôt de sa devancière, issue du *Foreign Tribunals Evidence Act* de 1856. Dans l'affaire *Seyfang v Searl*<sup>227</sup>, une requérante domiciliée aux Etats Unis voulait obtenir le témoignage de deux experts anglais au soutien de son procès soumis à la juridiction d'une Cour de l'Ohio. Elle recherchait la responsabilité de deux compagnies manufacturant des pilules contraceptives, auxquelles elle attribuait l'affection ayant entraîné l'amputation d'une de ses jambes. Les deux experts anglais étaient des autorités en matière médicale et pharmaceutique, ayant publié des articles relatifs à la maladie de la plaignante, et dont les travaux étaient susceptibles de renforcer les arguments scientifiques qu'elle avançait. La Cour de l'Ohio avait émis des lettres rogatoires visant à obliger les deux spécialistes à témoigner.

Saisi par la requérante, le juge anglais de première instance avait émis une ordonnance sommant les experts de donner un témoignage oral sous serment, et de produire les documents de travail ayant servi de base à quatre articles publiés dans des revues. Les scientifiques ont interjeté appel de cette décision, appel qui a été accepté. La décision, rendue par Cook J, souligne notamment que « *Judicial and international comity requires that any request of a foreign court for evidence to be taken under the Act of 1856 should be treated with sympathy and respect and complied with so far as the principles of English law permit* »<sup>228</sup>. Il souligne ensuite que la décision d'accorder la mesure demandée relève d'un pouvoir discrétionnaire du juge, qui prend en partie sa décision au regard des circonstances détaillées par le législateur<sup>229</sup>. Les autres facteurs devant être pris en compte sont les mêmes que pour tout témoignage expertal destiné à un procès purement interne.

Nous avons expliqué pour quelles raisons le recours à un expert réticent était assez atypique. Une

---

<sup>225</sup> DICEY, MORRIS & COLLINS, *The Conflict of laws*, (§8-094, Sweet & Maxwell, 15<sup>e</sup> édition, 2012).

<sup>226</sup> « seront requises si des mesures de coercition contre un témoin réticent sont nécessaires » Ibid.

<sup>227</sup> [1973] 1 QB 148.

<sup>228</sup> « la *comity* judiciaire et internationale exige que toute demande d'une cour étrangère relative à la preuve soit traitée avec sympathie et respect, et qu'elle soit satisfaite dans la mesure où les principes de droit anglais le permettent » Ibid. à [152].

<sup>229</sup> Ibid. A [153] ; voir notamment la section 1 (4) et (5) du *Foreign Tribunals Evidence Act* de 1856.



hypothèse où l'on cherche à forcer un *expert witness* à témoigner contre son gré constitue donc une anomalie rare. Le fait que les experts dans l'affaire *Seyfang v Searl* soient étrangers venait compliquer encore la question, dans la mesure où les cours américaines ne se reconnaissent aucune compétence à l'égard de tiers à l'instance se trouvant hors de leur ressort juridictionnel<sup>230</sup>. Elles ne peuvent faire usage d'aucun pouvoir de contrainte à leur endroit. La réticence des juges anglais à prêter leur concours à la contrainte devant être exercée contre les experts dans l'affaire *Seyfang v Searl* constitue une caractéristique de l'approche anglaise de toute exécution forcée d'obligation. On la retrouve également en matière de *specific performance* d'un contrat. Cette réticence illustre en outre une des importantes différences existant entre l'*expert witness* et les autres catégories de témoins. En effet, un témoin de fait n'est pas interchangeable ; lui seul peut rapporter les faits dont il a connaissance. En revanche, plusieurs experts sont aptes à donner leur opinion sur une affaire.

Le *Evidence (Proceedings in Other Jurisdictions) Act* de 1975 subordonne à deux conditions l'accession à la requête de recherche de preuve. Cette requête doit être émise par une juridiction étrangère ou en son nom, et elle doit être émise afin de servir à une instance civile en cours ou dont l'introduction est envisagée<sup>231</sup>. La requête sera soumise à la *High Court*, qui dans de telles circonstances, ne peut faire usage que de pouvoirs énumérés par la section 2 de l'Act. Parmi ces pouvoirs se trouve celui de l'*examination of witnesses*, par oral ou par déposition écrite. C'est sous ce chef que pourront être éventuellement entendus les *expert witnesses* anglais, dont le concours est requis pour un procès étranger et dont il n'est pas exigé une déposition en personne devant le tribunal requérant.

Si cette loi a été adoptée afin de permettre au Royaume-Uni de ratifier la Convention de la Haye sur l'obtention des preuves à l'étranger de 1970, elle n'en reprend pas le texte ou les mécanismes. Ainsi, l'Act de 1975 emploie les termes « *application for assistance* » (demande de concours) plutôt que « *letter of request* » (commission rogatoire), terminologie retenue par l'instrument international. Au contraire, le droit français qui codifie la coopération judiciaire hors de tout accord international, reprend les mécanismes et la terminologie de la Convention de la Haye aux articles 236 et suivants du Code de Procédure civile.

L'initiative privée dans la recherche des preuves à l'étranger constitue la solution la plus adaptée à

---

<sup>230</sup> Le droit international privé anglais considère également qu'elle doit recourir à la coopération judiciaire internationale lorsqu'il faut contraindre un tiers à l'instance, se trouvant hors de leur ressort territorial, à livrer des documents ; voir DICEY, MORRIS & COLLINS, *The Conflict of laws*, (§8-072, Sweet & Maxwell, 15<sup>e</sup> édition, 2012).

<sup>231</sup> Section 1 du *Evidence (Proceedings in Other Jurisdictions) Act* de 1975.

la conception anglaise de l'expertise. Elle correspond au rôle important confié aux parties en matière de constitution de preuves, et au rôle plus limité que détient le juge. En revanche, sa mise en œuvre au regard du droit français apparaît plus complexe, bien que la pratique montre que les principes ne constituent pas un obstacle insurmontable à la recherche de preuves par les parties. Toutefois, au regard des principes du droit français, le recours à la coopération internationale est plus indiqué pour la recherche de preuves à l'étranger.

La coopération judiciaire a été profondément renforcée avec la ratification de la Convention de la Haye sur l'obtention des preuves à l'étranger de 1970. Cette convention vise à simplifier les mécanismes d'obtention des preuves à l'étranger, en établissant un texte unique pour remplacer de multiples conventions bilatérales, mais surtout en restreignant les hypothèses de refus de prêter concours à la requête d'un Etat partie. En droit français comme en droit anglais, on l'a vu, les mécanismes applicables en dehors de tout pacte international sont largement inspirés des mécanismes mis en place par le texte de 1970. Il convient donc d'étudier son application à l'expertise.

## **2°) L'expertise judiciaire dans le cadre de la Convention de la Haye**

La Convention de la Haye adoptée le 16 mars 1970, dite "Convention Preuves" porte sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile et commerciale. Elle établit « *a clear and centralised mechanism for the production of international judicial assistance in the taking of evidence abroad* »<sup>232</sup>, ce qui exclut l'expertise réalisée à la seule initiative des parties. Son champ d'application est également cantonné à la matière civile et commerciale, et la définition de ces termes est laissée à la libre appréciation des Etats signataires<sup>233</sup>. La Convention de la Haye détaille des modalités de coopération judiciaire devant être mises en œuvre par les Etats parties (a). Elle se caractérise également par son application non exclusive. Elle peut en effet être complétée par d'autres modes d'obtention des preuves à l'étranger – tels ceux régis par les lois nationales des Etats parties et procédant de l'initiative des parties au procès (b).

a) Les modalités de coopération interétatique prévues par la Convention

La Convention de la Haye de 1970 a pour but « d'accroître l'efficacité de la coopération judiciaire mutuelle en matière civile ou commerciale ». Elle établit pour cela des mécanismes permettant aux

---

<sup>232</sup> « un mécanisme clair et centralisé pour la réalisation de l'assistance judiciaire internationale dans la recherche de preuves à l'étranger » DICEY, MORRIS & COLLINS, *The Conflict of laws*, (§8-080, Sweet & Maxwell, 15<sup>e</sup> édition, 2012).

<sup>233</sup> GROUD Thomas Habu, *La preuve en droit international privé*, (§353, PUAM, 2000).

Etats parties de solliciter entre eux l'obtention de preuves par le biais de commissions rogatoires (i) ou par le recours à des agents consulaires ou commissaires (ii).

#### i) Le mécanisme de la commission rogatoire appliqué à l'expertise

Le mécanisme de commission rogatoire mis en place par la Convention de la Haye est assez voisin de celui existant en droit interne français. Sa mise en œuvre est régie directement par la Convention, applicable telle quelle dans le système moniste français. En revanche en droit anglais, c'est la loi de 1975 qui dicte les conditions d'exécution des commissions rogatoires soumises en vertu du texte conventionnel.

Le mécanisme de la commission rogatoire mis en place par la Convention de la Haye copie celui mis en œuvre par d'autres textes de la même organisation internationale. Elle institue une autorité centrale chargée de recevoir les requêtes émises par les Etats Membres et de les transmettre à l'autorité compétente afin de les faire exécuter<sup>234</sup>. La nécessité de passer par l'intermédiaire de cette Autorité permet de prévenir le risque d'atteinte à la souveraineté étatique perçu par plusieurs Etats de tradition juridique continentale, parmi lesquels la France.

Pour le reste, la commission rogatoire décrite par la Convention rappelle sensiblement le mécanisme employé en droit interne français. On y recourt « lorsque l'éloignement des parties ou des personnes qui doivent apporter leur concours à la justice, ou l'éloignement des lieux, rend le déplacement trop difficile ou trop onéreux »<sup>235</sup>. Le texte de 1970 définit en outre le contenu précis que doivent présenter les requêtes et leurs modalités de traduction, aux articles 3 et 4.

Le recours à la commission rogatoire pour obtenir l'avis d'un expert sur une chose se trouvant dans un for différent ne pose pas de difficulté majeure au regard du texte conventionnel. Ainsi la section 2 (2) du *Evidence (Proceedings in Other Jurisdictions) Act* de 1975 confère-t-elle à la High Court le pouvoir de prendre des mesures :

- a. for the examination of witnesses, either orally or in writing;
- b. for the production of documents;
- c. for the inspection, photographing, preservation, custody or detention of any property;
- d. for the taking of samples of any property and the carrying out of any experiments on or with any property;
- e. for the medical examination of any person;
- f. without prejudice to paragraph (e) above, for the taking and testing of samples of blood from any person.<sup>236</sup>

---

<sup>234</sup> Article 2 alinéa 1 de la Convention de la Haye de 1970.

<sup>235</sup> Article 730 CPC

<sup>236</sup> « a. pour recueillir la déposition de témoins, par oral ou par écrit ;  
b. pour la production de documents ;

Plusieurs des pouvoirs de la High Court peuvent correspondre au contenu d'une expertise : l'audition de témoins ; l'inspection d'une propriété ; le prélèvement d'échantillons de cette propriété ou la réalisation d'expériences sur elles, jusqu'à l'examen médical d'une personne et le prélèvement d'échantillons sanguins. Tous types de mesures qui correspondent aux missions généralement confiées par un juge français à un technicien ; qu'il procède à une constatation, une consultation ou une expertise judiciaire. Dans le cas anglais, cependant, le recours classique à l'*expert witness* doit être adapté au cas particulier supposé par la commission rogatoire étrangère. En effet, dans l'hypothèse d'une mise en œuvre de la Convention de la Haye de 1970, les parties n'interviennent pas devant le juge de l'Etat requis. C'est l'Etat requérant lui-même qui formule la requête. En conséquence, il est nécessaire pour le juge anglais de désigner un avocat en exercice pour recueillir le témoignage expertal. La Cour n'interviendra que s'il est nécessaire d'adopter des « *authoritative rulings* » (décisions faisant autorité)<sup>237</sup>. Au contraire de la norme dans les procédures internes, le juge jouera donc un rôle plus important lorsqu'intervient la coopération judiciaire internationale : il lui reviendra de choisir l'avocat qui devra mener à bien le recueil de l'opinion expertale, plutôt que de laisser ce choix aux parties. Il semble donc qu'en présence d'une commission rogatoire étrangère, l'apparente flexibilité de l'*expert witness* trouve ses limites. La complexification supposée par ce mécanisme peut cependant être attribuée pour partie au système dualiste ayant cours au Royaume-Uni, qui exige la transposition des conventions internationales pour les rendre obligatoires. On peut également y voir un reflet de la volonté anglaise de limiter le recours à ses juges, et d'encourager dans la mesure du possible les parties à agir par elles-mêmes, sans passer par la coopération interétatique.

Cette complexification est surtout due à l'objectif de la Convention de la Haye, qui est de trouver un juste milieu entre la recherche de preuves à l'anglo-saxonne, qui dépend des parties, et celle ayant cours dans les juridictions de tradition continentale, qui implique une recherche judiciaire. Au regard de leurs traditions juridiques respectives, il semble logique de supposer que le mécanisme anglais décrit ci-dessus soit mis en œuvre pour satisfaire aux requêtes en provenance de pays de droit continental, où la recherche de preuves est confiée à l'autorité judiciaire. L'hypothèse d'une commission rogatoire soumise par un Etat de la famille de la *common law* à un

- 
- c. pour l'examen, la prise de photographies, la préservation, la garde ou la détention d'une quelconque propriété ;
  - d. pour le prélèvement d'échantillons d'une quelconque propriété et la réalisation d'expériences sur ou avec n'importe quelle propriété ;
  - e. pour l'examen médical de quiconque ;
  - f. sans préjudice du paragraphe (e) ci-dessus, pour le prélèvement et la réalisation de tests sur des échantillons de sang de quiconque ».

<sup>237</sup> DICEY, MORRIS & COLLINS, *The Conflict of laws*, (§8-102, Sweet & Maxwell, 15<sup>e</sup> édition, 2012).

pays de *civil law* ne soulève pas ce type de problématique ; le juge de l'Etat requis ordonnera seulement une expertise judiciaire ou son équivalent, dont la réception dans l'Etat requérant ne devrait pas poser de difficulté. Les conditions posées par les *Civil Procedure Rules* concernant les exigences relatives au rapport expertal sont moins strictes que celles ayant cours en droit français.

La Convention de la Haye vise à « accroître l'efficacité de la coopération judiciaire mutuelle en matière civile ou commerciale »<sup>238</sup> ; et les modalités de mise en œuvre qu'elle établit garantissent la plus grande effectivité possible pour ses mécanismes. La création d'une Autorité centrale par l'article 2 de la Convention répond à cet objectif. Au lieu de passer par la voie diplomatique pour assurer la transmission des commissions rogatoires, la communication peut se faire directement entre Autorités centrales spécialisées.

Le texte conventionnel prévoit également une obligation de mettre en œuvre les commissions rogatoires communiquées. Il ne peut y être dérogé que dans les circonstances prévues par l'article 12, lorsque « l'exécution, dans l'Etat requis, ne rentre pas dans les attributions du pouvoir judiciaire » ou lorsque « l'Etat requis la juge de nature à porter atteinte à sa souveraineté ou à sa sécurité ». En outre, les modalités de cette exécution la rendent particulièrement efficace. Elle doit être exécutée d'urgence<sup>239</sup>. Normalement, elle est également exécutée selon les modalités prévues par la loi de l'Etat requis<sup>240</sup>, et la Convention prévoit qu'il lui soit réservé un traitement analogue à celui appliqué aux actes d'instruction exécutés dans une procédure purement interne. Cela vaut notamment pour l'usage de moyens de contrainte nécessaires prévus par la loi de l'Etat requis<sup>241</sup>. Toutefois, il existe une possibilité pour que l'Autorité requérante sollicite que l'acte d'instruction soit exécuté « suivant une forme spéciale ». L'Etat requis doit accéder à cette demande. Cependant les justifications qui lui permettent de refuser cette forme spéciale sont plus larges que celles qu'il peut mettre en avant pour refuser toute exécution d'une commission rogatoire. Le refus peut être justifié par de simples « difficultés pratiques », dont il revient à chaque Etat partie de définir le contenu. La Convention de la Haye assure donc une plus grande efficacité au mécanisme de commission rogatoire qu'au recours à des agents diplomatiques ou consulaires ou à des commissaires.

#### ii) Les autres mécanismes prévus par la Convention : une application subsidiaire

La Convention de la Haye prévoit également l'obtention des preuves par des agents diplomatiques ou consulaires et par des commissaires. L'auteur Thomas Habu Groud décrit cette méthode

---

<sup>238</sup> Préambule de la Convention de la Haye de 1970.

<sup>239</sup> Ibid, article 9 alinéa 3.

<sup>240</sup> Ibid, article 9 alinéa 1.

<sup>241</sup> Ibid, article 10.

d'obtention des preuves comme « secondaire », « en ce que le rôle de la volonté des Etats y est plus important, ce qui en restreint l'effectivité »<sup>242</sup>.

Le recours aux agents diplomatiques ou consulaires est en effet limité à plus d'un titre. En vertu de l'article 15 de la Convention, ils peuvent intervenir sans autorisation de l'Etat d'accueil de la mesure probatoire, mais uniquement lorsque l'acte d'instruction en cause vise l'un de leurs ressortissants et qu'ils peuvent y procéder sans contrainte. Lorsque l'acte d'instruction concerne « les ressortissants de l'Etat de résidence ou d'un Etat tiers », selon la terminologie de l'article 16, ils ne peuvent intervenir qu'en vertu d'une autorisation et selon les conditions fixées par l'autorité compétente ; toujours en l'absence de contrainte. Le commissaire se distingue des agents diplomatiques ou consulaires en ce qu'il est une personne désignée à seule fin de procéder à un acte d'instruction. Les modalités de cette désignation ne sont pas détaillées dans le corps de la Convention et semblent donc être laissées à la discrétion des Etats parties. Comme les agents diplomatiques ou consulaires, le commissaire ne peut intervenir qu'avec l'autorisation de l'Etat de résidence, et selon les conditions posées par lui, et en l'absence de contrainte (article 17 de la Convention). Les agents diplomatiques ou consulaires comme les commissaires devront demander l'assistance de l'autorité compétente pour accomplir l'acte d'instruction en cause par la contrainte (article 18 de la Convention). Toutefois, l'Etat de résidence aura entière discrétion pour accéder à cette demande, au contraire de la commission rogatoire pour laquelle un refus d'exécution doit être justifié.

Monsieur Thomas Habu Groud souligne deux avantages essentiels du recours à ces mécanismes. Le premier est qu'au contraire de la commission rogatoire, ils permettent l'application de la loi de l'Etat requérant. Ensuite, « cette méthode d'obtention des preuves se caractérise par son absence de coûts »<sup>243</sup>. Mais surtout, l'auteur souligne la particulière adéquation de l'institution du commissariat avec le recours à un technicien prévu par l'article 232 du Code de Procédure civile. La désignation d'un expert en tant que commissaire permet d'exécuter une expertise judiciaire à l'étranger<sup>244</sup>. Le même raisonnement peut être tenu à l'égard d'un *single joint expert* anglais nommé commissaire, ou encore dans les rares cas où l'*assessor* est employé par les Cours anglaises – pour rappel, principalement pour les affaires nautiques ou en matière de brevets. En revanche, dans l'hypothèse où chaque partie a son propre *expert witness*, c'est-à-dire dans les affaires les plus complexes ou dont l'enjeu financier le justifie, il est impossible de désigner un unique commissaire comme expert.

---

<sup>242</sup> GROUD Thomas Habu, *La Preuve en droit international privé*, (§348, PUAM, 2000).

<sup>243</sup> Ibid. §350.

<sup>244</sup> Ibid. §352.

Si l'application des mécanismes de coopération interétatique organisés par la Convention Preuves se fait de manière assimilable en droit anglais comme en droit français, l'opposition de fond entre les deux droits se retrouve sur la question du caractère obligatoire ou non obligatoire de la Convention Preuves.

b) Le caractère non-obligatoire de la Convention Preuves

La question de savoir si seuls les mécanismes prévus par la Convention permettent l'obtention des preuves à l'étranger a suscité une opposition entre les Etats de tradition juridique continentale et ceux relevant de la famille de la *common law*. Si pour les premiers, la recherche de preuves relève du pouvoir judiciaire et constitue un acte de souveraineté, les seconds ont une approche beaucoup plus souple de la preuve. Ainsi qu'on l'a constaté, les parties jouent un rôle prépondérant en matière d'expertise en droit anglais. Il a été nécessaire de trouver un juste milieu satisfaisant les deux traditions juridiques opposées. Il convient de détailler les termes de l'alternative (i) avant d'exposer la solution retenue par la Commission permanente de la Convention de la Haye et son application en matière d'expertise (ii).

i) L'opposition des Etats de *common law* et de droit civil

Les droits de la preuve français et anglais relèvent de conceptions foncièrement antagonistes. On l'a montré en matière d'expertise : dans le premier cas, un pouvoir important est confié au magistrat lors du recours à un expert. Dans le second, les parties sont responsables de la conduite de l'expertise, et les récents pouvoirs de *case management* conférés au juge n'obligent qu'à une plus grande efficacité, et sont sans incidence sur le contenu de la mission d'expertise. C'est avec la question du caractère obligatoire ou non-obligatoire de la Convention Preuves que cette différence de tradition juridique porte le plus à conséquence, dans le cadre de l'application du droit international privé à l'expertise.

Ce sont les Etats-Unis qui les premiers, ont pris une position tranchée sur la question du caractère obligatoire de la Convention Preuves, avec l'arrêt dit *Aérospatiale* de 1987<sup>245</sup>. Cette affaire opposait deux sociétés françaises fabricantes et vendeuses d'avions aux victimes américaines d'un accident subi par l'un de ces appareils. N'ayant pas objecté à la compétence des juridictions américaines de l'Iowa et aux premières étapes d'une *discovery*, les sociétés françaises contestèrent cependant par la suite la procédure. Elles estimaient que le juge américain aurait dû faire application des mécanismes établis par la Convention Preuves de 1970, dont l'application était obligatoire – ou pour reprendre la formulation employée par l'arrêt « exclusive ». La Cour d'Appel

---

<sup>245</sup> Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. US District Court for the Southern District of Iowa 482 U.S. 522 (1987) ; Rev. Crit. DIP 1988 p. 559, Obs. Dyer.

de l'Iowa leur a cependant donné tort, allant jusqu'à refuser d'admettre l'applicabilité de la Convention parce que les sociétés françaises avaient accepté la juridiction américaine.

La Cour Suprême a toutefois donné tort au juge d'appel, en ce qu'elle a reconnu que la Convention était applicable. Elle a cependant refusé d'en reconnaître l'exclusivité, concluant au contraire qu'elle ne devait être appliquée par préférence au droit national que lorsqu'elle permettrait de faciliter l'obtention des preuves à l'étranger. La Cour Suprême s'est bornée à admettre que « *international comity does not require in all instances that American litigants first resort to Convention procedures before initiating discovery under the Federal Rules* »<sup>246</sup>. Elle a également refusé de reconnaître une règle de premier recours (*rule of first resort*) qui obligerait les Cours américaines à employer les mécanismes de la Convention Preuves dès que possible. La Cour suprême a préféré prescrire « *a prior scrutiny in each case of the particular facts, sovereign interests, and likelihood that resort to those procedures will prove effective* »<sup>247</sup>. Elle a rejeté en bloc les arguments des sociétés françaises relatives à la souveraineté judiciaire de leur Etat ou les sanctions pénales prévues par la loi du 26 juillet 1968 telle que modifiée en 1980<sup>248</sup>.

Le juge anglais a emboîté le pas à la Cour Suprême américaine avec l'arrêt *The Heidberg* de 1993<sup>249</sup>. L'affaire concernait la collision du navire baptisé Heidberg avec un quai dans la Gironde. Le bateau, détenu par un armateur allemand, transportait des biens ayant pour destination l'Angleterre. Le transporteur était une société française, assurée par une compagnie d'assurance de la même nationalité. L'accident a endommagé le navire et les marchandises ont dû être déplacées par un autre bateau. L'armateur allemand a engagé une action contre le transporteur, son assureur et le contact d'urgence anglais (*notify party*) devant la Cour commerciale anglaise. Dans le cadre de cette procédure, un *discovery order* a été émis contre les défendeurs, leur faisant obligation de transmettre des documents relatifs aux contrats conclus. Les deux sociétés françaises défenderesses ont refusé d'exécuter cet ordre. Elles ont au contraire sollicité son annulation, arguant que la communication de ces informations violerait la loi du 26 juillet 1968 déjà

---

<sup>246</sup> « la courtoisie internationale n'exige pas que des requérants américains recourent systématiquement d'abord aux procédures conventionnelles avant d'entreprendre une procédure de discovery sur le fondement des Règles Fédérales » *ibid.* à 522 (syllabus) et 546.

<sup>247</sup> « un examen préalable au cas par cas des faits particuliers, des intérêts souverains, et de la probabilité que le recours à ces procédures se révèle efficace » ; *ibid.* à 544.

<sup>248</sup> Loi n° 68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères, modifiée par la loi n° 80-538 du 16 juillet 1980.

<sup>249</sup> *Partenreederei M/s 'Heidberg' and Another v Grosvenor Grain and Feed Company Limited and Others* ; [1993] 2 Lloyd's Rep. 324 ; [1993] I.L.Pr. 718.



mentionnée<sup>250</sup>. Sur la base d'*affidavits* déposés par des *expert witnesses*, Cresswell J. a rejeté leurs arguments. Il a souligné que la condamnation pénale prévue par la loi française n'avait jamais été mise en œuvre, et qu'elle n'avait pas empêché des parties françaises de se conformer à des *discovery orders* anglais dans bon nombre d'affaires. *Obiter*, il a répondu au second argument avancé par les entreprises françaises tiré du caractère obligatoire des Conventions passées entre le Royaume-Uni et la France<sup>251</sup>. Pour le rejeter, il s'est contenté de citer la position américaine établie dans l'arrêt *Aérospatiale*, notamment relative aux exigences imposées par la *comity* internationale.

La position française est plus contrastée. Certains arrêts ont en effet pu laisser penser qu'elle approuvait la position américaine. Ainsi la Cour d'appel de Versailles a-t-elle rendu un arrêt, le 9 avril 1993<sup>252</sup>, admettant « que la mission d'investigation "purement technique" confiée à un expert commis par le premier juge pouvait être exécutée à l'étranger »<sup>253</sup>. L'exclusivité de la Convention de la Haye, invoquée à l'appui du recours en appel, fut rejeté par la Cour au motif que la Convention « était loin d'appréhender l'administration de la preuve dans son ensemble », mais « ne réglement[ait] que les commissions rogatoires »<sup>254</sup>. Toutefois cette affirmation a semble-t-il été depuis démentie par un arrêt rendu par la Cour d'Appel de Paris, confirmé par la chambre criminelle de la Cour de cassation<sup>255</sup>. La Haute juridiction a entériné la première condamnation pénale prononcée sur le fondement de la loi du 26 juillet 1968. Un avocat a été condamné au paiement d'une amende pour avoir recherché en France des renseignements d'ordre économique devant être utilisés dans le cadre d'une procédure étrangère. Bien qu'il n'agisse pas en application du *discovery order* prononcé par la Cour californienne saisie du litige, mais sur la demande de son client partie à l'instance, il a été retenu que les renseignements collectés par l'avocat avaient pour finalité la « constitution de preuves ». Comme il « était dépourvu de tout mandat autorisé au sens de la Convention [Preuves] », la Cour de cassation a reconnu la violation des dispositions de la loi de 1968. L'arrêt vient donc affirmer qu'à défaut de mise en œuvre de l'un des mécanismes de la

---

<sup>250</sup> Voir note 248.

<sup>251</sup> Il s'agissait non seulement de la Convention Preuves de la Haye, mais aussi de la Convention bilatérale conclue entre les deux pays en 1922.

<sup>252</sup> CA Versailles (14<sup>e</sup> chambre), 9 avril 1993, *Soc. Luxguard c. Soc. SN Sitracco et autres* ; Rev. Crit. DIP 1995 p. 80 note G. Couchez.

<sup>253</sup> ANCEL B., « Des pouvoirs du juge des référés saisi par l'effet d'une clause attributive de juridiction pour ordonner des mesures provisoires ou conservatoires », Rev. Crit. DIP 2003 p. 326.

<sup>254</sup> CA Versailles (14<sup>e</sup> ch.), 9 avril 1993, *Soc. Luxguard c. Soc. SN Sitracco et autres* ; Rev. Crit. DIP 1995 p. 80 note G. Couchez.

<sup>255</sup> Crim, 12 dec. 2007, n°07-83.228, *Bull. Crim. 2007*, n°309 ; Rev. Crit. DIP 2008 p. 626 note D. Chilstein.

Convention de 1970, d'une autre convention bilatérale, ou d'une demande au juge national, la recherche de preuves sur le territoire français est pénalement réprimée en vertu de la loi de blocage de 1968 ; qu'elle soit effectuée à l'initiative des parties ou d'une juridiction étrangère.

Il s'agit d'une position extrême et diamétralement opposée à celle retenue par les Etats-Unis comme par l'Angleterre. Elle a été affirmée par le gouvernement français dans sa réponse à un questionnaire émis par le Bureau Permanent de la Conférence de la Haye en 2008<sup>256</sup> ; et peut être résumée en une phrase : la France « estime que la Convention est obligatoire dès lors qu'il s'agit pour une autorité judiciaire d'un Etat étranger d'obtenir des preuves en France et qu'une recherche de preuves sur le territoire français par des autorités étrangères qui serait menée en dehors d'une demande d'entraide judiciaire formalisée conformément aux modalités de la Convention constituerait une violation de sa souveraineté »<sup>257</sup>. Si les *discovery orders* anglais comme américains peuvent se révéler particulièrement onéreux pour les parties étrangères, le recours systématique aux mécanismes conventionnels n'est pas sans présenter d'inconvénients. L'exécution des commissions rogatoires en France est extrêmement lente, notamment au regard des autres Etats parties<sup>258</sup>. Dans ces circonstances, on comprend que l'Angleterre continue de rendre des *discovery orders* devant être exécutés en France, au mépris de la loi de 1968<sup>259</sup>. La question du caractère obligatoire de la Convention Preuves continue donc de diviser les Etats parties, alors même que la Commission spéciale a suggéré une position médiane pour régler cette controverse.

#### ii) La solution retenue par la Commission spéciale et son application à l'expertise

S'inspirant de la position retenue à l'égard de la Convention Notification<sup>260</sup>, le Bureau Permanent a suggéré une solution au différend opposant les Etats tenants du concept de souveraineté judiciaire à ceux de la famille de la *common law*, partisans d'une plus grande libéralité à l'égard de la recherche de preuves. Toutefois, les Etats parties semblent camper sur leurs positions, dont il convient d'étudier l'impact sur l'expertise de droit international privé.

---

<sup>256</sup> Le questionnaire et les réponses sont disponibles sur le site de la Convention, à l'adresse : <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/publications1/?dtid=33&cid=82> [consulté le 27 août 2018].

<sup>257</sup> MOUSSA T. (dir), *Droit de l'expertise*, (§222.31, Dalloz Action, 3<sup>e</sup> édition, 2015).

<sup>258</sup> Les statistiques fournies pour l'année 2012 sont éloquentes : sur les 135 commissions rogatoires reçues, 12 ont été traitées en 2 à 4 mois, 30 en 4 à 6 mois, 28 en 6 à 12 mois, 15 en plus de 12 mois. 13 n'ont pas été exécutées et 8 étaient pendantes. Ibid.

<sup>259</sup> National Grid Electricity Transmission plc v ABB Ltd and others [2013] EWCA Civ 1234.

<sup>260</sup> Convention de la Haye du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale.

Faisant sien l'adage *in medio stat virtus*, la Commission spéciale de la Conférence de la Haye a établi que la Convention Preuves n'était pas d'application obligatoire<sup>261</sup>, mais que les Etats parties devraient y recourir de manière « prioritaire » dans leur recherche de preuves à l'étranger<sup>262</sup>. Ils ne pourraient utiliser d'autres mécanismes non conventionnels, établis par leur droit privé ou découlant de l'initiative d'une partie privée, qu'après avoir déterminé que la Convention ne présenterait pas une efficacité satisfaisante au regard de l'affaire. Il s'agirait d'un test en deux parties ; d'abord il faudrait vérifier « si l'Etat dans lequel les preuves doivent être collectées considère l'obtention de preuves comme une violation de sa souveraineté », puis « comparer la vitesse et la facilitation des procédures »<sup>263</sup>. Il s'agit d'une application de la « courtoisie », déjà mise en œuvre dans certains Etats comme l'Allemagne, qui constitue un juste milieu entre les positions extrêmes telles que celle des Etats-Unis et de la France. C'est une position qui avait déjà été exprimée par la Commission spéciale de 1989, mais qui était restée, semble-t-il, lettre morte.

En effet, avec leur première application de la loi dite « de blocage »<sup>264</sup> de 1968, les juges français ont sans ambiguïté affirmé leur position en faveur d'un respect plus strict de la souveraineté judiciaire française. Depuis l'élargissement de sa formulation adopté avec la loi du 16 juillet 1980<sup>265</sup>, ses dispositions peuvent aller jusqu'à proscrire la demande, la recherche et la communication sous quelque forme que ce soit de simples « renseignements ». La nature de ces informations peut également être très large : économique, commerciale, industrielle, financière ou technique. Cette loi n'ayant été appliquée qu'une seule fois, aucun de ces termes n'a été défini plus précisément. En conséquence, bien que cet article ne semble pas viser l'expertise judiciaire à la française, soigneusement délimitée par le Code de Procédure Civile, il n'en va pas de même pour

---

<sup>261</sup> §12 des Conclusions et recommandations de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique des Conventions de La Haye apostille, notification, obtention des preuves et accès à la justice, février 2009, disponible sur le site internet de la Convention : <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/publications1/?dtid=33&cid=82> [consulté le 27 août 2018]

<sup>262</sup> §46 et 47 du Document préliminaire n°10 établi par le Bureau Permanent, *Le Caractère obligatoire ou non obligatoire de la Convention Preuves*, décembre 2008, Ibid.

<sup>263</sup> Ibid, §49.

<sup>264</sup> Pour une critique de cette appellation, voir LENOIR Noëlle, « Le droit de la preuve à l'heure de l'extraterritorialité », RFDA 2014 p. 487.

<sup>265</sup> Loi n° 80-538, ayant inséré l'article 1 bis au sein du texte de 1968 : « Sous réserve des traités ou accords internationaux et des lois et Règlements en vigueur, il est interdit à toute personne de demander, de rechercher ou de communiquer, par écrit, oralement ou sous toute autre forme, des documents ou renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique tendant à la constitution de preuves en vue de procédures judiciaires ou administratives étrangères ou dans le cadre de celles-ci ».

l'*expert evidence* de droit anglais. Outre donner son opinion, il arrive en effet qu'un *expert witness* témoigne sur des faits après avoir mené des recherches. Le simple fait pour une partie de missionner un tel expert pour réunir des informations pouvant tomber sous le coup de la loi de 1968 et se trouvant en France, peut donc constituer une infraction pénale<sup>266</sup>.

Cette position française, particulièrement rigoureuse, va à l'encontre de la philosophie du droit de la preuve anglo-saxon, qui confie la recherche des preuves aux parties et leur laisse, dans la quasi-totalité des cas, une liberté presque absolue sur la question. Les pouvoirs de *case management* confiés au juge anglais par les CPR ne remettent pas en cause cette analyse, en raison de leur caractère et de leur objet limités. Il s'agit seulement d'assurer une plus grande efficacité et efficience aux mécanismes de preuve anglais. En outre, le contrôle du juge s'effectue en majorité *a posteriori*, par le biais de la liquidation des frais d'instance (*costs order*). La posture française revient au contraire à imposer un recours au juge dès lors que la recherche de preuves doit se dérouler sur le territoire français. Pour mettre en œuvre le mécanisme de la commission rogatoire, le principal utilisé sous l'empire de la Convention Preuves, il faut en effet faire une demande en ce sens auprès du juge compétent pour le fond du litige, puis attendre la transmission de cette commission jusqu'au juge compétent dans l'Etat requis. Il s'agit donc d'une importante limitation du pouvoir des parties anglo-saxonnes dans la recherche de la preuve.

Dans ces conditions il n'apparaît guère étonnant que les juridictions anglaises se montrent peu enclines à prendre en compte cette loi de blocage française. Nous avons déjà mis en avant cette position avec l'arrêt *The Heidberg* de 1993<sup>267</sup>. Elle a depuis été confirmée, malgré l'arrêt de la Cour de cassation française de 2007. La Cour d'Appel anglaise est même allée encore plus loin dans l'arrêt *National Grid Electricity Transmission plc v ABB Ltd and others*<sup>268</sup>, rendu encore une fois à propos d'un *discovery order*. Cette affaire était relative à un cartel condamné par la CJUE. Une entreprise anglaise réclamait des dommages et intérêts pour les pertes subies du fait de cette entente. Afin de faire évaluer son préjudice par des experts, elle sollicitait une *specific disclosure* contre les membres du cartel, dont plusieurs étaient des entreprises françaises. Celles-ci ont fait appel de l'ordre de *discovery* pris par le juge anglais, arguant qu'à défaut d'une mise en œuvre des

---

<sup>266</sup> Article 3 de la loi de 1968 : « Sans préjudice des peines plus lourdes prévues par la loi, toute infraction aux dispositions des articles 1er et 1er bis de la présente loi sera punie d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de 18000 euros ou de l'une de ces deux peines seulement ». A en croire Noëlle Lenoir, avec la formule « peines plus lourdes prévues par la loi », « le législateur a voulu faire référence à d'autres dispositifs tels que ceux protégeant le secret professionnel, les secrets de fabrique ou les secrets de la défense nationale » ; op. cit. note 264.

<sup>267</sup> *Partenreederei M/s 'Heidberg' and Another v Grosvenor Grain and Feed Company Limited and Others* ; [1993] 2 Lloyd's Rep. 324 ; [1993] I.L.Pr. 718.

<sup>268</sup> [2013] EWCA Civ 1234.

mécanismes prévus par le Règlement Preuves n°1206/2001 de l'Union Européenne, toute remise d'information était susceptible de les faire condamner sur le fondement de la loi de 1968.

La position exposée par Roth J. en première instance est particulièrement intéressante dans cette affaire. Faisant droit à la demande des défendeurs Français, il accepta de mettre en œuvre l'une des procédures prévues par le Règlement Preuves européen. Toutefois, la demande d'obtention de renseignements présentée au Ministère de la Justice fut refusée, et en désespoir de cause le juge anglais recourut à un ordre « classique » de *discovery*. Il émit également une critique extrêmement sévère de la loi de blocage française<sup>269</sup>, dans laquelle certains auteurs français ont décelé une remise en cause pure et simple de l'application de cette loi aux affaires entre Etats membres de l'UE<sup>270</sup>.

## Titre B Le droit de l'Union Européenne applicable à l'expertise : la coopération judiciaire renforcée

Le « réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale » a atteint un tel stade de développement que le Professeur Adrian Briggs va jusqu'à considérer que le droit international privé de chaque Etat membre a été largement remplacé par le droit international privé européen<sup>271</sup>. Ainsi existe-t-il de nombreux textes européens en la matière. Deux d'entre eux

---

<sup>269</sup> Citation de Roth J. reproduite au §45 de l'arrêt d'appel : « *I find it virtually inconceivable that where jurisdiction over a company is exercised pursuant to an EU Regulation to make it a defendant to proceedings in another EU member state, for damages alleged to result from an established and serious violation of a fundamental provision of EU law, which proceedings serve an objective of EU policy, the public authorities of one EU member state would in the exercise of their discretion institute criminal proceedings against that company for complying with the procedural rules of the courts of the member state where the proceedings are brought* » ; « je trouve presque inconcevable que lorsque la compétence d'une juridiction sur une entreprise est exercée en vertu d'un Règlement de l'Union, pour de prétendus dommages et intérêts résultant d'une violation sérieuse et établie d'une disposition fondamentale de droit de l'UE, procédure servant les intérêts d'une politique de l'UE, les autorités d'un autre Etat membre déclenchent, à leur discrétion, des poursuites pénales contre cette entreprise pour avoir obtempéré aux règles de procédure de l'Etat membre où l'instance se déroule ».

<sup>270</sup> LENOIR Noëlle, « Le droit de la preuve à l'heure de l'extraterritorialité », RFDA 2014 p. 487.

<sup>271</sup> Ainsi cet auteur explique-t-il dans son ouvrage *Private International law in English Courts*, Oxford 1<sup>ère</sup> édition (2014) « *as the body of European private international law grows, it simply pushes the common law rules of private international law aside, then overboard* » (au fur et à mesure du développement du droit international privé européen, celui-ci repousse les règles de common law de droit international privé d'abord à la périphérie, puis par-dessus bord) (§1.58, note de bas de

trouvent à s'appliquer à l'expertise de droit international privé. Il s'agit du Règlement Bruxelles I Bis adopté le 12 décembre 2012 (1) et du Règlement Preuves du 28 mai 2001 (2).

### **1°) L'application du Règlement Bruxelles I en matière d'expertise**

Le Règlement n°1215/2012, dit Bruxelles I Bis, anciennement convention de Bruxelles puis Règlement Bruxelles I, traite de la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Cet instrument a vocation à s'appliquer largement à toutes les actions introduites à compter du 10 janvier 2015<sup>272</sup> et n'étant pas régies par des textes particuliers<sup>273</sup>, dès lors que le litige en cause se rattache à l'Union Européenne. L'expertise de droit international privé tombera donc sous le coup de certaines de ses dispositions, en dehors du champ d'application du Règlement Preuves. Ainsi règle-t-il la détermination des compétences du juge en matière d'expertise (a). Il convient également d'envisager l'application à l'expertise des dispositions relatives à la litispendance et à la reconnaissance des décisions étrangères (b).

a) La compétence juridictionnelle en matière d'expertise transnationale

La compétence du juge ordonnant une expertise doit être déterminée sur le fondement du Règlement Bruxelles I bis. Cependant, dans l'hypothèse d'une *expert evidence* anglaise, l'établissement d'une compétence du juge anglais n'apparaît pas aussi nécessaire.

Outre des règles générales de compétence, le Règlement Bruxelles I bis établit une règle particulière relative aux mesures provisoires ou conservatoires. Son article 35 dispose en effet « les mesures provisoires ou conservatoires prévues par la loi d'un État membre peuvent être demandées aux juridictions de cet État, même si les juridictions d'un autre État membre sont compétentes pour connaître du fond. » La définition de ce type de mesures a été établie par la CJCE dans son arrêt *Reichert et Kockler*<sup>274</sup>. Il s'agit de « mesures qui, dans les matières relevant du champ d'application [du Règlement Bruxelles I bis], sont destinées à maintenir une situation de fait ou de droit afin de sauvegarder des droits dont la reconnaissance est par ailleurs demandée au

---

page n°70). Cette réflexion a guidé le plan de l'ouvrage, qui accorde une place prépondérante au droit européen et traite la common law comme son complément.

<sup>272</sup> Les dispositions transitoires applicables au nouveau Règlement Bruxelles I sont prévues par l'article 66 dudit Règlement.

<sup>273</sup> Article 67 du Règlement Bruxelles I Bis, article n'ayant pas évolué avec la révision du texte en 2012.

<sup>274</sup> CJCE 26 mars 1992 *Reichert et Kockler*, C-261/90, Rev. Crit DIP 1990 p. 715 note B. Ancel ; JDI 1993 p. 461 note A. Huet ; confirmé par l'arrêt CJCE 17 nov. 1998, *Van Uden*, C-391/95, D. 2000. p.378, note G. Cuniberti ; Rev. crit. DIP 1999. p.340, note J. Normand.

juge ».

L'applicabilité de cette disposition en matière d'expertise continue d'être sujette à débat. Cette mesure d'instruction doit, dans certains cas, être ordonnée de toute urgence afin d'évaluer un état de fait avant qu'il ne se dégrade davantage et que les éléments de preuve dépérissent. Certains auteurs y voient une situation assez fréquente pour justifier une assimilation de l'expertise à une mesure provisoire chaque fois qu'elle a cette fonction<sup>275</sup>. D'autres au contraire, relèvent qu'une expertise peut avoir d'autres finalités, notamment celle d'apprécier les chances de succès d'une action n'ayant pas encore été intentée<sup>276</sup>. La CJCE a expressément rejeté l'application du Règlement Bruxelles I dans ce cas à l'occasion d'un arrêt Saint-Paul Dairy<sup>277</sup>, opposant deux entreprises belges. L'une d'elles a sollicité le juge néerlandais afin de recueillir un témoignage devant déterminer la pertinence d'une action au fond. La partie adverse a soulevé l'incompétence du juge néerlandais puisque le domicile des deux parties assurait la compétence au fond des juridictions belges. Le juge néerlandais a saisi la CJCE pour lui poser une question préjudicielle. Il a demandé si l'article 31 du Règlement Bruxelles I – désormais article 35 – était applicable en la circonstance. La CJCE a répondu fermement par la négative, relevant que cette disposition était une exception à la règle générale de compétence, et qu'en conséquence elle devait être interprétée strictement. Comme la mesure probatoire envisagée n'avait pas une fonction provisoire ou conservatoire telle que définie par la jurisprudence européenne, elle ne pouvait être soumise à l'article 35.

Toutefois, une telle solution ne suffit pas à écarter l'application du Règlement Bruxelles I bis pour déterminer la compétence du juge saisi d'une demande d'expertise judiciaire. Ainsi Gilles Cuniberti estime-t-il qu'« il semble désormais acquis que le Règlement Bruxelles I bis est largement pertinent pour déterminer la compétence des juges des Etats-membres pour ordonner des expertises judiciaires »<sup>278</sup>. Une interprétation *a contrario* de l'arrêt Saint-Paul Dairy justifie l'application de

---

<sup>275</sup> CUNIBERTI G., « L'Expertise judiciaire en droit judiciaire européen », Rev. Crit. DIP 2015, p. 519 (notamment §21).

<sup>276</sup> GROUD Thomas Habu, *La Preuve en droit international privé*, (§451 et suivants, PUAM, 2000). Cet auteur avance que le Règlement Bruxelles I bis ne peut trouver application dès lors qu'une mesure *in futurum* est sollicitée. Il considère en effet qu'une mesure à futur n'est ni provisoire ni conservatoire, mais une mesure « intérimaire » (§459). Cette interprétation retient la nature de la mesure, plutôt que sa fonction, pour déterminer l'applicabilité de l'article 35 du Règlement Bruxelles I bis.

<sup>277</sup> CJCE 28 avril 2005 St. Paul Dairy Industries NV c. Unibel Exser BVBA, C-104/03, Rev. Crit. DIP 2005 p. 742, note E. Pataut.

<sup>278</sup> CUNIBERTI G., « L'Expertise judiciaire en droit judiciaire européen », Rev. Crit. DIP 2015, p. 519 (§14 et suivants).

l'article 35 lorsque l'expertise sollicitée a pour principale fonction de conserver des éléments de preuve<sup>279</sup>. La définition consacrée des mesures provisoires ou conservatoires ne retient pas la réversibilité de la mesure comme un critère déterminant. En outre, la compétence du juge saisi peut aussi être établie sur le fondement de la règle générale de l'article 4 du Règlement, qui oblige à attirer le défendeur devant les juridictions de l'Etat membre où se trouve son domicile. La juridiction est alors compétente au fond, et saisie incidemment d'une demande d'expertise<sup>280</sup>.

L'application du Règlement Bruxelles I bis pour déterminer la compétence du juge saisi d'une demande d'expertise est d'autant plus nécessaire que le Règlement Preuves ne comporte aucune disposition relative à la compétence. Si l'application du Règlement sur la compétence judiciaire était refusée pour les mesures probatoires, la compétence devrait être déterminée sur le fondement du droit national. Cela constituerait une solution illogique au regard de l'intégration européenne et des efforts visant à développer un « réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale ».

Cette analyse relative à la compétence du juge ordonnant une expertise ne peut être appliquée en matière d'*expert evidence* anglaise. Ainsi qu'on l'a démontré, le juge n'intervient que peu et en majorité *a posteriori* lors de la réalisation d'une expertise par des parties anglaises. Il ne lui appartient pas d'ordonner une expertise. Depuis l'entrée en vigueur des CPR, un témoignage expertal ne peut être invoqué devant la juridiction que sur permission du juge<sup>281</sup>. Toutefois cette exigence n'empêche aucunement les parties de solliciter une expertise de leur propre initiative, pour la soumettre ensuite au juge. Elles prennent simplement le risque que cette expertise ne soit pas reconnue comme nécessaire. Cela signifiera à terme que les frais avancés pour recueillir ce témoignage ne seront pas compris dans le *costs order* et ne seront pas mis à la charge de la partie perdante. Tout cela implique qu'il n'est pas nécessaire d'établir une quelconque compétence du juge anglais, pour faire réaliser une expertise sur son territoire ou l'ordonner à l'étranger. Le fait que le juge anglais soit compétent au fond ou ne le soit pas n'a pas plus d'influence.

---

<sup>279</sup> Il s'agit de l'analyse « fonctionnelle » des mesures provisoires ou conservatoires, rejetée par T. H. Groud, mais retenue par O. Merkt dans son ouvrage *Les mesures provisoires en droit international privé*, th. Neuchâtel, Huber Druck AG, Entleuch, 1993 ; et G. Cuniberti dans son article « L'expertise judiciaire en droit judiciaire européen », Rev. Crit. DIP 2015, p. 519 (§15).

<sup>280</sup> « Il est tout d'abord clair que le Règlement Bruxelles I bis est pertinent lorsque la demande de nomination d'un expert est portée devant un juge compétent au fond selon le droit judiciaire européen. » CUNIBERTI G., « L'Expertise judiciaire en droit judiciaire européen », Rev. Crit. DIP 2015, p. 519 (§15).

<sup>281</sup> CPR règle 35.4 ; voir également ci-dessus la sous-partie « Les pouvoirs du juge dans la gestion de l'instance ».



Malgré tout, l'établissement de la compétence demeurera nécessaire si l'expert missionné par l'une des parties doit recourir à la contrainte. Le concours du juge anglais devra alors être sollicité, et sa compétence établie sur le fondement du Règlement de Bruxelles I, selon le même raisonnement que pour l'expertise judiciaire française. Si le droit anglais ne connaît pas la notion de mesure d'instruction, faute de connaître la preuve judiciaire, la qualification de « mesure provisoire ou conservatoire » n'engendre pas de difficultés fondamentalement différentes de celles connues en droit français. La plus grande souplesse de l'*expert evidence* anglaise est une fois de plus mise en exergue par la plus grande simplicité du recours à l'expert dans des litiges transnationaux.

Avec la détermination de la compétence du juge pour ordonner une expertise, le Règlement Bruxelles I bis trouve à s'appliquer au recours à l'expert en droit français comme en droit anglais. Outre les articles relatifs à la compétence, d'autres dispositions du texte européen sont susceptibles de trouver application en matière d'expertise.

b) Les autres dispositions du Règlement Bruxelles I bis applicables à l'expertise

Les articles relatifs aux procédures parallèles peuvent trouver à s'appliquer lorsque plusieurs expertises sont réalisées dans des Etats différents (i). L'application du Règlement Bruxelles I bis en matière d'expertise conduit également à envisager l'application des dispositions de droit commun relatives à la reconnaissance des décisions dans ce domaine (ii).

#### i) L'incidence de procédures expertales parallèles

L'application de l'article 35 peut entraîner une pluralité de procédures visant à réaliser des investigations scientifiques ou techniques, dans différents Etats membres. Cette multiplicité d'expertises pourrait engendrer des rapports divergents, ce qui pourrait entraîner des solutions au fond contradictoires. Ainsi faut-il envisager les hypothèses de conflit d'expertise.

Au regard de l'arrêt *Italian Leather*, rendu par la CJCE le 6 juin 2002<sup>282</sup>, la question peut être posée. Dans cet arrêt, deux actions en référé avaient été introduites devant les juridictions allemandes et les juridictions italiennes afin d'obtenir le prononcé d'une mesure provisoire. Le juge allemand a conclu que la demande ne présentait pas de caractère urgent et a donc refusé de prononcer la mesure sollicitée. Au contraire, le juge italien a décidé sur la base des mêmes faits que la condition d'urgence était remplie, et a donc accordé la mesure provisoire – une injonction visant à empêcher une société de vendre des produits franchisés en violation du contrat passé avec

---

<sup>282</sup> *Italian Leather SpA c. WECO Postermöbel GmbH & Co*, C-80/00 ; *Common Market Law Review* 2003 p.953-964 note Xandra E Kramer ; *Revista española de Derecho Internacional* 2002 p.888-894 note I. Heredia Cervantes.

le détenteur de la marque. L'exequatur de la décision italienne a été demandée devant les juridictions allemandes. Celles-ci ont adressé des questions préjudicielles à la CJCE, notamment pour savoir si elles devaient refuser la reconnaissance de l'ordonnance sur le fondement de l'ancien article 27 (3) de la Convention de Bruxelles, concernant les décisions irréconciliables<sup>283</sup>. La Cour de Justice a répondu par l'affirmative. Dès lors que deux décisions sont inconciliables, la reconnaissance de la décision étrangère doit être refusée<sup>284</sup>.

Gilles Cuniberti avance que cette analyse peut être transposée aux expertises judiciaires. Il souligne notamment que des rapports d'expert contradictoires « augurerai[ent] surtout de décisions contradictoires au fond, tant il est vrai que, si le juge ayant nommé un expert n'est pas tenu de suivre ses conclusions, il les fait siennes en pratique dans l'immense majorité des affaires »<sup>285</sup>, et qu'il convient donc de « limiter les conflits de procédures expertales » dans la mesure du possible, en recourant aux dispositions du Règlement Bruxelles I bis. Aussi peut-on envisager l'application aux expertises judiciaires des dispositions relatives aux procédures parallèles devant le juge du fond et le juge conservatoire.

La saisine du juge d'un Etat membre sur le fondement de l'article 35 du Règlement Bruxelles I bis peut entraîner un conflit de compétence si un autre juge a été saisi de la procédure au fond. Chaque juge aurait alors compétence pour ordonner une expertise, à moins d'appliquer à cette hypothèse les dispositions du Règlement relatives à la litispendance. La Cour d'appel de Munich a adopté cette solution dans un arrêt rendu en 2014, à propos d'un contrat de vente franco-allemand. Malgré la clause prévoyant la compétence du juge allemand et l'application de son droit, l'acheteur français avait demandé la désignation d'un expert auprès d'un tribunal français. Le juge allemand, saisi après l'ordonnance de référé française désignant un technicien, s'est déclaré incompetent sur le fondement de l'article 27 du Règlement Bruxelles I, actuel article 29 du texte refondu<sup>286</sup>. Gilles Cuniberti critique cette solution, en ce qu'elle permet au juge à la compétence dérogatoire de prendre le pas sur le juge compétent au fond. Or seul le second a l'usage de la mesure d'expertise, en ce qu'il lui appartiendra d'en tirer toutes les conséquences pour trancher le litige. Il serait donc logique que l'expertise soit exécutée selon les procédures prévues par la loi du juge compétent au fond. Cela éviterait les difficultés liées à la réception d'une expertise réalisée

---

<sup>283</sup> Aujourd'hui article 14 (1) (c) du Règlement Bruxelles I bis.

<sup>284</sup> Arrêt Italian Leather §52.

<sup>285</sup> CUNIBERTI G., « L'Expertise judiciaire en droit judiciaire européen », Rev. Crit. DIP 2015, p. 519 (§23).

<sup>286</sup> OLG München, 19 févr. 2014, IPRax 2015. 93, note F. Niggemann (p. 75) ; rapporté par Gilles Cuniberti op. cit. note 291.

selon une forme étrangère.

De même, des difficultés peuvent résulter d'une option de compétence, c'est-à-dire la compétence au fond de juges de plusieurs Etats membres. Il est possible d'envisager qu'un juge potentiellement compétent au fond soit saisi d'une demande d'expertise, et qu'un autre juge soit ensuite saisi de l'action sur le fond du droit. Gilles Cuniberti envisage ce cas de figure alambiqué et conclut que « les règles de litispendance pourraient jouer afin, le cas échéant, de priver de compétence le second juge pour ordonner la même expertise judiciaire »<sup>287</sup>.

Toutefois, il convient de souligner que ce raisonnement relatif aux conséquences néfastes de conclusions expertales contradictoires, ne peut être transposé à l'*expert evidence* anglaise. Celle-ci suppose par nature l'opposition de rapports d'expertise déposés par chaque partie. De longue date, le juge anglais a dû arbitrer entre ces opinions divergentes, quitte à rejeter certains témoignages expertaux. Cette attitude présente pour avantage de rendre sans objet la question de la litispendance pour l'expertise de droit international privé. Toutefois, on a déjà mentionné les scandales judiciaires auxquels cette approche a donné lieu dans plusieurs affaires pénales des années 1980<sup>288</sup>. Confronté à des rapports scientifiques ou techniques contradictoires, le juge doit faire un choix qui parfois, de manière exceptionnelle, se révèle hasardeux. C'est un risque dont la réalisation est fort rare, mais qui doit être pris en compte en matière d'expertise anglaise.

Les conséquences néfastes de l'existence de rapports d'expertise judiciaire contradictoires restent donc à démontrer. Certes, les juges de tradition juridique continentale ne sont pas habitués à mettre en balance des opinions expertales contradictoires – encore qu'il leur arrive de le faire en présence d'expertises privées ou lorsqu'une contre-expertise a été ordonnée. Toutefois, la volonté d'éviter des décisions contradictoires au fond ne semble pas pouvoir justifier à elle seule l'application des dispositions du droit de l'Union relatives à la litispendance en matière d'expertise. En revanche, les coûts et délais engendrés par cette multiplicité d'expertises judiciaires constituent une justification convaincante en faveur de l'application de la litispendance à l'expertise.

Outre les dispositions relatives à la litispendance, il faut également déterminer si le rapport d'expertise et les décisions de justice s'y rapportant peuvent tomber sous le coup de la notion autonome de « décision » établie par l'article 2 du Règlement Bruxelles I bis. Cela ouvrirait la voie

---

<sup>287</sup> CUNIBERTI G., « L'Expertise judiciaire en droit judiciaire européen », Rev. Crit. DIP 2015, p. 519 (§35).

<sup>288</sup> Voir le paragraphe « ii) L'établissement des qualifications de *expert witness* », page 49. Outre l'incompétence de l'expert, c'est parfois le rejet de certitudes scientifiques par les juges qui ont donné lieu à certains de ces scandales.

à une reconnaissance et une exécution de ces décisions sur fondement du Règlement.

## ii) La reconnaissance des rapports d'expertise et des décisions s'y rapportant

Si l'application du Règlement Bruxelles I bis au rapport d'expertise judiciaire peut être écartée très facilement, son applicabilité à la décision ordonnant une expertise semble à première vue plus acceptable.

La définition de la notion de « décision » commandant l'application de la reconnaissance et l'exécution organisées par le Règlement Bruxelles I bis est particulièrement large. Toutefois, elle ne peut en aucun cas se rapporter au rapport de l'expert judiciaire, car il ne s'agit pas d'une « décision rendue par une juridiction ». Le Règlement Bruxelles I bis ne peut donc pas permettre la reconnaissance du rapport expertal, même dans le cadre de l'expertise judiciaire.

Si l'expertise judiciaire française doit être ordonnée par un magistrat tel n'est pas le cas de l'*expert evidence* anglaise, même sous l'empire des CPR. La question de la reconnaissance de la décision ordonnant l'expertise est donc sans objet au regard du droit anglais.

La notion de « décision » telle que définie par l'article 2 du Règlement Bruxelles I bis paraît assez large pour englober l'ordonnance d'expertise judiciaire, mais son ambitus est restreint par l'effet du considérant 33. Cette disposition établit en effet que seules pourront bénéficier de la reconnaissance et de l'exécution sur le fondement du Règlement les décisions provisoires ou conservatoires ayant été rendues par le juge compétent au fond. Ainsi qu'on l'a déjà souligné, la notion de mesure provisoire ou conservatoire ne trouve pas toujours à s'appliquer à l'expertise. Toutefois, la décision judiciaire qui ordonne une expertise dépend toujours d'une instance au fond, déjà introduite ou non. Dans ces circonstances, il semble que le considérant 33 concerne le recours à un expert ; et que la décision l'ordonnant puisse bénéficier des dispositions des articles 36 et suivants du Règlement Bruxelles I bis.

La pertinence de la reconnaissance et de l'exécution à l'étranger d'une décision ordonnant une expertise doit cependant être questionnée. S'il arrive qu'une ordonnance extraterritoriale soit rendue<sup>289</sup>, la reconnaissance de la décision ne peut en permettre l'exécution. Le Règlement Bruxelles I bis ne peut donc permettre la reconnaissance ou l'exécution à l'étranger d'une expertise

---

<sup>289</sup> C'est même à en croire plusieurs auteurs, une pratique extrêmement répandue en France. Ainsi, d'après « les résultats de l'enquête réalisée auprès de magistrats » rapportée par Arnaud Nuyts, « le fait que l'expert soit amené à se rendre à l'étranger ne pos[e] aucun problème particulier », et ces magistrats « n'ont jamais fait allusion à la nécessité pour les plaideurs d'obtenir l'exequatur » *in* « Le règlement communautaire sur l'obtention des preuves : un instrument exclusif ? », Rev. Crit. DIP 2007 p.53 ; note n°45.

extraterritoriale. Une telle expertise devra être réalisée sans le concours de l'autorité judiciaire locale, la seule autre possibilité étant le recours aux mécanismes de coopération judiciaire européenne prévus par le Règlement Preuves du 28 mai 2001.

## **2°) L'application du Règlement Preuves en matière d'expertise transnationale**

Le Règlement n°1206/2001 relatif à la coopération entre les juridictions des Etats membres dans le domaine de l'obtention de preuves en matière civile et commerciale a été adopté le 28 mai 2001. Il est applicable dans l'Union Européenne depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2004. Fortement inspiré de la Convention de la Haye de 1970, il renforce encore la coopération judiciaire (a). Comme le Règlement Bruxelles I, dont la première version avait été adoptée un peu plus d'un an auparavant, le Règlement Preuves contribue à renforcer le « réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale ». Toutefois la demande d'une uniformisation européenne plus étroite encore en matière d'expertise transnationale s'est fait sentir depuis son adoption (b).

a) Le renforcement de la coopération judiciaire

Le Règlement renforce les mécanismes de coopération judiciaire institués par la Convention Preuves de la Haye (i). Comme pour ce texte de droit international, la question de l'application obligatoire du Règlement Preuves a été posée. Cependant contrairement à la Conférence de la Haye, l'Union Européenne dispose d'une institution susceptible de trancher la controverse. Ainsi la CJCE s'est-elle prononcée en faveur d'une application non obligatoire du Règlement européen (ii).

### **i) Un approfondissement timide de la Convention de la Haye**

Si le Règlement Preuves reprend en majorité les mécanismes prévus par la Convention de la Haye, il présente également certains approfondissements, qui renforcent la coopération judiciaire. Toutefois, la trop rare mise en œuvre de ces nouvelles institutions juridiques laisse planer un doute sur l'efficacité du Règlement.

Ainsi que le relèvent les auteurs du Dicey, Morris et Collins *Conflict of laws*, « *The EU Evidence Regulation builds on the Hague Convention of 1970* »<sup>290</sup>. Le règlement en reprend la terminologie comme les mécanismes. Ainsi partagent-ils un même champ d'application : la matière civile et commerciale. Ils visent également les « actes d'instruction »<sup>291</sup>, une catégorie inconnue en

---

<sup>290</sup> « Le Règlement Preuves de l'Union Européenne ajoute à la Convention de la Haye de 1970 » (§8-75, Sweet & Maxwell, 15<sup>e</sup> édition, 2012).

<sup>291</sup> Article 1(1) du Règlement preuves ; article 1 alinéa 1 de la Convention Preuves ; cette notion est définie comme « toute forme de concours du juge à l'obtention d'une preuve quelconque » NIBOYET Marie-Laure, GEOUFFRE DE LA PRADELLE Géraud, *Droit international privé*, (§698, LGDJ

droit français, où l'on parle plus volontiers de mesure d'instruction. La version anglaise du Règlement emploie les mots « *to take evidence* », sans s'encombrer d'une catégorie générale telle que l'acte d'instruction. Toutefois, à la différence de la pratique ayant cours au sein de la Conférence de la Haye, le droit de l'Union européenne adopte des notions autonomes de ces termes. La matière civile et commerciale peut être assimilée à celle définie dans le cadre du règlement Bruxelles I bis et ses antécédents<sup>292</sup>. L'acte d'instruction quant à lui, ou « *taking of evidence* », n'a pas fait l'objet d'une jurisprudence spécifique, et il faut s'en remettre aux droits nationaux des Etats membres pour établir une « catégorisation des modes de preuve » (*categorisation of means of evidence*)<sup>293</sup>. Cette absence de définition laisse envisager un moyen pour les droits nationaux de subsister en parallèle de la recherche de preuves transnationale organisée par le droit européen. Elle montre aussi les limites de l'uniformisation organisée par l'UE en la matière, tout simplement parce que le règlement n'a pas pour fonction d'uniformiser les droits de la preuve nationaux.

La majorité des mécanismes prévus par le Règlement Preuves sont également inspirés de la Convention de la Haye de 1970. Le texte européen établit les modalités d'envoi d'une « demande » par l'Etat requérant et de son « exécution » par l'Etat requis. Le mécanisme mis en place est sensiblement similaire à la commission rogatoire de la Convention. Ainsi est-il possible de « demander que la demande soit exécutée selon une forme spéciale prévue par le droit de l'Etat membre dont elle relève »<sup>294</sup>, qui reprend jusqu'à la formulation du texte de 1970<sup>295</sup>. De même, le Règlement organise la présence des parties et de leurs représentants aux articles 11 et 12. Les cas de refus d'exécution prévus par l'art 14 sont également semblables à ceux détaillés aux articles 11 et 12 de la Convention de 1970. Les seules variations introduites par le texte du droit de l'Union résident dans la transmission directe, de juridiction à juridiction des demandes ; et dans l'établissement de formulaires standardisés pour faciliter cette transmission. Ainsi peut-on réellement parler dans ce cadre de « coopération judiciaire » plutôt que simplement interétatique. Il faut également relever une certaine modernisation, avec la prise en compte des « technologies de communication modernes » visées par plusieurs articles du Règlement. La juridiction requérante peut solliciter leur utilisation<sup>296</sup>, et il est fait obligation à l'organisme central ou l'autorité

---

4<sup>e</sup> édition, 2013).

<sup>292</sup> RIJAVEC V., GALIC A. « Assessment of Evidence Regulation » in RIJAVEC V., KERESTES T., IVANC T. (editors) *Dimensions of Evidence in European Civil Procedure*, (§8-04, Kluwer Law International, 2016).

<sup>293</sup> Ibid. (§8-09).

<sup>294</sup> Article 10 (3) du Règlement Preuves.

<sup>295</sup> Article 9 alinéa 2 de la Convention Preuves.

<sup>296</sup> Article 10 (4) du Règlement.

compétente d'encourager le recours à ces technologies, telles la vidéoconférence et la téléconférence<sup>297</sup>.

L'applicabilité du Règlement Preuves en matière d'expertise ne fait aucun doute : il est fait plusieurs références à cet « acte d'instruction » au sein du texte. Ainsi est-il possible que la demande soit exécutée « avec la participation de représentants de la juridiction requérante », sous réserve d'une compatibilité avec le droit de l'Etat requis<sup>298</sup>. Parmi les représentants peuvent figurer « toute autre personne [qu'un magistrat], par exemple un expert ». L'article fait état d'une « participation » ou d'une présence de ces représentants, sans détailler le rôle qu'ils peuvent assumer. Cette précision est laissée à la charge de la juridiction requise, sous réserve de l'article du Règlement. L'autre référence à l'expert se trouve à l'article 17, qui décrit les modalités d'exécution directe de l'acte d'instruction par la juridiction requérante.

L'article 17 du Règlement Preuves constitue la principale innovation de ce texte. Toutefois, « l'exécution directe » promise par son en-tête est nuancée par les conditions détaillées dans le corps de l'article. En effet, la juridiction souhaitant « procéder directement à l'acte d'instruction dans un autre Etat membre [...] présente une demande à l'organisme central ou à l'autorité compétente de cet Etat »<sup>299</sup>. De plus, cette exécution ne peut avoir lieu que « sur une base volontaire », ce qui restreint considérablement les avantages d'une exécution directe – dont on voit mal l'utilité dans ces conditions.

Ainsi certains auteurs ont-ils pu interpréter cet article comme venant encadrer la voie diplomatique d'obtention des preuves<sup>300</sup>. L'article 17 imposerait en effet l'obtention d'une autorisation, y compris lorsque l'acte d'instruction doit être exécuté volontairement à l'égard d'un ressortissant de l'Etat requérant. Or, aucune autorisation n'est requise dans une telle hypothèse par la Convention de la Haye de 1970. Une telle interprétation de l'article 17 viendrait donc compliquer plutôt que simplifier l'obtention des preuves à l'étranger. Puisque l'objet du Règlement est précisément inverse, cette interprétation semble devoir être rejetée. Elle constitue toutefois un exemple d'inconvénient présenté par le texte de cette disposition.

La même interprétation restrictive peut être transposée en ce qui concerne la désignation d'un expert chargé de réaliser sa mission dans un autre Etat membre hors de tout mécanisme de

---

<sup>297</sup> Article 17 (4) alinéa 3, Ibid.

<sup>298</sup> Article 12, une fois encore un mécanisme inspiré de l'article 8 de la Convention de 1970.

<sup>299</sup> Article 17 (2) du Règlement Preuves.

<sup>300</sup> NUYS A., « Le règlement communautaire sur l'obtention des preuves : un instrument exclusif ? », Rev. Crit. DIP 2007 p.53 ; spec. §19 et suivants.

coopération judiciaire<sup>301</sup>. L'article 17 précise en effet « l'acte d'instruction est exécuté par un magistrat ou par toute autre personne, par exemple un expert, désignés conformément au droit de l'Etat membre dont relève la juridiction requérante »<sup>302</sup>. Une interprétation restrictive de cette formule pourrait avoir pour résultat de rendre les mécanismes d'obtention des preuves plus complexes et moins efficaces que ceux mis en œuvre avant son adoption. La jurisprudence de la CJCE, devenue CJUE, a apporté une réponse à cette question. L'arrêt *Prorail*<sup>303</sup> a en effet adopté la solution inverse, en permettant à un expert belge d'exécuter sa mission aux Pays-Bas sur la seule base de son droit national.

Une autre critique pouvant être adressée au Règlement Preuves est qu'il n'est que peu appliqué. Certains auteurs relèvent en effet qu'il est largement ignoré des praticiens du droit<sup>304</sup>. De plus, lorsque son existence est connue, son application ne semble pas donner satisfaction. Ainsi peut-on citer l'exemple de l'arrêt *National Grid Electricity Transmission plc v ABB Ltd and others*<sup>305</sup>, où le juge anglais a présenté au Ministère de la Justice français une demande d'exécution directe d'un *discovery order* sur le fondement de l'article 17 du Règlement Preuves. Dans cette affaire, une entreprise anglaise réclamait devant les juridictions de son pays des dommages et intérêts pour le préjudice lui ayant été causé par un cartel sanctionné par la Commission européenne. Les membres français du cartel avaient invoqué la loi de blocage de 1968 pour exiger que le *discovery order* rendu contre eux soit transmis selon les règles prévues par le Règlement Preuves européen. Roth J a accédé à cette demande et a mis en œuvre le mécanisme prévu à l'article 17.

Après un mois et demi de silence, durée ayant paru particulièrement longue au requérant anglais, le Ministère de la Justice français a rejeté la requête. La lettre faisant état du refus avance deux arguments pour justifier ce rejet. Le premier est tiré de l'une des trois conditions de refus prévues par l'article 17 du Règlement européen ; la « contrariété aux principes fondamentaux du droit de l'Etat membre » ; en ce que « *Such a procedure leads to charging one party to the lawsuit with executing the taking of evidence necessary for the resolution of the lawsuit, which seems contrary to the fundamental principles of the law of the member state applied to.* »<sup>306</sup> Cette objection

---

<sup>301</sup> Ibid. §18 et suivants. C'est la lecture qui est faite du règlement par Arnaud Nuyts, sur le fondement de la seule jurisprudence Saint-Paul Dairy (op. cit. note 277). Les arrêts *Lippens* et *Prorail* ont depuis mis bon ordre à la dérive interprétative engendrée par l'arrêt *Saint-Paul Dairy*.

<sup>302</sup> Article 17 (3).

<sup>303</sup> *Prorail c. Xpedys NV et autres*, CJUE 21 fev. 2013, aff. C-332/11 ; Europe n°4, avril 2013, comm. 195, note L. Idot.

<sup>304</sup> DUBARRY P., « L'obtention des preuves en France et à l'étranger », JCP G n°28, 14 juillet 2014, 834.

<sup>305</sup> [2013] EWCA Civ 1234.

<sup>306</sup> « une telle procédure conduit à charger une partie à l'instance de la collecte de preuves



montre assez combien est fondamentale l'opposition entre les droits français et anglais de la preuve, même si elle n'est pas exempte de critique. En effet, on voit mal en quoi le recueil de documents fournis volontairement contrarie les principes fondamentaux du droit français.

Le second argument avancé par le Ministère de la Justice pour refuser l'exécution de la demande anglaise, est que le recours au Règlement européen n'est pas obligatoire en l'espèce. L'auteur de la réponse se borne à remarquer que la juridiction requérante a la possibilité d'ordonner la production des documents par la partie française. Il s'agit d'une réponse particulièrement savoureuse au regard de la loi de blocage de 1968, qui prohibe précisément ce type de communication<sup>307</sup>. Toujours est-il que le juge anglais a effectivement tiré toutes les conséquences de ce refus, et a directement rendu un *discovery order* des plus classiques contre les parties françaises, et malgré leurs protestations supplémentaires visant à mettre en œuvre les mécanismes de la Convention de la Haye.

Le conflit entre les conceptions françaises et anglaises, déjà révélé par la solution de l'affaire *National Grid*, est à son paroxysme en ce qui concerne l'application obligatoire ou non du Règlement Preuves, comme pour la Convention de la Haye.

#### ii) Un texte d'application non obligatoire

Comme pour la Convention Preuves de la Haye, il a fallu déterminer si le Règlement Preuves était d'application obligatoire dès lors qu'une preuve devait être recherchée à l'étranger. Comme pour le texte international, la position en droit de l'UE est un temps restée incertaine. Un premier arrêt avait en effet laissé supposer que le Règlement pouvait être d'application exclusive, mais des décisions plus récentes ont abouti à une remise en question de cette solution. L'application non exclusive du texte a permis d'arriver à une solution particulièrement souple en matière d'expertise transnationale européenne.

Nous avons déjà évoqué la solution retenue par la CJCE dans l'arrêt *Saint-Paul Dairy* concernant l'applicabilité de l'ancien article 31 du règlement Bruxelles I en matière d'obtention de

---

nécessaires à la résolution du litige, ce qui semble contraire aux principes fondamentaux du droit de l'Etat membre requis » Ibid. §40.

<sup>307</sup> La réponse tient compte de cette circonstance, et précise « *Certainly, recourse to a rogatory commission based on international instruments allows the parties to avoid the risk of being prosecuted in France on the basis of the law ... known as the 'blocking statute'* » « Evidemment, le recours à une commission rogatoire basée sur les instruments internationaux permet aux parties d'éviter d'être poursuivies en France sur la base de la loi ... connue sous le nom de "loi de blocage" » Ibid. §40.

preuves<sup>308</sup>. Le principal argument avancé à l'appui du refus de l'applicabilité était la fonction de la mesure sollicitée. Toutefois, la Cour a fait état d'un argument surabondant pour appuyer sa conclusion : « Au surplus, une demande d'audition de témoin dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal pourrait être utilisée comme un moyen d'échapper aux règles régissant, sous les mêmes garanties et avec les mêmes effets pour tous les justiciables, la transmission et le traitement des demandes formulées par une juridiction d'un État membre et visant à faire procéder à un acte d'instruction dans un autre État membre [voir le règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil] »<sup>309</sup>. Insinuant que la volonté d'échapper à l'application du Règlement Preuves était répréhensible, ce paragraphe a été interprété par une large part de la doctrine comme établissant l'application exclusive du Règlement Preuves<sup>310</sup>. Cette position a également été très critiquée : Gilles Cuniberti qualifie notamment l'arrêt de « précédent bien encombrant »<sup>311</sup>, dont le résultat est « foncièrement illogique »<sup>312</sup>. Il aurait en effet pour conséquence de suggérer que le Règlement Preuves devait être obligatoirement appliqué au cas de figure de l'espèce. Pour rappel, l'arrêt portait sur la compétence du juge néerlandais pour ordonner l'audition d'un témoin résidant aux Pays-Bas. Autrement dit, le Règlement Preuves, instrument de droit européen visant à faciliter l'obtention des preuves à l'étranger, devait obligatoirement être appliqué lorsqu'un juge non compétent au fond, était saisi d'une demande de mesure probatoire devant être réalisée sur son propre territoire.

La CJUE a par la suite entrepris de limiter la portée de l'arrêt *Saint-Paul Dairy* aux faits de l'espèce, selon la technique inspirée de la *common law* appelée « *distinguishing* ». Dans un arrêt *Lippens*<sup>313</sup> rendu le 6 septembre 2012, la Cour de Justice a limité la portée de *Saint-Paul Dairy* aux affaires où le juge saisi de la demande probatoire n'était pas compétent au fond. Au contraire, dans *Lippens*, le juge néerlandais, compétent au fond, voulait auditionner des témoins belges sur son propre territoire, et selon les modalités de son droit national. Réalisant une interprétation téléologique du Règlement Preuves, la CJUE a retenu que lorsque le droit national était apte à faciliter l'obtention des preuves à l'étranger, il pouvait s'appliquer en lieu et place des dispositions européennes.

---

<sup>308</sup> Voir le paragraphe « a) La compétence juridictionnelle en matière d'expertise transnationale » et la note 277.

<sup>309</sup> CJCE 28 avril 2005 *St. Paul Dairy*, § 23.

<sup>310</sup> CUNIBERTI G., « L'Expertise judiciaire en droit judiciaire européen », *Rev. Crit. DIP* 2015, p. 519 (§5) ; NUYTS A., « Le règlement communautaire sur l'obtention des preuves : un instrument exclusif ? », *Rev. Crit. DIP* 2007 p.53 (§11 et suivants).

<sup>311</sup> *Op. cit.* note 310, §7.

<sup>312</sup> *Ibid.* §8.

<sup>313</sup> *Aff. C-170/11* ; *Europe* n°11, nov. 2012, comm. 570, note L. IDOT.

La solution retenue dans l'arrêt *Lippens* a été reprise et confirmée par l'arrêt *Prorail*<sup>314</sup>, admettant la désignation d'un expert judiciaire devant effectuer sa mission dans un autre Etat membre que celui où il a été nommé. Cette affaire concernait l'action en responsabilité contre un transporteur, pour l'accident ferroviaire survenu à un train partant de Belgique pour se rendre aux Pays-Bas, où s'est déroulé l'incident. Le juge belge a été saisi d'une demande d'expertise devant notamment porter sur le réseau ferroviaire néerlandais. La société Prorail exploitant ce réseau s'est opposée à cette demande. Elle soutenait que l'expertise ne pouvait être ordonnée que par le biais du Règlement Preuves. La Cour de cassation belge a transmis une question préjudicielle à la CJUE visant à obtenir une clarification de la position européenne sur la mesure probatoire particulière qu'est l'expertise.

La Cour de Justice a maintenu la solution *Lippens*, en autorisant l'application du droit national lorsqu'il est « plus simple, plus efficace et plus rapide, pour la juridiction ordonnant une [...] expertise, de procéder à une telle obtention de preuves sans avoir recours audit règlement »<sup>315</sup>. Cette solution n'est pas exempte de critiques. Elle s'oppose frontalement à la conception de la souveraineté professée par nombre d'Etats membres, dont la France<sup>316</sup>. Selon cette conception, « la nomination de l'expert judiciaire par un juge le fait participer à l'exercice d'une mission de service public », ce qui a entraîné une assimilation traditionnelle de « l'action de l'expert judiciaire [...] à un exercice de souveraineté de l'ordre juridique l'ayant désigné »<sup>317</sup>.

En outre, parmi les arguments avancés par Prorail, figurait la référence au projet de Règlement Preuves. L'Allemagne avait proposé de libéraliser complètement l'action des experts judiciaires, sans qu'une autorisation préalable quelconque soit jamais nécessaire. Cette proposition avait été rejetée, ce qui montrait, avançait Prorail, que les Etats membres n'avaient pas entendu renoncer à leur contrôle en matière d'expertises transnationales. La CJUE rejette cet argument en replaçant cette proposition dans le contexte du premier projet de Règlement Preuves. Elle expose que cette libéralisation des expertises représentait une exception nécessaire lorsque le texte ne comportait qu'un seul moyen d'obtention de preuves : l'exécution d'un acte d'instruction par la juridiction

---

<sup>314</sup> *Prorail c. Xpedys NV et autres*, CJUE 21 fev. 2013, aff. C-332/11 ; Europe n°4, avril 2013, comm. 195, note L. IDOT.

<sup>315</sup> *Ibid*, §45.

<sup>316</sup> Malgré une jurisprudence parfois contradictoire ; voir notamment CA Versailles 9 avril 1993, *Soc. Luxguard c. Soc. SN Sitraco et autres* ; arrêt reflétant une pratique répandue et néanmoins réprouvée par la Cour de cassation ; voir ses arrêts Crim, 12 dec. 2007, n°07-83.228, *Bull. Crim. 2007*, n°309 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 dec. 2001, n°00-18.547, *Bull. Civ. I*, 2001 n°313 p. 199 ; pour mémoire voir le paragraphe « i) L'opposition des Etats de *common law* et de droit civil », p. 70.

<sup>317</sup> CUNIBERTI G., « L'Expertise judiciaire en droit judiciaire européen », *Rev. Crit. DIP* 2015, p. 519 (§37).

requis d'un Etat membre<sup>318</sup>. Cette explication laisse songeur, car elle n'explique nullement en quoi le remplacement de la libéralisation totale de l'expertise par la prétendue exécution directe de l'article 17 ne constitue pas une marque de la volonté des Etats de garder la main-mise sur cette mesure probatoire.

Bien que ce faisant la CJUE ignore la volonté expresse des Etats membres, la solution retenue dans l'arrêt *Prorail* permet de renforcer l'intégration européenne. Cette décision assure en effet une circulation plus facile des mesures probatoires, une circulation qui bénéficie largement à l'expertise. Il est paradoxal que l'intégration soit renforcée par non application du droit de l'Union européenne. Cette solution permet de mettre en doute la qualité du Règlement Preuves, considéré comme moins efficace que les mécanismes juridiques déjà mis en place individuellement par les Etats membres. A l'issue de cet arrêt, le Règlement n'a plus qu'une vocation subsidiaire, par exemple lorsque l'une des parties résiste à l'exécution de la mesure probatoire et que le recours à la contrainte étatique devient nécessaire.

En permettant le déroulement d'une expertise judiciaire extraterritoriale, *Prorail* vient limiter la souveraineté judiciaire des Etats membres au sein de l'Union, dans le cadre des procédures intra-européennes. La CJUE établit toutefois une limite à sa décision : lorsque l'expertise devant être effectuée à l'étranger est susceptible d' « affecter l'autorité publique de l'Etat membre dans lequel elle doit avoir lieu, [...] notamment lorsqu'il s'agit d'une expertise effectuée dans des endroits liés à l'exercice d'une telle autorité ou dans des lieux auxquels l'accès ou d'autres interventions sont, en vertu du droit de l'Etat membre dans lequel elle est effectuée, interdits ou ne sont permis qu'aux personnes autorisées »<sup>319</sup>. La Cour de justice reconnaît ainsi un « reliquat de souveraineté »<sup>320</sup>, lorsque l'atteinte serait trop forte pour se passer de l'approbation de l'Etat. Toutefois, il n'existe aucune définition autonome de cette notion d' « affectation de l'autorité publique », et le droit de l'UE laisse envisager que la loi de blocage puisse correspondre à cette définition.

Les juges anglais ne semblent pas prêts à admettre une telle solution. Ils l'ont explicitement repoussée dans un arrêt *Secretary of State for Health v. Servier Laboratories Ltd*<sup>321</sup>. Dans cette affaire comme dans *National Grid*, la société Servier a invoqué la loi de blocage française comme justifiant le recours obligatoire aux mécanismes du Règlement Preuves, s'appuyant sur l'exception

---

<sup>318</sup> Arrêt *Prorail*, §50-51.

<sup>319</sup> Ibid, §47.

<sup>320</sup> CUNIBERTI G., « L'Expertise judiciaire en droit judiciaire européen », Rev. Crit. DIP 2015, p. 519 (§42).

<sup>321</sup> [2013] EWCA Civ 1234 ; décision rendue avec celle de l'affaire *National Grid*, déjà citée note 259. Les faits des deux affaires sont similaires et posent les mêmes problèmes de droit.

posée par l'arrêt *Prorail*. Le juge anglais a réfuté cet argument, considérant qu'on ne pouvait prêter une telle interprétation à l'exception *Prorail*<sup>322</sup>. Sa décision établit que le Règlement Preuves ne doit être appliqué que lorsque cette application est nécessaire. Autrement dit, lorsque la coopération de l'Etat requis est indispensable. Une telle interprétation, de jurisprudence constante<sup>323</sup>, s'oppose à la conception de la recherche de preuves à l'étranger défendue par la France.

Ainsi la différence de philosophie entre les droits de la preuve français et anglais se retrouve-t-elle jusque dans le cadre de la coopération judiciaire européenne. Cette différence est particulièrement exacerbée en matière d'expertise en raison de la conception française de cette institution juridique, liée à la souveraineté. La CJUE semble toutefois avoir tranché le conflit en faveur de la position anglaise, au mépris de la volonté exprimée par plusieurs Etats membres à travers l'adoption du Règlement Preuves. Le droit international privé anglais applicable à la recherche de preuves semble donc remporter l'adhésion des juges européens, car il permet une coopération judiciaire plus étroite et plus souple.

Toutefois, le fait de devoir recourir aux institutions juridiques nationales en écartant l'instrument européen adopté à cette fin spécifique montre l'inefficacité du Règlement Preuves. Les mécanismes juridiques officiels, tels que l'ordonnance d'une expertise judiciaire extraterritoriale,

---

<sup>322</sup> « *ProRail [2013] IL Pr 279 is not authority for the proposition that a member state, applying its domestic procedural law in litigation to which the parties before it have submitted, cannot lawfully make a procedural order against a party if compliance with it might expose that party to a risk of prosecution under some foreign law. It is authority for no more than that, if the domestic court wishes to obtain evidence in another member state of a nature that can in practice only be obtained with the assistance of that member state's judicial or other public authorities, the court can only obtain such evidence by a "court to court" request under the Regulation.* » ; « *Prorail ne constitue pas un précédent permettant qu'un Etat membre, appliquant son droit processuel interne dans un litige auquel les parties se sont soumises, soit empêché de prendre une ordonnance contre une partie si son respect peut exposer cette partie à un risque de poursuite sous l'empire d'une loi étrangère. C'est seulement un précédent signifiant que si une cour interne souhaite obtenir des preuves dans un autre Etat membre, preuves d'une nature telle qu'elles ne peuvent en pratique être obtenues qu'avec l'aide des autorités judiciaires ou publiques de cet Etat membre, la Cour ne peut obtenir ces preuves que par une demande de juridiction à juridiction sur le fondement du Règlement* », *Ibid* §101.

<sup>323</sup> *Masri v Consolidated Contractors International (UK) Ltd and others (No 4) [2008] EWCA Civ 876 ; [2009] 2 W.L.R. 699 ;* retient la même solution à l'égard d'une catégorie spécifique de mesure probatoire prévue par la règle 71.2 des CPR, qui vise le cas particulier des créances. Plus précisément, cet arrêt est venu établir la position anglaise sur l'application du Règlement Preuves qui ne s'applique « que lorsqu'une demande est faite par une juridiction » (*only applies where a request is made by a court*) ; autrement dit lorsqu'une juridiction fait le choix de recourir au texte de droit de l'UE.

reposent exclusivement sur la courtoisie internationale, qui s'avère plus adaptée à la recherche de preuves transnationales en raison de sa souplesse. Ces mécanismes présentent néanmoins une limite immuable : ils reposent sur le volontariat. Pour peu qu'une partie s'oppose à la mesure probatoire, par exemple en refusant à l'expert l'accès à la chose devant être examinée, il devient nécessaire de recourir aux mécanismes institutionnels, c'est-à-dire au Règlement Preuves dans le cadre de l'Union Européenne.

Le complexité des solutions organisées par ses dispositions, notamment les délais impliqués, stigmatisés par Rimer LJ<sup>324</sup>, rendent souhaitable l'organisation d'une uniformisation en matière de recherche de preuves à l'étranger. Une telle initiative suppose toutefois nombre de difficultés, dont l'une des principales réside dans la nécessaire confiance en les institutions juridiques des autres Etats membres, défi relevé en d'autres domaines avec la Convention de Bruxelles de 1968. L'uniformisation de la seule expertise transnationale par un texte du droit de l'UE constituerait donc un premier pas moins ambitieux, mais qui permettrait de renforcer la coopération judiciaire sans bafouer la volonté des Etats membres.

b) Les initiatives tendant à la création d'une expertise commune propre aux procédures transnationales

En 2006 a été créé l'Institut Européen de l'Expertise et de l'Expert (IEEE). L'objectif principal de cet organisme est « de contribuer, par ses travaux, à la convergence des systèmes d'expertise judiciaire<sup>325</sup> nationaux et garantir, dans tout l'espace judiciaire européen, la sécurité juridique des décisions judiciaires par la qualité des expertises réalisées sur décision de justice »<sup>326</sup>. Depuis sa création, l'Institut a multiplié les initiatives visant à accomplir cet objectif, avec le soutien actif des institutions de l'Union Européenne.

Sa première réalisation importante a été la publication du Rapport « Eurexpertise » en 2012. Celui-ci constituait l'aboutissement d'une enquête de grande ampleur sur les procédures d'expertise ayant cours dans tous les Etats membres de l'Union Européenne. Ce rapport a été réalisé avec la contribution du Réseau des Présidents des Cours suprêmes des Etats membres et le

---

<sup>324</sup> National Grid Electricity Transmission plc v ABB Ltd and others [2013] EWCA Civ 1234, §49. Rimer LJ refuse de recourir à la commission rogatoire de la Convention Preuves après l'échec de la procédure de l'article 17 du Règlement Preuves notamment en raison des délais de réponse du Ministre de la Justice Français.

<sup>325</sup> Selon la terminologie retenue par cet ouvrage, à la différence du présent mémoire, les termes « expertise judiciaire » désignent également les experts désignés par les parties et rémunérés par celles-ci ; voir op. cit. note 326, page 21.

<sup>326</sup> DESHAYES B., JACQUEMIN P. (dir), *Les bonnes pratiques de l'expertise judiciaire civile dans l'Union européenne, vers une expertise européenne*, (p. 131, Larcier EEEI, 2016).

soutien financier de la Commission Européenne. Il s'est achevé avec l'organisation d'un colloque à Bruxelles sur le thème « le futur de l'expertise judiciaire civile dans l'UE »<sup>327</sup>.

La DG Justice de la Commission Européenne a renouvelé son soutien à l'IEEE, ce qui a permis à cet organisme de continuer ses travaux. En 2016 l'Institut a publié sur son site un « Guide des bonnes pratiques de l'expertise judiciaire civile dans l'Union Européenne » (European Guide for Legal Expertise, EGLE). Frédérique Ferrand relève que la méthodologie employée par l'Institut est « originale et intéressante » : le Guide est basé sur le consensus ayant émergé d'une conférence rassemblant des professionnels et universitaires de la majeure partie des Etats membres de l'UE<sup>328</sup>.

Ce Guide recoupe sous certains aspects les Lignes Directrices sur le rôle des experts nommés par un tribunal publiées par la Commission Européenne pour l'Efficacité de la Justice (CEPEJ) en décembre 2014<sup>329</sup>. Toutefois, alors que ces Lignes Directrices ne constituent que la *soft law* et n'ont pas d'autre finalité que d'influencer sans contrainte les Etats membres du Conseil de l'Europe, l'EGLE a été produit pour servir de base à une unification de l'expertise européenne en droit de l'Union Européenne. Il est donc beaucoup plus détaillé.

L'IEEE a produit un nouveau document en 2016, *Les Bonnes pratiques de l'expertise judiciaire civile dans l'Union Européenne, vers une expertise européenne*<sup>330</sup>, qui ajoute des précisions à l'EGLE et surtout comporte des commentaires des bonnes pratiques. Ce document recommande que les bonnes pratiques soient respectées tant par l'expert judiciaire nommé par un juge que par l'expert privé choisi par une partie, s'il a prêté serment et qu'il a « des devoirs envers les juges qui sont supérieurs à ceux qu'[il] a envers les parties qui [l']ont désigné »<sup>331</sup>. Ce Guide prend donc en considération tant l'expertise judiciaire française que l'*expert evidence* anglaise, explicitement visée par ce paragraphe.

Les bonnes pratiques établies par ce Guide sont extrêmement détaillées : elles comportent par exemple la condition de subsidiarité de l'expertise. On ne peut avoir recours à cette mesure probatoire que lorsqu'il « n'existe pas de moyens de preuve plus simples ou plus rapides pour régler

---

<sup>327</sup> Ibid.

<sup>328</sup> FERRAND Frédérique, « Bibliographie - DESHAYES (Béatrice), JACQUEMIN (Philippe) (dir.) - Good practice in civil judicial expertise in the European Union / Les bonnes pratiques de l'expertise judiciaire civile dans l'Union Européenne. Towards an European expertise / Vers une expertise européenne » ; RTD Eur. 2017, p.III.

<sup>329</sup> Ces lignes directrices sont disponibles sur le site de la CEPJ : <https://rm.coe.int/commission-europeenne-pour-l-efficacite-de-la-justice-cepej-lignes-dir/16807482a2> [consulté le 27 août 2018]

<sup>330</sup> Op. Cit. note 326.

<sup>331</sup> Ibid. p. 22.

le litige »<sup>332</sup>. Cette disposition n'est pas sans rappeler l'article 263 du CPC français, qui établit exactement le même principe. En outre, les principes processuels anglais en vigueur depuis 1999 aboutissent au même résultat : les parties doivent solliciter la permission du juge pour obtenir une expertise<sup>333</sup>, et celle-ci doit être nécessaire à l'affaire<sup>334</sup> s'ils veulent que leurs frais de justice puissent leur être remboursés en cas de succès de l'action. On peut ainsi constater le succès de la méthodologie du consensus mise en œuvre par l'IEEE dans la réalisation de ce Guide.

Parmi les autres principes affirmés dans le Guide se trouvent l'exigence du contradictoire<sup>335</sup>, le détail de la structure et du contenu du rapport expertal<sup>336</sup>, la rémunération de l'expert<sup>337</sup>, et certaines exigences éthiques introduisant une « Esquisse d'un Code de déontologie de l'expert judiciaire européen ». Nombre de ces règles ne sont pas sans rappeler les Codes de déontologie résultant d'accords entre les compagnies d'experts, les magistrats des Cours d'Appel et les Barreaux<sup>338</sup>.

Si certaines des recommandations de l'IEEE aboutissent à une réglementation bien plus stricte que celle en vigueur en Angleterre<sup>339</sup>, dans l'ensemble les règles établies par son Guide recourent tant le droit anglais que le droit français. Le défi de révéler un consensus en matière d'expertise européenne a donc été relevé avec succès, pour ces deux systèmes juridiques.

---

<sup>332</sup> Ibid. règle 2.3, p. 23.

<sup>333</sup> CPR règle 35.4.

<sup>334</sup> CPR règle 35.1.

<sup>335</sup> DESHAYES B., JACQUEMIN P. (dir), *Les bonnes pratiques de l'expertise judiciaire civile dans l'Union européenne, vers une expertise européenne*, (Règle 4.1 et suivantes, p. 42, Larcier EEEI, 2016).

<sup>336</sup> Ibid, règle 5.1 et suivantes, p. 55.

<sup>337</sup> Ibid, règle 6.1 et suivantes, p. 65.

<sup>338</sup> Voir à titre d'exemple le Code de déontologie des experts de justice près la Cour d'appel de Colmar, disponible sur le site : <http://www.experts-judiciaires-alsace.net/code-de-deontologie> [consulté le 27 août 2018].

<sup>339</sup> On peut citer en exemple la volonté de l'IEEE d'aboutir à la création d'une liste européenne d'experts.



## Conclusion

Le consensus dégagé par le *Guide des bonnes pratiques de l'expertise européenne* publié par l'IEEE ne doit pas faire oublier les différences fondamentales qui opposent l'expertise judiciaire française à l'*expert evidence* anglaise. La première partie de ce mémoire a eu pour objet de montrer que malgré les éléments de rapprochement entre ces deux institutions juridiques, des différences philosophiques subsistent entre la procédure civile française et la procédure civile anglaise d'une part, et entre le droit de la preuve de chacun de ces Etats d'autre part. Ces différences continuent de peser lorsqu'il est fait appel à un expert dans le cadre d'un litige.

Ces différences portent également à conséquence lorsque l'expertise sert à rechercher des preuves localisées à l'étranger. Ainsi que nous l'avons démontré, le caractère libéral de l'expertise anglaise se prête particulièrement bien à une telle recherche. En revanche, la conception d'une « souveraineté judiciaire » qui a cours en France complexifie singulièrement la recherche de preuves à l'étranger.

Il convient toutefois de se questionner sur la persistance de ce principe au vu des solutions retenues tant à l'égard de la Convention de la Haye de 1970 qu'en ce qui concerne le Règlement Preuves de l'Union Européenne. Nous avons exposé que la Conférence de la Haye s'était prononcée en faveur d'une application non obligatoire de la Convention Preuves, tandis que la CJUE a admis la conformité au droit de l'Union de l'expertise extraterritoriale, allant jusqu'à encourager le recours à ce type de mesures s'il est plus efficace que les instruments de droit européen. En outre, les magistrats français eux-mêmes acceptent « sans difficulté » d'ordonner des expertises judiciaires extraterritoriales<sup>340</sup>.

L'intégration judiciaire européenne en matière d'expertise transfrontalière semble donc en passe de créer une expertise véritablement européenne, indépendante des conceptions purement nationales. La territorialité de la mesure d'instruction française a été abandonnée par la CJUE, qui en ce domaine se rapproche de la flexibilité consacrée par le droit anglais. D'un autre côté, les réglementations assez précises recommandées par le Guide des Bonnes Pratiques de l'IEEE se rapprochent des règles imposées aux experts judiciaires français, s'éloignant de l'approche plus souple connue en matière de rapports experts anglais.

L'uniformisation européenne de l'expertise judiciaire, si elle est un jour réalisée<sup>341</sup>, semble donc en passe de retenir les plus grands avantages de chacun des systèmes juridiques considérés par le présent mémoire.

---

<sup>340</sup> Voir la citation de l'article de G. CUNIBERTI, note 289.

<sup>341</sup> Les conséquences du Brexit ne manqueront pas de se faire sentir en ce domaine.

## Plan détaillé

<b>Résumé</b> .....	<b>2</b>
<b>Remerciements</b> .....	<b>3</b>
<b>Table des abréviations</b> .....	<b>4</b>
<b>Plan</b> .....	<b>5</b>
<b>L'expertise de droit international privé en droit français et anglais</b> .....	<b>6</b>
<b>INTRODUCTION</b> .....	<b>6</b>
<b>PARTIE I LA COMPARAISON DE L'EXPERTISE EN DROIT FRANÇAIS ET ANGLAIS</b> .....	<b>10</b>
<u>Titre A Une différence fondamentale de nature</u> .....	10
1°) Le rôle des parties .....	10
a) Un rôle primordial dans l'expertise-témoignage anglaise .....	10
i) Le choix de l'expert-témoin .....	10
ii) La <i>cross-examination</i> de l'expert-témoin .....	13
b) Un rôle secondaire dans l'expertise judiciaire française .....	15
i) Le remplacement et la récusation de l'expert judiciaire .....	16
ii) L'expertise privée .....	17
iii) La limitation de l'applicabilité du principe du contradictoire .....	18
2°) Le rôle du juge .....	20
a) Un office primordial dans l'expertise judiciaire française .....	21
i) La désignation de l'expert et la délimitation de sa mission .....	21
ii) La fixation de la rémunération de l'expert .....	23
b) Le juge, simple arbitre du procès anglais .....	26
i) Un principe caractéristique du droit de la preuve anglais.....	26
ii) L'appréciation de la recevabilité de l'opinion de l'expert .....	29
c) L'indépendance du juge face à l'expert .....	30
i) Le poids de l'expertise judiciaire dans l'instance française .....	31
ii) Les limites inhérentes à l'opinion expertale dans le procès anglais .....	32
<u>Titre B Les similitudes des deux institutions juridiques</u> .....	34
1°) Une identité de fonction : le devoir d'éclairer le juge .....	34
a) La révolution de la procédure anglaise avec les CPR .....	34
i) Les pouvoirs du juge dans la gestion de l'instance .....	35
ii) L'obligation principale due par l'expert-témoin à la Cour .....	37
b) L'expert unique : une nouveauté en droit anglais .....	40
i) Le Single Joint Expert choisi par les parties .....	40

ii) L' <i>assessor</i> nommé par le juge .....	42
2°) Les exigences procédurales communes .....	46
a) La compétence de l'expert .....	46
i) Le système de listes d'experts judiciaires français .....	46
ii) L'établissement des qualifications de l' <i>expert witness</i> .....	49
b) Le droit à un procès équitable .....	52
i) L'indépendance de l'expert : une exigence européenne nuancée.....	52
ii) Le principe du contradictoire dans la jurisprudence européenne.....	54
<b>Partie II Le traitement contrasté de l'expertise en droit international privé .....</b>	<b>56</b>
<u>Titre A L'expertise de droit international privé hors de l'Union Européenne : une coopération interétatique limitée</u> .....	56
1°) L'expertise à la seule initiative des parties.....	57
a) L'expertise privée, une solution commune aux droits français et anglais.....	57
b) Le recours à l'autorité judiciaire du lieu de situation des preuves.....	59
i) L'expertise à l'étranger dans l'hypothèse d'un procès au fond devant le for .....	60
ii) La compétence du juge pour ordonner une expertise en l'absence d'un procès au fond devant le for .....	63
2°) L'expertise judiciaire dans le cadre de la Convention de la Haye .....	66
a) Les modalités de coopération interétatique prévues par la Convention .....	66
i) Le mécanisme de la commission rogatoire appliqué à l'expertise .....	67
ii) Les autres mécanismes prévus par la Convention : une application subsidiaire.....	69
b) Le caractère non-obligatoire de la Convention Preuves .....	71
i) L'opposition des Etats de <i>common law</i> et de droit civil .....	71
ii) La solution retenue par la Commission spéciale et son application à l'expertise .....	74
<u>Titre B Le droit de l'Union Européenne applicable à l'expertise : la coopération judiciaire renforcée</u> .....	77
1°) L'application du Règlement Bruxelles I en matière d'expertise .....	78
a) La compétence juridictionnelle en matière d'expertise transnationale.....	78
b) Les autres dispositions du Règlement Bruxelles I bis applicables à l'expertise .....	81
i) L'incidence de procédures expertales parallèles.....	81
ii) La reconnaissance des rapports d'expertise et des décisions s'y rapportant .....	84
2°) L'application du Règlement Preuves en matière d'expertise transnationale .....	85
a) Le renforcement de la coopération judiciaire .....	85
i) Un approfondissement timide de la Convention de la Haye.....	85
ii) Un texte d'application non obligatoire.....	89
b) Les initiatives tendant à la création d'une expertise commune propre aux procédures transnationales .....	94

<b>Conclusion.....</b>	<b>97</b>
<b>Plan détaillé .....</b>	<b>98</b>
<b>Bibliographie.....</b>	<b>100</b>
<b>Index des termes et traductions utilisées.....</b>	<b>106</b>

## Bibliographie

### Ouvrages

BLOM-COOPER Louis (editor) *Experts in the civil courts*, Oxford (2006)

BRIGGS Adrian, *Private International law in English Courts*, Oxford 1<sup>ère</sup> édition (2014)

CUMMING George, *Expert evidence deficiencies in the judgements of the courts of the European Union and the European Court of Human rights*, Walters Kluwer Law (2014)

DESHAYES Béatrice, JACQUEMIN Philippe (dir), *Les bonnes pratiques de l'expertise judiciaire civile dans l'Union européenne, Vers une expertise européenne*, Larcier EEEI (2016)

DICEY, MORRIS & COLLINS, *The Conflict of laws*, Sweet & Maxwell, 15th edition (2012)

DWYER, Déirdre (editor), *The Civil Procedure Rules ten years on*, Oxford (2009)

GROUD Thomas Habu, *La preuve en droit international privé*, PUAM (2000)

GUINCHARD Serge, CHAINAIS Cécile, FERRAND Frédérique, *Procédure civile*, PRECIS DALLOZ 32<sup>e</sup> édition (2014) et 33<sup>e</sup> édition (2016)

GUINCHARD Serge (dir), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz Action 9<sup>e</sup> édition (2017-2018)

JAMES Mark, HODGKINSON Tristram, *Expert evidence : law and practice*, London : Sweet & Maxwell 4<sup>ème</sup> édition (2015)

KAY Maurice (editor) *Blackstone's civil practice 2018 – The Commentary*, Oxford (2018)

MOUSSA Tony (dir), *Droit de l'expertise*, Dalloz Action 3<sup>e</sup> édition (2016-2017)

MUNDAY Roderick, *Evidence*, Oxford 9<sup>e</sup> édition (2017)

MURPHY *Murphy on Evidence*, Oxford 9<sup>e</sup> édition (2005)

NIBOYET Marie-Laure, GEOUFFRE DE LA PRADELLE Géraud, *Droit international privé*, LGDJ 4<sup>e</sup> édition (2013)

PINCHON François, *L'Expertise judiciaire européenne*, Editions d'Organisation (2002)

RIJAVEC Vesna, KERESTES Tomaz, IVANC Tjasa (editors) *Dimensions of Evidence in European Civil Procedure*, Kluwer Law International, 2016

RHEE C. H. van, UZELAC Alan, *Evidence in contemporary civil procedure : fundamental issues in a comparative perspective*, Cambridge : Intersentia (2015)

RHEE C. H. van, UZELAC Alan, *Truth and Efficiency in Civil litigation : Fundamental Aspects of Fact-finding and Evidence-taking in a Comparative context*, Cambridge : Intersentia (2012)

SORABJI John, *English Justice after the Woolf and Jackson Reforms : A Critical Analysis*, Cambridge (2014)

SUDRE Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF 13<sup>e</sup> édition (2016)

VAN DJIK Pieter, VAN HOOFF Fried, VAN RIJN Arjen, ZWAAK Leo, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Intersentia 5<sup>e</sup> édition (2018)

VERGÈS Etienne, VIAL Géraldine, LECLERC Olivier, *Droit de la preuve*, PUF Thémis droit (2015)

## Dictionnaires et Lexiques

Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, (9<sup>e</sup> édition, 2011)

Le Petit Robert (2011)

Oxford Advanced Learner's Dictionary (6<sup>th</sup> edition, Oxford University Press, 2000)

Linguee Anglais/Français [en ligne] : <https://www.linguee.com/english-french/>

## Articles

ANCEL Bertrand, *Le transfert international des informations nécessaires à l'administration du droit privé*, in *Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn* (L'internationalisation du droit), Dalloz (1994)

ANCEL Bertrand, *Des pouvoirs du juge des référés saisi par l'effet d'une clause attributive de juridiction pour ordonner des mesures provisoires ou conservatoires*, Rev. Crit. DIP 2003 p. 326

COUCHEZ Gérard, *De l'administration de la preuve au regard des conventions de Bruxelles du 27 sept. 1968 et de La Haye du 18 mars 1970*, Rev. Crit. DIP 1995 p. 80

CUNIBERTI Gilles, *L'Expertise judiciaire en droit judiciaire européen*, Rev. Crit. DIP 2015, p. 519

DUBARRY Pauline, *L'obtention des preuves en France et à l'étranger*, JCP G n°28, 14 juillet 2014, 834

DWYER Déirdre, *The future of assessors under the CPR*, C.J.Q. 219 (2006)

DWYER Déirdre, *The effective management of bias in civil expert evidence*, C.J.Q. 57 (2007)

EDMOND Gary, *Legal versus non-legal approaches to forensic science evidence*, E.&P. 3 (2016)

FERRAND Frédérique, *Bibliographie - DESHAYES (Béatrice), JACQUEMIN (Philippe) (dir.) - Good practice in civil judicial expertise in the European Union / Les bonnes pratiques de l'expertise judiciaire civile dans l'Union européenne. Towards an European expertise / Vers une expertise européenne* ; RTD Eur. 2017, p. III.

FONGARO Eric, *Des conflits de loi en matière de preuve*, Rev. Crit. DIP 2018 p. 80

FRICERO Natalie, *Procédure civile, janvier 2012 - décembre 2012*, D. 2013, p. 269

HARVEY Mark, *Case Comment : Wall v. Mutuelle de Poitiers Assurances : damages – civil evidence personal injury (HC)*, J.P.I.L. C90 (2013)

HARVEY Mark, *Case Comment : Wall v. Mutuelle de Poitiers Assurances : damages – civil evidence personal injury (CA)*, J.P.I.L. C179 (2014)

IDOT Laurence, *Notion de mesures conservatoires*, Europe n°6, Juin 2005, comm. 229

IDOT Laurence, *Caractère non exhaustif des modes d'obtention des preuves*, Europe n°11, nov. 2012, comm. 570

IDOT Laurence, *Expertise transfrontalière*, Europe n°4, avril 2013, comm. 195

LENOIR Noëlle, *Le droit de la preuve à l'heure de l'extraterritorialité*, RFDA 2014 p. 487

KEBIR Mehdi, *Expertise : opposabilité du rapport à l'égard d'un tiers appelé en garantie*, Dalloz

Actualité, 3 octobre 2017 (sur Civ 2<sup>e</sup> 7 sept 2017 FS-P+B n°16-15.531)

NUYTS Arnaud, *Le règlement communautaire sur l'obtention des preuves : un instrument exclusif ?*, Rev. Crit. DIP 2007 p.53

PERROT Roger, *Expertise amiable : son autorité ?*, RTD Civ. 2012, p. 769

PERROT Roger, *Expertise judiciaire : sanction des irrégularités affectant les opérations d'expertise*, RTD Civ. 2012, p. 771

PUTMAN Emmanuel, Olivier LECLERC, *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, RTD Civ. 2006 p. 427.

ROTH Peter, *Les éléments de fait réunis par le juge : le système anglais*, RIDC vol 50 n°3, juill-sept 1998, p 773-777

SPENCER J.R., *The neutral expert – an implausible bogey*, Crim. L.R. 106 (1991)

SPENCER J.R., *Court experts and expert witnesses : have we a lesson to learn from the French ?*, C.L.P. 1992, 45 (2), 213-236

VERKERK Remme, *Comparative aspects of expert evidence in civil litigation*, International Journal of Evidence and Proof, E.&P. 167 (2009)

ZANDER Michael, *Zander on Woolf*, N.L.J. 2009, 159(7360), 367-368 (disponible sur <https://www.newlawjournal.co.uk/content/zander-woolf> [consulté le 27 août 2018])

ZANDER Michael, *The Woolf Report : forwards or backwards for the new Lord Chancellor ?* C.J.Q. 208 (1997)

## Décisions de jurisprudence

France

Civ. 1<sup>ère</sup>, 22 fev. 1978, n°77-10.109, *Bull. Civ. I*, n°73

Civ 2<sup>ème</sup>, 7 juin 1989, n°87-19.139, NP

CA Versailles (14<sup>e</sup> chambre), 9 avril 1993, Soc. Luxguard c. Soc.. SN Sitracco et autres

Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 dec. 2001, n°00-18.547, *Bull. Civ. I*, 2001 n°313 p. 199

Crim., 12 dec. 2007, n°07-83.228, *Bull. Crim. 2007*, n°309

Ch. Mixte, 28 sept. 2012, n°11-11.381, *Bull. ch mixte*, n°1

## Angleterre

Abbey National Mortgages plc v Key surveyors Nationwide Ltd [1996] 1 WLR 1534

Armstrong and Connor v First York Ltd [2005] EWCA Civ 227, [2005] 1 WLR 2751

Balcombe Group Plc v London Development Agency [2008] EWHC 1392 (Technology and Construction Court)

Barings Plc (in liquidation) v Coopers & Lybrand (2001) Lloyd's Rep. Bank 85, (2001) PNLR 22

Cockburn [2008] 2WLR 1277

Compagnie Financière du Pacifique V. Peruvian Guano Co. [1882] 11 QBD 55

Dallagher [2003] 1 Cr App R 195

Daniels v Walker [2000] 1 WLR 1382

Field v Leeds City Council (2000) 35 HLR 618 CA

Gunning (1994) 98 Cr App R 303

Hardy [2003] E.W.C.A. Crim. 3092

Harmony Shipping Co. SA v. Saudi Europe Line Ltd [1979] 1 W.L.R. 1380

Jones v National Coal Board [1957] 2 QB 55 (62ff)

Libby-Mills v Metropolitan Police commissioner [1995] PIQR 324

Masri v Consolidated Contractors International (UK) Ltd and others (No 4) [2008] EWCA Civ 876 ; [2009] 2 W.L.R. 699

National Grid Electricity Transmission plc v ABB Ltd and others [2013] EWCA Civ 1234

National Justice Compania Naviera SA v Prudential Assurance Co Ltd ; The Ikarian Reefer (No 1) [1993] 2 Lloyd's Rep. 68

Partenreederei M/s 'Heidberg' and Another v Grosvenor Grain and Feed Company Limited and



Others ; [1993] 2 Lloyd's Rep. 324 ; [1993] I.L.Pr. 718.

R. (on the application of Factortame Ltd) v Secretary of State for Transport (N°8) [2002] EWCA Civ 932

Secretary of State for Health v. Servier Laboratories Ltd 2013] EWCA Civ 1234

Wall v. Mutuelle de Poitiers Assurances [2013] EWHC 53 (QB)

Wall v. Mutuelle de Poitiers Assurances [2014] EWCA Civ 138

Webb and Simpson (2000) 23 october, 2000 CL 1544617

## Autres Etats

**Allemagne** : OLG München, 19 févr. 2014

**Australie** : R v Bonython (1984) 38 SASR 45 South Australia Supreme Court

**Etats-Unis** : Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. US District Court for the Southern District of Iowa 482 U.S. 522 (1987)

## Cour Européenne des Droits de l'Homme

Mantovanelli c/ France, 18 mars 1997, req. n°21497/93

Lind c/ Islande, 5 juillet 2007, req. n°31930/04

## Cour de Justice de l'Union Européenne ou des Communautés Européennes

Reichert et Kockler, 26 mars 1992, aff. C-261/90

Van Uden, 17 nov. 1998, aff. C-391/95

Italian Leather SpA c. WECO Postermöbel GmbH & Co, 6 juin 2002, aff. C-80/00

St. Paul Dairy Industries NV c. Unibel Exser BVBA, 28 avril 2005, aff. C-104/03

Lippens, 6 sept. 2012, aff. C-170/11

Prorail c. Xpedys NV et autres, 21 fev. 2013, aff. C-332/11

## Index des termes et traductions utilisées

Admissibility	Admissibilité
Adversarial	Accusatoire
Affidavit	Déclaration écrite dont le contenu est certifié vrai sous serment, et qui peut être produit devant un juge
Application for assistance	Demande de concours
Assessor	Catégorie particulière d'expert anglais ayant pour rôle d'aider la cour à traiter les questions pour lesquelles il a des qualifications et de l'expérience [CPR 35.15 (2)].
Authoritative ruling	Décision faisant autorité
Bias	Parti-pris
Case law	Jurisprudence
Case management	Gestion de l'instance
Civil Procedure rules (CPR)	Codification du droit civile anglais en vigueur
Costs management Order	Ordonnance relative à la maîtrise des dépens et frais d'instance
Costs	Frais d'instance
Court expert	Expert désigné par le juge, par la Cour (expert judiciaire) – expert du tribunal

Cross-examination	Contre-interrogatoire
Disclosure ou Discovery	Obligation faite à chaque partie de communiquer à son adversaire toute pièce se trouvant en sa possession ou sous son contrôle
Distinguishing	Limitation de la portée d'un arrêt à des faits précis, permettant une manière de revirement de jurisprudence
Deliberate partisanship	Partialité délibérée
Examination-in-chief	Première audition d'un témoin en droit anglais
Exclusionary rules	Règles d'exclusion
Expert evidence	Preuve expertale
Expert witness	Expert témoin
Fast track procedure	Procédure accélérée
Hearsay evidence	Preuve par oui-dire
Hostile witness	Témoin hostile
International comity	Courtoisie internationale
Leading case	Décision de principe
Leading questions	Questions tendancieuses
Letter of request	Commission rogatoire
Opinion rule	La règle sur l'irrecevabilité des opinions
Overriding objective	Objectif prépondérant
Own expert	Expert particulier
Party experts	Expert des parties
Relevance	Pertinence

Rule against hearsay	Règle contre le ouï-dire
Selectorial bias	Parti-pris dans la sélection
Single joint expert	Unique expert commun
Solicitor, Barrister	Avocat
Unconscionable	Indéfendable
Unconscious partisanship	Partialité involontaire
Witnesse of facts	Témoin de fait
Weight	Force probante