

ASDA | SVLR

ASSOCIATION SUISSE DE DROIT AERIEN ET SPATIAL
SCHWEIZERISCHE VEREINIGUNG FÜR LUFT- UND RAUMRECHT

BULLETIN

**Schweizer
Fachzeitschrift
für Luft- und
Weltraumrecht**

**2014
Nr. 146**

L'établissement des faits de la responsabilité civile aérienne sous l'empire des nouvelles règles en matière d'enquête de sécurité: les apports de l'expertise judiciaire hors procès

LAURENT CHASSOT*

Les questions de responsabilité civile soulevées par les accidents aériens sont complexes, non seulement d'un point de vue juridique, mais également sous l'angle factuel, en raison de la grande technicité des faits en cause. La répartition des responsabilités entre les différents protagonistes n'est possible qu'une fois les causes de l'accident établies. Celles-ci consistent la plupart du temps dans une interaction de facteurs à la fois humains, techniques et météorologiques, dont l'analyse est affaire de spécialistes.

Si, en vertu des règles de l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI) et de leur mise en œuvre aux plans européen et national, tout accident aérien ou incident grave fait l'objet d'une «enquête de sécurité», les investigations menées à cette fin ont en principe pour seule vocation d'établir les causes de l'accident, dans le but d'en prévenir d'autres¹. En pratique cependant, l'enquête de sécurité et le rapport auquel elle aboutit servent aussi à établir le fondement factuel des actions en responsabilité ou négociations transactionnelles entre les parties concernées. En Suisse, de longue date, l'établissement des faits d'un accident aérien a été abandonné à l'enquête de sécurité, les procédures civiles, pénales et administratives qui s'y rapportent se fondant dans une très large mesure sur les constats et conclusions opérés par celle-ci². Cette fonction a sans doute été favorisée par une réglementation faisant la part belle, dans l'enquête de sécurité, aux intéressés, lesquels s'y voyaient reconnaître la qualité de parties et les droits afférents.

De récentes modifications, en Suisse, de la réglementation encadrant l'enquête de sécurité pourraient toutefois remettre en question l'exploitation à des fins indemnitaires de l'enquête. Le présent article se propose de faire le point de ces amendements, d'analyser leur incidence sur l'établissement des faits de la responsabilité civile aérienne, et

* Docteur en droit, avocat à Genève, LL.M. (air & space law McGill).

¹ Annex 13 to the Convention on International Civil Aviation, Aircraft Accident and Incident Investigation, 10^e éd., juillet 2010, norme 3.1: «The sole objective of the investigation of an accident or incident shall be the prevention of accidents and incidents. It is not the purpose of this activity to apportion blame or liability.»

² KURT LIER, Die neue Verordnung über die Flugunfalluntersuchung (VFU), in Bulletin ASDA-SVLR 1980(3), p. 3 ss, p. 6: «Die Flugunfalluntersuchung dient somit, ohne dass es bisher irgendwo ausdrücklich gesagt wurde, auch einem andern Zweck als demjenigen der Unfallverhütung. Sie stellt die fachlichen Grundlagen für andere Verwaltungs- und Gerichtsverfahren zur Verfügung.»

d'évoquer de nouvelles approches à cet effet, complémentaires ou alternatives. Il se penche en particulier sur la possibilité, les modalités et l'opportunité du recours, dans ce contexte, à l'expertise judiciaire par voie de preuve à futur (art. 158 et 183 ss du Code de procédure civile, CPC)³, à l'image d'une pratique courante chez nos voisins français.

A. Les récentes révisions de la réglementation en matière d'enquête de sécurité

À l'instar des autres matières du droit aérien, la réglementation encadrant l'enquête de sécurité s'échelonne en Suisse sur trois niveaux:

– **Le droit international.** Partie à la Convention de Chicago⁴, la Suisse est liée par l'Annexe 13 OACI⁵, laquelle contient les normes et pratiques recommandées régissant l'enquête sur les accidents et incidents d'aéronefs. Cependant, faisant usage de la faculté offerte par l'art. 38 de la Convention de Chicago, la Suisse a notifié une différence à la norme 5.12 de l'Annexe 13. Cette norme pose le principe qu'un certain nombre de données réunies durant l'enquête, telles qu'enregistrements des conversations dans le cockpit, déclarations de témoins, ou informations médicales, ne doivent pas être communiquées à d'autres fins que celles de l'enquête de sécurité, à moins que l'autorité chargée de l'administration de la justice dans ledit État ne détermine que leur divulgation importe plus que les incidences négatives que cette mesure risque d'avoir, au niveau national et international, sur l'enquête ou sur toute enquête ultérieure. En dérogation à cette règle, la Suisse a déclaré que, conformément à son droit interne, tous les documents de l'enquête doivent pouvoir être mis à la disposition des autorités judiciaires et aéronautiques, sans condition⁶.

– **Le droit européen.** En vertu de l'Accord entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur le transport aérien (Accord sectoriel aérien)⁷, la Suisse a repris à son compte la quasi-totalité de l'acquis de l'Union européenne (UE) en matière de droit aérien. Parmi les textes adoptés dans l'annexe à l'Accord, figurait originellement la directive n° 94/56 régissant les enquêtes sur les accidents et les incidents dans l'aviation civile⁸. Ce texte a été abrogé et remplacé par le règlement

³ Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272.

⁴ Convention du 7 décembre 1944 relative à l'aviation civile internationale, RS 0.748.0.

⁵ Voir *supra* note 1.

⁶ Supplement to Annex 13 – Aircraft Accident and Incident Investigation, 10^e éd., juillet 2010: «*Swiss legislation requires that all documents be made available to judicial authorities and aviation authorities.*».

⁷ Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur le transport aérien, RS 0.748.127.192.68.

⁸ Directive n° 94/56/CE du Conseil du 21 décembre 1994 établissant les principes fondamentaux régissant les enquêtes sur les accidents et les incidents dans l'aviation civile, JO L 319 du 12.12.1994, p. 14 ss.

n° 996/2010⁹, lequel a été repris par la Suisse avec effet au 1^{er} février 2012¹⁰. Les changements opérés par le règlement seront exposés plus loin.

– **Le droit national.** Les sources internationales et européennes ne traitent pas ou peu des aspects institutionnels et procéduraux de l'enquête de sécurité. Ces questions ressortissent dès lors au droit interne des États parties ou membres. En Suisse, la loi sur l'aviation (LA)¹¹, à ses art. 22 ss, contient quelques dispositions traitant des «Accidents d'aviation et incidents graves», dont les plus notables jettent les bases légales régissant le service compétent en matière d'enquête (art. 25 LA), la procédure applicable à celle-ci (art. 26 LA), ainsi que le sort des frais occasionnés par l'enquête (art. 26a LA). La loi est complétée par deux ordonnances, lesquelles contiennent l'essentiel de la réglementation en la matière: l'ordonnance sur l'organisation du Service d'enquête suisse sur les accidents (Org SESA)¹², qui, comme son nom l'indique, régit l'organisation du service chargé de l'enquête, le Service d'enquête suisse sur les accidents (SESA), et l'ordonnance relative aux enquêtes sur les accidents d'aviation et sur les incidents graves (OEAA)¹³, laquelle règle la procédure d'enquête.

En 2011, la législation suisse gouvernant l'enquête sur les accidents et incidents graves d'aéronefs a subi une importante révision (*infra* A.1.). Il s'agira également ci-après de présenter les changements résultant de l'adoption par la Suisse, en 2012, du règlement européen n° 996/2010 (*infra* A.2.). Si une nouvelle refonte des ordonnances en la matière est d'ores et déjà annoncée à l'horizon 2015 ou 2016, en particulier dans le but d'harmoniser les dispositions du droit national avec celles du règlement européen précité, la teneur de ces changements n'a pour l'heure pas encore été rendue publique. Elle n'a dès lors pas pu être prise en considération dans le présent article.

⁹ Règlement (UE) n° 996/2010 du Parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2010 sur les enquêtes et la prévention des accidents et des incidents et abrogeant la directive 94/56/CE, JO L 295 du 12.11.2010, p. 35 ss.

¹⁰ Décision n° 1/2012 du comité mixte des transports aériens Union européenne/Suisse institué en vertu de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur le transport aérien du 10 mai 2012 remplaçant l'annexe de l'accord entre la Communauté européenne et la Confédération suisse sur le transport aérien, JO L 128 du 16.5.2012, p. 14 ss.

¹¹ Loi fédérale du 21 décembre 1948 sur l'aviation, RS 748.0.

¹² Ordonnance du 23 mars 2011 sur l'organisation du Service d'enquête suisse sur les accidents, RS 172.217.3.

¹³ Ordonnance du 23 novembre 1994 relative aux enquêtes sur les accidents d'aviation et sur les incidents graves, RS 748.126.3.

1. La révision de la législation suisse en matière d'enquête sur les accidents d'aviation et les incidents graves

Dans le cadre d'une révision générale de la loi sur l'aviation survenue en octobre 2010¹⁴, le Parlement a apporté différentes modifications aux dispositions légales régissant l'enquête sur les accidents d'aviation et les incidents graves (art. 22 ss LA). Dans la foulée, le Conseil fédéral a amendé l'OEAA¹⁵ et adopté la nouvelle ordonnance Org SESA mentionnée plus haut.

Faisant suite notamment aux recommandations du Rapport NLR¹⁶, les nouvelles dispositions – qui sont entrées en vigueur le 1^{er} novembre 2011¹⁷ – consacrent pour l'essentiel trois innovations à mentionner dans le contexte du présent article:

– **La fusion des organismes d'enquête sur les accidents d'aviation et dans les autres modes de transport.** Aux termes de l'art. 25 LA révisé, le Conseil fédéral institue un service d'enquête, indépendant des autorités administratives (de l'OFAC en particulier), et qui est rattaché au Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC). Le Conseil fédéral est en outre habilité à regrouper cet organe et «le service d'enquête visé à l'art. 15a de la loi fédérale du 20 décembre 1957 sur les chemins de fer»¹⁸. Il s'agissait, avant la révision, du Service d'enquête sur les accidents des transports publics (SEA), dont les compétences s'étendaient, comme son nom l'indique, outre au chemin de fer, à d'autres modes de transport¹⁹. Le Conseil fédéral a fait usage de cette faculté pour établir le Service d'enquête suisse sur les accidents (SESA), qui est désormais chargé d'enquêter sur les accidents survenant dans tous ces moyens de transport (art. 1 Org SESA) et supprime ainsi le Bureau d'enquête sur les acci-

¹⁴ Opérée par la loi fédérale du 1^{er} octobre 2010, RO 2011 1119. Il s'agit de la première étape d'un chantier législatif portant sur la révision, en trois étapes, de la loi sur l'aviation, afin de concrétiser les principes directeurs énoncés par le Rapport du 10 décembre 2004 sur la politique aéronautique de la Suisse, FF 2005 1655. Voir Message du Conseil fédéral du 20 mai 2009 relatif à la révision partielle 1 de la loi sur l'aviation, FF 2009 4405, n° 1.1.1.

¹⁵ Par ordonnance du 23 mars 2011, RO 2011 4579.

¹⁶ National Aerospace Laboratory (NLR), Aviation safety management in Switzerland, Recovering from the myth of perfection, 2003. Le rapport NLR a été commandé par le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC), à la suite d'une série des graves accidents aériens survenus entre la fin des années 1990 et le début des années 2000, dans le but d'évaluer le niveau de sécurité de l'aviation en Suisse.

¹⁷ Ordonnance du 12 octobre 2011 portant première mise en vigueur partielle de la modification du 1^{er} octobre 2010 de la loi fédérale sur l'aviation et mise en vigueur d'autres ordonnances relatives aux enquêtes sur les accidents, RO 2011 4573.

¹⁸ LCdF, RS 742.102.

¹⁹ Voir l'art. 95 LCdF et l'art. 1 de l'ordonnance sur les déclarations et les enquêtes en cas d'accident ou d'incident grave survenant lors de l'exploitation des transports publics (OEATP), RS 742.161. Outre les chemins de fer, les moyens de transport suivants sont visés : les entreprises de navigation bénéficiant d'une concession fédérale, les entreprises d'automobiles et de trolleybus bénéficiant d'une concession fédérale, les entreprises de transport par câbles bénéficiant d'une concession fédérale ou les voies de raccordement.

dents d'aviation (BEAA) et le SEA. Si les bénéfices d'un tel regroupement n'apparaissent pas d'emblée évidents, le Conseil fédéral invoque à l'appui de cette option l'exploitation de synergies et la promotion de la transparence (*sic*)²⁰. L'ordonnance sur l'organisation du SESA nous apprend que celui-ci se décompose en une direction et un secrétariat (art. 2 Org SESA), la direction – formée de trois à cinq membres – revêtant le statut de commission extraparlamentaire (art. 3 Org SESA). Outre des attributions de gouvernance, il appartient en particulier à la direction du SESA d'approuver les rapports d'enquête (art. 3 al. 3 Org SESA). L'enquête proprement dite est confiée à un ou plusieurs enquêteurs (art. 13 al. 1 OEAA). Le secrétariat assume quant à lui la gestion administrative du SESA (art. 4 Org SESA). En dépit du regroupement souhaité par le législateur et ordonné par le Conseil fédéral, deux entités subsistent dans les faits, dotées d'un personnel et de sites propres²¹, perpétuant les champs d'activité distincts des BEAA et SEA: le «domaine aviation» et le «domaine transports publics» du SESA.

– La suppression de la procédure de réexamen du rapport d'enquête et de la Commission fédérale sur les accidents d'aviation (CFAA). Avant leur révision en 2011, les art. 26 aLA et 22 aOEAA permettaient à quiconque justifiait d'un intérêt aux résultats de l'enquête, ainsi qu'à l'Office fédéral de l'aviation civile, de demander le réexamen du rapport d'enquête par une autorité de «recours», la CFAA. Saisie d'une telle demande, la CFAA contrôlait ainsi que le rapport établi par le BEAA fût «complet et concluant». En pratique, il était ainsi fréquent que des exploitants d'aéronefs ou des pilotes demandent le réexamen d'un rapport dont ils percevaient la formulation, contestée, comme néfaste à leurs intérêts, notamment dans la perspective d'éventuelles procédures pénales, civiles ou administratives.

La révision entrée en vigueur à la fin de l'année 2011 a supprimé cette voie de recours et, par conséquent, également dissous la CFAA. Le Conseil fédéral, se fondant sur le Rapport NLR²², justifie la mesure en ces termes:

«La voie de recours prévue à l'art. 26 LA valentit en effet la procédure et elle prive en partie les enquêtes de leur effet préventif. Elle va en outre à l'encontre des pratiques recommandées de l'OACI.»²³

Pour compenser cette suppression, la révision a introduit, à l'art. 19 al. 2 OEAA, une procédure de mise en consultation du projet de rapport d'enquête final auprès des différentes personnes, entités et autorités concernées. En réalité, il n'y a aucune nouveauté sur ce point, puisque l'ancien BEAA procédait déjà à de telles consultations, lesquelles reposent cependant aujourd'hui sur une base légale claire. On notera que la

²⁰ Message du Conseil fédéral du 20 mai 2009, *op. cit.* note 14, n° 1.2.4: «Le regroupement des deux services d'enquête doit permettre d'exploiter les synergies, de promouvoir la transparence (par ex. en instaurant un système unique d'annonce) et de prendre en compte l'évolution du contexte international.»

²¹ Le SESA domaine aviation a repris les locaux anciennement occupés par le BEAA sur l'aérodrome de Payerne (VD).

²² Voir Rapport NLR, *op. cit.* note 16, p. 191 ss.

²³ Message du Conseil fédéral du 20 mai 2009, *op. cit.* note 14, n° 1.2.4.

liste des participants à la consultation énoncée par l'art. 19 al. 2 OEAA omet de mentionner l'exploitant de l'aéronef. Il s'agit à l'évidence d'une inadvertance, en d'autres termes d'une lacune, qu'il convient de combler en invitant également l'exploitant à se déterminer sur le projet de rapport, ce qui correspond d'ailleurs à la pratique du SESA²⁴.

– **La suppression du droit à l'obtention de compléments d'enquête.** Diverses raisons peuvent conduire les personnes ou entités impliquées dans un accident d'aviation à formuler des demandes en complément d'enquête. Dans la perspective du présent article, il s'agira plus particulièrement des mesures propres à élucider certaines circonstances influant sur la responsabilité. Avant la révision de 2011, l'art. 16 aOEAA, intitulé «Demandes de mesures d'enquête», prévoyait le droit de requérir des mesures d'enquête, qu'il subordonnait aux conditions suivantes:

«[...] toute personne qui rend plausible l'existence d'un intérêt juridique à l'issue de l'enquête [peut] demander au bureau que des mesures complémentaires soient prises. Celui-ci peut opposer un refus, notamment lorsque la mesure demandée:

a. ne contribuerait probablement pas de manière essentielle à atteindre l'objectif de l'enquête;

b. occasionnerait vraisemblablement des frais qui seraient disproportionnés par rapport au résultat attendu et qui ne seraient pas pris en charge par le requérant.»

La voie du recours devant la CFAA était ouverte en cas de refus du BEAA de donner suite à une telle demande (art. 16 al. 2 aOEAA).

À la suite de la révision de 2011, l'art. 16 OEAA présente désormais, sous l'intitulé «Traitement des requêtes formulées par des personnes et des services concernés», la teneur suivante:

«¹Le SESA tient compte des requêtes formulées par des personnes et services concernés proposant des mesures d'enquête spécifiques, et concrétise au besoin ces dernières.

²Aucune prétention ne peut être émise concernant des mesures d'enquête spécifiques.»

Si le SESA est de la sorte tenu de prendre en considération les requêtes tendant à l'exécution de mesures d'enquête, cette obligation ne confère pas pour autant au requérant un droit subjectif à l'obtention de telles mesures. Ainsi, une décision de refus du SESA sera-t-elle sans appel. Dans l'hypothèse où le SESA ignorerait purement et simplement une demande, le requérant conservera toutefois la faculté de dénoncer à l'autorité de surveillance une violation de l'art. 16 OEAA (art. 71 de la loi fédérale sur la procédure administrative, PA²⁵). L'autorité de surveillance compétente devrait en l'occurrence être la direction du SESA, puisqu'il in-

²⁴ On notera en outre que la pratique recommandée n° 6.3.1 de l'Annexe 13 OACI prévoit expressément la consultation de l'exploitant de l'aéronef, de même que l'art. 16 par. 4 du règlement n° 996/2010.

²⁵ Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative, RS 172.021.

combe au secrétariat du SESA de se prononcer sur les demandes formées en application de l'art. 16 OEAA et à la direction de surveiller celui-ci (art. 4 let. d en relation avec art. 3 al. 4 let. f Org SESA).

2. L'adoption par la Suisse du règlement (UE) n° 996/2010 – présentation de ce règlement

Ainsi qu'évoqué plus haut, en 2010, l'UE a adopté un règlement n° 996/2010 remplaçant la directive n° 94/56 en matière d'enquête sur les accidents et incidents graves d'aviation. Ce texte a été repris par la Suisse dans le cadre de l'Accord sectoriel aérien, avec effet au 1^{er} février 2012²⁶. Contrairement à la directive n° 94/56 et conformément à sa nature juridique, le règlement n° 996/2010 est d'effet direct. C'est-à-dire qu'il ne nécessite en principe pas l'adoption d'une législation d'exécution par les États membres pour déployer ses effets (art. 288 par. 2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne²⁷). Ce principe vaut également dans le contexte de la reprise du règlement par la Suisse²⁸. Cela étant, certaines dispositions du règlement renvoient au droit interne, afin d'être précisées. Nous verrons que, faute des adaptations nécessaires, le droit suisse présente sur certains points une articulation défailante avec le règlement.

Deux constats, au niveau européen, ont présidé à l'adoption du règlement n° 996/2010:

– **L'évolution de l'UE et de l'aviation.** Depuis l'entrée en vigueur de la directive de 1994, l'UE a connu un élargissement avec l'adhésion de plusieurs nouveaux États membres, dont il est résulté un accroissement des disparités existant entre États en matière de capacités d'investigation. Ce phénomène a été amplifié par un fort développement de l'aviation, allant de pair avec une complexification à la fois opérationnelle et technique. Dès lors, si les autorités responsables des enquêtes de sécurité de certains États membres étaient en mesure d'accompagner le mouvement, d'autres ne disposaient ni de la capacité, ni des compétences requises pour faire face à une telle évolution. Aussi, une mise en commun des moyens disponibles, à tout le moins une coordination de ceux-ci, apparaissait-elle nécessaire. Par ailleurs, l'UE assumait des responsabilités toujours plus importantes en matière de sécurité aérienne: la plupart des bases légales pertinentes étaient désormais unifiées au plan européen et l'Agence européenne de sécurité aérienne (AESA) jouait un rôle primordial en ce domaine. Le nouveau règlement devait tenir compte de cette évolution à la fois institutionnelle, factuelle et législative²⁹.

²⁶ Décision n° 1/2012 du comité mixte des transports aériens Union européenne/Suisse, *op. cit.* note 10.

²⁷ Version consolidée 2012, JO C 326 du 26.10.2012, p. 47 ss.

²⁸ URS HALDIMANN, *Das Europäische Luftverkehrsrecht*, in *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht*, Band IV Verkehrsrecht, Bâle 2008, p. 412 ss, n° 47.

²⁹ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur les enquêtes et la prévention des accidents et des incidents dans l'aviation civile, COM(2009) 611 final, p. 3.

– **L’interférence des autorités judiciaires dans certaines enquêtes de sécurité.** Plusieurs cas d’interférence des autorités judiciaires pénales dans les enquêtes techniques relatives à des accidents d’avion avaient alarmé les milieux aéronautiques. Ainsi, lors de l’accident du Concorde au décollage de Roissy, en 2000, avait-on vu les autorités judiciaires françaises saisir des éléments de l’épave, avant même que le Bureau d’Enquêtes et d’Analyses (BEA) n’ait pu y accéder. L’enquête de sécurité avait été bloquée jusqu’à la levée des séquestres³⁰. En outre, l’Italie semblait avoir érigé en principe la prééminence de l’enquête judiciaire sur l’enquête technique, comme l’avait démontré la saisie par la justice pénale des enregistreurs de vol après plusieurs accidents³¹. Or, de telles interférences perturbent la mission de l’enquête de sécurité, laquelle devrait pouvoir livrer au plus vite des conclusions complètes sur les causes de l’accident et formuler d’éventuelles recommandations de sécurité. Partant de ce constat, le règlement entendait poser des principes régissant la coordination des enquêtes judiciaires et de sécurité lors d’accidents aériens³².

On évoquera ici deux aspects des dispositions introduites par le règlement n° 996/2010:

– **Le renforcement des prérogatives de l’enquête de sécurité vis-à-vis des procédures judiciaires (art. 11 et 12).** L’art. 11 du règlement garantit à l’enquêteur la possibilité de mener son enquête et de prendre les «mesures nécessaires» à cet effet sans entrave de la part d’une enquête judiciaire. Il peut en particulier «accéder immédiatement, librement et sans entrave au site de l’accident ou de l’incident, ainsi qu’à l’aéronef, à son contenu ou à son épave» et aux enregistreurs de bord, dont il est précisé qu’il a «le contrôle». Cette disposition, qui ne consacre rien de moins que la primauté de l’enquête technique sur les procédures judiciaires³³, se veut une réponse aux interférences, relevées dans plusieurs pays et mentionnées plus haut, des autorités judiciaires avec l’enquête technique. Cette primauté se voit toutefois tempérée par une exigence de proportionnalité («les mesures nécessaires»). En outre, sou-

³⁰ DAVID LEARMOUNT, In Focus: Europe attempts to balance accident investigation with judicial imperatives, *in* Flightglobal (<http://www.flightglobal.com/>), 31 juillet 2012, p. «<http://www.flightglobal.com/news/articles/in-focus-europe-attempts-to-balance-accident-investigation-with-judicial-imperatives-374593/>»); sur, en général, la relation entre l’enquête criminelle et l’enquête de sécurité en France, voir SIMON FOREMAN, Aviation Accidents and the French Courts, *in* The Air & Space Lawyer 2005 vol. 20 n° 2, p.1 et 13 ss, p. 14 ss; ég. MILDRED TROGELER, Criminalisation of Aircraft Accident and the Creation of a Just Culture, *in* Diritto dei Trasporti 2011, p. 1 ss, p. 15 ss.

³¹ Il s’agit des accidents survenus à Trigoria, le 7 février 2009 (Cessna Citation III), à Palerme le 6 août 2005 (ATR 72 de Tuninter) et à Milan Linate le 8 octobre 2001 (collision d’un MD-87 de SAS et d’un Cessna Citation CJ2); voir à ce propos BRICCHI/CARPANELLI, «Just Culture» and the Italian Approach towards Aircraft Accident Investigation, *in* ZLW 2013, p. 19 ss, p. 20 ss.

³² Voir considérant n° 20 du règlement n° 996/2010; Commission Staff Working Document accompanying the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on investigation and prevention of accidents and incidents in civil aviation, Impact Assessment, SEC(2009) 1477 final, n° 3.3.1.1.

³³ *Contra* TRÖGLER, *op. cit.* note 30, p. 11.

cieux de respecter un juste équilibre entre la sécurité aérienne et la mission légitime des autorités judiciaires dans un État de droit¹⁴, le règlement opère à son art. 12, intitulé «Coordination des enquêtes», un compromis entre ces différents intérêts. Ainsi, selon l'art. 12 par. 1, l'enquêteur doit d'une part assurer la «traçabilité et la conservation des enregistreurs de bord et de toute preuve matérielle» et les autorités judiciaires peuvent désigner un responsable chargé d'accompagner les enregistreurs de bord et les autres preuves matérielles jusqu'au lieu de leur dépouillement ou de leur analyse. De la sorte, l'intégrité des preuves doit être protégée en vue d'éventuelles procédures judiciaires. D'autre part, avant de procéder à tout examen ou analyse dont il pourrait résulter une modification, une altération ou la destruction du matériel probatoire, l'autorité d'enquête doit demander l'accord préalable des autorités judiciaires. Cet accord ne peut cependant être refusé plus de deux semaines, délai de grâce au terme duquel rien ne saurait plus faire obstacle aux opérations d'enquête. L'art. 12 par. 1 reconnaît certes le droit des autorités judiciaires de saisir des éléments de preuve, mais rend simultanément une telle saisie inopérante à l'égard de l'autorité d'enquête, puisque «l'enquêteur désigné peut accéder immédiatement et sans restriction à ces éléments de preuve et les utiliser».

Aux termes de l'art. 12 par. 3, les États membres doivent veiller à ce que les autorités d'enquête concluent avec les autres autorités concernées, en particulier les autorités judiciaires et de l'aviation civile, des accords préalables. Ceux-ci définissent les termes d'une coopération, laquelle porte, notamment, sur l'accès au site de l'accident, la conservation des preuves et l'accès à celles-ci, l'échange et l'utilisation d'informations et la résolution des conflits. En Suisse, à notre connaissance, aucun accord de ce type n'a pour l'heure encore été passé. La tâche pourrait d'ailleurs s'avérer ardue, du fait de la pluralité des parties à impliquer (juridiction fédérale, juridictions cantonales et OFAC, notamment).

– **La protection des informations sensibles en matière de sécurité (art. 14 et 16 par. 5).** Aux termes de l'art. 14 du règlement n° 996/2010, un certain nombre d'informations réunies durant l'enquête «ne sont pas mises à disposition ou utilisées à d'autres fins que l'enquête de sécurité» (pour celles énumérées au par. 1) ou à «l'amélioration de la sécurité aérienne» (pour celles énumérées au par. 2). En outre, conformément à l'art. 16 par. 5, «[l]es informations visées à l'article 14 ne sont consignées dans un rapport [d'enquête] que si elles sont utiles à l'analyse de l'accident ou de l'incident grave. Les informations ou les éléments d'informations qui ne présentent aucun intérêt pour l'analyse ne sont pas divulgués.». Ces informations sont notamment les suivantes:

¹⁴ Voir consid. 23 du règlement n° 996/2010: «Un accident touche à un certain nombre d'intérêts publics différents, comme la prévention de futurs accidents et la bonne administration de la justice. Ces intérêts dépassent les intérêts individuels des parties concernées et l'événement particulier. Il convient de veiller au juste équilibre entre tous les intérêts pour garantir l'intérêt général.».

- les déclarations recueillies auprès de personnes par l'autorité responsable de l'enquête de sécurité (art. 14 par. 1 let. a);
- les documents révélant l'identité des personnes ayant témoigné dans le cadre de l'enquête de sécurité (art. 14 par. 1 let. b);
- les informations revêtant un caractère sensible et personnel, notamment sur la santé des personnes (art. 14 par. 1 let. c);
- les enregistrements audio et vidéo du poste de pilotage et leurs transcriptions, ainsi que les enregistrements audio réalisés dans les services de contrôle de la circulation aérienne (art. 14 par. 1 let. g);
- les données écrites ou électroniques et leur retranscription provenant des services de contrôle de la circulation aérienne (art. 14 par. 2 let. b);
- les enregistrements provenant de l'enregistreur des paramètres de vol (*flight data recorder*), sauf à être rendus anonymes ou lorsque d'autres mesures de protection ont été prises (art. 14 par. 2 *in fine*).

La portée de la protection offerte par l'art. 14 est double: d'une part, il est en principe prohibé de communiquer ces informations, sauf aux fins de l'enquête de sécurité ou de l'amélioration de la sécurité aérienne; d'autre part, leur utilisation à d'autres fins que celles-ci est interdite. Quant au domaine d'application personnel de ces interdictions, il ne semble pas connaître de restriction: il devrait ainsi inclure non seulement les autorités chargées de l'enquête, mais également les autorités administratives ou judiciaires. Il en résulterait alors, notamment, qu'une autorité judiciaire ayant accédé elle-même à des informations protégées, qu'elle aurait par exemple saisies sur les lieux de l'accident, ne devrait pas pouvoir en faire usage.

Cela étant, l'art. 14 par. 3 du règlement n° 996/2010 dispose que les informations sensibles en matière de sécurité peuvent être divulguées moyennant décision de «l'administration de la justice» ou de toute autre autorité compétente, prise au terme d'une pesée d'intérêts: la divulgation est autorisée lorsque les fins (licites) qu'elle poursuit l'emportent sur «les incidences négatives que cette mesure risque d'avoir, à l'échelle nationale et internationale, sur cette enquête, ou sur toute enquête de sécurité ultérieure». En toute hypothèse, conformément au principe de proportionnalité, seules «les données strictement nécessaires» peuvent être divulguées (art. 14 par. 4). L'absence, pour l'heure, de texte désignant l'autorité compétente en Suisse aux fins de l'art. 14 par. 3 du règlement, complique la mise en œuvre des dispositions sur la protection des informations sensibles en matière de sécurité. Nous y reviendrons³⁵.

³⁵ Voir *infra* C.2.d., 3^e tiret («Le travail de l'expert»).

L'art. 14 du règlement n° 996/2010 reproduit et concrétise la teneur de la norme 5.12 de l'Annexe 13 OACI. L'adoption de telles dispositions dans le règlement répond au constat que de nombreux États n'appliquaient pas la norme 5.12, ayant notamment notifié une différence sur ce point de l'Annexe 13³⁶.

Cette question figure au cœur des débats actuels sur une tendance à la «criminalisation» des accidents aériens. C'est en effet essentiellement à l'exploitation pénale des éléments mis au jour par l'enquête de sécurité que les législateurs international et européens cherchent à s'opposer: la crainte de la sanction pénale inciterait les protagonistes de l'accident à la dissimulation et au silence. Perçue, dans le contexte pénal, comme souhaitable par les milieux de l'industrie aérienne, lesquels soulignent à juste titre l'impact négatif sur la sécurité qu'implique une telle peur du gendarme ou du juge, la protection des informations sensibles en matière de sécurité appelle sans doute une appréciation plus nuancée dans un contexte civil. Nécessairement défenseurs face à l'action publique, les protagonistes des accidents aériens peuvent être du côté des lésés et donc des demandeurs au plan civil: fréquent, un tel cas de figure intervient typiquement dans le cas d'une action récursoire contre un coresponsable ou encore lorsque les assureurs corps («casco») d'un aéronef endommagé font valoir les droits de leur assuré à l'encontre d'un tiers responsable de l'accident. En outre, même défenderesse, une partie verra un intérêt à accéder aux informations sensibles lorsque sa responsabilité est présumée et qu'il lui incombe dès lors d'apporter une éventuelle preuve libératoire (voir, pour la responsabilité du transporteur aérien envers les passagers, l'art. 21 de la Convention de Montréal³⁷). Ainsi, la non-divulgaration de certains éléments factuels ou probatoires relevant de l'enquête de sécurité pourra être perçue comme fâcheuse, dans la mesure où elle prive une partie de la possibilité de faire valoir ses droits patrimoniaux.

B. Les conséquences des changements législatifs sur l'usage à des fins probatoires de l'enquête de sécurité

1. L'usage à des fins probatoires de l'enquête de sécurité

L'Annexe 13 OACI a beau proclamer que la seule finalité de l'enquête de sécurité est de prévenir les accidents et incidents futurs, et non de déterminer des fautes ou des responsabilités³⁸, il n'en demeure pas moins que les preuves réunies durant l'enquête (enregistrements, parties de l'épave, auditions de témoins, etc.), ainsi que le rapport concluant celle-ci, présentent un intérêt majeur pour des procédures civiles, péna-

³⁶ Commission Staff Working Document, *op. cit.* note 32, p. 20; ainsi la Suisse, par exemple.

³⁷ Convention pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, conclue à Montréal le 28 mai 1999, RS 0.748.411.

³⁸ Norme 3.1 de l'Annexe 13 OACI: «*The sole objective of the investigation of an accident or incident shall be the prevention of accidents and incidents. It is not the purpose of this activity to apportion blame or liability.*».

les ou encore administratives. Par l'exploitation de ces informations et preuves, les parties ou les autorités s'épargnent des investigations aussi complexes qu'onéreuses. En outre, le *rapport d'enquête* équivaut à une expertise technique, en principe hautement qualifiée et impartiale.

L'usage à des fins probatoires de l'enquête de sécurité se heurte cependant à l'impératif de la sécurité aérienne: comme il a été souligné plus haut, l'exploitation à des fins indemnitaires ou répressives de l'enquête dissuade en effet les personnes impliquées de coopérer avec les enquêteurs et compromet ainsi l'établissement des causes de l'accident. C'est pour cette raison que l'Annexe 13 OACI, et dans le sillage de celle-ci le règlement n° 996/2010, limitent le recours, dans d'autres procédures, aux informations réunies durant les investigations³⁹. En revanche, ni l'Annexe 13 OACI, ni le règlement n° 996/2010 ne se prononcent sur le point de savoir si le *rapport d'enquête* peut être invoqué à titre de preuve. La question trouve, dans les différentes législations nationales, des réponses variées, allant de l'interdiction⁴⁰ à l'admissibilité⁴¹ de principe.

Si les intérêts privés sont en principe indifférents au processus d'enquête de sécurité, dont la seule finalité est de prévenir les accidents et incidents futurs, la Suisse a toujours soutenu que, par-delà cet objectif premier, les investigations et conclusions des enquêteurs préparaient également le terrain à d'éventuelles procédures judiciaires ou administratives⁴². Les termes du Conseil fédéral sont à cet égard éloquentes:

«Souvent aussi, les faits qui ressortent de l'enquête servent de fondement à d'autres procédures, en particulier à des actions pénales ou civiles intentées à la suite d'accident, et il y a un notable intérêt public et privé à mettre, dans une certaine mesure, l'enquête au service des parties à ces procès. La complexité des rapports de causalité requiert dans nombre de cas un travail considérable de personnes au bénéfice d'une formation technique; comme elles sont relativement rares, il importe de centraliser leur emploi, déjà pour des motifs d'économie. D'autre part, le fait que les éléments de preuve sont peu nombreux et fragiles a pour conséquence que certains de ces éléments ne peuvent plus être recueillis de façon certaine, ou ne peuvent l'être qu'à grands frais, si leur importance ne s'est révélée que tardivement. Il est donc indiqué que les résultats de l'enquête, lorsqu'ils portent sur des faits décisifs, puissent être mis à la disposition d'autres procédures que la procédure d'enquête proprement dite. L'enquête sert donc aussi à préserver, pour des procédures ultérieures, les moyens de preuve menacés par l'écoulement du temps...»⁴³

³⁹ Norme 5.12 de l'Annexe 13 OACI et art. 14 du règlement n° 996/2010.

⁴⁰ Ainsi aux États-Unis, voir PAUL STEPHEN DEMPSEY, Independence of Aviation Safety Investigation Authorities: Keeping the Foxes from the Henhouse, in JALC 2010, p. 223 ss, p. 270 s.

⁴¹ Ainsi en France, FOREMAN, *op. cit.* note 30, p. 16; au Royaume-Uni, Court of Appeal (Civil Division), 13.03.2014, *Hoyle v Rogers*, [2014] EWCA Civ 257; en Belgique, Rechtbank van koophandel te Brugge, Afdeling Ostende, 21.01.2011, A/09/01082, inédit.

⁴² LIER, *op. cit.* note 2, p. 6 et 8.

⁴³ Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1991 concernant une modification de la loi sur la navigation aérienne, FF 1992 I 587, p. 599 s.

Cet objectif secondaire⁴⁴, assigné à l'enquête de sécurité en marge des textes⁴⁵, a d'ailleurs conduit la Suisse à notifier une différence à la norme 5.12 de l'Annexe 13 OACI, par laquelle elle réserve le droit à ses tribunaux et autorités aéronautiques d'accéder inconditionnellement à tous les documents d'une enquête de sécurité⁴⁶.

Invocable, en vertu du principe de la libre appréciation des preuves, devant le juge, le rapport d'enquête, sans constituer une expertise judiciaire, jouit d'une force probatoire particulière, en raison des connaissances techniques spécialisées de ses auteurs⁴⁷.

En pratique, les parties et autorités attendaient généralement l'issue de l'enquête de sécurité pour initier leurs propres procédures – civiles, pénales ou administratives –, se fondant à cet effet sur les constats opérés par l'enquête. Cependant, compte tenu des changements législatifs intervenus récemment, demandeurs et défendeurs à de potentielles actions en responsabilité pourraient trouver un intérêt à entreprendre des démarches visant à établir les faits d'un accident indépendamment de l'enquête de sécurité.

2. L'impact des récentes modifications législatives sur l'usage à des fins probatoires de l'enquête de sécurité

Les dispositions de l'ancien droit prévoyant une possibilité d'intervention dans la procédure d'enquête, telles que le droit de solliciter des mesures d'enquête (art. 16 aOEEA) ou la faculté de demander le réexamen du rapport (art. 26 aLA et 22 aOEAA), étaient étroitement liées à l'usage à des fins probatoires du rapport d'enquête: il s'agissait de renforcer la position des personnes ou entités dont les intérêts pouvaient être affectés par la présentation des résultats de l'enquête. C'est en raison de la forte valeur probatoire reconnue, dans une procédure judiciaire ou administrative, aux constats et conclusions de l'enquête de sécurité, que l'OEAA ménageait aux intéressés le droit d'interagir avec le processus

⁴⁴ Il est question de «Nebenzweck», voir LIER, *op. cit.* note 2, p. 8; le Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1991, *op. cit.* note 43, p. 603 *ad* art. 26b al. 3 LA, évoque quant à lui un «objectif accessoire de l'enquête».

⁴⁵ Il trouve cependant tout de même un écho dans le texte de l'art. 28 al. 4 OEAA, lequel dispose que «dès que l'enquête est close, le SESA met les dossiers à la disposition des autorités judiciaires et administratives qui en font la demande pour leurs propres procédures».

⁴⁶ LIER, *op. cit.* note 2, p. 8 s.

⁴⁷ TPF 2008 66, consid. 1.5 (accidents Crossair): «Gemäss Art. 24 f. des Bundesgesetzes vom 21. Dezember 1948 über die Luftfahrt (LFG; SR 748.0) ist das Büro für Flugunfalluntersuchungen (BFU) für die Abklärung von Flugunfällen zuständig, nicht jedoch für deren rechtliche Würdigung. Die Ausführungen im Untersuchungsbericht des BFU gelten daher als fachmannische Äusserungen, nicht aber als gerichtliche Expertise im Sinne von Art. 91 ff. BStP, an welche das Gericht grundsätzlich gebunden ist; denn das BFU respektive die einzelnen Mitarbeiter sind nicht nach diesen Bestimmungen richterlich eingesetzt und in die Pflicht genommen worden. Nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung kann das Gericht jedoch den Untersuchungsbericht berücksichtigen. Es hat dabei zu beachten, dass das BFU aufgrund seines technischen Sachverständnisses in der Lage ist, die massgeblichen Unfallursachen zu ermitteln [...]»

d'enquête, en particulier de demander le réexamen du rapport⁴⁸. La solution adoptée par le législateur suisse relevait ainsi plus du pragmatisme que de l'orthodoxie juridique: par économie de procédure, l'enquête de sécurité se voyait confier, outre sa mission principale de prévenir d'autres accidents, celle d'établir les faits d'éventuels procès futurs; en contrepartie, le statut de «parties», avec le droit d'être entendues, était conféré aux personnes intéressées par le résultat de l'enquête, et, sans formellement constituer une décision, le rapport d'enquête pouvait faire l'objet d'un recours⁴⁹. La suppression de ces prérogatives en 2011 rompt cet équilibre et laisse désormais les protagonistes d'un accident aérien sans recours face à une enquête de sécurité dont les constats et conclusions s'imposent souvent aux tribunaux et autorités administratives⁵⁰. Le manque d'emprise sur le processus d'enquête prive en particulier les parties concernées de la faculté de pouvoir rectifier le tir, si le rapport contient des inexactitudes, omissions ou assertions inopportunes, parfois anodines dans le contexte d'un rapport d'enquête, mais potentiellement lourdes de conséquences sous l'angle juridique. Le lecteur averti reconnaîtra ainsi certainement les conjectures, qu'il n'est pas rare de rencontrer dans les rapports d'enquête, quant aux processus cognitifs des auteurs d'un accident, évocations qui constituent souvent autant d'aubaines pour le juriste à l'affût d'une faute que de difficultés pour les personnes ou entités concernées. Ce risque incitera les parties dont les droits pourraient être affectés par une représentation incomplète, inexacte ou inopportune des circonstances de l'accident à entreprendre les démarches visant à élucider, documenter, voire faire constater les faits pertinents, indépendamment de l'enquête de sécurité. L'écoulement du temps effaçant les preuves, de telles démarches devront intervenir rapidement, parfois même parallèlement à l'enquête de sécurité, dont les opérations pourraient elles-mêmes compromettre l'administration subséquente de ces preuves.

Le règlement n° 996/2010 contient, à l'instar de l'Annexe 13 OACI, des dispositions aux termes desquelles l'exploitation des «informations sensibles en matière de sécurité» à d'autres fins que la sécurité aérienne est prohibée, sauf décision contraire de l'autorité compétente au terme d'une pesée d'intérêts (art. 14). Il est vrai, l'adoption de ce texte par la Suisse offre fortuitement un correctif partiel au déséquilibre résultant d'un système dans lequel les parties n'ont pas voix au chapitre en ce qui concerne le processus d'enquête de sécurité, mais permettant par ailleurs aux autorités d'exploiter sans restriction le matériel probatoire

⁴⁸ LIER, *op. cit.* note 2, p. 6: «Die Flugunfalluntersuchung dient somit, ohne dass es bisher irgendwo ausdrücklich gesagt wurde, auch einem andern Zweck als demjenigen der Unfallverhütung. Sie stellt die fachlichen Grundlagen für andere Verwaltungs- und Gerichtsverfahren zur Verfügung. [...] In der Flugunfalluntersuchung seien deshalb für die Betroffenen vermehrte rechtliche Garantien aufzustellen.»

⁴⁹ Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1991, *op. cit.* note 43, p. 602 *ad* art. 26 al. 2 LA: «Formellement, le rapport du bureau ne constitue pas une disposition [recte: une décision] au sens juridique du terme, et sa transmission à la commission n'est pas à proprement parler un recours, même si cela y ressemble.»

⁵⁰ Quand bien même la valeur probatoire du rapport d'enquête devrait ressortir amoindrie du fait que la nouvelle procédure d'enquête prive les parties concernées de toutes garanties procédurales.

collecté à l'occasion de celle-ci. La Suisse ayant consenti à la reprise intégrale du règlement n° 996/2010 dans l'annexe à l'Accord sectoriel aérien, elle est tenue d'en appliquer toutes les dispositions, en particulier son art. 14, nonobstant la «différence» notifiée à l'Annexe 13 OACI, par laquelle elle avait réservé à ses tribunaux et autorités aériennes l'accès inconditionnel aux données de l'enquête de sécurité⁵¹. Cette réserve, devenue caduque, devrait d'ailleurs être retirée. Cela dit, les restrictions à l'exploitation des informations réunies durant l'enquête de sécurité ont aussi pour effet que les parties ne pourront plus, par la consultation du dossier de l'enquête (art. 28 OEAA), se procurer les renseignements et preuves nécessaires à la mise en œuvre de leurs droits.

Ainsi, la perte de toute emprise sur le processus d'enquête de sécurité, associée aux restrictions dans l'usage qui peut être fait du matériel probatoire réuni durant celle-ci, est de nature à inciter les parties concernées à envisager d'autres moyens pour établir les faits constitutifs de la responsabilité.

C. Les voies alternatives pour l'établissement des faits de la responsabilité aérienne

1. En général

Il incombe aux parties dont les droits sont affectés par un accident aérien, en qualité de demanderesse ou de défenderesse potentielles à une action en responsabilité, d'établir les faits générateurs ou exonérateurs de responsabilité (art. 8 du Code civil, CC⁵²; voir également les art. 20 et 21 de la Convention de Montréal). Si le rapport d'enquête émis par le SESA demeure à cet égard une source d'informations et un moyen de preuve important⁵³, pour les raisons invoquées plus haut, les changements récemment intervenus dans le cadre réglementaire de l'enquête pourraient inciter les protagonistes de futurs procès en responsabilité à envisager d'autres démarches en vue d'établir les faits de la cause.

Plusieurs voies s'offrent à eux:

– **L'expertise privée.** Une partie peut confier mandat à un expert d'établir un rapport sur les causes de l'accident. L'expertise privée présente cependant l'inconvénient d'une valeur probatoire limitée. N'offrant en effet pas les garanties d'indépendance d'une expertise judiciaire, un tel rapport d'expertise n'est, de jurisprudence constante, pas considéré comme un moyen de preuve, mais comme une simple allégation par l'une des parties⁵⁴.

⁵¹ Contrairement à ce qu'ont encore récemment affirmé à ce sujet MÜLLER/ROCHERAY, *Strafloses Meldewesen in der Luftfahrt: Soll Sicherheitsdenken vor Strafe schützen?*, in ZLW 2013 p. 1 ss, p. 6 s.

⁵² Code civil du 10 décembre 1907, RS 210.

⁵³ TPF 2008 66, consid. 1.5.

⁵⁴ ATF 132 III 83, consid. 3.6; 135 III 670, consid. 3.3.1.

– **L'expertise-arbitrage.** Connue de certains codes de procédure cantonaux, l'expertise-arbitrage a été consacrée en tant qu'institution de droit civil non écrit par la jurisprudence du Tribunal fédéral⁵⁵, puis reprise par le nouveau Code de procédure civile fédéral, dans lequel elle fait l'objet d'une unique disposition, l'art. 189 CPC. Elle repose sur un contrat passé entre les parties, aux termes duquel celles-ci conviennent de confier à un expert le soin de trancher, avec effet obligatoire entre elles, une question de *fait*, en sorte que les conclusions de l'expert s'imposeront à un juge éventuellement saisi de cette question⁵⁶. Son but est de prévenir, à tout le moins de simplifier un éventuel procès⁵⁷. En dépit de ces avantages, il semble peu probable que les parties impliquées dans un accident aérien y recourent. Comme l'expertise-arbitrage implique un effet obligatoire des constats opérés à dire d'expert, sous réserve d'erreur manifeste ou de vice de forme essentiel, mais dans tous les cas sans appel possible⁵⁸, l'impossibilité de rectifier le tir, en cas de conclusion défavorable du rapport, devrait dissuader l'une ou les deux parties d'emprunter une telle voie.

– **L'expertise judiciaire.** L'expertise judiciaire est le mandat confié par le tribunal à un expert, à la demande d'une partie ou d'office, de se prononcer sur une question de fait nécessitant des connaissances particulières pour être élucidée⁵⁹. Elle constitue à la fois un processus permettant d'élucider les faits et un moyen de preuve⁶⁰, régi par les art. 183 ss CPC, ces dispositions ayant succédé aux différentes réglementations cantonales de cette institution. Comme tout moyen de preuve, le rapport d'expertise est soumis à la libre appréciation du tribunal (art. 157 CPC). En raison d'un cadre procédural garantissant son impartialité et de son caractère contradictoire, l'expertise judiciaire jouit cependant d'une forte valeur probatoire et le tribunal ne saurait s'en écarter sans justification valable⁶¹. Si l'expertise judiciaire est généralement ordonnée dans le cadre d'un procès, elle peut également l'être hors procès, au titre de preuve à futur (art. 158 CPC). Elle devient alors l'objet principal d'une procédure indépendante, engagée dans le but d'évaluer les chances de succès dans un litige potentiel et/ou de préserver des moyens de preuve menacés de disparition. Procédure officielle mais soumise à la disposition des parties, lesquelles peuvent exercer tous les droits afférents à ce statut, l'expertise judiciaire hors procès, s'agissant d'établir les faits de la responsabilité aérienne, offre de la sorte une réelle approche alternative à l'utilisation de l'enquête de sécurité. Fréquente en France⁶², mais

⁵⁵ ATF 129 III 535, consid. 2; ANNETTE DOLGE, Commentaire bâlois CPC, 2010, n° 3 *ad* art. 189 CPC.

⁵⁶ DOLGE, *op. cit.* note 55, n° 10 *ad* art. 189 CPC.

⁵⁷ *Eadem*, n° 10 *ad* art. 189 CPC.

⁵⁸ *Eadem*, n° 41 *ad* art. 189 CPC.

⁵⁹ PHILIPPE SCHWEIZER, *in* BOHNET ET AL., Code de procédure civile commenté, Bâle 2011, n° 1 ss *ad* art. 183 CPC.

⁶⁰ Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse (CPC), FF 2006 6841, p. 6932.

⁶¹ ATF 136 II 539, consid. 3.2; DOLGE, *op. cit.* note 55, n° 15 *ad* art. 183 CPC; ég. TF 14.01.2011, 4A_387/2010 (rendu dans une espèce concernant un accident d'aviation).

⁶² FOREMAN, *op. cit.* note 30, p. 13 s.

inconnue en Suisse jusqu'à récemment dans le contexte aéronautique, puisque les parties se fondaient sur le rapport d'enquête de sécurité, elle pourrait désormais être appelée à prospérer dans notre pays.

Les développements qui suivent seront ainsi consacrés aux conditions, déroulement et effets de l'expertise judiciaire à titre de preuve à futur, dans le contexte d'un accident aérien.

2. L'expertise judiciaire hors procès, en particulier

a. Le cadre légal

Nous nous intéresserons ici à l'expertise judiciaire qui serait requise hors procès, l'expertise *in futurum* ainsi que la nomme le droit français. L'expertise judiciaire dans le cadre d'un procès pendant présente en effet un intérêt moindre, la démarche envisagée dans le contexte présent visant précisément à apprécier l'opportunité d'un contentieux.

L'expertise judiciaire hors procès fera dès lors appel à l'application conjointe de deux jeux de règles, d'une part celles relatives à la preuve à futur (art. 158 CPC) et d'autres part les dispositions régissant l'expertise judiciaire (art. 183 ss CPC).

b. Les conditions

Aux termes de l'art. 158 al. 1 CPC:

«Le tribunal administre les preuves en tout temps:

a. lorsque la loi confère le droit d'en faire la demande;

b. lorsque la mise en danger des preuves ou un intérêt digne de protection est rendu vraisemblable par le requérant.»

Dès lors, hormis les cas dans lesquels la loi la prévoit expressément (ainsi par exemple les art. 204 al. 2 et 367 al. 2 CO)⁶³, l'administration d'une preuve hors procès peut être sollicitée lorsque celle-ci est menacée de disparition ou d'altération⁶⁴ ou lorsqu'un intérêt digne de protection est rendu vraisemblable. On admet généralement que cette dernière hypothèse vise l'intérêt à l'évaluation des chances de succès d'un procès, par l'administration anticipée de preuves; l'art. 158 let. b CPC tend de la sorte à éviter l'ouverture de procès inutiles (économie de procédure)⁶⁵. Qu'il invoque le risque de la disparition d'une preuve ou son intérêt à évaluer les chances de succès d'un éventuel procès, le requérant doit dans les deux cas démontrer l'existence vraisemblable d'une prétenti-

⁶³ PETER GUYAN, Commentaire bâlois CPC, 2010, n° 2 *ad* art. 158 CPC.

⁶⁴ Ainsi par exemple la maladie grave d'un témoin, TF 19.06.2012, 4A_118/2012; sur la notion de mise en danger, cf. GUYAN, *op. cit.* note 63, n° 3 *ad* art. 158 CPC.

⁶⁵ Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006, *op. cit.* note 60, p. 6925; ATF 138 III 76, consid. 2.4.2; 140 III 16, consid. 2.2.1; JÜRGEN BRÖNIMANN, Commentaire bernois CPC, 2012, n° 9 *ad* art. 158 CPC; GUYAN, *op. cit.* note 63, n° 5 *ad* art. 158 CPC.

on au fond dont le bien-fondé dépend des faits à élucider⁶⁶. Il devrait à cet égard pouvoir s'agir non seulement d'une prétention, mais également d'un moyen de défense⁶⁷. Ainsi, le transporteur aérien, dont la responsabilité pourrait être recherchée du fait d'un accident ayant causé le décès de passagers, posséderait-il un intérêt à engager une procédure d'expertise visant à établir des faits exonérateurs de responsabilité (art. 21 de la Convention de Montréal).

Le degré de la preuve exigée du requérant, s'agissant de toutes ces questions, est la vraisemblance. Cela résulte tant de la lettre de l'art. 158 al. 1 CPC que du renvoi par l'art. 158 al. 2 CPC aux règles applicables aux mesures provisionnelles (en l'occurrence l'art. 261 al. 1 CPC)⁶⁸.

Dans le contexte des accidents d'aviation, une expertise judiciaire par voie de preuve à futur sera essentiellement motivée par l'hypothèse visée à l'art. 158 al. 1 let. b CPC. C'est en vue de déterminer l'existence de faits générateurs ou exonérateurs de responsabilité que la mise en œuvre d'une expertise pourra être requise du tribunal.

Il a récemment été jugé qu'un intérêt digne de protection fait défaut lorsque la preuve à futur requise vise à la mise en œuvre d'une contre-expertise, là où une première expertise judiciaire a déjà été réalisée et permet d'évaluer les chances de succès d'un procès au fond⁶⁹. La question se pose ainsi de savoir si l'existence d'une enquête de sécurité pourrait priver le requérant de l'intérêt qu'il possède à voir diligenter une expertise hors procès. On rappellera d'abord qu'un rapport d'enquête n'a pas pour mission de se prononcer sur des questions de responsabilité et que son usage à de telles fins comporterait le risque de fausses interprétations. Il ne constitue en outre pas une expertise judiciaire⁷⁰, dont il ne partage pas la valeur probatoire et à laquelle il n'équivaut dès lors pas, s'agissant d'évaluer les chances d'un procès⁷¹. L'existence d'un rapport d'enquête publié ne devrait dès lors pas faire obstacle à une requête d'expertise hors procès. Cela est d'autant plus vrai lorsque l'enquête de sécurité est toujours en cours. On ne contraindra pas dans ce cas le requérant à attendre la publication d'un rapport d'enquête dont rien n'indique qu'il sera éclairant en termes de responsabilité, au risque de surcroît que l'écoulement du temps compromette la collecte ultérieure des preuves.

⁶⁶ ATF 138 III 76, consid. 2.4.2; 140 III 12, consid. 3.3; 140 III 16, consid. 2.2.2; une telle démonstration n'est cependant pas requise s'agissant de l'existence des faits sur lesquels la preuve à futur doit précisément porter, *ibidem*.

⁶⁷ Ainsi BRÖNIMANN, *op. cit.* note 65, n° 13 *ad* art. 158 CPC.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ TF 10.04.2014, 4A_589/2013; ATF 140 III 16, consid. 2.2.2 *in fine*.

⁷⁰ TPF 2008 66, consid. 1.5.

⁷¹ Ainsi, à propos de rapports d'expertise privée, *cf.* ATF 140 III 16, consid. 2.5; 140 III 24, consid. 3.3.3.

c. La requête

L'art. 158 al. 2 renvoie *in globo* aux dispositions sur les mesures provisionnelles. La procédure de l'expertise judiciaire hors procès obéit dès lors en particulier aux art. 261 ss CPC, dans la mesure où ils sont pertinents en matière de preuve à futur⁷².

– **La forme de la requête.** La procédure est sommaire, comme le prévoit l'art. 248 let. d CPC. La requête doit être déposée dans les formes de l'art. 130 CPC (renvoi de l'art. 252 CPC) et dirigée contre l'adversaire potentiel au principal⁷³. Celui-ci sera invité par le tribunal à répondre à la requête, par écrit, ou oralement lors de l'audience qui précède en principe la décision (art. 253 et 256 al. 1 CPC). Le renvoi aux règles sur les mesures provisionnelles (art. 158 al. 2 CPC) inclut l'art. 265 CPC, lequel prévoit qu'en cas d'urgence particulière, il peut cependant être statué sans que la partie adverse soit entendue (mesures «superprovisionnelles»)⁷⁴. Une telle urgence pourrait être réalisée, par exemple, lorsque la notification de la requête à un défendeur domicilié à l'étranger prendrait un temps considérable et que, dans l'intervalle, le démantèlement de l'épave par le SESA ou d'autres mesures d'enquête pourraient altérer le matériel sur lequel doit porter l'expertise⁷⁵.

On notera encore que la requête doit mentionner les questions sur lesquelles les lumières de l'expert sont sollicitées⁷⁶.

– **La compétence.** La compétence matérielle pour connaître d'une requête tendant à la mise en œuvre d'une expertise judiciaire par voie de preuve à futur ressortit aux différents droits cantonaux et ne sera dès lors pas détaillée ici. Il sera en revanche utile de se pencher sur la compétence territoriale, laquelle relève du droit fédéral et appelle quelques précisions. Si l'affaire ne présente aucun élément d'extranéité, la compétence résulte de l'art. 13 CPC (compétence en matière de mesures provisionnelles)⁷⁷. Est ainsi désigné compétent soit le tribunal de l'action principale (en responsabilité), soit celui du lieu où la mesure doit être

⁷² GUYAN, *op. cit.* note 63, n° 7 et 9 *ad art.* 158 CPC.

⁷³ ATF 139 III 33, consid. 4.3; BRÖNIMANN, *op. cit.* note 65, n° 22 *ad art.* 158 CPC.

⁷⁴ BRÖNIMANN, *op. cit.* note 65, n° 22 *ad art.* 158 CPC; GUYAN, *op. cit.* note 63, n° 9 *ad art.* 158 CPC; JOHANN ZÜRCHER, *in* BRUNNER/GASSER/SCHWANDER (éd.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, Zurich/St-Gall 2011, n° 15 *ad art.* 158 CPC.

⁷⁵ On notera que l'art. 12 par. 1 du règlement n° 996/2010, lequel fait prévaloir l'enquête de sécurité sur toute autre procédure (cf. *supra* A.2., 3^e tiret («Le renforcement des prérogatives...»)), autorise le SESA à procéder à des mesures d'enquête dont pourraient résulter la modification, l'altération ou la destruction de preuves. Les autorités judiciaires doivent cependant être préalablement averties et disposent d'un «délai de grâce» de deux semaines au maximum avant qu'il ne soit procédé à des telles opérations destructives.

⁷⁶ BRÖNIMANN, *op. cit.* note 65, n° 12 *ad art.* 158 CPC; MARK SCHWEIZER, Vorsorgliche Beweisabnahme nach schweizerischer Zivilprozessordnung und Patentgesetz, *in* ZZZ 2010, p. 1 ss, p. 10.

⁷⁷ GUYAN, *op. cit.* note 63, n° 8 *ad art.* 158 CPC; BRÖNIMANN, *op. cit.* note 65, n° 21 *ad art.* 158 CPC.

exécutée. Lorsque la cause présente une dimension internationale, fait courant dans les sinistres aériens, il s'agit de se référer aux dispositions pertinentes de la loi sur le droit international privé (LDIP)⁷⁸ ou de la Convention de Lugano (CL)⁷⁹, selon que l'un ou l'autre de ces textes s'applique, soit respectivement aux art. 10 LDIP et 31 CL⁸⁰. L'art. 10 LDIP, dont la formulation est calquée sur celle de l'art. 13 CPC⁸¹, permet également au requérant de saisir soit le juge du fond (lieu de l'action au principal), soit le juge du lieu où la mesure doit être exécutée. Quant à la Convention de Lugano, elle prévoit la saisine du juge compétent au fond selon ses dispositions et, en outre, conformément à l'art. 31 CL, de tout juge compétent aux termes du droit national pour prononcer des mesures provisoires ou conservatoires. En Suisse, ce renvoi pointe vers l'art. 10 LDIP précité⁸². On notera cependant que, selon la Cour de justice des Communautés européennes, une mesure tendant à l'administration anticipée d'une preuve dans le but d'évaluer les chances de succès ou les risques d'un procès éventuel ne constitue pas une mesure provisoire ou conservatoire au sens de l'art. 31 CL⁸³. Seules les requêtes visant à la préservation de preuves bénéficient du renvoi de l'art. 31 CL au droit interne, les requêtes de preuve à future à titre «exploratoire» devant être portées devant les fors de compétence prévus par la Convention de Lugano⁸⁴.

Lorsque les art. 13 CPC et 10 LDIP prévoient la compétence du juge au lieu où la mesure doit être exécutée, que convient-il d'entendre par «lieu de l'exécution de la mesure», s'agissant d'une expertise judiciaire portant sur les causes d'un accident aérien? Ces dispositions s'appliquent originellement aux mesures provisionnelles et la réponse dépend, dans ce contexte, du type de mesure sollicitée (cf. sur ces différentes mesures l'art. 262 CPC): on considère ainsi que le lieu d'exécution se situe, lorsque la mesure est liée prioritairement à un objet ou des faits localisables (saisie d'un objet, cessation d'un état de fait illicite), à l'endroit où ceux-ci se trouvent; s'il s'agit en revanche plutôt d'une mesure dirigée *ad personam* (obligation de prestation ou d'abstention), c'est le domicile, la résidence ou l'établissement de la personne en question qui fondera le chef de compétence⁸⁵. *A priori*, on pourrait penser que l'exécution d'une expertise judiciaire à futur intervient là où œuvre l'expert, c'est-à-dire généralement au domicile de celui-ci⁸⁶. Ce critère paraît cependant impropre à fonder la compétence d'un tribunal. En effet, l'expert n'est pas

⁷⁸ Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé, RS 291.

⁷⁹ Convention du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, RS 0.275.12.

⁸⁰ BRÖNIMANN, *op. cit.* note 65, n° 21 *ad art.* 158 CPC.

⁸¹ L'art. 10 LDIP a été modifié lors de l'entrée en vigueur du CPC, afin de coïncider avec l'art. 13 CPC: ANDREAS GÜNGERICH, Commentaire bernois CPC, 2012, n° 27 *ad art.* 13 CPC.

⁸² SABINE KOFMEL EHRENZELLER, in DASSER/OBERHAMMER (éd.), Lugano-Übereinkommen (LugÜ), Berne 2011, n° 17 *ss ad art.* 31 CL.

⁸³ CJCE, 28.04.2005, C-104/03, *St. Paul Dairy*, in Rec. 2005 I p. 3481.

⁸⁴ Conclusions de l'Avocat général dans l'affaire C-104/03, *St. Paul Dairy*, n° 47.

⁸⁵ GÜNGERICH, *op. cit.* note 81, n° 20 *ss ad art.* 13 CPC; STEPHEN V. BERTI, Commentaire bâlois CPC, 2010, n° 10 *ad art.* 13 CPC.

⁸⁶ Ainsi, apparemment, TC VD, 10.06.2013, in JdT 2014 III p. 9, consid. 3.3.2.

encore désigné au stade de la saisine du tribunal et le requérant n'est pas même tenu, dans sa requête, de formuler une proposition à cet égard. En outre, quand bien même un expert a été proposé dans la requête, rattacher la compétence à cette personne reviendrait à laisser une totale discrétion au requérant dans le choix de la compétence. Il semble dès lors plus opportun d'admettre que le lieu de l'exécution de la mesure au sens des art. 13 CPC et 10 LDIP est celui où l'expert doit mener ses *investigations* (cf. art. 186 CPC et le point suivant, *infra*; en l'absence de telles investigations, ce qui devrait être exceptionnel en matière d'accidents aériens, sans doute le for du lieu de l'exécution est-il indisponible et seul le juge compétent au fond peut être saisi). Plus précisément, l'*objet* sur lequel doivent porter les investigations de l'expert (l'épave, une partie de celle-ci, un témoin à interroger, etc.) offre un critère de localisation à la fois aisé et objectif. La nature et l'objet des investigations à mener par l'expert dépendront des questions posées par le requérant à la procédure et devraient figurer dans les conclusions prises par celui-ci. Les investigations sollicitées permettront de la sorte de localiser l'objet de l'expertise – et par là même le for de compétence du lieu d'exécution aux termes des art. 13 CPC et 10 LDIP –, lequel se situera régulièrement au siège du SESA (à Payerne), lieu où l'épave, ses composants ou les retranscriptions des enregistreurs de vols sont conservés. Si l'expertise implique essentiellement l'interrogatoire d'un pilote ou d'un contrôleur aérien, l'expertise sera en revanche localisée au lieu de résidence de celui-ci.

d. Le déroulement de l'expertise

Lorsqu'il accepte la requête de preuve à futur, le tribunal va, généralement dans la même décision, procéder à la désignation de l'expert et assigner à celui-ci sa mission. Lequel expert, après avoir mené ses investigations, rendra un rapport d'expertise. Ce sont ces différentes étapes que nous évoquerons ici.

– **La désignation de l'expert.** Il appartient au tribunal de décider de la personne de l'expert, après avoir entendu les parties (art. 183 al. 1 CPC). En pratique, le requérant d'une expertise hors procès proposera généralement un expert dans son mémoire de requête. On notera que l'expertise peut également être confiée à plusieurs experts, comme l'indique le texte de la disposition précitée⁸⁷. Les motifs de récusation des magistrats ou des fonctionnaires judiciaires (cf. art. 47 CPC) sont applicables aux experts (art. 183 al. 2 CPC), lesquels doivent dès lors être indépendants et impartiaux.

Il n'existe pas en Suisse de corps d'experts agréés pour officier devant les tribunaux et toute personne peut remplir cette fonction, à condition

⁸⁷ Auquel cas chaque expert doit alors, en principe, rendre un rapport séparé (art. 187 al. 3 CPC). Cela étant, un expert peut, avec l'accord du tribunal, s'adjoindre les services d'auxiliaires qui l'assisteront dans la réalisation de l'expertise, ou d'autres experts pour l'appuyer sur des points spécifiques; cf. SVEN RÜETSCHI, Commentaire bernois CPC, 2012, n° 16 *ad* art. 183 CPC; DOLGE, *op. cit.* note 55, n° 25 *ad* art. 183 CPC et n° 4 *ad* art. 185 CPC.

d'être qualifiée à cet effet, c'est-à-dire de disposer des compétences et connaissances spécifiques requises pour accomplir sa mission. Il s'agit là non seulement de qualifications techniques, mais également de celles nécessaires à la présentation d'un rapport d'expertise judiciaire dans les formes usuelles⁸⁸. Une expérience préalable des procédures judiciaires peut à cet égard constituer un avantage certain. La Chambre suisse des experts judiciaires techniques et scientifiques, une association au sens des art. 60 ss CC, regroupe certes des experts admis sur la base de critères qualitatifs et d'expérience, garantissant en principe les qualités requises. Elle est même à l'origine d'un processus de certification des experts judiciaires, sous l'égide d'une entité créée spécialement à cet effet, la Swiss Experts Certification SA (SEC). Il semblerait que ces cercles officiels ne comptent cependant à ce jour aucun spécialiste de l'aéronautique. Ingénieurs, pilotes et autres spécialistes des questions techniques et opérationnelles liées aux accidents aériens ne manquent cependant pas, en Suisse ou à l'étranger, qui pourraient être appelés à officier en tant qu'experts judiciaires.

– **La détermination de la mission de l'expert.** Aux termes de l'art. 185 CPC:

«¹ Le tribunal instruit l'expert et lui soumet, par écrit ou de vive voix à l'audience, les questions soumises à expertise.

² Il donne aux parties l'occasion de s'exprimer sur les questions soumises à expertise et de proposer qu'elles soient modifiées ou complétées.

³ Le tribunal tient à la disposition de l'expert les actes dont celui-ci a besoin et lui fixe un délai pour déposer son rapport.»

En réalité, dans le cas d'une expertise judiciaire en preuve à futur, les questions sur lesquelles l'avis de l'expert est sollicité devraient déjà être formulées dans la requête⁸⁹. Le défendeur pourra requérir du juge que des questions complémentaires soient soumises à l'expert, pour autant qu'elles n'excèdent pas le cadre de la mission tel qu'il résulte de la requête⁹⁰. Au final, après avoir entendu les parties, il appartiendra cependant au tribunal de décider de la mission de l'expert⁹¹. Dans le contexte qui nous occupe, l'expert sera appelé à déterminer la ou les causes d'un accident aérien. Cependant, il sera généralement opportun de libeller les questions soumises à la sagacité de l'expert en des termes plus spécifiques, en fonction des enjeux de responsabilité opposant les parties, afin d'éviter des investigations inutiles et onéreuses. L'expert pourra ainsi être appelé à se prononcer sur l'existence et le rôle d'une erreur de pilotage, d'une défaillance technique, d'un défaut de conception de l'aéronef, ou encore d'un manquement des services de la navigation aérienne, etc. D'ailleurs, l'analyse globale des causes de l'accident sera parfois déjà intervenue dans le cadre de l'enquête de sécurité et la mission de l'expert consistera à compléter ou préciser les conclusions du SESA.

⁸⁸ RUETSCHI, *op. cit.* note 87, n° 14 ss *ad* art. 183 CPC.

⁸⁹ BRÖNIMANN, *op. cit.* note 65, n° 12 *ad* art. 158 CPC; SCHWEIZER, *op. cit.* note 76, p. 10.

⁹⁰ ATF 139 III 33, consid. 4.3.

⁹¹ *Ibidem.*

Évidemment, en confiant à l'expert sa mission, le tribunal devra lui imposer un délai pour rendre son rapport (art. 185 al. 3 CPC).

Selon l'art. 186 al. 1 CPC, «l'expert peut, avec l'autorisation du tribunal, procéder personnellement à des investigations. Il en expose les résultats dans son rapport». Lorsque l'expertise porte sur les causes d'un accident aérien, les investigations de l'expert – examen de l'épave, des enregistreurs de vol, etc. – joueront un rôle primordial et devraient d'emblée figurer dans la mission confiée par le juge à l'expert. Les investigations auxquelles celui-ci doit procéder seront souvent longues, complexes et coûteuses, et il pourra dès lors s'avérer judicieux d'échelonner en plusieurs étapes la mission de l'expert, lequel ne sera autorisé à procéder à des investigations plus approfondies que lorsque les premières investigations n'ont pas livré de résultat concluant. La présentation de rapports d'étapes est même envisageable, sur la base desquels le tribunal, après avoir entendu les parties, déterminera la suite de la procédure. Il se pose néanmoins la question de savoir si une telle approche échelonnée peut s'insérer dans un cadre légal appréhendant *a priori* l'expertise judiciaire comme une opération unitaire. Même si le CPC ne prévoit pas expressément de rapports d'étapes, les art. 187 al. 4 et 188 al. 2 CPC, en évoquant la possibilité d'un complément d'expertise, devraient par analogie les autoriser.

– **Le travail de l'expert.** Il ne reste maintenant plus à l'expert qu'à mener à bien sa mission, conformément aux instructions du tribunal. Les parties ne peuvent en principe pas assister à son travail, y compris aux «investigations» au sens de l'art. 186 CPC, qui n'est pas public⁹². Il convient cependant de réserver les cas dans lesquels le tribunal ordonne que les investigations de l'expert soient effectuées selon les dispositions applicables à l'administration des preuves (art. 186 al. 2 CPC), les parties participant dans ce cas à l'administration des preuves (art. 155 al. 3 CPC). Parties et tiers sont tenus, en vertu de l'art. 160 CPC, de collaborer à l'expertise, en tolérant une inspection de leur personne ou de leurs biens par l'expert; celui-ci ne dispose cependant d'aucune prérogative de contrainte et doit passer par le juge, lequel pourra contraindre les parties ou des tiers à effectuer une déposition, à produire des titres en leur possession, ou à tolérer l'inspection de leur personne ou de leurs biens⁹³. Dans son travail, l'expert doit veiller à observer une stricte impartialité et devrait ainsi s'abstenir de tout contact unilatéral avec l'une des parties⁹⁴.

⁹² RÜETSCHI, *op. cit.* note 87, n° 2 *ad art.* 186 CPC; HEINRICH ANDREAS MÜLLER, *m BRUNNER/GASSER/SCHWANDER* (éd.), Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar, Zurich/St-Gall 2011, n° 4 et 13 *ad art.* 186 CPC; ATF 132 V 443, consid. 3.4; 119 Ia 260, consid. 6.c); 99 Ia 42, 3.b).

⁹³ DOLGE, *op. cit.* note 55, n° 3 *ss ad art.* 186 CPC; MÜLLER, *op. cit.* note 92, n° 14 *ad art.* 186 CPC; RÜETSCHI, *op. cit.* note 87, n° 8 *ad art.* 186 CPC.

⁹⁴ RÜETSCHI, *op. cit.* note 87, n° 32 *ad art.* 183 CPC et n° 7 *ad art.* 186 CPC; MÜLLER, *op. cit.* note 92, n° 19 *ad art.* 183 CPC.

Lorsque l'expertise judiciaire intervient concurremment avec l'enquête de sécurité, se pose la problématique de l'accès par l'expert à l'épave et ses composants. Ceux-ci sont placés durant l'enquête sous l'autorité du SESA et il a déjà été dit que l'enquête de sécurité prime, à cet égard, d'éventuelles procédures judiciaires, même si cette primauté doit s'exercer dans le respect du principe de proportionnalité, l'intérêt des procédures judiciaires devant être pris en considération (art. 11 et 12 du règlement n° 996/2010)⁹⁵. Ainsi, le SESA ne devrait-il pas pouvoir refuser à l'expert l'accès à l'épave, sauf dans la mesure où les investigations de celui-ci compromettraient le bon déroulement de l'enquête de sécurité. Le règlement prévoit que la coordination entre l'enquête et les autres procédures fasse l'objet d'accords préalables passés entre les différentes autorités compétentes, accords qui devraient notamment porter sur la question de l'accès au site de l'accident et aux preuves (art. 12 par. 3). Cependant, cette disposition est pour l'heure demeurée lettre morte en Suisse, l'une des difficultés de sa mise en œuvre résidant dans la multiplicité des autorités appelées à traiter avec le SESA⁹⁶. La prochaine révision des dispositions régissant l'enquête sur les accidents ou incidents d'aviation pourrait contribuer à réparer ce manquement en désignant une autorité unique (par exemple l'Office fédéral de la justice), laquelle serait chargée de représenter les différentes autorités judiciaires, aux fins de la conclusion d'un accord préalable avec le SESA.

En outre, au cours de ses investigations, l'expert doit parfois recourir à des «informations sensibles en matière de sécurité» (telles que, par exemple, le contenu des enregistreurs de vol), lesquelles sont protégées aux termes de l'art. 14 du règlement n° 996/2010. Si elles sont détenues par les SESA, celui-ci pourrait dès lors refuser leur divulgation à l'expert. On se rappelle cependant que les par. 3 et 4 de cette même disposition réservent à «l'administration de la justice ou l'autorité compétente [...] conformément au droit national» la possibilité d'autoriser cette divulgation, au terme d'une pesée d'intérêts et dans le respect du principe de proportionnalité. La Suisse n'a pas (encore) désigné d'autorité compétente pour autoriser la divulgation des informations sensibles en matière de sécurité. Il convient probablement de combler cette lacune (art. 1 al. 2 CC) en reconnaissant pour l'heure cette prérogative au tribunal saisi de la cause, en l'occurrence le tribunal sous l'autorité duquel l'expertise est menée. Celui-ci pourra «autoriser» la divulgation de telles informations dans une décision d'instruction (art. 124 al. 1 CPC) sollicitant du SESA la production d'enregistrements ou l'inspection de l'épave ou de composants de celle-ci par l'expert judiciaire. En vertu du principe de la séparation des pouvoirs, un tribunal civil ne saurait en revanche ordonner au SESA la communication d'informations, si celui-ci s'y refuse⁹⁷.

⁹⁵ Cf. *supra* A.2., 3^e tiret (« Le renforcement des prérogatives... »).

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ ATF 80 I 1; ERNST F. SCHMID, Commentaire bâlois CPC, 2010, n° 11 *ad* art. 166 CPC. Une fois l'interdiction de l'art. 14 du règlement n° 996/2010 levée par une décision judiciaire, le SESA aura néanmoins l'obligation, aux termes de l'art. 28 OEAA, d'accorder au tribunal l'accès au dossier, sauf intérêt contraire prépondérant (al. 1 et 2), et, si l'enquête est close, de mettre dans tous les cas ses «[...] dossiers à la disposition des autorités judiciaires et administratives qui en font la demande pour leurs propres procédures» (al. 4), obligations qui trouveront le cas échéant leur sanction en droit administratif.

On peut néanmoins s'interroger si une telle solution, pour pragmatique qu'elle soit, est compatible avec l'esprit du règlement n° 996/2010. Sans doute le règlement entendait-il en effet confier la décision sur la divulgation des informations sensibles en matière de sécurité à une instance extérieure, indépendante des intérêts de la procédure judiciaire aux fins de laquelle ces informations sont requises. Il apparaît dès lors souhaitable que la prochaine révision, en Suisse, de la législation en matière d'enquête de sécurité se saisisse de la question et désigne l'autorité – indépendante – chargée d'appliquer l'art. 14 par. 3 et 4 du règlement.

e. Le rapport d'expertise.

Parvenu au terme de son travail, l'expert présente au tribunal son rapport. Les parties sont alors invitées à solliciter des explications sur le rapport d'expertise ou des compléments d'expertise (art. 187 al. 4 et 188 al. 2 CPC). Explications ou compléments sont exigibles lorsque le rapport est «peu clair, lacunaire ou insuffisamment motivé», auquel cas ils peuvent être requis d'office (art. 188 al. 2 CPC), mais également lorsque de nouvelles questions sont soulevées par l'expertise⁹⁸. Des vices importants du rapport d'expertise peuvent même conduire à la désignation d'un nouvel expert (art. 188 al. 2 CPC). Les échanges concernant le rapport d'expertise interviennent par écrit et/ou lors d'une audience convoquée par le tribunal à cet effet (art. 187 al. 1 CPC). C'est souvent en se fondant sur les conclusions d'une contre-expertise privée que les parties pourront démontrer la perfectibilité, voire les insuffisances du rapport d'expertise judiciaire et ainsi motiver leurs requêtes en explications, complément d'expertise ou désignation d'un nouvel expert⁹⁹. Si le tribunal rejette une telle demande, la partie intéressée dispose du droit d'interjeter un recours contre la décision d'instruction que constitue un tel rejet, conformément à l'art. 319 let. b CPC. Si la décision émane d'un tribunal de commerce, lequel statue en instance cantonale unique (art. 6 CPC), seule la voie du recours en matière civile devant le Tribunal fédéral est alors envisageable (art. 72 ss de la loi sur le Tribunal fédéral, LTF¹⁰⁰, et plus particulièrement l'art. 93 LTF)¹⁰¹.

Ce sont précisément le droit d'être entendu et ses corollaires, ainsi que les voies de recours, attributs de toute procédure judiciaire, qui font de l'expertise judiciaire hors procès, s'agissant d'établir les faits de la responsabilité, un succédané intéressant au recours à l'enquête technique, laquelle n'autorise plus aujourd'hui de telles interactions.

Le rapport d'expertise produit au terme de la procédure décrite ci-dessus présente, comme évoqué précédemment, un double objet: il sert d'une part à élucider des points de fait et constitue en même temps le

⁹⁸ DOLGE, *op. cit.* note 55, n° 5 *ad* art. 187 CPC.

⁹⁹ MÜLLER, *op. cit.* note 92, n° 14 *ad* art. 187 CPC; RÜETSCHI, *op. cit.* note 87, n° 13 *ad* art. 188 CPC.

¹⁰⁰ Loi du 17 juin 2005 sur le tribunal fédéral, RS 173.110.

¹⁰¹ Sur les voies de recours, de manière générale, en matière de preuve à futur, cf. SCHWEIZER, *op. cit.* note 76, p. 26 ss; BRÖNIMANN, *op. cit.* note 65, n° 32 s. *ad* art. 158 CPC.

moyen de prouver de tels faits¹⁰². La démarche présente en d'autres termes un caractère à la fois exploratoire et probatoire.

En tant que moyen de preuve, l'expertise est soumise à la libre appréciation du juge (art. 157 CPC), lequel ne pourra cependant s'en écarter que pour des motifs valables¹⁰³. Elle jouit donc d'une valeur probatoire élevée, conséquence des compétences techniques de l'expert, ainsi que du cadre impartial et contradictoire propre à une procédure judiciaire. On notera toutefois que si la procédure de preuve à futur vise à l'administration hors procès d'une preuve, l'appréciation de cette preuve est du ressort exclusif du procès principal. La décision portant sur le point de savoir si tel ou tel fait est prouvé appartient de la sorte au juge éventuellement saisi au fond et n'intervient pas au stade de la preuve à futur¹⁰⁴.

f. Les coûts.

La question des coûts constitue évidemment un facteur décisif lorsqu'une partie évalue les démarches à entreprendre dans le but d'établir les faits d'un accident d'aviation. À n'en pas douter, l'utilisation du rapport d'enquête technique offre dans cette optique l'option la plus avantageuse, puisque gratuite. Ses inconvénients ont cependant été soulignés, qui pourraient justifier d'engager les frais nécessaires à une démarche indépendante de l'enquête du SESA. Les frais liés à une expertise judiciaire hors procès portant sur un accident d'aviation comprennent l'émolument de décision, les honoraires de l'expert, les débours engagés pour d'éventuelles analyses confiées par l'expert à des laboratoires spécialisés, ainsi que les honoraires d'avocats. L'investissement à consentir dépendra dans une large mesure de la mission confiée à l'expert, en particulier de la portée et de la complexité des investigations à réaliser pour répondre aux questions posées par le juge.

Comment la loi appréhende-t-elle la répartition de ces frais ? Il appartient au requérant de faire l'avance des frais judiciaires présumés (art. 98 CPC), en particulier des frais nécessaires à l'administration des preuves requises (art. 102 CPC)¹⁰⁵. De même, les frais fixés au terme de la procédure sont-ils mis à la charge du requérant, ainsi qu'il a récemment été jugé, car le juge ne statuant pas sur une prétention matérielle, la procédure de preuve à futur ne connaît ni gagnant, ni perdant. Il faut dès lors faire abstraction de la règle générale de répartition des frais de l'art. 106 CPC pour, conformément à règle d'équité de l'art. 107 al. 1 let. f CPC, les imposer au requérant, dans l'intérêt duquel la procédure de preuve à futur est diligentée¹⁰⁶. Pour les mêmes raisons, il appartient aussi au requérant de supporter les dépens de l'intimé¹⁰⁷. En outre, il ne saurait

¹⁰² Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006, *op. cit.* note 60, p. 6932.

¹⁰³ ATF 136 II 539, consid. 3.2; DOLGE, *op. cit.* note 55, n° 15 *ad* art. 183 CPC; ég. TF 14.01.2011, 4A_387/2010 (rendu dans une espèce concernant un accident d'aviation).

¹⁰⁴ ATF 96 II 266, consid. 1; BRÖNIMANN, *op. cit.* note 65, n° 28 *ad* art. 158 CPC.

¹⁰⁵ ATF 140 III 30, consid. 3.2.

¹⁰⁶ ATF 140 III 30.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

être mis de frais à la charge de l'intimé au motif qu'il a posé à l'expert des questions complémentaires¹⁰⁸.

On notera que le tribunal peut cependant, lors de la répartition des frais de la procédure à futur, réserver une modification ultérieure de celle-ci à un éventuel procès en responsabilité (art. 104 al. 3 CPC)¹⁰⁹. De cette manière, le requérant pourrait recouvrer ses frais dans l'hypothèse où il obtiendrait gain de cause au fond.

D. Conclusion

En Suisse, l'établissement des faits constitutifs ou libératoires de la responsabilité liée à des accidents aériens a longtemps été fondé sur l'exploitation du rapport d'enquête de sécurité et des éléments probatoires réunis durant celle-ci. Or, les récentes modifications du cadre réglementaire national s'appliquant à l'enquête de sécurité, lesquelles opèrent une limitation drastique des possibilités d'interaction dont disposent les intéressés, pourraient sonner le glas d'une telle pratique. Les parties à une potentielle action en responsabilité, si elles se reposent sur le seul rapport d'enquête, devront en effet compter avec le risque d'une présentation des faits de l'accident défavorable à leurs intérêts, sans correctif possible au cas où elle serait incomplète ou erronée, mais jouissant néanmoins d'un poids considérable dans un prétoire. En outre, il résulte de la reprise du règlement n° 996/2010 par la Suisse que l'usage à des fins indemnitaires de toute une série d'informations récoltées lors de l'enquête est en principe désormais prohibé. Nous pensons que ces changements devraient être de nature à inciter les protagonistes de la responsabilité aérienne à envisager d'autres voies pour élucider et établir les faits nécessaires à leur action ou défense.

À l'instar des expertises *in futurum* diligentées en France lors d'accidents aériens, les art. 158 et 183 ss CPC pourraient être sollicités afin d'obtenir la mise en œuvre d'une expertise judiciaire par voie de preuve à futur, dans le but d'élucider les causes d'un sinistre. Contrairement à l'enquête du SESA, laquelle n'a pas pour objet d'attribuer des responsabilités, la mission confiée à l'expert portera précisément sur les aspects déterminant la responsabilité. Elle répondra dès lors mieux aux besoins des parties à un procès en responsabilité. En outre, le caractère accusatoire et contradictoire de la procédure, ainsi que la faculté d'interjeter recours des décisions d'instruction relatives à l'expertise, en font un instrument interactif au service des intérêts des plaideurs. Impartial et pointu, le travail de l'expert judiciaire jouit également d'un grand crédit qui lui confère sa force probatoire. Enfin, si elle est lancée parallèlement à l'enquête du SESA, l'expertise judiciaire exerce une saine concurrence sur cette dernière. Ce second regard jeté sur les circonstances de l'accident contribue sans doute de la sorte à renforcer la qualité de l'enquête de sécurité.

¹⁰⁸ ATF 139 III 33.

¹⁰⁹ ATF 139 III 33, consid. 4, et 140 III 30, consid. 3.2 s., avec les réf.

ABHANDLUNGEN

Nous avons cependant souligné les difficultés que pose l'articulation défaillante – faute d'une mise en œuvre en Suisse du règlement n° 996/2010 – entre la procédure civile et le régime de l'enquête de sécurité, sur le point de l'utilisation des informations sensibles en matière de sécurité et sur l'accès à l'épave par un expert judiciaire. La prochaine révision du droit suisse en matière d'enquête de sécurité pourrait être l'occasion de combler ces lacunes, qui affectent d'ailleurs, plus largement, aussi la coordination avec les procédures pénale et administrative.

L'avenir dira si ces arguments convaincront et si l'expertise judiciaire s'imposera dans le traitement des sinistres aériens.