HAL
open science

Provoquer le droit de l'expertise pour le faire advenir

Rafael Encinas de Munagorri, Olivier Leclerc

To cite this version:

Rafael Encinas de Munagorri, Olivier Leclerc. Provoquer le droit de l'expertise pour le faire advenir. Experts - Revue de l'expertise judiciaire, publique et privée, 2012, 100, pp.78-81. halshs-00675809

HAL Id: halshs-00675809

https://shs.hal.science/halshs-00675809

Submitted on 23 Sep 2013

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.

Provoquer le droit de l'expertise pour le faire advenir

par Rafael Encinas de Munagorri, Professeur à l'université de Nantes (Droit et Changement Social, UMR 3128)

et Olivier Leclerc, Chargé de recherche CNRS, Université de Lyon, CERCRID (UMR 5137), Université Jean Monnet, Saint-Étienne

paru in *Experts*, n° 100, 2012, pp. 78-81

L'évolution récente du droit interne permet-elle de tracer l'expertise de demain ? Rien n'est moins sûr car, que l'on retienne le critère de sa formation (le droit « made in France ») ou celui de son application (le droit applicable en France), le droit interne relatif à l'expertise est largement influencé par celui de l'Union européenne, et plus encore par celui de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. À tel point qu'il apparaît parfois comme un bastion de résistance susceptible de faire échec aux mouvements de libéralisation du marché de l'expertise. Cette lecture n'est pas la seule possible, et si le droit interne se veut porteur d'avenir, il mérite d'être conçu sous une cohérence d'ensemble qui dépasse une logique des aménagements ponctuels. Sans avoir ni l'ambition, ni la légitimité pour en poser les fondements, il nous est apparu utile de présenter les lignes directrices susceptibles de recomposer le paysage du droit de l'expertise à venir.

1. Des droits spéciaux vers un droit commun de l'expertise

L'étude de l'expertise en droit positif interne conduit à un double constat. D'un côté, il existe des règles particulières à chaque expertise, de l'autre ces règles tendent à converger pour former un régime commun. Ces deux traits sont indissociables, mais c'est à partir des droits spéciaux qu'il est possible de concevoir un droit commun de l'expertise.

1.1. Droits spéciaux (la pluralité)

Appréhender les droits spéciaux de l'expertise, c'est partir à la recherche d'ilots de réglementation, collecter des confettis multicolores et dispersés dans des codes. L'attention prêtée à l'œuvre législative et réglementaire comme à la jurisprudence des tribunaux montre le foisonnement des règles applicables tantôt à l'expertise juridictionnelle, tantôt à l'expertise destinée aux autorités publiques, parfois encore aux expertises privées. La densité de ces règles est loin d'être homogène. Certaines apparaissent très détaillées, quand d'autres sont très succinctes et se distinguent à peine du droit commun des contrats. Tandis que les dispositions relatives à l'expertise devant les juridictions sont assez précises, l'encadrement des expertises sollicitées par les compagnies d'assurance ou par des particuliers est rudimentaire. Il ne faut pas voir dans ces écarts le reflet du nombre plus ou moins grand de ces expertises. Ceux-ci sont bien

plutôt à mettre en relation avec leur contexte institutionnel.

La dernière décennie est marquée par une activité législative intense accentuant encore l'impression d'une spécialisation du droit de l'expertise. On le sait, l'expertise menée devant les tribunaux a fait l'objet de réformes d'ampleur au cours des années 2000. Cela est vrai aussi bien en matière civile (loi n° 2004-130 du 11 févr. 2004, décret n° 2004-1463 du 23 déc. 2004, décret n° 2006-1319 du 30 oct. 2006, loi n° 2010-1609 du 22 déc. 2010), qu'en matière pénale (loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, loi n° 2007-291 du 5 mars 2007, décret n° 2007-699 du 3 mai 2007) ou administrative (décret n° 2006-964 du 1er août 2006, décret n° 2010-164 du 22 févr. 2010). Les expertise menées par les Agences publiques ont, elles aussi, été organisées avec un soin croissant, le plus souvent en réaction aux mises en cause dont ont fait l'objet certains de leurs experts, accusés de manquer d'indépendance et d'impartialité.

Et le processus est bien loin d'être achevé ! Les rapports proposant une réforme, quand ce n'est pas une refonte, de l'expertise sont légion : que l'on songe, pour s'en tenir à l'actualité la plus récente, aux efforts de réforme de l'expertise du médicament suite à l'affaire du Médiator (rapport IGAS RM2011-044P sur l'expertise sanitaire), au rapport de la Commission de réflexion sur l'expertise judiciaire présidée en mars 2011 par Mme Bussière et M. Autin, au rapport de l'Académie de médecine du 4 octobre 2011 « Compétence scientifique et technique de l'expert & qualité de l'expertise en responsabilité médicale », au rapport de mai 2011 de la Mission de réflexion sur l'organisation française en matière de biodiversité... Le tout sans préjudice des propositions de loi d'ores et déjà déposées sur le bureau de l'Assemblée nationale (proposition de loi n° 3740, M. Jardé. Sur cette dernière v. *Experts*, n° 99, 2011, p. 10).

La dispersion de cet effort réformateur apparaît d'autant plus grande qu'elle prend la forme aussi bien de textes législatifs et réglementaires que d'un ensemble épars de chartes, de codes de conduite, de recommandations de bonnes pratiques... Les touches et retouches successives qui sont ainsi apportées aux régimes juridiques des différentes expertises ne peut manquer de faire naître un certain scepticisme, tant l'effort qu'elles impliquent semble devoir n'avoir pas de fin. Envisager l'expertise dans son unité plutôt que dans sa diversité permettrait d'éviter cet écueil.

1.2 Droit commun (la convergence)

Ces règles sur l'expertise, de plus en plus nombreuses, convergent largement, ce qui autorise à soutenir que se développe un droit commun de l'expertise. Plus précisément, cette convergence peut être repérée à au moins trois niveaux.

Le premier niveau est celui des expertises devant les juridictions civiles, pénales et administratives. Dans les grandes lignes, l'expertise obéit à des principes communs qui mériteraient d'être dégagés, quitte à maintenir des dispositions spéciales lorsqu'elles se justifient. A défaut, le justiciable, les avocats et, trop souvent, les experts eux-mêmes, doivent à chaque fois se perdre dans le maquis des régimes spéciaux, avec le risque de passer à côté d'une interprétation spécifique ou d'un détail substantiel. Quels sont ces principes communs ? Ils reposent sur la conception actuelle de l'expertise devant les tribunaux français dont on se bornera à rappeler les éléments directeurs. D'abord, l'expert est un auxiliaire du juge, désigné par lui dans le cadre d'une mission pour l'assister dans la

compréhension des faits de l'espèce. L'avis de l'expert ne lie pas le juge. Ensuite, la désignation des experts par le juge est discrétionnaire ; il est mis à sa disposition des listes d'experts agréés pour leur compétence et leur fiabilité, mais l'expert peut être désigné hors liste. Qu'ils soient ou non choisis sur une liste, les experts ont des droits et obligations. Enfin, le principe du contradictoire s'applique à tous les stades de la procédure pour permettre aux parties d'être informées, d'intervenir et de formuler des observations.

Le deuxième niveau est commun à toutes les formes d'expertise, quelles soient judiciaires ou non. Il concerne les éléments qui vont permettre aux expertises de bénéficier d'un certain crédit. Les conditions juridiques relatives à l'indépendance et à l'impartialité des experts sont ici cardinales. Outre les motifs de récusation prévus pour l'expertise judiciaire, ces conditions se sont notamment traduites par des déclarations publiques d'intérêts visant à prévenir des conflits d'intérêts. Prise en compte pour l'expertise judiciaire (Bonnes pratiques de l'expertise judiciaire ; Recommandations sur les art. 275 et 276 du Code de procédure civile, 2011, CNCEJ/CNB, p. 7 ; rapport de Mme Bussière et M. Autin, recom. A3 et ann. 4), cette préoccupation et devenue omniprésente au sein des agences françaises : comité de déontologie et de prévention des conflits d'intérêts de l'Agence national de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail (Anses) mis en place en 2011, prévention et gestion des conflits d'intérêts au sein de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (Afssaps). Suite à des anomalies récurrentes et à l'émotion suscitée par l'affaire du Médiator, la pression en faveur d'exigences accrues est constante. La logique de la certification et de la qualité pourrait ici jouer un rôle accru pour améliorer l'expertise, comme en témoigne la norme AFNOR X50-110 « Qualité en expertise » dont la diffusion est souhaitée, même si elle reste payante (P. Peyrouty, *Experts*, n° 92, 2010, p. 36).

Le troisième niveau, plus conceptuel, concerne la définition de l'expertise au regard d'autres pratiques qui s'y apparentent. Il est tout aussi bien des expertises qui sont présentées comme telles mais n'en sont pas (l'usage du mot « expert » pour désigner tout spécialiste s'est diffusé dans bien des enceintes, à commencer par les institutions européennes), que des dispositifs qui réunissent tous les critères de l'expertise sans en prendre le nom (ex. les « personnes qualifiées » mentionnées à l'article 60 du Code de procédure pénale). A défaut de la nécessité d'une définition légale de l'expertise, il convient d'en délimiter la notion, ce qui nous paraît possible à partir des trois éléments que sont la nécessité d'une décision actuelle ou potentielle, l'identification juridique d'une commande d'expertise, l'existence d'une procédure plus ou moins détaillée.

2. Les exigences du contradictoire

Le droit de l'expertise est caractérisé par une emprise croissante de la contradiction. Évidente pour les expertises publiques, cette évolution n'en est pas moins sensible pour l'expertise judiciaire ou privée. Quel que soit le contexte dans lequel il intervient, l'expert doit rendre compte de l'accomplissement de sa mission. Rendre rapport ne signifie pas formuler un avis lapidaire ; il faut aussi exposer ses raisons, expliciter son raisonnement et ses conclusions. Cette exigence doit assurer au commanditaire de l'expertise une bonne compréhension du rapport qui lui est remis. Mais plus fondamentalement, elle donne aussi prise à la contestation du rapport de l'expert, à sa remise en cause. C'est ce qu'exprime, dans le procès, le principe du contradictoire, qui s'impose aussi bien au juge

qu'à l'expert : les parties doivent être mises en mesure de contester le rapport d'expertise. Le respect de cette exigence fonde la validité de l'expertise. A défaut, le rapport peut être annulé. La contradiction est exigeante : respectée, elle fonde l'autorité du rapport d'expertise ; méconnue, elle constitue une menace à même de l'anéantir.

Les experts judiciaires ne rendent pas seulement compte au juge : ils doivent permettre aux parties de discuter leurs méthodes et leurs conclusions. Pour ne citer que quelques décisions récentes, la convocation irrégulière des parties aux opérations d'expertise rend nulle la mesure (Cass, 3e civ., 7 févr. 2007, n° 05-20.410), tout comme le fait de ne pas les informer de leur faculté de présenter des observations sur le pré-rapport établi par l'expert (Cass, com., 4 nov. 2008, n° 07-18.147), de ne pas leur communiquer le rapport d'un expert privé consulté par l'expert nommé par le juge (Cass, 2e civ., 21 janv. 2010, n° 07-13.552). La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a joué en la matière le rôle d'un aiguillon pour le droit français (CEDH 18 mars 1997, *Mantovanelli c/ France* ; CEDH 2 juin 2005, *Cottin c/ Belgique*). Reste que les parties n'ont pas nécessairement les compétences pour contester l'expert sur son terrain.

Le développement de la contre-expertise est un autre signe de l'emprise croissante de la contradiction. Le rapport de l'expert se trouve alors soumis à l'appréciation critique d'un ou de plusieurs autres experts. Le développement de la pratique du pré-rapport favorise à l'évidence cette contre-expertise, qu'elle soit le fait d'un contre-expert désigné par le juge ou, plus simplement, d'un expert commis par une partie. Déjà présent en matière civile, le pré-rapport s'est vu conférer une place importante en matière pénale par la loi du 5 mars 2007, qui rend même son établissement obligatoire dans certains cas (ex. art. 167-2 C. proc. pén.). Plus fortement encore, la contre-expertise, qui constitue une faculté du juge, devient de droit dans certaines circonstances (ex. art. 706-53-15, al. 2 C. proc. pén. à propos de la décision de la juridiction régionale, instituée par la loi n° 2008-174 du 25 févr. 2008, décidant une rétention de sûreté).

Le rapport d'expert, ainsi exposé à la critique des personnes concernées et à celle d'autres spécialistes, se trouve encore mis parfois en cause par des associations, par des particuliers qui ne sont pas personnellement intéressés à la décision ; en un mot, le rapport fait l'objet de débats dans l'espace public. Ce mouvement est très visible pour les expertises publiques. À première vue, l'expert judiciaire, dont les rapports sont peu accessibles au public, pourrait sembler à l'abri d'une telle mise en cause. Cependant, rien n'autorise à penser que ces experts puissent éviter complètement cette nouvelle forme de contradiction, bien plus insaisissable. Le contentieux de l'implantation des antennes relais de téléphonie mobile devant les juridictions civiles et administratives a permis d'assister à des mises en cause publiques des rapports d'experts, portant sur la fiabilité des données qu'ils utilisent et sur les méthodes d'analyse qu'ils mettent en œuvre.

Comment analyser cette place croissante de la contradiction dans l'expertise ? Ceux qui voudrons renforcer l'autorité expertale y verront volontiers une immixtion excessive, voire insupportable, des profanes dans une expertise que les spécialistes devraient conserver en propre. Mais le combat contre la contradiction dans l'expertise pourrait bien être d'ores et déjà perdu. En bonne partie sous l'influence du droit européen, mais aussi de par les évolutions du droit interne, la contradiction occupe maintenant une place dont on imagine mal qu'elle puisse s'amoindrir, comme s'il existait en la matière un effet de cliquet. Il est,

du reste, permis de s'en féliciter en ce que la contradiction dans l'expertise est la marque d'une société pluraliste, qui n'admet pas de réserver les décisions dotées d'une dimension scientifique ou technique aux seuls spécialistes patentés. L'effet corrosif du principe du contradictoire n'est ainsi pas étranger aux remises en cause qui affectent le statut d'expert judiciaire, en particulier sous l'influence de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, 17 mars 2011, *Penarroja*). Certains le regretteront peut-être, mais l'ignorer serait pire encore.

3. La clarification de l'activité des experts

3.1. L'expertise comme profession

Les experts sont-ils des professionnels ? La réponse connaît des nuances selon les experts et le droit français ne présente pas une particulière clarté sur ce point. Partons de ce qui est simple pour aller vers ce qui l'est moins. Nul doute, en premier lieu, que des personnes font profession de l'expertise dans des domaines spécialisés, au point d'avoir établi des *professions réglementées*, comme le montre l'exemple des experts-comptables ou encore celui des géomètres-experts. Ce ne sont pas les seuls et il convient de mentionner les *professionnels de l'expertise dans le secteur privé,* notamment ceux évaluant des dommages auprès des compagnies d'assurance en tant que salarié ou prestataire de service. Ces derniers peuvent également intervenir auprès des administrations et des personnes morales de droit public (État, collectivités territoriales, communes), mais les *professionnels de l'expertise dans le secteur public* peuvent être compris, dans un sens plus strict, comme des personnes réalisant une mission d'expertise pour le compte d'une administration, soit en tant que salarié d'une personne publique, soit en tant qu'agent de l'État. C'est notamment le cas des fonctionnaires des établissements de recherche et d'enseignement supérieur, et l'expertise scientifique fait même partie intégrante des missions des personnels de recherche (art. L. 411-1, f du Code de la recherche).

La situation des experts juridictionnels *lato sensu* est plus complexe. C'est qu'il convient de distinguer deux situations selon leur mode d'intervention auprès des tribunaux. Rappelons qu'un professionnel peut tout à fait être sollicité par l'une des parties au litige pour fournir, moyennant finance, son expertise dans le cadre d'un procès. La dénomination utilisée en France est celle « d'expertise amiable » ou encore de « tiers expert » pour désigner ces professionnels engagés par contrat. Ces experts ne doivent certes pas être confondus avec les experts judiciaires qui sont commis par le juge et sont des auxiliaires de justice. Pour ces derniers encore faut-il distinguer entre les experts encartés, qui figurent sur les listes et peuvent se prévaloir du titre d'expert, de ceux désignés hors liste, faculté qui reste ouverte dans la plupart des cas par le droit français. Les textes français articulent deux affirmations : d'un côté, il est rappelé avec insistance que « les experts judiciaires sont des collaborateurs du service de la justice mais n'exercent *en aucune manière une profession* (sic) et ne constituent pas une profession réglementée » (Circ. du 16 nov. 2005, c'est nous qui soulignons). Mais ce sont les exigences juridiques elles-mêmes qui valorisent les travaux et les activités professionnels comme critère d'inscription sur les listes (art. 6, 2° du décret du 23 déc. 2004). Quant à la jurisprudence communautaire (arrêt *Penarroja*, précité), elle qualifie maintenant l'expert-traducteur de prestataire de service. La décision va dans le sens d'une libéralisation de l'expertise. Aussi,

il devient de plus en plus difficile de maintenir l'affirmation selon laquelle des professionnels spécialisés dans leur discipline (médecine, construction, comptabilité, etc.) exercent, en contrepartie d'une rémunération, une activité auprès des tribunaux qui ne seraient « en aucune manière une profession ». Du reste, dans des domaines où les expertises sont nombreuses, il semble bien qu'il soit possible de faire profession de l'expertise judiciaire, voire d'en faire son activité principale. Quand bien même il ne s'agirait que d'une activité secondaire, est-il si problématique de la considérer comme une profession ? Dans l'ensemble, il existe bien des professionnels intervenant sur un marché de l'expertise. Le droit français est appelé à se mettre en conformité avec ce constat.

3.2 L'incertitude comme horizon

Inscrit dans notre Constitution depuis le 1er mars 2005, le principe de précaution vise à éviter la production d'un dommage grave et irréversible par des mesures préventives appropriées. Sa mise en œuvre suppose l'intervention des experts, puisqu'il convient, avant d'agir, d'évaluer des risques potentiels. Pour autant, le principe de précaution s'applique même lorsque l'état des connaissances scientifiques est incertain, ce qui fait d'ailleurs tout son intérêt. Autrement dit, il est demandé aux experts d'évaluer un risque en situation d'incertitude scientifique. Cette nouvelle exigence est-elle susceptible de peser sur l'expertise de demain ?

Nous ne le pensons pas. Si le principe de précaution dérange, c'est parce qu'il confronte les deux faces des discours d'experts et de scientifiques. D'un côté, auprès de l'opinion publique, l'expert apparaît - et se présente parfois lui-même - comme le détenteur d'un savoir à même de garantir la légitimité d'une décision, la connaissance scientifique ou technique étant assimilée dans les esprits le plus souvent à une quasi-certitude. De l'autre, entre spécialistes, il est souvent reconnu que la vérité scientifique ne correspond pas à une vérité absolue, mais à des probabilités plus ou moins grandes.

Plus encore, selon le critère de réfutabilité formulé par Karl Popper, seules seraient authentiques les sciences susceptibles d'être réfutées empiriquement. Ce critère a été repris explicitement par le fameux arrêt *Daubert* de la Cour suprême des États-Unis relatif aux conditions de recevabilité d'une expertise scientifique devant les tribunaux, critère étendu par deux autres décisions à l'ensemble des expertises à caractère technique. D'un point de vue épistémologique que confirme l'histoire des sciences, l'état des connaissances scientifiques et techniques est par définition incertain, instable, ce que ne laisse pas apparaître explicitement le droit français. Cette incertitude conduit à banaliser l'expertise mise en œuvre pour faire appliquer le principe de précaution. Loin de se présenter comme une exception suspecte ou une anomalie, elle serait plutôt significative de l'expertise d'aujourd'hui et de demain.

L'expert est par ailleurs parfois sollicitée pour recueillir des preuves qui n'existent pas encore, comme le montre l'action *in futurum* fondée sur l'article 145 du Code de procédure civile. Si l'incertitude n'est pas alors de même nature, elle signale toute la légitimité de l'expert de contribuer à la recherche des preuves dans la perspective d'une prise de décision. Est-ce à dire qu'il conviendrait de distinguer les expertises portant sur des situations passées de celles susceptibles de peser sur l'avenir ? Pareille question manque sans doute de pertinence, mais il est sain de provoquer ainsi le droit de l'expertise pour le

faire advenir. Espérons que les experts ne manquent pas de souffle et d'audace.