

Les déroutantes subtilités de l'article 276 du CPC



François Jacob
Premier Vice-président du CNCEJ



Jean-Michel Hocquard
Avocat au barreau de Paris
Spécialiste en droit immobilier
Ancien membre du Conseil de l'ordre
Ancien membre du Conseil national

RÉSUMÉ

La pratique ayant rendu sujettes à contestation les dispositions antérieures de l'article 276, il a été modifié et complété le 28 décembre 2005. La nouvelle rédaction autorise l'expert à fixer un délai et semble l'inviter à se prononcer sur des questions de droit, de décider de faire ou non appel au juge avant de conclure son rapport. Quelles sont en définitive les bonnes pratiques de ce subtil article 276 ? Les deux auteurs apportent une première réponse.



SUMMARY - The perplexing subtleties of Art.276 of the Code of Civil Procedure

Prevailing practice having led to disputes over the interpretation of the former provisions of Art.276, it was amended and expanded on 28 December 2005. The new version authorises experts to set a time limit and appears to ask the expert to rule on some legal issues and decide whether to appeal to the judge before completing his report. So how should this complex Article be applied in practice? The two authors provide some preliminary answers.

1. PETIT RAPPEL HISTORIQUE

Au commencement, l'article 276 (NCP, décret n°75-1123 du 5 décembre 1975) comportait deux attendus ; l'usage s'en est rapidement répandu compte tenu de leur bon sens : « L'expert doit prendre en considération les observations ou réclamations des parties et, lorsqu'elles sont écrites, les joindre à son avis si les parties le demandent. Il doit faire mention dans son avis de la suite qu'il leur aura donnée ». Le cadre était donné et par sa simplicité il fut accepté, tant par le technicien que par les parties. C'est grâce à ces deux alinéas que la soumission de l'expertise au principe de l'égalité des armes et au principe du contradictoire n'a plus fait de difficulté, même si la Cour européenne des droits de l'Homme a condamné la France pour défaut de respect du caractère équitable d'une expertise en application du fameux article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme... L'expert avait oublié d'avertir les parties des jour et heure auxquels il serait procédé à l'expertise par lettre recommandée et les juridictions saisies ensuite d'une demande de nouvelle

« L'expert doit prendre en considération les observations ou réclamations des parties et, lorsqu'elles sont écrites, les joindre à son avis si les parties le demandent. Toutefois... »

(art 276 CPC al 1er, D. du 28/12/2005)

expertise avaient rejeté la requête !¹ Tout cela nous semble très loin aujourd'hui, voire remonter au Moyen-Âge...

2. LA NOUVELLE RÉDACTION DE 276

C'est qu'entre-temps la procédure civile s'est progressivement améliorée, complétée, voire complexifiée, au fil d'un certain nombre de petits « Noël » pour les procéduriers, l'usage étant venu que des décrets modificatifs nous arrivent en fin d'année... C'est ainsi que survint le décret du 28 décembre 2005 et

ses articles 38 (et 87 pour Wallis et Futuna), lesquels ont ajouté trois nouveaux alinéas à l'article 276 qui en comporte désormais quatre, ainsi libellés, le premier étant inchangé : « L'expert doit prendre en considération les observations ou réclamations des parties et, lorsqu'elles sont écrites, les joindre à son avis si les parties le demandent. Toutefois, lorsque l'expert a fixé aux parties un délai pour formuler leurs observations ou réclamations, il n'est pas tenu de prendre en compte celles qui auraient été faites après l'expiration de ce délai, à moins qu'il n'existe une cause grave et dûment justifiée, auquel cas il en fait rapport au juge. Lorsqu'elles sont écrites, les dernières observations ou réclamations des parties doivent rappeler sommairement le contenu de celles qu'elles ont présentées antérieurement. À défaut, elles sont réputées abandonnées par les parties. L'expert doit faire mention, dans son avis, de la suite qu'il aura donnée aux observations ou réclamations présentées. » Un communiqué de la Chancellerie² exposait que « le décret permet à l'expert de remettre son rapport lorsque les parties n'ont pas produit dans les délais les pièces qu'il leur a demandées ou leurs observations. Par ailleurs, afin de faciliter le travail de l'expert, les parties

devront reprendre dans leurs dernières observations écrites celles formulées antérieurement. Ces dispositions permettront d'accélérer le dépôt du rapport d'expertise ».

Ces dispositions avaient donc un triple objectif :

- permettre à l'expert de déposer un rapport même si les parties n'ont pas produit dans les délais les pièces qui étaient demandées ou leurs observations ;
- faciliter le travail de l'expert en reprenant dans le dernier dire les observations formulées antérieurement et lui éviter de remonter ainsi à l'introduction des observations et réclamations ;
- accélérer le dépôt du rapport.

3. PREMIERS COMMENTAIRES

Permettre à l'expert d'aboutir, quand bien même les parties feraient, à dessein ou non, obstruction à l'accomplissement d'une mission judiciaire, ne pose pas de problème en soi. Faciliter le travail de l'expert pour permettre d'accélérer le dépôt du rapport non plus. Reste le problème des dernières observations qui doivent reprendre celles formulées antérieurement. Michel Olivier, docteur en Droit et conseiller honoraire à la Cour de cassation, approuvait totalement cette réforme en rappelant que le nouveau texte entérinait en fait des pratiques très fréquentes en donnant pouvoir à l'expert de décider d'accepter (ou pas), pour les cas les plus simples, une réclamation ou une ob-

Il est vrai que cette notion de dernières observations ou réclamations des parties a fait l'objet de publications malencontreuses.

servation écrite présentée hors délai, après avoir estimé qu'il n'y avait pas un cas grave et/ou qu'il n'en était pas justifié (Gaz. Pal. 22-24/01/2006, p. 42). Le recours au juge n'aurait lieu que dans les cas plus compliqués, le degré de complication étant de l'appréciation de l'expert, source éventuelle de chicanerie, d'où le juge. Ainsi se trouverait simplifiée la procédure à suivre par les experts et une perte de temps inutile, évitée. Quant à la seconde disposition relative à la récapitulation, bien que le mot ne soit pas prononcé, elle doit être, d'après le même

auteur, également hautement approuvée, notamment en ce qu'elle devait diminuer la longueur des expertises au moins pour celles, et elles sont fort nombreuses précisément, où la proximité des parties est très importante et comporte souvent des doubles emplois.

Le Président Zavarro (Président de chambre à la Cour d'appel de Paris) était quant à lui plus réservé³. Il rappelait que les nouvelles dispositions présentaient l'inconvénient de renvoyer la rédaction du rapport à la fin de l'expertise, alors que celle-ci devait se faire au fur et à mesure des réunions de travail. D'après lui, elle permettait aussi à l'expert de passer outre des points techniques qui seraient repris ultérieurement devant le juge qui n'aura plus alors l'aide du technicien pour les résoudre. Car il insistait à cet égard sur le fait que le juge pouvait avoir à nouveau à apprécier ces points car, encore une fois, rien n'interdit aux parties de reprendre devant le juge des points qui n'auraient pas été examinés par le technicien et que les parties n'ont pas estimé nécessaire qu'il le fit ou même qu'elles en aient été déçues de la possibilité de le faire au niveau de l'expertise. Il n'y a pas en effet de lien procédural express entre les opérations d'expertise et la position que les parties tiennent à cette occasion, et la procédure civile ultérieure engagée ou reprise. Il en est ainsi par exemple lorsqu'un dire reçu en retard est simplement annexé au rapport, sans commentaire. L'avocat ne manquera pas de faire ses propres commentaires devant le juge. On a donc voulu encadrer les parties (les avocats), contenir les excès. À tout le moins, on encadre le déroulement de l'expertise. En tout cas, on encadre l'expert.

4. LES OBJECTIFS

C'est qu'entre ces deux textes est intervenu un décret procédural le 28 décembre 1998 qui a institué dans les procédures de représentation obligatoire, c'est-à-dire avec avocat (ou avoués devant les cours), et pas dans les autres, la récapitulation des demandes et arguments à l'occasion des dernières écritures. L'objet de ces quelques lignes n'est pas de critiquer ou d'approuver ces dispositions qui en règle générale se sont avérées assez utiles, au moins pour le travail des avocats, en permettant d'anticiper la préparation de la plaidoirie et du dossier construit à cette occasion, même si certains ont pu regretter dans les affaires à parties multiples, et notamment en



© Experts

construction, d'avoir à réitérer lesdites écritures récapitulatives à plusieurs reprises et donc à multiplier la consommation du papier, critique somme toute assez secondaire, sauf pour les forêts. Bref, l'idée que l'on puisse faire (imposer) la même chose avec les opérations d'expertise a donc paru comme la solution à la lenteur de certaines d'entre elles. Pourtant, cela n'est peut-être pas l'objet des opérations d'expertise et celles-ci ne se prêtent pas forcément facilement à la récapitulation. Imaginer qu'on ait abandonné dans le dernier dire un argument initial alors que celui-ci a été établi et prouvé par l'expert qui l'a déjà évoqué dans ses notes précédentes, et que cet argument a servi d'origine et de piédestal à toute la suite du raisonnement expertal, prouve s'il en était besoin que l'application stricto sensu de la récapitulation n'est pas loin du non-sens en matière d'expertise. Que les demandes soient récapitulées, soit, que les observations que les parties veulent faire valoir et leur argumentation le soient est autre chose. Or sur ce point, le texte est équivoque. Il parle à chacun des trois derniers alinéas des « observations ou réclamations », c'est-à-dire qu'il ne touche pas seulement la demande qu'exprime une partie (réclamations), mais il touche également aux observations de celle-ci.

On exige donc de la récapitulation dans le raisonnement, alors qu'un point peut paraître définitivement acquis et même servir de base à la suite du raisonnement expertal sans pour autant avoir besoin d'être repris ou, à l'inverse, sans pour autant qu'il puisse être définitivement exclu pour ne pas être évoqué dans ledit récapitulatif.

5. SUR LES DÉRIVES ACTUELLES

L'expert pourrait même considérer redondant, et c'est le cas, le dire d'une partie qui rappellerait ce qu'il a déjà accepté dans ses précédentes notes. Préalablement à l'émergence de la notion de dernières observations écrites des parties, il était généralement admis que les experts répondent aux dires au cours du déroulement de la mission, au fur et à mesure de la diffusion de leurs comptes rendus, notes et prérapport, afin que chaque partie connaisse l'exploitation faite par l'expert, au moment où il rédige ses écrits, des dires reçus et ainsi leur influence sur l'orientation de l'expertise à cet instant. Avec la nouvelle rédaction de l'article 276, l'avis le plus répandu chez les experts semble être de considérer les dires reçus avant la fixation du délai pour la présentation des dernières observations pour encadrer comme des pièces et de les exploiter comme telles afin d'avancer des réponses provisoires aux chefs de mission concernés par ces dires. Cette pratique présente l'avantage d'écarter les observations dilatoires ou sans fondement technique pertinent dans le cadre de l'affaire en cours. La réponse de l'expert dans le cours des opérations permet de montrer au conseil et à ses adversaires, parties conseillées ou non comme aux conseils des autres parties, qu'il est inutile de rappeler, même sommairement, des observations inappropriées.

En tout état de cause, cette pratique qui qualifie de dire récapitulatif ce que le législateur a appelé les dernières observations des parties plonge l'expert dans quelques abîmes de perplexité face aux dérives qu'elle a déjà entraînées dont on ne citera ici que les plus courantes : « *Sur tel sujet, l'expert lira mon Dire en date du... et y répondra* ». Ce n'est pas un rappel sommaire, c'est le renvoi pur et simple vers un dire auquel l'expert a déjà répondu, par un compte rendu, par une note aux parties ou par le prérapport. L'expert n'a ainsi pas à répondre dans la mesure où il l'a déjà fait. « *L'expert trouvera mon dire récapitulatif* », lequel n'est que la compilation et l'empilement des dires antérieurs, sans considération pour les réponses déjà apportées. Conséquences immédiates, l'obligation pour l'expert de répondre deux fois et un accroissement du nombre de photocopies. « *L'expert trouvera mon Dire récapitulatif n° 1* ». Quinze jours plus tard : « *L'expert trouvera mon Dire récapitulatif n° 2* ». Puis, trois mois plus tard : « *L'expert trouvera mon Dire récapitulatif n° 3* ». Et ainsi de suite. Chaque expédition n'est que la compilation et l'empilement des dires antérieurs,

sans considération pour les réponses déjà apportées. Pour en être certain, l'expert va devoir examiner en détail chaque communication, ce qui se traduit par du temps et une augmentation du coût de l'expertise, qui sera d'ailleurs parfois reproché à l'expert par l'avocat qui a lui-même inondé le technicien d'écrits superflus. Les dernières réclamations ou observations des parties n'étant considérées que comme des dires récapitulatifs, chacun attend la date fixée par l'expert pour adresser les siennes, dans le but évident de ne pas fournir aux adversaires des occasions de répliquer à temps. Ce qui ouvre la porte à la contestation pour cause de manque de temps et place l'expert dans l'obligation d'apprécier l'intérêt de solliciter une prolongation de délai, alors que seul le juge maîtrise de droit la fixation du délai. On retrouve ici la critique formulée plus haut.

Il y a toujours les malades du « dernier mot »... il y a un moment où il faut clôturer. Une date doit être mise en œuvre : Après celle-ci, « ce n'est plus l'heure ».

Il est vrai que cette notion de dernières observations ou réclamations des parties a fait l'objet de publications malencontreuses. Ceux qui l'ont lue se souviennent d'une communication dans le *Moniteur du bâtiment* et des travaux publics d'une des responsables d'un ordre d'avocats du Sud-Est qui écrivait que les conseils avaient maintenant l'obligation d'adresser à l'expert la compilation de l'ensemble des dires antérieurs au terme du délai fixé par lui et de réclamer des réponses détaillées. Il est vrai également que le rédacteur du communiqué de la Chancellerie déjà cité, écrivait : « *Afin de faciliter le travail de l'expert, les parties devront reprendre dans leurs dernières observations écrites celles formulées antérieurement* ». L'ambiguïté porte sur la signification du terme « reprendre ». Certes, on peut lire ensuite : « *Ces dispositions permettront d'accélérer le dépôt du rapport d'expertise* », ce qui permet d'estimer que le rédacteur visait (ou espérait) un résumé clair et synthétique des dires antérieurs. La récapitulation ne doit pas être considérée comme une sanction ainsi que semble le rappeler la Semaine juridique⁴, en justifiant le

par le fait que les parties ne doivent pas retarder abusivement le cours de l'expertise en formulant des observations par touches successives qui obligeraient l'expert à reconstruire le dernier état de leurs argumentations. Il y est dit que l'expert bénéficie donc de la même aide que le juge car les parties devront rappeler sommairement le contenu de leurs observations ou réclamations antérieures sous peine de les voir réputées abandonnées. Si cela est vrai pour la réclamation, pour la demande, pour l'objet, cela ne l'est pas forcément ainsi qu'exposé ci-dessus pour les observations. Cela est d'autant plus nécessaire que le même ouvrage rappelle que si l'expert n'est pas tenu de prendre en compte les observations, il ne lui en est pas fait interdiction ; bien évidemment il ne peut pas y avoir deux poids deux mesures, ce qui n'est pas interdit est forcément autorisé, indépendamment de l'appréciation de la cause grave ou dûment justifiée.

Il apparaît donc que l'on a voulu appliquer à l'expert une disposition qui peut se justifier pour le juge mais pas forcément dans le cadre de la vérification des faits et de la technique, c'est-à-dire de l'expertise. Comme souvent en la matière le bon sens doit suppléer à l'obscurité de certaines dispositions des textes. L'expert en général, qui est un technicien, qui pratique donc naturellement une science forcément plus exacte que le droit, peut se trouver perturbé à vouloir concilier ce qui est presque inconciliable.

6. QUELQUES RAPPELS, DÉFINITIONS ET PRINCIPES

Le dire, c'est l'expression écrite (un comble) d'une ou plusieurs observations ou réclamations. Mais le dire peut être purement verbal, ce qui est sa présentation originale lors d'un rendez-vous, et il peut être écrit quand on rappelle que le document en cause doit être considéré comme un dire. Le dire devient Dire, c'est un mutant au sens procédural, quand il est exprimé officiellement, avec communication à toutes les parties en cause ; c'est donc certainement un écrit destiné à exposer, à soutenir, la prétention d'un plaideur : « *... je prétends à quelque chose, la demande... ou je prétends que mon observation va dans le sens de ma demande, c'est une partie de l'argumentaire.* » La réclamation, c'est donc ce que l'on réclame, c'est la demande, les dommages, le préjudice, la constatation d'un fait. Les observations, c'est ce que l'on observe, mais c'est aussi

une remarque qui cherche, soit à appuyer une demande, une réclamation, soit à s'opposer à celle-ci, c'est ce que l'on fait observer. La définition donnée par l'Académie de la réclamation a pour but d'éviter l'emploi de tous les autres termes proches, à savoir, demandes, pétitions, plaintes, récriminations, requêtes, revendications ; mais le fait de réclamer c'est bien de s'adresser à quelqu'un qui a une autorité à cet effet pour se voir reconnaître l'existence d'un droit.

L'expert n'est certes pas une autorité, encore qu'il ait nécessairement quelque autorité en ces matières, mais il y est assimilé (à l'autorité) puisqu'il constitue une délégation technique de l'autorité judiciaire et aussi une assistance à la conservation des preuves, toujours en matière judiciaire. C'est à l'expert, à sa liberté intellectuelle et à son bon sens, de faire le tri, d'apprécier ce que lui demandent les parties dans la mission que lui a confiée la juridiction saisie et d'y répondre, de donner un avis contraire : c'est la liberté de l'expert. Ne pas prendre connaissance des observations et des pièces des parties, c'est orienter l'expertise, voire vicier celle-ci. L'expert n'est pas pour autant un dépotier des documents ni des idées ; le tout doit être ordonné. L'expert peut très bien, prenant acte d'une communication de pièces, demander à l'avocat ou à la partie ce qu'elle entend en faire.

7. CONCLUSIONS... PROVISOIRES SUR LE DÉLAI


La réponse aux conclusions récapitulatives dans la procédure civile, c'est le jugement. Par homothétie, la réponse au dire récapitulatif, c'est le rapport. Le dire récapitulatif doit donc intervenir après la note de synthèse, c'est-à-dire après que l'expert ait fait part de son premier avis sur la situation et que les parties aient voulu lui faire part d'ultimes observations, soit pour appuyer cet avis, soit pour le démonter, soit pour faire changer d'avis l'expert, ce qui peut ne pas être exclu, au moins intellectuellement. Le dire récapitulatif n'est pourtant pas une fin en soi. Le dernier dire déposé par une partie est censé être récapitulatif ; si après la note de synthèse il n'y a pas d'autres dires, c'est le dire précédent à la note de synthèse qui sert de récapitulation. Certes, il y a toujours les malades du dernier « mot ». Pourtant les experts savent répondre à cette pathologie en énonçant les dernières interventions des parties et en précisant y avoir déjà répondu, soit dans une note de synthèse, soit dans des explications antérieures, le tout

étant regroupé dans le rapport. Il est clair qu'il y a un moment où il faut clôturer. Il y a donc une date qui doit être mise en œuvre. Après cette date « c'est plus l'heure ». Il faut se conformer à cette affirmation de bon sens. En effet, la formulation confère à l'expert une fonction d'appréciation judiciaire, or ce domaine lui est strictement interdit. Si l'expert « *n'est pas tenu de prendre en compte celles qui auraient été faites après l'expiration de ce délai* », cela veut dire que l'expert va décider si l'argumentation faite hors des délais présente ou non un intérêt dans la solution du conflit. S'il se hasarde dans cette voie périlleuse, les adversaires de la partie qui aura réussi à persuader l'expert

Des causes graves et dûment justifiées, il y en a finalement assez peu. Rappelons-nous la définition de la force majeure : l'imprévisible et l'irrésistible. L'expert peut donc apprécier et, s'il a un doute, il peut en référer au juge.

qu'il fallait prendre en considération une réclamation ou observation tardive vont exiger à leur tour que les leurs figurent au rapport. La situation deviendra inextricable et le délai non maîtrisable. On en reviendra à la situation d'il y a quelques années. La seule solution pour l'expert d'y échapper, c'est de s'en tenir au délai qu'il aura fixé et de ne pas considérer tout ce qui lui aura été adressé ensuite, cachet de la Poste, ou du porteur de pli, faisant foi.

8. CONCLUSIONS PROVISOIRES SUR LA CAUSE GRAVE ET DÛMENT JUSTIFIÉE

Des causes graves et dûment justifiées, il y en a finalement assez peu. Rappelons-nous la définition de la force majeure : l'imprévisible et l'irrésistible. L'expert peut donc apprécier et, s'il a un doute, il peut en référer au juge. C'est quand même à l'expert d'apprécier ce que constitue une scorie dans le déroulement de sa propre opération d'expertise dont il a la maîtrise : il ne peut pas, semble-t-il, à tout bout de champ, s'en retourner voir le juge. C'est certes vrai, mais ici, plus en-
 core que dans le cas de l'inobser-
vation du délai, on

demande à l'expert de juger. Et plutôt deux fois qu'une : qu'est-ce qu'une cause grave ? Comment apprécier la validité d'une justification ? Si l'on veut bien considérer que les parties ont l'obligation de communiquer dans les meilleurs délais leurs pièces à l'expert, on voit difficilement pourquoi des pièces et des explications ne pourraient être produites que quelques heures avant le terme fixé, et, dans cette logique chronologique, après le délai fixé. La production tardive ne serait certes pas ainsi une cause grave, encore moins justifiée.

S'il semble patent que ce n'est pas à l'expert d'apprécier la gravité et la validité d'une cause, il semble tout aussi évident que ce doit être à la partie qui y estime y avoir intérêt de présenter au juge une requête afin qu'une ordonnance de prolongation de délai de l'expertise soit rendue en temps utile. Pas plus qu'il n'a à juger, l'expert n'a à devenir le secrétaire particulier de quelque partie que ce soit dès lors qu'il s'agit de modifier le délai de l'expertise pour des raisons qui ne sont pas de la responsabilité de l'expert. Le juge reste le recours en cas limite, ou si l'appréciation de l'expert est contestée. En tout cas, si le délai fixé par l'expert dépasse le délai fixé par le tribunal, il appartient effectivement à l'expert, qui lui seul peut lui en faire rapport, d'aller voir le juge pour lui expliquer pourquoi il en est là et pourquoi il a besoin d'une prorogation de délai. Encore faut-il, comme on vient de le voir plus haut, que l'expert prenne ses responsabilités et ne se réfugie pas sans cesse derrière le juge.

9. ET SUR LA VALIDITÉ

Reste qu'un rapport déposé après une prorogation de délai garde toute sa validité, d'où la relativité de la règle procédurale en matière d'expertise. Le rapport n'est pas nul, sauf à prouver un grief, conformément à toute nullité de procédure des articles 112 à 114 du CPC ; en outre l'expertise ne relève pas du régime des caducités. Finalement, le cadre du procès équitable et de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme sied parfaitement, par son bon sens général, aux opérations d'expertise. ■

Notes

1. À titre historique : J.P. Marguénaud, Le Droit à « l'expertise équitable » : D. 2000 p. 111 - L. Mélenec, Convocation des médecins-conseils aux opérations d'expertises et respect du caractère contradictoire : Gaz. Pal. 26-27 juill. 2002, P. 40.
2. Gazette du Palais du 12 janvier 2006, p. 36.
3. Annales des loyers juillet 2006 n° 7 p. 1155 et suivantes.
4. édition générale n° 24 du 14 juin 2006, page 13.