



HAL
open science

Pour une théorie juridique de l'expertise

Rafael Encinas de Munagorri

► **To cite this version:**

Rafael Encinas de Munagorri. Pour une théorie juridique de l'expertise. Experts - Revue de l'expertise judiciaire, publique et privée, 2007, 77. halshs-02289918

HAL Id: halshs-02289918

<https://shs.hal.science/halshs-02289918>

Submitted on 17 Sep 2019

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.

Pour une théorie juridique de l'expertise

(publié dans la revue *Experts*, 2007, n° 77, p. 7)

Rafael Encinas de Munagorri
Professeur à l'Université de Nantes
Membre de l'Institut universitaire de France
Octobre 2007.

De nos jours, la théorie juridique ne se réduit pas à une série des propositions à caractère *dogmatique* visant à mettre en ordre un système juridique. Elle est aussi une activité *analytique* permettant d'éclairer le sens des notions juridiques à partir d'une étude du langage. Elle comprend aussi une dimension *critique* lorsqu'elle évalue les effets concrets produits par la mise en œuvre de dispositifs juridiques. Elle permet également une approche *empirique*, en particulier lorsqu'il s'agit de recueillir, à partir de questionnaires ou d'études de terrain, des données sur les pratiques effectives d'une profession ou d'une institution.

L'expertise et les experts méritent de recevoir une attention renouvelée de la théorie juridique. Cela d'autant plus que le domaine de l'expertise est trop souvent appréhendé de manière fragmentée, comme si les différents contextes (juridictionnels, amiables, de gouvernement) interdisaient une étude d'ensemble. Or, les textes et les pratiques invitent seulement à établir des distinctions et des typologies. L'engouement pour les dénominations « d'expertise » et « d'expert » appelle certes à tracer certaines limites pour maintenir la cohérence de ces notions. Et le foisonnement des activités d'expertise requiert d'appréhender ce domaine d'un point de vue concret et pragmatique, y compris à partir de données chiffrées et de statistiques¹. Aux côtés d'autres travaux issus des sciences sociales (histoire, économie, sociologie, science politique) prenant pour objet d'étude l'expertise et les experts², il y a donc, plus que jamais, place pour une théorie juridique de l'expertise³. Elle est d'autant plus nécessaire que l'expertise comporte de stimulants enjeux comparatifs⁴ et internationaux⁵.

Notre propos est ici préliminaire. Il vise à répondre à deux questions récurrentes : Comment délimiter la notion d'expertise ? Quels sont les droits et obligations des experts ? Vastes interrogations dont la simplicité n'est qu'apparente. Car la diversité des expertises et des experts a de quoi dérouter. Et les plus fins connaisseurs du monde de l'expertise doivent régulièrement en dresser l'inventaire et mener la réflexion⁶. Délimiter les frontières d'une notion juridique d'expertise conduit à comparer divers régimes juridiques qui, dans leurs grandes lignes, présentent plus de points communs que de différences.

I. LA NOTION JURIDIQUE D'EXPERTISE

Les définitions de l'expertise sont nombreuses et se recoupent largement. Elles font état d'un processus par lequel l'expert délivre des connaissances à des fins de prise de décision. C'est pourquoi il est possible de réunir des expertises prenant place dans des contextes décisionnels distincts sous une notion unique. D'un point de vue juridique, l'expertise s'analyse comme une procédure de décision unissant deux personnes par un lien de droit.

¹ . Plusieurs initiatives en cours visent à collecter données et à approfondir les pratiques de l'expertise, voir not. l'appel à projets 2007 sur l'expertise judiciaire lancé par la Mission de recherche Droit et Justice.

² . Voir parmi les ouvrages récents : F. Chauvaud, coll. L. Dumoulin, *Experts et expertise judiciaire. France, XIX, XXème siècles*, Presses universitaires de Rennes, 2003 ; T. Golan, *Laws of Men and Laws of Nature, The History of scientific expert testimony in England and America*, Harvard University Press, 2004 ; S. Jacob et J.L. Genard, *Expertise et action publique*, Ed. de l'université de Bruxelles, 2004 ; G. Edmond ed., *Expertise in Regulation and Law*, Ashgate, 2004 ; L. Dumoulin et al., *Le recours aux experts*, Presses universitaires de Grenoble, 2005.

³ En ce sens, O. Leclerc, *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, LGDJ, 2005.

⁴ F. Pinchon, *L'expertise judiciaire en Europe*, éd. d'Organisation, 2002 ; Voir déjà *L'expertise dans les principaux systèmes juridiques d'Europe*, préface et notions générales par Henri Motulsky, Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de Paris, tome 13, 1968.

⁵ . M. Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné*, Seuil 2006, not. p. 201 et s. ; P. de Fontbressin, « Expertise et Mondialisation », *Experts*, n° 67, 2005, p. 7 ; *Démocratiser l'expertise et établir des références scientifiques européennes*, rapport du livre blanc sur la gouvernance, groupe I-B, Commission européenne, mai 2001.

⁶ . J. Hureau et B. Peckels, *Expertises et Experts en France – Mars 2006*, *Experts*, n° 70, p. 5, voir, par le passé cette même revue, n° 57, 2002 et n° 47, 2000.

1.1. L'expertise, une procédure de décision

Pour comprendre l'expertise, il faut se placer dans la perspective d'une décision à prendre. Si un expert est sollicité, c'est en effet dans un contexte de prise de décision. Ces décisions peuvent avoir des finalités diverses : il peut s'agir de se prononcer sur un choix d'intérêt général, de prévenir un conflit, de réaliser une transaction, ou encore de trancher un litige⁷. Que l'expertise soit juridictionnelle, amiable ou destinée aux pouvoirs publics, elle prend toujours place dans un processus de prise de décision. Elle est une manière de procéder, un cheminement. En ce sens, elle est une procédure elle-même. Sans entrer dans les diverses configurations qui peuvent conduire à recourir à une expertise, il faut insister sur son caractère procédural.

Garder présent à l'esprit ce critère permet d'éviter la confusion entre deux sens du mot expert. Au sens commun, qui correspond à l'étymologie *expertus*, l'expert est une personne compétente et expérimentée sur un sujet donné. Au sens juridique, l'expert est une personne désignée dans le cadre d'une procédure. Précisons que la procédure est ici entendue au sens large, incluant les procédures non contentieuses mises en œuvre par voie unilatérale ou contractuelle.

Deux avantages résultent d'une telle délimitation de la notion juridique d'expertise. Le premier est de distinguer les personnes désignées dans une procédure d'expertise de celles qui ne le sont pas. Cela est nécessaire lorsque les médias et les experts autoproclamés brouillent les pistes. Or, avoir des compétences est une chose, être sollicité pour prêter son concours à une procédure d'expertise en est une autre. Les deux ne concordent pas toujours, ne serait-ce que parce que les meilleurs connaisseurs d'un problème ne sont pas toujours désignés en qualité d'expert. Il est certes courant, notamment dans le cadre de l'Union européenne, de dénommer 'expert' celui qui est un spécialiste, mais il faut alors avoir les idées claires. En toute rigueur, et sauf à favoriser les confusions, « ce n'est qu'en raison de son intégration dans une procédure de décision que celui qui détient un savoir particulier est qualifié d'expert »⁸.

Le second avantage de cette délimitation est précisément de dissocier la participation à une procédure d'expertise du problème de la compétence de l'expert. Il est bien sûr hautement souhaitable que l'expert désigné dans le cadre d'une procédure soit *aussi* une personne compétente et expérimentée. Cela ne va pourtant pas de soi et les systèmes juridiques prévoient divers mécanismes visant à garantir la qualité des experts et la fiabilité de leurs avis. L'expertise devient alors elle-même l'objet de procédures juridiques, ou encore de démarches de qualité⁹.

Placer la procédure au cœur de la notion juridique d'expertise, c'est aussi se donner les moyens d'approfondir l'analyse du lien entre l'expert et celui qui commande l'expertise, le commanditaire de l'expertise.

1.2. L'expertise, un lien de droit

L'expert est, par hypothèse, distinct de celui qui le désigne. A défaut, les catégories perdent de leur pertinence : les figures symétriques du juge appréhendé comme un expert en droit ou de l'expert chargé de statuer pour trancher un litige en sont l'illustration¹⁰. Sur le plan formel, on insiste généralement sur la distinction entre l'expert et le décideur (ou plus largement celui qui demande une expertise). Il faut en effet distinguer l'expert de celui qui a recours à ses lumières. La formalisation du lien qui se noue entre l'expert et le commanditaire de l'expertise n'est pas toujours évidente et pose deux séries de problèmes.

Le premier tient à l'identification des personnes juridiques en présence. Car les entités ayant recours à l'expertise peuvent être des plus diverses (organisations internationales, autorités administratives ou juridictionnelles, groupements privés ou particuliers) et ne sont pas toujours dotées de la personnalité juridique. De même, un examen attentif est parfois nécessaire pour déterminer si l'expert, agissant seul ou dans un collectif, est intervenu en tant que personne physique ou au nom d'un groupement doté de la personnalité morale. Les difficultés se cumulent parfois lorsque la situation n'est claire ni du côté du donneur d'ordres ni de celui des experts ; en témoignent les pratiques de l'administration française où les agents sont trop souvent sollicités pour réaliser une expertise sans formalisation suffisante¹¹.

⁷ . Dans son audition publique sur l'expertise scientifique du 6 décembre 2005, l'Office Parlementaire d'Evaluation des Choix Scientifiques et Technologiques, envisage tour à tour la décision de justice et la décision publique. Pour un rapprochement entre les deux, voir, M.A. Hermitte, « L'expertise scientifique à finalité politique, réflexions sur l'organisation et la responsabilité des experts », *Justices*, 1997, n° 8, p. 79.

⁸ . O. Leclerc, *op. cit.*, p. 5.

⁹ . Voir en ce sens, la Norme, NFX 50-110, Prescriptions générales de compétence pour une expertise, en vigueur depuis le 20 mai 2003 sur laquelle, G. Tufféry, *Experts*, n° 57, p. 30.

¹⁰ . F. Testu, « Présentation générale », in *L'expertise*, coord. M.A. Frison-Roche et D. Mazeaud, Dalloz, thème et commentaires, 1995, p. 6-7.

¹¹ . En ce sens, « Quel statut pour l'expert ? », *Revue française d'administration publique*, 2002, n° 103, p. 379.

Le second problème consiste à qualifier le lien juridique unissant l'expert au commanditaire de l'expertise. Le contrat apparaît comme une forme juridique envisageable. Une personne (souhaitant réaliser une expertise) s'accorde avec une autre (l'expert) pour délivrer un avis sur une question donnée. La qualification de contrat d'entreprise doit être retenue lorsque l'expert réalise pour un maître d'ouvrage une certaine prestation. Elle paraît la plus appropriée au regard du critère d'indépendance de l'expert. Plus incertaine est la qualification de contrat de mandat qui suppose que l'expert réalise des actes juridiques au nom et pour le compte d'un mandant¹². Il existe bien sûr d'autres montages reposant sur des fondements contractuels, tels que les expertises réalisées en interne, ou pour le compte de tiers, par des salariés placés sous la subordination juridique de leur employeur. Le lien de droit repose alors sur un contrat de travail. En l'absence de contrat, le lien unissant l'expert au commanditaire peut résulter d'un acte juridique fondé sur une disposition légale ou réglementaire, comme le montre le modèle français de l'expertise juridictionnelle où l'expert est conçu comme un auxiliaire de justice placé dans la dépendance organique du juge. Dans l'ensemble, si l'expert est lié au commanditaire de l'expertise par un lien de droit, le constat doit être fait d'une grande diversité. Celle-ci ne manque pas de rejaillir sur le régime juridique de l'expertise.

II. LE REGIME JURIDIQUE DE L'EXPERTISE

Les sources juridiques régissant l'expertise sont plurielles : il peut s'agir de conventions internationales, de textes législatifs et réglementaires, de jurisprudences, d'usages professionnels ou encore de contrats conclus entre personnes privées ou publiques. De plus, des experts eux-mêmes, le plus souvent réunis dans des groupements à caractère corporatif ou disciplinaire, ont entrepris la rédaction de règles placées sous la bannière de la déontologie ou de l'éthique¹³. Dans le domaine de l'expertise judiciaire, les (bonnes) pratiques entre professionnels ont été récemment définies par des « contrats de procédure » ou, de manière plus ambitieuse, par la méthode de « conférences de consensus »¹⁴. Au total, ces dispositifs normatifs conduisent à poser des principes et règles définissant les obligations et droits des experts. Tout en gardant à l'esprit l'absence actuelle de statut commun, il est possible d'en présenter les lignes de force.

2.1 Obligations des experts

Pour déterminer les obligations des experts, il est fréquent d'énoncer une série d'exigences : indépendance, objectivité, transparence, etc. Le procédé est classique. Trop peut être, et il serait parfois plus explicite et pédagogique de signaler en quoi les experts peuvent être dépendants, subjectifs et intervenir dans le cadre de procédures opaques¹⁵. Pour les experts comme pour d'autres, les qualités intellectuelles et morales ne sont pas acquises une fois pour toutes ; elles s'éprouvent par la pratique et demandent un effort permanent. Et si des règles peuvent formuler des obligations et définir des bonnes pratiques, il importe surtout qu'elles ne restent pas lettre morte. Le juriste doit porter son attention à l'effectivité des règles à partir d'une théorie *réaliste* du droit, ce qui exige aussi que la détermination du sens de la règle à l'occasion de sa mise en œuvre soit prise en compte. Le format de cette étude ne permet pas de développer d'exemple, mais il est possible d'illustrer le propos à partir de l'exigence d'impartialité, qui a pris toute son importance depuis l'entrée en vigueur de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Dans un cadre juridictionnel, ce texte exige que l'expert soit impartial, au sens précisément où il ne prendra pas fait et cause pour une des parties au procès. L'affirmation s'impose lorsque l'expert est désigné par le juge (modèle à caractère inquisitoire), car le tandem juridictionnel doit garder à la fois crédit et autorité¹⁶. Du reste, même lorsque l'expert est choisi par l'une des parties (modèle à caractère accusatoire), l'exigence d'impartialité ne saurait disparaître au profit de l'allégeance partisane.

Dans le cadre d'une expertise de gouvernement, le souci d'impartialité n'est pas moindre, sauf à renoncer à une perspective d'intérêt général. Ce n'est pas dire que seul compte l'avis d'un expert éminent. Dans nos

¹² . Pour une critique de cette qualification de mandat, O. Leclerc, *op. cit.*, n° 394-395 qui cite l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles selon lequel « la notion même d'expertise exclut tout idée de mandat de la part de celui qui le désigne », *Gaz. Pal.* 1980.1.146.

¹³ . De manière plus générale, v. M. Olivier, « A propos de la déontologie de l'expertise », *Experts*, n° 36, 1997.

¹⁴ . Les résultats de la conférence de consensus sur « les bonnes pratiques judiciaires de l'expertise civile » doit être rendue publique à la fin de l'année 2007. Sur le processus, v. C. Husson-Trochain et B. Mauroyn, *Experts*, n° 75, p. 10-11.

¹⁵ . Voir par exemple : « Expertise scientifique et décision de précaution », *Revue juridique de l'environnement*, 2000, p. 67 ; « La recevabilité d'une expertise scientifique aux États-Unis », *Revue internationale de droit comparé*, 1999, p. 621.

¹⁶ . Rappelons que le juge français examine l'impartialité de l'expert, au-delà des causes de récusation prévues par la loi. Ce contrôle n'est pas toujours audacieux, Cass. com., 12 juillet 2005, *Experts*, n° 70, p. 71.

démocraties, l'autorité d'une expertise provient moins de l'unité d'un point de vue, fut-il éclairé, que d'une pluralité d'expertises contradictoires permettant de fonder une décision à caractère politique. Pour garantir l'impartialité des experts, il est des initiatives intéressantes telles que les dispositifs adoptés dans le cadre de l'Agence française de sécurité sanitaire de l'environnement et du travail¹⁷. Dans l'ensemble, il reste toutefois des efforts à faire pour éviter les conflits d'intérêts, comme le montre l'absence de procédure systématique de déclaration préalable ou encore une certaine réticence des experts à rendre accessible l'intégralité de leur *curriculum vitae*.

Pour autant, depuis quelques décennies, les obligations des experts ont été accrues, en particulier au cours de leurs missions. Il faut s'en féliciter même si l'un des effets pervers pourrait être de décourager les spécialistes de procéder à des expertises. Aussi, est-il nécessaire de conserver les attraits de l'expertise par l'affirmation de droits au bénéfice de ceux qui s'y livrent.

2.2. Droits des experts

L'expertise est une activité exigeante. Elle demande du temps et des moyens. Aussi, elle est rarement accomplie de manière désintéressée, et il est normal que les experts soient sensibles à leurs conditions de travail et à leur rémunération. Il faut aussi rappeler que les experts interviennent dans le cadre d'une mission spécifique définie par le commanditaire de l'expertise. Or, la demande exprimée par le commanditaire est souvent paradoxale : d'un côté, l'expert est sollicité pour son indépendance, gage de la valeur de son avis, de l'autre, cette indépendance n'est pas toujours concrètement protégée lors de l'exécution de sa mission. Cette dernière affirmation appelle des nuances selon la nature du lien de droit entre le commanditaire de l'expertise et l'expert et les pratiques observées. A défaut d'engager une analyse fine des situations, et en cherchant à éviter l'écueil de généralisations excessives, il nous semble possible d'évoquer trois points sensibles.

D'abord, si l'ambition affirmée par le commanditaire est de bénéficier d'une expertise de qualité fondée sur les meilleurs techniques disponibles, le temps accordé à l'expert pour réaliser la mission, ou encore les ressources nécessaires pour la mener à bien ne sont pas toujours à la hauteur. Ensuite, si l'expert est loué pour son ouverture d'esprit et ses connaissances, il n'a pas toujours accès à l'intégralité du dossier, et moins encore à certaines informations jugées confidentielles. Enfin, si la transparence des activités de l'expert et ses vertus éthiques sont mises en avant par le commanditaire, elles ne sont pas toujours favorisées directement en pratique. Ainsi, le commanditaire de l'expertise cherche parfois à contrôler la communication des experts auprès des médias. Ainsi encore, lorsque de risques il est question, il exprime souvent des réserves à ce que l'expert puisse directement lancer l'alerte¹⁸, ce qui peut le mettre en porte à faux. La confidentialité de l'expertise doit alors céder devant des obligations morales et juridiques plus impérieuses.

D'un point de vue concret, il importe de se demander quelles sont les conditions juridiques et matérielles instaurées par le commanditaire de l'expertise afin que l'expert puisse réaliser sa mission en toute indépendance. Affirmer les droits des experts, le cas échéant au détriment de ceux du commanditaire de l'expertise, est une voie permettant de contribuer à la mise en place d'un statut cohérent. C'est aussi se donner les moyens de préciser les responsabilités de chacun, horizon qui se dessine en filigrane dans les évolutions à venir du régime de l'expertise.

¹⁷. Par application des articles L.1336-4 et L. 1323-9 du code de la santé publique, la constitution des premiers « comités d'experts spécialisés » par arrêté interministériel du 10 mars 2003 a été lancée sur la base des *curriculum vitae* et des déclarations publiques d'intérêts. Pour plus de précision, voir le site web de l'Afsset.

¹⁸. L'alerte lancée par des chercheurs ou des salariés n'est pas sans lien avec l'alerte lancée par des experts, voir not. C. Noiville et M.A. Hermitte, « Quelques pistes pour un statut juridique du chercheur lanceur d'alerte », *Natures, Sciences, Société*, 2006, p. 269 ; O. Leclerc, « La protection du salarié lanceur d'alerte », in *Au cœur des combats juridiques*, dir. E. Dockès, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2007, p. 287.