



HAL
open science

L'indépendance de l'expert

Olivier Leclerc

► **To cite this version:**

Olivier Leclerc. L'indépendance de l'expert. K. Favro (coord.). L'expertise: enjeux et pratiques, Lavoisier/Tec&Doc, pp.167-180, 2009, Sciences du risque et du danger. halshs-00397317

HAL Id: halshs-00397317

<https://shs.hal.science/halshs-00397317>

Submitted on 20 Jun 2009

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'indépendance de l'expert

par Olivier LECLERC

Maître de conférences à l'Université Paris Ouest – Nanterre La Défense
(IRERP, UMR 7029)

paru in : K. Favro (coord.), *L'expertise : enjeux et pratiques*, Paris, éd. Lavoisier/Tec & Doc, coll. « Sciences du risque et du danger », 2009, pp. 167-180.

1 L'indépendance, écrivait Henri Motulsky, constitue un trait « congénital » de l'expertise¹. L'expertise ne saurait être conçue, pensait-il, sans que celui qui la délivre soit indépendant, aussi bien à l'égard de la personne qui le désigne que de celles concernées par la décision que l'expertise vient éclairer. Associé au processus d'adoption d'une décision qui ne lui incombe pas en propre, l'expert est tenu de faire preuve d'indépendance.

L'indépendance doit être distinguée de l'impartialité. L'indépendance de l'expert s'apprécie dans les rapports qu'il entretient avec les personnes concernées par l'expertise, qu'il s'agisse de son commanditaire, de l'auteur de la décision ou des personnes dont la situation est affectée par cette décision. Elle désigne le fait que l'expert n'est engagé avec aucun d'eux dans des liens personnels, économiques, contractuels, familiaux...² De son côté, l'impartialité renvoie à la formulation de son avis par l'expert. Ce dernier se montre impartial si ses conclusions sont guidées par la seule appréciation qu'il fait de la situation qui lui est soumise et s'il ne fait pas preuve d'une faveur artificielle à l'égard de l'une des personnes que la décision doit départager³. Ainsi, l'indépendance et l'impartialité ne vont pas l'une sans l'autre. L'expertise ne sera crédible que si les rapports que l'expert entretient avec des tiers, quels qu'ils soient, sont sans incidence sur le sens de son rapport.

2 L'indépendance et l'impartialité – tout comme l'expertise elle-même – sont des concepts relationnels. Ils ne se conçoivent que dans les rapports avec un tiers. En cela, l'indépendance et l'impartialité se distinguent de l'objectivité⁴, expressément requise des experts judiciaires en matière civile par l'article 237 du Code de procédure civile. Celle-ci renvoie à la façon dont l'expert met en œuvre ses connaissances scientifiques ou techniques. L'objectivité lui impose d'apprécier la situation qui lui est présentée de manière complète, sans en omettre aucun aspect et en exposant les éventuels désaccords existant dans sa discipline.

Mais l'identification des personnes à l'égard desquelles l'indépendance de l'expert est requise n'est pas toujours aisée. Une première difficulté tient au fait que, si l'expert doit être indépendant du commanditaire de l'expertise comme de l'auteur de la décision, l'un et l'autre ne peuvent pas toujours être distingués. Ils se distinguent nettement lorsqu'une expertise est présentée par une partie au procès – qu'il s'agisse d'une expertise unilatérale⁵ en droit français

¹ H. Motulsky, « Notions générales », in *L'expertise dans les principaux systèmes juridiques d'Europe*, Travaux de recherche de l'Institut de droit comparé de Paris, XXXII, Paris, Éd. de l'épargne, 1969, p. 18.

² En son sens général, l'indépendance forme l'antonyme du terme « dépendre », dérivé lui-même du latin *dependere* et signifiant « être suspendu à », au figuré 'être rattaché à', 'être sous l'influence, l'autorité' » : A. Rey (dir.), *Le Robert historique de la langue française*, 1992, v° « Dépendre ».

³ Au sens étymologique, la partialité renvoie à « celui qui est attaché à un parti ». L'adjectif impartial qualifie « celui qui ne prend pas partie (...) » : *Ibid.*, v° « Partial ».

⁴ Comp. M. Penneau, « Indépendance et expertise médicale », in *Droit et économie de l'assurance et de la santé. Mélanges en l'honneur de Y. Lambert-Faivre et D.-C. Lambert*, Paris, Dalloz, 2002, spéc. p. 356 sq.

⁵ La Commission de méthodologie en matière de procédure civile devant les cours d'appel instituée auprès de la Cour de cassation définit « l'expertise unilatérale, qualifiée généralement d'expertise officieuse, [comme] une

ou encore des expertises présentées par les parties dans les systèmes juridiques de *common law* au soutien de leurs causes (Etats-Unis, Royaume-Uni...). L'expert doit alors être indépendant aussi bien à l'égard de la partie qui a sollicité ses services que du juge chargé de trancher le litige. Dans d'autres cas, en revanche, le commanditaire de l'expertise et l'auteur de la décision ne font qu'un. Il en va ainsi de l'expertise juridictionnelle dans les pays où, comme en France, l'expert est désigné par le juge ou de l'expertise diligentée par une administration en vue de décider d'un aménagement public. Une deuxième difficulté concerne les rapports que l'expert entretient avec les personnes affectées par la décision (parties au procès, personnes physiques ou morales visées par une décision publique...). Si l'expert doit faire preuve d'indépendance à leur égard, cette exigence d'indépendance redouble celle d'impartialité. L'expert doit non seulement être exempt de lien de dépendance mais également formuler son rapport sans parti pris en faveur de l'une d'entre elles. Conceptuellement distinctes, ces deux exigences tendent ainsi à se rapprocher. Cela est particulièrement vrai lorsque l'expert est désigné par l'une des parties à un procès : l'expert doit éclairer le juge et non, purement et simplement, se faire le défenseur de la cause de son client.

3 Une difficulté supplémentaire provient de ce que l'indépendance constitue la face négative d'une notion – la dépendance – qui est, elle-même, très riche. D'abord, elle puise à des sources multiples : la dépendance peut être économique, juridique, financière, familiale, personnelle... Dès lors, il convient de s'interroger sur la nature des liens qui sont propres à faire naître une situation de dépendance et dont l'absence atteste, à l'inverse, l'indépendance. Tous les liens, sans doute, ne font pas naître une dépendance. Ensuite, la dépendance est susceptible de degrés : elle peut être plus ou moins forte, ce qui pose la question de savoir à partir de quand elle est suffisamment faible pour se muer en indépendance. De rencontres occasionnelles à la formation d'un lien d'amitié les gradations sont multiples. Enfin, la dépendance peut être actuelle ou passée. Dans quelle mesure, alors, les liens du passé font-ils sentir leurs effets dans le présent ? A supposer que l'écoulement du temps les érode, s'agit-il d'un processus rapide ou lent ? Faut-il, du reste, traiter à l'identique tous les liens de dépendance ? Chacun sent bien que le fait pour un expert d'avoir été le salarié d'une partie à un procès plusieurs années auparavant n'engage pas les mêmes conséquences que d'en avoir été le conjoint.

4 La diversité des questions soulevées par l'exigence d'indépendance de l'expert invite à situer l'analyse au-delà de la seule expertise juridictionnelle telle que la dessine le droit français. Non seulement la situation diffère profondément suivant que l'expert est nommé par le juge, par une partie, ou encore d'un commun accord entre les parties. Mais, plus largement, la question mérite d'être envisagée pour les expertises mises en œuvre dans d'autres contextes de décision, qu'il s'agisse d'expertises privées organisées en dehors de tout procès ou encore des expertises diligentées par une autorité publique en vue de l'adoption d'une décision publique.

Rapportée aux différentes expertises, on pressent dès l'abord que cette exigence d'indépendance est source d'innombrables interrogations. Dès lors, en effet, que la désignation d'un expert fait naître un lien de droit avec le commanditaire de l'expertise⁶, comment éviter que ce lien soit source d'une relation de dépendance ? De la même manière, comment assurer que l'expertise sollicitée par une personne intéressée à l'issue du processus de décision ne soit pas entachée d'un parti pris en sa faveur ?

Si l'indépendance constitue l'horizon vers lequel tendent les procédures d'expertise (I), il est à redouter que l'expert n'aborde parfois les rives de la dépendance (II).

expertise extra-judiciaire, sollicitée par une partie à un litige auprès d'un expert qu'elle rémunère » (*BICC*, n° 632, 15 janv. 2006).

⁶ R. Encinas de Munagorri, « Pour une théorie juridique de l'expertise », *Experts*, n° 77, 2007, p. 7.

I- L'horizon de l'indépendance

5 L'indépendance de l'expert constitue une condition minimale du crédit accordé à l'expertise par son commanditaire. Aussi bien, l'expertise est-elle caractérisée par une exigence d'indépendance (A), qui trouve sa traduction dans divers outils propres à en garantir l'effectivité (B).

A- Exiger l'indépendance

6 L'indépendance de l'expert constitue une exigence commune à toutes les expertises. Elle est parfois expressément requise par les règles qui organisent et encadrent l'expertise. L'indépendance constitue alors une condition de la régularité de l'expertise : le rapport de l'expert ne sera recevable qu'à la condition d'avoir été réalisé de manière indépendante (1). Dans d'autre cas, sans être expressément prévue, l'indépendance n'en conditionne pas moins la force de conviction que le rapport d'expertise est susceptible d'exercer. Si l'expert n'est pas indépendant, le commanditaire de l'expertise ne pourra que difficilement s'en prévaloir à l'appui de la prise d'une décision (2).

1) L'indépendance de l'expert, condition de régularité de l'expertise

7 L'indépendance de l'expert constitue, en droit français, une condition de la régularité de l'expertise diligentée par le juge. En son absence, plusieurs mécanismes juridiques concourent à écarter l'expertise. L'expert pourra d'abord faire l'objet d'une décision de récusation (art. 234 du Code de procédure civile). De même, la partie qui prétend que l'expert n'est pas indépendant peut demander au juge son remplacement en application de l'article 235, al. 2 du Code de procédure civile. En outre, l'expert inscrit, ayant de ce fait « contrevenu aux lois et règlements relatifs à sa profession ou à sa mission d'expert », s'expose à une mesure de radiation de la liste⁷. Enfin, le rapport d'expertise peut être annulé s'il est démontré que l'expert a manqué à son devoir d'indépendance ou d'impartialité⁸.

L'indépendance comme l'impartialité sont fermement requis de la part de l'expert judiciaire. Les règles de procédure françaises font expressément peser sur l'expert une exigence d'impartialité à l'égard des parties au procès (art. 237 du Code de procédure civile)⁹. L'exigence d'indépendance à l'égard du juge ou des parties n'est pas moins ferme. Les causes de récusation de l'expert sont, en vertu de l'article 234 du Code de procédure civile, les mêmes que celles établies à l'article 341 pour le juge¹⁰. Elles sont, en conséquence, établies en considération des relations que le juge, ou son conjoint, entretient avec les parties. Elles viennent sanctionner l'existence d'un intérêt personnel, de liens contractuels, de liens de parenté ou d'alliance, d'un litige, d'une administration des biens, d'une relation de subordination, d'amitié ou d'inimitié...

En application de l'article 6 § 1 Conv. EDH, la Cour de cassation ne considère pas la liste des motifs énoncés à l'article 341 comme étant limitative : les causes de récusation prévues par ce

⁷ Décret n° 2004-1463 du 23 déc. 2004, art. 25.

⁸ Ex. Cass. Crim., 8 juin 2006, *Procédures*, n° 11, 2006, comm. 251, obs. J. Buisson ; *Revue de science criminelle*, 2006, p. 850, obs. R. Finielz : « si le défaut d'impartialité d'un expert peut constituer une cause de nullité, les reproches adressés par les requérantes à l'expert concerné ne suffisent pas, en l'espèce, à priver les rapports de cet expert dont la désignation est contestée du caractère d'avis techniques soumis à la contradiction et à l'appréciation ultérieure des juges ».

⁹ Cette solution était solidement établie déjà dans l'ancien droit. Cf. O. Leclerc, *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, Paris, LGDJ, 2005, spéc. n° 63.

¹⁰ Le Code de procédure civile de 1806 prévoyait que les causes de récusation des experts étaient les mêmes que celles pour lesquelles les témoins pouvaient être reprochés : art. 310 C. proc. civ.

texte « n'épuisent pas nécessairement l'exigence d'impartialité requise de toute juridiction »¹¹. La formule évoquant l'impartialité s'explique par le fait que les causes de récusation établies à l'article 341 concernent les relations que le juge entretient avec les parties. Dans les rapports entre l'expert et le juge, l'existence de liens tels que ceux mentionnés à l'article 341 ou, plus généralement, qui seraient de nature à faire douter de son indépendance, conduit l'expert à encourir la récusation. A cela s'ajoute qu'un expert, personne physique ou morale, ne peut être inscrit sur une liste d'experts agréés que s'il n'exerce « aucune activité incompatible avec l'indépendance nécessaire à l'exercice de missions judiciaires d'expertise »¹². L'exigence d'indépendance établie par les textes législatifs et réglementaires trouve enfin un renfort supplémentaire dans les chartes de déontologie élaborées par les compagnies d'experts judiciaires¹³.

La conjonction de ces dispositifs juridiques conduit à écarter l'expertise diligentée par le juge lorsque l'expert n'est pas suffisamment indépendant. En l'absence de dispositions expresses en ce sens, il reste que la dépendance de l'expert est susceptible d'affecter la conviction que produit le rapport auprès de son destinataire.

2) L'indépendance de l'expert, élément d'appréciation de la force probante du rapport

8 Le rapport de l'expert est destiné à éclairer le commanditaire de l'expertise. Ce dernier est, en principe, libre de déterminer le crédit qu'il convient de lui reconnaître. Dès lors, le défaut d'indépendance de l'expert, sans rendre son rapport irrecevable, ne peut manquer d'altérer très fortement la force de conviction qu'il exercera.

Tel est le cas en matière d'expertise judiciaire, lorsqu'une partie présente, à titre de preuve, une expertise unilatérale qu'elle aurait fait réaliser hors la présence de la partie adverse. Si cette dernière démontre que l'expertise proposée par son adversaire a été confiée à une personne avec qui elle entretient des liens – notamment économiques –, le rapport d'expertise ne sera pas irrecevable en tant que mode de preuve mais la force probante que lui reconnaîtra le juge s'en trouvera amoindrie. Il y a lieu, en effet, en ce cas, de redouter que l'expert fasse preuve d'une faveur particulière pour la partie qui l'a désigné et qui le rémunère. A tout le moins, est-il permis de supposer qu'une partie ne sollicitera tel expert qu'après s'être assurée du soutien qu'il apportera à son point de vue¹⁴. Que ce soupçon soit ou non fondé n'est, du reste, d'aucune importance, dans la mesure où l'apparence d'indépendance s'impose tout autant que son existence effective. Cette difficulté se rencontre en France à propos des expertises unilatérales présentées par les parties au procès. Elle est présente, à plus forte raison, dans les pays qui confient aux parties le soin de désigner un ou plusieurs experts¹⁵.

¹¹ Cass. Civ. 1^e, 28 avr. 1998, *Bull. Civ.* I, n° 155 ; *RTD civ.*, 1998, p. 744, obs. R. Perrot ; *JCP*, G, 1999, II, 10102, note J. Pralus-Dupuy ; Cass. Civ. 2^e, 27 mai 2004, n° 02-15726 ; Cass. Civ. 2^e, 5 déc. 2002, *Procédures*, 2003, n° 37, obs. R. Perrot. Sous l'empire du Code de procédure civile de 1806, il avait déjà été jugé que les causes de récusation des experts, déterminées alors par référence à celles applicables aux témoins, n'étaient pas limitatives et pouvaient trouver application « toutes les fois qu'il existe des faits de nature à faire suspecter l'indépendance ou l'impartialité des experts » (CA Nancy, 11 nov. 1841, S. 1842, 2, 245).

¹² Décret n° 2004-1463 du 23 déc. 2004, art. 2 et 3.

¹³ Ex. *Règles de déontologie de l'expert judiciaire* énoncées par le Conseil national des compagnies d'experts judiciaires : art. II-15 (indépendance à l'égard du juge) et III-19 (indépendance à l'égard des parties).

¹⁴ Pour éviter *l'expert shopping*, R. Posner suggère, pour le droit américain, que les parties soient tenues d'indiquer le nom de tous les experts qu'elles ont sollicités avant de s'assurer les services de l'un d'eux : R. Posner, « An Economic Approach to the Law of Evidence », 51 *Stan. L. Rev.* 1477 (1999), spec. p. 1541. Dans la même perspective, en droit anglais, où la désignation d'un expert par une partie doit être autorisée par le tribunal, des juges ont estimé qu'une partie ne pouvait être autorisée à changer d'expert qu'après que le rapport (ou le pré-rapport) de celui qu'elle avait initialement choisi a été déposé : Court of Appeal (Civ. Div.), 11 juin 2003, *Beck v. Ministry of Defence* [2003] EWCA Civ. 1043 ; Court of Appeal (Civ. Div.), 24 févr. 2005, *Hajigeorgiou v. Vasilou* [2005] EWCA Civ. 236, spec. § 35.

¹⁵ Cf. O. Leclerc, *Le juge et l'expert*, op. cit., spec. n° 462.

Pour pallier cette difficulté, le droit anglais affirme que les devoirs de l'expert à l'égard de la juridiction prévalent sur les obligations qui le lient à la partie qui l'a désigné (*Civil Procedure Rules*, § 35-3)¹⁶. De son côté, l'*Academy of Experts* énonce dans ses *Lignes directrices*¹⁷ que « l'expert doit fournir une opinion indépendante, sans considération des exigences du litige en cours (...) [et ne pas] prendre sur lui de promouvoir le point de vue de la partie qui l'a désigné » (art. 2. 1), l'indépendance de l'expert pouvant être utilement appréciée en évaluant s'il « aurait donné la même opinion s'il avait été désigné par l'autre partie ».

En dehors même de tout contexte probatoire orienté vers une décision de justice, l'indépendance de l'expert constitue un élément clé de la force de conviction qu'exerce son rapport, révélant par là sa dimension argumentative. Ainsi, le comité d'entreprise qui requiert une expertise sur les comptes de l'entreprise en tirera argument pour appuyer des réclamations adressées à l'employeur. De même, l'administration qui fait procéder à une expertise pourra prendre appui sur le rapport de l'expert afin de convaincre les usagers du bien-fondé de la décision publique. L'auteur de la décision trouve dans l'indépendance de l'expert un renfort susceptible d'appuyer les choix qu'il aura faits. Dans le cas contraire, l'expertise pourrait être taxée de complaisance et de n'avoir pour seul but que de ratifier une décision en réalité déjà prise.

Bien que soumises à un encadrement juridique plus ou moins précis, les différentes expertises appellent toutes de l'expert qu'il soit indépendant du commanditaire de l'expertise, de l'auteur de la décision et des personnes concernées par la décision à laquelle l'expertise est articulée. Dès lors, les outils propres à garantir cette indépendance présentent des caractères communs.

B- Garantir l'indépendance

9 Toujours nécessaire pour assurer la crédibilité de l'expertise, l'indépendance peut être recherchée *ex ante*, en veillant à ce que les experts présentent personnellement toutes les garanties d'indépendance (1); elle peut l'être aussi *ex post* par l'organisation d'une confrontation entre les points de vue divergents d'experts dont il est admis qu'ils puissent avoir des engagements personnels (2).

1) Les garanties préventives de l'indépendance

10 Devant les tribunaux français, c'est d'abord par la prestation d'un serment par l'expert que son indépendance est recherchée. Le serment « d'apporter son concours à la justice, d'accomplir sa mission, de faire son rapport et de donner son avis en son honneur et sa conscience »¹⁸ emporte l'exigence d'une appréciation autonome de la situation par l'expert, qui ne devra pas être infléchi par les relations qu'il entretient avec le juge ou avec les parties. La prestation de ce serment est exigée lors de l'inscription sur les listes ou, si l'expert est désigné hors liste, à chaque fois qu'il est commis¹⁹. L'expert est ainsi amené à se remémorer solennellement les engagements inhérents à la qualité d'expert judiciaire. Pour autant, par la généralité de sa formule, le serment n'est sans doute pas le mieux à même de garantir l'indépendance de l'expert. Il n'est, du reste, requis que des experts désignés par les juges.

Devant les agences publiques, priorité a été donnée à la souscription par les experts dont la désignation est envisagée d'une « déclaration d'intérêts ». Cette déclaration vise à expliciter

¹⁶ V. aussi *Civil Procedure Rules*, Part 35, Practice Direction (Experts and Assessors), §§ 1. 1-1. 4 (Expert evidence – General Requirements).

¹⁷ *Code of Guidance for Experts and those instructing them* [URL : http://www.academy-experts.org/CPR_Protocol.htm].

¹⁸ Décret n° 2004-1463 du 23 déc. 2004, art. 22.

¹⁹ Loi n° 71-498 du 29 juin 1971, art. 6, al. 3 ; art. 160 du Code de procédure pénale.

les liens qu'ils entretiennent, ou ont entretenu par le passé, avec les personnes concernées par la décision envisagée (relations contractuelles, financement, lien de subordination, éventuels contentieux, précédentes expertises...). C'est ainsi, par exemple, que l'AFSSA²⁰, l'AFSSAPS²¹, l'AFSSET²², l'AMF²³ exigent des personnes pressenties pour participer aux expertises qu'elles formulent une déclaration préalable d'intérêts, mise en ligne sur le site Internet de l'institution. Largement utilisées au sein des agences mises en place par l'Etat²⁴, ces déclarations préalables d'intérêts pourraient connaître un développement nouveau pour les expertises diligentées devant les tribunaux²⁵. La Conférence de consensus sur les bonnes pratiques judiciaires de l'expertise civile tenue au cours de l'année 2007²⁶ estime, en effet, qu'« il est de bonne pratique de faire souscrire à l'expert, dans tous les cas, une déclaration d'indépendance, sous la forme d'une attestation pré-rédigée qui lui sera envoyée par le greffe avec l'avis de désignation. L'expert indiquera, ou bien qu'il renonce à la mission qui lui est proposée, ou bien qu'il l'accepte. En cas d'acceptation, l'expert déclarera, soit purement et simplement qu'il est indépendant, soit qu'il est indépendant mais que dans un souci de transparence, il souhaite porter à la connaissance du juge et des parties des éléments d'information qu'il estime ne pas remettre en cause son indépendance » (question 6°-2)²⁷.

La souscription de déclarations d'intérêts n'est toutefois pas de nature à faire disparaître toute difficulté. Les modalités concrètes de leur mise en œuvre, et notamment la périodicité de leur actualisation, conditionnent leur efficacité. En outre, si leur usage se répand, il est loin d'être généralisé parmi les expertises diligentées par les autorités publiques²⁸. Du reste, les circonstances sont parfois telles qu'il n'est ni possible ni souhaitable d'écarter les experts qui se trouvent dans une situation de conflit d'intérêts. Il devient alors nécessaire de donner un cadre procédural à des expertises marquées par un engagement personnel des experts.

2) Les garanties procédurales de l'indépendance

11 Garantir l'indépendance de l'expert à l'égard du commanditaire de l'expertise est parfois malaisé. En matière judiciaire, dans les pays de *common law*, l'expertise contradictoire permet aux experts des parties de confronter leurs points de vue, notamment par le moyen du contre-

²⁰ Article L. 1323-9 du Code de la santé publique.

²¹ Article L. 5323-4 du Code de la santé publique.

²² Article L. 1336-4 du Code de la santé publique, qui renvoie à l'article L. 1323-9. V. aussi *Guide de déontologie des experts de l'AFSSET*, disponible sur le site Internet de l'Agence. Comp. sur la situation antérieure : M.-F. Delhoste, « Rapport ministériel critique sur l'expertise scientifique : les juges administratifs ferment les yeux », *Environnement*, n° 10, 2007, étude 11 ; Th. Dieuleveux et J. Roussot, *Evaluation des méthodes de travail scientifique de l'AFSSE*, Rapport IGAS et IGE, janv. 2006.

²³ Règlement général de l'AMF, art. 261-1 sqq. V. également J.-F. Rérolle et D. Schmidt, « L'an I de l'expertise indépendante : réflexion critique », *Revue de Droit bancaire et financier*, 2007, étude 15.

²⁴ Sur le développement de ces agences, Cf. M.-A. Hermitte, « La fondation juridique d'une société des sciences et des techniques par les risques et les crises », in *Pour un droit commun de l'environnement. Mélanges en l'honneur de M. Prieur*, Paris, Dalloz, 2007, spéc. p. 165 sq.

²⁵ Les experts en accidents médicaux sont d'ores et déjà tenus, lors de leur inscription sur la liste dressée par la Commission nationale des accidents médicaux de signer une déclaration sur l'honneur qui mentionne tous « liens directs ou indirects avec tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins, tout producteur ou distributeur de produits de santé, tout promoteur de recherches biomédicales, ainsi que tout organisme intervenant dans l'assurance, le conseil ou la défense de ces organismes ou des victimes d'accidents médicaux, d'affections iatrogènes ou d'infections nosocomiales » (art. R. 1142-30-1, 6° b. du Code de la santé publique). Ces informations doivent être tenues à jour et tout changement signalé « sans délai » (art. R. 1142-32-1 du Code de la santé publique).

²⁶ [URL : http://www.courdecassation.fr/formation_br_4/2007_2254/br_bonnes_10189.html]

²⁷ De la même manière, des juges anglais ont estimé qu'une partie qui souhaite présenter les conclusions d'un expert qui se trouve potentiellement dans une situation de conflit d'intérêt doit faire déclaration de ce risque dès que possible : Court of Appeal (Civ. Div.), 19 juill. 2006, *Toth v. Jarman* [2006] EWCA Civ. 1028.

²⁸ V. R. Encinas de Munagorri, « Quel statut pour l'expert ? », *RFAP*, n° 103, 2002, p. 379 ; C. Lepage, rapport final 2008, spéc. p. 38 sqq.

interrogatoire (*cross examination*). Dès lors, si un parti pris existait chez un expert en faveur de la partie au soutien de laquelle il intervient, celui-ci devrait se dissoudre par la confrontation avec les arguments de l'expert requis par la partie adverse. L'indépendance et l'impartialité ne sont ainsi pas recherchées chez les experts eux-mêmes mais elles constituent le résultat d'un dispositif procédural contradictoire propre à discréditer les expertises dont il aurait été démontré qu'elles sont entachées de tels défauts. Cette logique n'est pas étrangère, en France, à l'expertise diligentée devant les tribunaux. Il est vrai que le droit français de l'expertise juridictionnelle tend à privilégier une recherche de l'indépendance de l'expert en amont de sa désignation (inscription sur les listes, prestation de serment...). La souscription de déclarations préalables d'intérêts conforterait, du reste, encore cette tendance. Cependant, l'exercice contradictoire des opérations d'expertise favorise la confrontation des points de vue. Présente en matière civile, cette exigence prend une ampleur nouvelle en matière pénale suite à l'adoption de la loi du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale²⁹. Aux côtés de la possibilité offerte aux parties de solliciter une contre-expertise³⁰, la loi leur permet de demander au juge d'instruction qu'il modifie ou complète les questions posées à l'expert et qu'un expert de leur choix (choisi néanmoins sur une liste d'experts agréés) soit adjoint à celui ou à ceux désignés par le juge³¹. De même, le décret d'application de la loi prend le parti d'objectiver l'existence d'engagements personnels des experts plutôt que d'en tirer une disqualification systématique de ces derniers³². Il appartiendra alors au juge d'apprécier leur incidence sur la force de conviction du rapport.

Quels que soient les outils mis en œuvre pour garantir l'indépendance de l'expert, celle-ci demeure toujours fragile et sa poursuite est susceptible de se heurter à plusieurs écueils.

II- Les rives de la dépendance

12 L'indépendance s'apprécie par référence aux liens qui lient l'expert aux diverses personnes intéressées par l'expertise. Cette affirmation de principe ne manque pas de soulever des difficultés. La qualité d'expert découle, en effet, d'une désignation³³, qui fait naître un lien de droit entre l'expert et le commanditaire de l'expertise. Dès lors, l'indépendance de l'expert ne se caractérise pas par l'absence de tout lien entre l'expert et le commanditaire de l'expertise : plus précisément, elle requiert que ces liens n'affectent pas le sens de son rapport. Or, une telle inflexion peut trouver sa source dans une situation de dépendance juridique (A) et économique (B).

A- La dépendance juridique

²⁹ J. Pradel, « Les suites législatives de l'affaire dite d'Outreau. À propos de la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 », JCP, ed. G, 2007, I, 138 ; J. Buisson, « Réforme de la procédure pénale (suite) », *Procédures*, n° 5, 2007, comm. 118 ; G. Casile-Hugues, « Expertise et instruction : nouvelles orientations après la loi du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale », *RPDP*, n° 4, 2007, p. 803.

³⁰ Art. 167, al. 3 et 4 du Code de procédure pénale.

³¹ Art. 161-1 du Code de procédure pénale.

³² Suivant en cela les recommandations du *Rapport du groupe de travail chargé de tirer les enseignements du traitement judiciaire de l'affaire dite « d'Outreau »* (févr. 2005, p. 21), l'article D. 38 du Code de procédure pénale, issu du décret n° 2007-699 du 3 mai 2007, exige que « Lorsque l'expert désigné par le juge d'instruction appartient à une association visée aux articles 2-1 à 2-21 et que l'information porte sur des faits pour lesquels cette association peut se constituer partie civile, il est tenu de déclarer cette appartenance au juge d'instruction dès réception de l'ordonnance de désignation. Si le juge maintient la désignation de l'expert, la déclaration d'appartenance est mentionnée dans le rapport d'expertise ».

³³ Ph. Roqueplo, *Entre savoir et décision, l'expertise scientifique*, Paris, INRA éd., 1997, p. 15.

13 La désignation d'un spécialiste en qualité d'expert fait naître un lien de droit avec le commanditaire de l'expertise qui, à la fois, les relie et les tient à distance l'un de l'autre³⁴. La nature juridique de ce lien de droit diffère profondément selon les expertises³⁵. D'une manière générale, elle présente un caractère statutaire (1) ou contractuel (2). Rapportée à ces deux situations, l'indépendance est susceptible de connaître des altérations plus ou moins importantes, qu'il est possible d'illustrer par deux exemples.

1) Indépendance et qualité d'auxiliaire de justice

14 Lorsqu'il est désigné par un juge dans le cadre d'une procédure judiciaire, l'expert se trouve placé dans une situation statutaire, en sa qualité d'auxiliaire de justice. Comment les liens juridiques qui l'unissent au juge garantissent-ils son indépendance ? Il n'est que de comparer la situation du juge et celle de l'expert pour percevoir la difficulté. L'indépendance du juge est statutairement garantie par son inamovibilité, son absence de lien hiérarchique avec le Ministre de la justice, sous le contrôle du Conseil supérieur de la magistrature. Rien de tel pour l'expert : il est désigné par le juge, qui détermine sa mission, établit des délais, tranche toute difficulté, contrôle l'exercice des opérations, pourvoit le cas échéant à son remplacement, fixe sa rémunération... Ainsi s'établit, selon les mots d'un auteur, un « rapport de subordination »³⁶. Pour autant, le contrôle qu'exerce sur l'expert le juge qui l'a désigné ou le juge chargé au sein de la juridiction du contrôle des expertises n'est pas, à lui seul, suffisant pour remettre en cause son indépendance : ce contrôle ne concerne que les conditions procédurales et temporelles d'exécution de la mission et non les opérations scientifiques ou techniques, qui demeurent de la seule responsabilité de l'expert et sur lesquelles le juge peut seulement provoquer ses explications. L'existence d'un tel contrôle n'est, en définitive, que la conséquence du caractère facultatif pour le juge du recours à l'expertise. La mesure venant éclairer une décision qui lui incombe, le juge conserve toute latitude pour en déterminer les contours.

2) Indépendance et travail subordonné

15 La situation est plus complexe lorsque l'expertise trouve son origine dans un rapport contractuel (expertises privées...). Le contrat par lequel l'expert est institué s'analyse, en principe, comme un contrat d'entreprise³⁷. Plus précisément, il s'agit d'un contrat de conseil dont l'objet consiste en la délivrance d'un avis³⁸. Dès lors, l'exécution indépendante de la mission confiée à l'entrepreneur fait partie intégrante des traits qualificatifs de ce type de contrat.

L'indépendance de l'expert est cependant plus problématique lorsque la prestation d'expertise est exécutée dans le cadre d'un contrat de travail, qui implique la subordination juridique du salarié à l'égard de son employeur (expertise confiée à un salarié par un employeur, expertise confiée à une société de conseil mais exécutée par l'un de ses salariés...), ou encore lorsqu'une expertise est confiée par une autorité publique à un fonctionnaire sur lequel elle exerce un pouvoir hiérarchique. Comment, alors, concilier l'indépendance nécessaire à l'exercice de la mission d'expertise et la subordination juridique de l'expert au commanditaire de l'expertise ? A propos de l'indépendance de l'expert à l'égard des parties à un procès, la

³⁴ R. Encinas de Munagorri, « Pour une théorie juridique de l'expertise », *loc. cit.*

³⁵ R. Encinas de Munagorri et O. Leclerc, « Les apports de la théorie juridique à la délimitation de l'expertise : réflexions sur le lien de droit », in Y. Bérard et R. Crespin (dir.), *L'expertise comme objet flou : déplacements d'objets et nouvelles perspectives de recherches dans les sciences du politique*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, à paraître.

³⁶ J. Normand, « Remarques sur l'expertise judiciaire au lendemain du NCPC », *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Paris, Dalloz, 1981, p. 255.

³⁷ Cf. O. Leclerc, *Le juge et l'expert*, *op. cit.*, n° 394.

³⁸ N. Reboul, *Les contrats de conseil*, Aix-en-Provence, PUAM, 1999, préf. Ph. Delebecque.

Cour de cassation avait exigé, au visa de l'article 6 § 1 Conv. EDH, que l'expert soit indépendant des parties³⁹, et refusé en conséquence que celui-ci puisse être salarié de l'une d'elles⁴⁰. L'exercice d'une activité salariée dans des conditions d'indépendance technique n'est pas, en soi, exclu, tant que le salarié conserve la maîtrise du déroulement des opérations techniques (ex. médecin salarié de cliniques privées...). Ainsi, l'exécution des expertises menées par un salarié au bénéfice de son employeur ou par un fonctionnaire à la demande de son administration de rattachement implique un allègement du pouvoir de direction de l'employeur, qui doit laisser subsister une part d'autonomie dans les choix techniques nécessaires à la bonne fin de la mission. L'indépendance de l'expert salarié est sans doute à ce prix. Sur le modèle du principe de l'indépendance des enseignants-chercheurs⁴¹, n'y a-t-il pas lieu alors de considérer que la plume expertale est libre⁴² ? Garantie sur le plan juridique, l'indépendance de l'expert n'en risque pas moins de se heurter à des obstacles de nature économique.

B- La dépendance économique

16 L'exercice d'une activité d'expertise présente évidemment un versant économique : l'expert perçoit bien souvent, en contrepartie de ses opérations, une rémunération. L'existence de liens de nature économique n'est pas, à elle seule, signe de dépendance⁴³. Celle-ci peut, en revanche, surgir en considération de la rémunération accordée aux experts (1) ou des modalités du financement des recherches sur lesquelles ces derniers prennent appui (2).

1) La rémunération de l'expert

17 Les experts judiciaires inscrits sur les listes d'experts agréés n'exercent pas à ce titre une profession⁴⁴. Ils sont des auxiliaires de justice et l'activité qu'ils fournissent au bénéfice de l'institution judiciaire doit présenter un caractère accessoire par rapport à celle d'où ils tirent leur compétence. Cette position de principe se heurte toutefois à deux phénomènes, dont l'évaluation reste problématique. D'une part, les juges sont enclins à désigner de manière récurrente certains experts qui donnent satisfaction au détriment des autres experts inscrits. D'autre part, certains experts tendent corrélativement à faire de l'activité d'expertise au service de l'institution judiciaire leur activité principale, voire unique⁴⁵. Cette situation est susceptible de faire naître, entre l'expert et le commanditaire de l'expertise, une relation de dépendance économique : une absence de désignation ou la non réinscription de l'expert concerné sur les listes serait préjudiciable à la survie de ses revenus en qualité d'expert. Dès lors, l'expert pourrait manifester une propension à rechercher la satisfaction du commanditaire de l'expertise, notamment en se montrant plus catégorique que ne le

³⁹ Cass. Civ. 1^e, 6 juill. 2000, *Procédures*, 2000, n° 219 ; *D.* 2001, p. 370, note P. Veron ; Cass. Com., 28 avr. 2004, *Droit et procédures*, n° 5, 2004, p. 282, obs. Ch. Hugon ; *Procédures*, 2004, n° 162, obs. H. Croze ; *JCP*, G, 2004, II, 10171, note Ch. Caron ; Cass. 8 mars 2005, *BICC*, n° 621, 2005, n° 1176.

⁴⁰ Cass. Civ. 1^e, 2 déc. 1997, *Gaz. Pal.*, 1999, somm., p. 37, note A. Cousin

⁴¹ Art. L. 952-2 du Code de l'éducation et décision du Conseil const., 20 janv. 1984, n° 83-165 DC (principe fondamental reconnu par les lois de la République de l'indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur).

⁴² La formule est empruntée à Ph. Le Tourneau, « La plume professorale est libre ! », *D.* 1995, chron., p. 273.

⁴³ Inversement, Cass. Civ. 1^e, 27 févr. 2007, *B. c/ Sté Sanofi Pasteur MSD, Resp. civ. et ass.*, n° 5, 2007, comm. 163 : « Une cour d'appel, qui a relevé que l'expert avait participé bénévolement à une conférence, organisée par l'assureur du fabricant mis en cause, postérieurement au dépôt de son rapport d'expertise, en a déduit à bon droit que cette circonstance n'était pas de nature à remettre en cause l'impartialité de l'expert dont l'exigence doit s'apprécier objectivement ».

⁴⁴ Sur cette affirmation et ses limites : Cf. O. Leclerc, *Le juge et l'expert, op. cit.*, n° 309 sqq.

⁴⁵ Cf. L. Dumoulin, *L'expert dans la justice. De la genèse d'une figure à ses usages*, Paris, Economica, coll. « Études politiques », 2007, spéc. p. 161 sqq.

permettent ses compétences disciplinaires ou encore en prétendant anticiper les réponses attendues par le juge⁴⁶. Les organisateurs de la Conférence de consensus relative aux bonnes pratiques judiciaires de l'expertise civile se sont émus de cette situation et ont soumis aux travaux de la Conférence la question de savoir si « la fidélisation des relations entre juge et expert est [...] compatible avec l'indépendance de l'expert ? ». En réponse à cette question, le jury de la Conférence s'est borné à indiquer qu'« il est de bonne pratique que le juge agisse avec réserve à l'égard des experts ». Par cette réponse pour le moins mesurée, le jury marque l'importance qu'il attache à l'existence de relations de confiance entre le juge et l'expert, fruit de la récurrence des désignations, au risque pourtant d'altérer de proche en proche l'indépendance économique de l'expert à l'égard de l'institution judiciaire.

La situation ne diffère guère dans le cas des expertises privées, diligentées en dehors de tout litige. Dès lors que l'expert exerce son activité au service exclusif d'un commanditaire ou d'un nombre réduit de commanditaires, il est à craindre que ne s'instaure une situation de dépendance économique⁴⁷. A cet égard, la situation des experts qui exercent leur activité au profit des compagnies d'assurance peut susciter des interrogations. Ceux-ci sont en effet agréés après avis des compagnies d'assurance et sont tenus d'exercer une activité d'expertise à leur service exclusif⁴⁸. Si la Cour de cassation refuse de considérer le seul fait d'avoir réalisé des missions pour des sociétés d'assurance comme étant, en principe, incompatible avec l'indépendance nécessaire à l'exercice de missions judiciaires d'expertise⁴⁹, elle n'exclut pas que l'existence, même passée, de tels liens puisse porter atteinte à l'indépendance de l'expert et justifier, par suite, le refus de son inscription sur une liste des experts agréés auprès d'une cour d'appel⁵⁰.

18 La détermination du montant de la rémunération des experts n'est pas non plus dépourvue d'incidence sur l'indépendance qui peut être attendue d'eux. Dans la perspective de l'analyse économique du droit de l'expertise judiciaire, l'indépendance de l'expert judiciaire a été estimée incompatible avec son intéressement aux résultats du procès. La mise en place d'un système de *contingency fees* pourrait encourager l'expert à délivrer des conclusions conduisant le juge à rendre une décision favorable à son client⁵¹. La remarque vaut tout autant pour les autres expertises : une rémunération qui varierait selon le caractère favorable ou non de la décision prise pour le client de l'expert ne pourrait manquer d'orienter son rapport. La complexité des opérations à réaliser, la compétence de l'expert requis peuvent, en revanche, utilement constituer des critères d'appréciation du montant de la rémunération de l'expert. Le

⁴⁶ Sur ce point, Cf. L. Dumoulin, « Les experts judiciaires ont-ils encore du pouvoir ? Des effets de la professionnalisation des experts sur la justice », in E. Rude-Antoine (dir.), *Le Procès, enjeu de droit, enjeu de vérité*, Paris, PUF, 2007, spéc. p. 301 sqq.

⁴⁷ Depuis l'entrée en vigueur d'une loi du 11 juillet 2007, le droit espagnol qualifie les travailleurs autonomes qui tirent au moins 75 % de leur revenu d'activité des relations contractuelles qu'ils nouent avec un seul client de « travailleurs autonomes économiquement dépendants ». Sur ce texte : v. F. Valdés Dal-Ré et O. Leclerc, « Les nouvelles frontières du travail indépendant. A propos du Statut du travail autonome espagnol », *RDT*, n° 5, 2008, p. 296.

⁴⁸ Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, *Droit des assurances*, Paris, Dalloz, « Précis », 12^e éd., 2005, n° 499 sqq.

⁴⁹ Cass., Civ. 2^e, 22 mai 2008, Bull. civ. II, n° 122 et 123 ; *D.* 2008, p. 2635, note L. Morlet-Haïdara : « (...) le fait que M. X... ait réalisé des missions pour des sociétés d'assurance, ne constitue pas, en soi, l'exercice d'une activité incompatible avec l'indépendance nécessaire à l'exercice de missions judiciaires d'expertise ».

⁵⁰ Ex. Cass., Civ. 1^e, 28 juin 2007, inédit, pourvoi n° 07-10391 : « (...) l'assemblée générale des magistrats du siège, qui a retenu, que M. X... avait reconnu n'avoir arrêté ses activités d'expertise pour le compte de sociétés d'assurance qu'après que la commission a rendu un avis défavorable à sa réinscription, a, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, décidé que cette évolution récente ne suffisait pas à faire disparaître les liens créés par un courant de relations suivies pendant plus de vingt ans de nature à porter atteinte à l'indépendance nécessaire à l'exercice de missions judiciaires d'expertise ».

⁵¹ S. Harnay, « L'analyse économique de l'expertise judiciaire : quelques éléments et pistes de recherche » [URL : http://www.courdecassation.fr/formation_br_4/2007_2254/expertise_judiciaire_10912.html].

Code de procédure civile prévoit ainsi que le juge fixe la rémunération de l'expert « en fonction notamment des diligences accomplies, du respect des délais impartis et de la qualité du travail fourni » (art. 284).

2) Le financement de l'activité de recherche

19 Les sources du financement des experts sont également susceptibles de faire naître une situation de dépendance économique lorsqu'elles concernent, non pas leur activité d'expertise proprement dite mais, plus généralement, leur activité principale. Ainsi, les experts chercheurs qui interviennent à la demande de sociétés commerciales qui, par ailleurs financent leurs recherches ou les rémunèrent dans le cadre d'activités de consultants, voient s'instaurer une relation de dépendance économique, qui est susceptible d'amoindrir la crédibilité de leurs expertises.

Il est vrai que, dans certains secteurs (pharmacie, toxicologie, nucléaire...)⁵², il est fort difficile, sinon impossible, d'identifier des experts qui n'aient été ou qui ne soient financés de quelque manière par les grandes entreprises du secteur. Tel est notamment le cas des chercheurs qui n'ont pu mener les activités de recherche qui les qualifient pour exercer, par ailleurs, des fonctions d'expertise, que grâce au financement, total ou partiel, de ces entreprises, soit que les financements publics demeurent inexistantes ou insuffisants, soit que la recherche ait été effectuée au sein même de ces entreprises. Dès lors, lorsqu'ils interviennent en qualité d'experts, ces chercheurs s'exposent à voir leur indépendance mise en doute.

La clarté faite sur l'existence de ces liens de financement et l'organisation d'une expertise contradictoire semblent constituer une exigence minimale en vue de réduire autant que possible les biais éventuels nés de cette situation. De même, la création, un temps envisagée⁵³, d'une Agence de l'expertise a parfois été vue comme un moyen d'assurer l'indépendance des experts, celle-ci étant chargée de solliciter ceux dont l'indépendance à l'égard des industriels serait la plus grande et de fixer les règles de procédure qu'ils devront suivre⁵⁴. Il reste que l'évolution de la structure du financement de la recherche vers un recours croissant à des fonds privés, ou vers une association plus systématique entre financement public et privé, pose pleinement la question de l'indépendance qu'il est permis d'attendre de ces chercheurs lorsqu'ils exercent une fonction d'expertise en vue d'une décision susceptible d'affecter l'entreprise dispensatrice de financements⁵⁵.

⁵² Ex. M.-C. Blandin, *Rapport sur les risques et dangers pour la santé humaine de substances chimiques d'usage courant : éthers de glycol et polluants de l'air intérieur. Evaluation de l'expertise publique et des choix opérés*, OPECST, 2008, spéc. p. 209 sqq.

⁵³ Proposition de loi – devenue caduque faute d'inscription à l'ordre du jour – relative à l'organisation et à la valorisation de l'expertise publique, présentée par M. Claude SAUNIER, Sénat, n° 106, 2005.

⁵⁴ M.-A. Hermitte, « Pour une agence de l'expertise scientifique », *La recherche*, n° 309, 1998, p. 95.

⁵⁵ En réponse à cette difficulté, le comité opérationnel « Recherche » mis en place dans le cadre du Grenelle de l'environnement recommande notamment que soit élaborée à destination des chercheurs engagés dans des expertises une Charte nationale de l'expertise, proposant « des modalités de gestion des conflits potentiels d'intérêts résultant en particulier du développement des contrats de recherche du secteur public avec les acteurs du monde économique publics ou privés, français ou étrangers » (rapport du 18 juill. 2008, p. 21).