

# Les apports de la théorie juridique à la délimitation de l'expertise

## Réflexions sur le lien de droit

*Rafael ENCINAS DE MUNAGORRI & Olivier LECLERC*

paru in : Y. Bérard et R. Crespin (dir.), *Aux frontières de l'expertise. Dialogues entre savoirs et pouvoirs*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, coll. « Res Publica », 2010, pp. 197-210.

À l'instar des historiens<sup>1</sup>, des sociologues et politistes<sup>2</sup>, les juristes<sup>3</sup> sont confrontés au problème de la délimitation de l'expertise. Esquiver la difficulté en rappelant que les chercheurs en sciences sociales déterminent les frontières de leur objet est une réponse paresseuse qui demeure insatisfaisante. Non seulement le flou sur les contours de l'expertise persiste alors entre les disciplines, mais il subsiste également en leur propre sein. Le droit ne fait pas ici exception : la notion d'expertise varie selon les époques, les cultures juridiques et les praticiens interrogés. Il en résulte des incertitudes, une impression de brouillage et de flou. Si l'expertise a pour objet de présenter des connaissances à des fins de décision, pourquoi ne pas considérer le juge ou l'avocat comme un expert en droit ? La théorie juridique, dans son versant doctrinal, se donne certes pour objectif, le cas échéant par des définitions stipulatives, d'ordonner et de stabiliser les notions et les catégories du droit. L'expertise reçoit ainsi une définition juridique à même de fonder un droit commun de l'expertise. Toutefois, la théorie juridique nous semble également offrir un cadre d'analyse pour approfondir la connaissance de l'expertise dans la diversité de ses manifestations<sup>4</sup>.

La classification traditionnelle reste pourtant peu éclairante. Fondée sur le contexte de décision, elle ne distingue, pour l'essentiel, que trois catégories. L'*expertise juridictionnelle* prend place dans le contexte d'une décision de justice. Elle évoque un procès, actuel ou éventuel, opposant deux parties devant une juridiction. L'*expertise publique* – dénommée parfois de gouvernement, de

<sup>1</sup> CHAUVAUD F., *Les experts du crime. La médecine légale en France au XIX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Aubier, 2000 ; du même auteur avec la collaboration de DUMOULIN L., *Experts et expertise judiciaire. France, XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2003 ; GOLAN T., *Laws of men and laws of nature. The history of scientific expert testimony in England and America*, Cambridge, Harvard University Press, 2004 ; RABIER C. (dir.), *Fields of expertise. A comparative history of expert procedures in Paris and London, 1600 to present*, Cambridge, Scholars Publishing, 2007.

<sup>2</sup> CRESAL, *Situations d'expertise et socialisation des savoirs*, Actes de la table ronde des 14 et 15 mars 1985, Saint-Étienne, 1985, ronéotypé ; JASANOFF S., *Science at the Bar: Law, Science, and Technology in America*, Cambridge, Harvard University Press, 1995, p. 42 et s. ; BESSY C. et CHATEAURAYNAUD F., *Experts et Faussaires. Pour une sociologie de la perception*, Paris, éd. Métailié, 1995 ; DELMAS C., « Pour une définition non positiviste de l'expertise (note de travail) », in D. Damme et Th. Ribemont (dir.), *Expertise et engagement politique*, Paris, L'Harmattan, « Cahiers politiques », mai 2001, pp. 11-43 ; JACOB S. et GENARD J.-L., *Expertise et action publique*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2004 ; LASCOURMES P., *Expertise et action publique*, Paris, La documentation française, 2005 ; DUMOULIN L., LA BRANCHE S., ROBERT C. et WARIN P. (dir.), *Le recours aux experts. Raisons et usages politiques*, Grenoble, PUG, 2005 ; DUMOULIN L., *L'expert dans la justice. De la genèse d'une figure à ses usages*, Paris, Economica, 2007 ; COLLINS H. and EVANS R., *Rethinking Expertise*, Chicago, The University of Chicago Press, 2007.

<sup>3</sup> À la différence du simple praticien, le juriste désigne dans notre propos une personne ayant à la fois des compétences juridiques et une réflexion sur le droit. Il s'apparente donc plus au *legal scholar* qu'au *lawyer*. Pour des écrits posant ces problèmes de délimitation, voir FRISON-ROCHE M.-A. et MAZEAUD D., *L'expertise*, Paris, Dalloz, 1995 ; HERMITTE M.-A., « L'expertise scientifique à finalité politique », *Justices*, 1997, n°8, p. 79 ; ENCINAS DE MUNAGORRI R., « Expert et Expertise », *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 2003, p. 686 ; EDMOND G. (dir.), *Expertise in regulation and law*, Aldershot, Ashgate, 2004 ; LECLERC O., *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2005.

<sup>4</sup> Pour un essai de clarification, voir ENCINAS DE MUNAGORRI R. et LECLERC O., « Théorie du droit et expertise. Conclusion prospective sur les apports de l'analyse juridique », ENCINAS DE MUNAGORRI R. (dir.), *Expertise et gouvernance du changement climatique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2009, p. 199-229.

gouvernance, ou encore à finalité politique – prend place dans le contexte d’une décision d’intérêt général. Elle peut avoir pour cadre une agence publique, une administration, un État, ou encore une organisation internationale. L’*expertise privée* – dite parfois amiable, par opposition aux expertises contentieuses – recouvre des situations diversifiées où l’expert est désigné en vue de l’adoption d’une décision particulière. Le cas échéant prévues par la loi, ces expertises peuvent aussi résulter de l’initiative d’un groupement privé tel qu’une entreprise ou une association<sup>5</sup>. Trop approximative, cette classification ne constitue pas une définition : elle ne permet pas de délimiter utilement les frontières de l’expertise. En revanche, il est pertinent de caractériser l’expertise à partir de trois critères (la décision, la commande, la procédure) que nous présenterons par ordre croissant de spécificité. Chacun d’entre eux contribue à tracer les limites de l’expertise et, par là même, à exclure des situations dans lesquelles des connaissances sont présentées sans constituer pour autant des expertises.

### Trois critères de délimitation de l’expertise

Le premier critère de délimitation, le plus général, correspond au fait de délivrer des connaissances à des fins de prise de *décision*. Pour large et approximatif qu’il soit, ce critère évite de parler d’expert à propos de toute personne disposant d’une compétence ou d’une expérience sur un sujet donné. Tout savant n’est pas un expert, comme ne l’est pas davantage un professionnel compétent ou un collectif de citoyens. Les apports de connaissances ou de savoir-faire qui ne sont pas orientés vers la décision ne sont pas, à proprement parler, des expertises<sup>6</sup>. Dire le contraire conduit selon nous à étendre excessivement les notions d’expert et d’expertise, au risque de ne plus toujours bien savoir ce que l’on désigne par ces termes. L’exigence d’une décision prise ou à prendre n’est d’ailleurs pas très discriminante. Elle permet d’utiliser le terme expert de manière large et approximative, comme en témoigne l’usage du mot au sein des institutions de l’Union européenne, où tout spécialiste se voit bien vite qualifié d’expert. Toutefois, les connaissances invoquées restent alors envisagées dans la perspective d’une décision. La classification traditionnelle ne fait d’ailleurs que mettre en rapport l’expertise avec des décisions – positives ou d’abstention – qui produisent des conséquences juridiques : décision de justice, décision administrative, décision d’une personne privée. Le second critère de délimitation de l’expertise repose sur l’existence d’une *commande*, au sens de la demande d’un service, d’une prestation (de faits si l’on ose dire). Retenir ce critère conduit à restreindre la qualité d’expert aux seules personnes désignées par un commanditaire. Cette qualité procède de la commande d’expertise, et non l’inverse. Une telle délimitation ne conduit pas pour autant à restreindre l’expertise aux situations où le commanditaire est une autorité officielle, telle qu’un juge ou une administration. Ainsi, par exemple, les experts sollicités par une association, y compris dans le cadre d’un engagement citoyen ou militant, interviennent aussi au terme d’une commande<sup>7</sup>. Exiger que l’expertise naisse d’une commande a néanmoins pour conséquence de dénier la qualification d’expertise aux interventions de soi-disant experts, c’est-à-dire d’experts autoproclamés. Si ces derniers visent à mettre leur connaissance au service d’une décision à prendre, nul ne les a sollicités à cette fin. Délivrer une opinion, fut-elle éclairée, ce n’est pas se prononcer en tant qu’expert.

<sup>5</sup> Citons, par exemple, l’expertise diligentée par une compagnie d’assurance pour l’évaluation d’un sinistre ou encore l’expertise sollicitée par un comité d’entreprise pour évaluer une proposition de rachat dans le cadre d’une offre publique d’achat.

<sup>6</sup> Sont ainsi écartées, par exemple, des procédures d’évaluation mises en œuvre après qu’une décision a été prise ou encore des diffusions de connaissances qui s’inscrivent dans le cadre d’une activité savante.

<sup>7</sup> Dans l’expertise dite citoyenne, des représentants associatifs et des citoyens choisis par échantillonnage contribuent aux opérations d’un ou de plusieurs experts spécialistes, voir EPSTEIN S., « The construction of lay expertise. AIDS activism and the forging of credibility in the reform of clinical trials », *Science, technology and human values*, vol. 20, n°4, 1995, p. 408-437 ; CALLON M. et RABEHARISOA V., *Le pouvoir des malades. L’association française contre les myopathies et la recherche*, Paris, Presses de l’École des Mines, 1999.

Précisons toutefois d'emblée que le fait d'être ainsi désigné par un commanditaire ne garantit en rien la compétence et/ou l'intégrité de l'expert, ce qui explique d'ailleurs que des exigences spécifiques soient formulées par certaines procédures. Le troisième critère de délimitation est celui d'une *procédure*, au sens large d'un processus, d'un cheminement. En elle-même, l'expertise peut d'ailleurs être conçue comme une procédure, une manière de procéder. Mais il importe surtout d'insister sur le fait que l'expertise peut être délimitée par son inscription au sein d'une procédure de décision. Plus ou moins formalisée selon les cas, cette procédure imprime sa marque sur l'expertise, comme si elle déteignait sur elle. Cette procédure se concrétise par des règles relatives à des aspects aussi divers que la désignation des experts, l'accomplissement de la mission ou encore la portée de l'avis rendu. De nos jours, les procédures d'expertise valorisent certains principes : pluralité du recrutement et des opinions, caractère contradictoire des débats, transparence des opérations d'expertise, publicité des résultats. Que les pratiques observées s'éloignent parfois des principes posés ne remet pas en cause l'importance du critère procédural pour caractériser l'expertise.

La marque que la procédure imprime sur l'expertise constitue une clé d'ordonnement permettant de saisir les diverses expertises dans ce qu'elles ont de commun, au-delà de la diversité des contextes de décision dans lesquelles elles prennent place. En effet, le constat de la diversité des procédures d'expertise ne doit surtout pas conduire à des assimilations simplistes. Ainsi, en distinguant les expertises selon le contexte de la décision (judiciaire, publique, privée) plutôt que par leurs dimensions procédurales, la classification traditionnelle manque à poser des délimitations solides au sein des expertises. Qu'il suffise de considérer l'expertise diligentée par les tribunaux, pourtant considérée comme la plus aboutie. Abordée sous l'angle du contexte de décision, elle donne une apparence d'unité : il s'agit d'une expertise destinée à éclairer le tribunal sur des éléments de fait dont la compréhension est nécessaire à la bonne fin de l'activité de jugement. Auscultée de plus près, elle apparaît moins homogène, comme le révèlent aussi bien l'étude du droit français, du droit comparé et de l'histoire. En droit français d'abord, s'il appartient au juge de diligenter une expertise, on se gardera d'omettre que les parties peuvent être assistées, lors des opérations d'expertise, par un spécialiste qui formulera des objections à l'expert et qu'elles sont admises, en outre, à présenter au juge – à titre d'élément de preuve – une expertise amiable qu'elles auraient fait réaliser hors du tribunal dès lors que ces conclusions sont soumises à la discussion contradictoire de la partie adverse<sup>8</sup>. De la même manière, le droit comparé atteste que l'expertise devant les tribunaux s'accommode de modalités d'exercice diversifiées, qu'il s'agisse de l'*expert-witness* du droit américain<sup>9</sup> ou de la formule nouvelle retenue par le droit anglais, qui ne permet aux parties de désigner un expert qu'avec l'accord de la juridiction, cette dernière pouvant leur imposer le recours à un expert unique commun. Enfin, l'histoire du droit français de l'expertise judiciaire révèle que la désignation des experts a longtemps appartenu prioritairement aux parties avant de devenir une prérogative du juge<sup>10</sup>. Même envisagée sous l'angle de la procédure de décision dans laquelle elle prend place, l'expertise apparaît donc singulièrement fragmentée.

Les trois critères énoncés permettent de délimiter les frontières de l'expertise. Ces critères peuvent être considérés isolément, mais aussi cumulativement : l'expertise suppose alors une commande et s'insère dans une procédure de décision. Proposer une définition n'a d'intérêt que si elle ouvre le champ de la réflexion<sup>11</sup>. Le mérite de la définition retenue est qu'elle autorise à mener une analyse juridique des situations d'expertise qui ne demeure pas prisonnière des contextes particuliers – judiciaire, publique, privé – dans lesquels elle prend place. Dès lors, envisager les expertises sous cet angle est à même de fournir l'armature d'un droit commun de l'expertise.

<sup>8</sup> Cass. Civ. 1<sup>e</sup>, 24 sept. 2002, *Procédures*, 2002, p. 200 ; Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 23 mars 2005, *Procédures*, 2005, p. 177.

<sup>9</sup> ENCINAS DE MUNAGORRI R., « La recevabilité d'une expertise scientifique aux États-Unis », *Revue internationale de droit comparé*, n°3, 1999, p. 621-632 ; LECLERC O., *op. cit.*, p. 361 sq.

<sup>10</sup> LECLERC O., *op. cit.*, p. 274.

<sup>11</sup> ENCINAS DE MUNAGORRI R., « Pour une théorie juridique de l'expertise », *Experts*, n° 77, 2007, p. 7.

Envisager l'expertise comme une commande qui s'insère dans une procédure de décision permet notamment de montrer que l'expertise fait naître, dans tous les cas, un lien entre deux personnes juridiques : le commanditaire de l'expertise, d'une part, et l'expert, d'autre part. Ces personnes peuvent être physiques (individus) ou morales (groupements dotés de la personnalité juridique), publiques (Union européenne, États, collectivités territoriale, etc.) ou privées (entreprises, associations, particuliers, etc.). Le commanditaire de l'expertise peut s'adresser à un expert isolé ou à une pluralité d'experts, voire organiser une expertise collective<sup>12</sup>. Peu explorée, la teneur de ce lien de droit propre à l'expertise reste à préciser, à partir de l'étude empirique des règles et décisions de justice. Le régime juridique auquel l'expertise sera soumise dépend en effet directement de l'analyse qui sera faite de ce lien de droit. Comme tout lien, il évoque l'image d'une corde ou d'une chaîne<sup>13</sup>. Le contrat peut en être à l'origine<sup>14</sup>, le statut posé par la loi également. L'affirmation mérite d'être précisée et explicitée dans ses conséquences.

## L'expertise, un lien contractuel

Que l'expertise puisse prendre un caractère contractuel n'est assurément pas, en soi, une prouesse de technique juridique. Dès lors que les conditions de validité du droit commun des contrats sont réunies, notamment l'échange des consentements et la détermination de l'objet de l'obligation, le contrat fait naître une obligation qui devra être exécutée dans le respect des stipulations contractuelles. Qu'il soit conclu à titre onéreux ou gratuit, le contrat passé en considération de la compétence personnelle de l'expert constitue en outre un contrat conclu *intuitu personae*. La qualification précise que peut recevoir ce contrat mérite en revanche plus ample considération.

### *Contrat d'entreprise*

La qualification de contrat d'entreprise semble, de prime abord, devoir s'imposer. Le contrat d'entreprise est une convention par laquelle une personne (« l'entrepreneur ») s'oblige envers une autre (« le maître de l'ouvrage »), contre une rémunération, à exécuter un travail déterminé, de façon indépendante, et sans représenter son cocontractant. Cette qualification rend compte du lien de droit établi entre l'expert et le commanditaire de l'expertise lorsque l'expert a été chargé d'une expertise amiable par une personne physique ou morale ou lorsque l'administration charge une personne extérieure à ses rangs de procéder à une expertise<sup>15</sup>. La fourniture d'expertises s'exerce ici dans le cadre d'une profession ; elle revêt la forme du principal contrat accueillant l'exercice d'une activité libérale. Lorsqu'il a pour objet la délivrance d'un avis, le contrat devrait logiquement être considéré comme un contrat de conseil<sup>16</sup>.

La qualification de contrat d'entreprise détermine les principaux traits du régime juridique de l'expertise. En tout premier lieu, dans un contrat d'entreprise, le maître de l'ouvrage n'est pas engagé juridiquement par les actes accomplis par l'entrepreneur. Dès lors, le destinataire du rapport d'expertise n'est pas tenu par les conclusions qu'il contient : il lui appartiendra d'apprécier les conclusions formulées par l'expert et, éventuellement, d'adopter ensuite des actes juridiques en son propre nom. La qualification de contrat d'entreprise est ensuite porteuse de conséquences quant au régime de responsabilité civile auquel l'expert est soumis. En raison de la nature intellectuelle des

<sup>12</sup> ETIEMBLE J., « L'expertise collective. La réponse de l'INSERM au besoin d'aide à la décision », *Natures, sciences, sociétés*, vol. 9, n°4, 2001, p. 54-61.

<sup>13</sup> JEULAND E., « L'énigme du lien de droit », *RTD civ.*, 2003, p. 455.

<sup>14</sup> En droit romain archaïque, le débiteur insolvable pouvait être enchaîné jusqu'à ce qu'il paye sa dette. Puis le lien contractuel est devenu abstrait, tout en gardant une efficacité certaine.

<sup>15</sup> La loi de finances rectificative pour 2006 modifie l'article L. 103 A du Livre des procédures fiscales pour permettre à l'Administration de diligenter des expertises privées en matière fiscale.

<sup>16</sup> REBOUL N., *Les contrats de conseil*, Aix-en-Provence, PUAM, 1999.

opérations qui lui sont demandées, l'expert ne sera tenu que d'une obligation de moyens. Il ne verra, par suite, sa responsabilité civile contractuelle engagée que s'il commet une faute ou une négligence dans l'exécution du contrat. Celle-ci sera appréciée par référence au standard de l'expert avisé et consciencieux : l'expert engage sa responsabilité s'il malmène les règles de son art ou s'il fait preuve de négligence<sup>17</sup>. A côté de cette obligation d'exécution consciencieuse de la mission, le contrat d'entreprise fait naître également une obligation de conseil à la charge de l'entrepreneur. Il appartient en conséquence à l'expert d'informer le commanditaire de l'expertise des éléments pris en considération dans son rapport<sup>18</sup> et de le conseiller sur ceux qui doivent être portés à sa connaissance pour lui permettre de mener à bien sa mission. Après avoir interprété largement cette obligation de conseil<sup>19</sup>, la Cour de cassation tend à en retenir une conception plus étroite, l'expert voyant sa responsabilité civile écartée dès lors que la mission était rédigée en des termes restrictifs<sup>20</sup>. Enfin, l'indépendance de l'expert apparaît comme un élément caractéristique du contrat d'entreprise. L'expert doit accomplir ses opérations de manière autonome, sans recevoir d'instructions du destinataire de son rapport, concernant les modalités d'exécution de la mission. En l'absence d'indépendance de l'expert, la relation contractuelle ne pourrait recevoir la qualification de contrat d'entreprise ; il s'agirait alors d'un contrat de travail.

### *Contrat de travail*

Caractérisé par l'existence d'un lien de subordination juridique entre un employeur et un salarié<sup>21</sup>, le contrat de travail semble, de prime abord, devoir rester étranger au domaine de l'expertise. Un tel rapport contractuel est pourtant indubitablement susceptible d'accueillir l'exécution d'une expertise. L'activité d'expertise peut d'abord résulter de l'exécution d'un contrat de travail. Il en va ainsi lorsqu'une entreprise charge l'un de ses salariés de procéder à une mission d'audit interne. De même, le médecin du travail est un salarié de l'employeur (art. R. 4623-4 C. trav.) : en cette qualité, il doit procéder à l'évaluation de l'état de santé du salarié à l'issue de la suspension de son contrat de travail consécutive à une maladie. Selon que le salarié aura été déclaré apte ou inapte à la poursuite de l'exécution de son contrat de travail, l'employeur sera tenu de le réintégrer ou de le reclasser dans un poste compatible avec son état de santé. De la même manière, lorsqu'une société de conseil se voit confier une mission d'expertise en tant que personne morale, si elle est liée par un contrat d'entreprise au commanditaire de l'expertise, la réalisation de la mission n'en sera pas moins confiée à un salarié de l'entreprise.

Les conséquences de la qualification de contrat de travail se font d'abord ressentir sur le terrain de la responsabilité civile. À l'égard des tiers, l'expert salarié n'engage pas sa responsabilité civile en cas de faute ou d'erreur : il incombera à l'employeur – qualifié de commettant – d'en répondre (art. 1384, al. 5 C. civ.). La Cour de cassation a ainsi décidé, dans un arrêt *Costedoat*, que « n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant »<sup>22</sup>. La jurisprudence de la Cour de cassation a cependant fait naître une difficulté. La Cour avait en effet fait exception cette solution dans le cas

<sup>17</sup> Par exemple, surévaluation grossière de la valeur d'un immeuble par un expert immobilier : Cass., Civ. 2<sup>e</sup>, 8 juill. 1998, *Bull. civ.*, II, p. 240 ; Cass., Civ. 2<sup>e</sup>, 19 juin 2003, *AJDI*, 2003, p. 862.

<sup>18</sup> Par exemple, Cass. Civ. 1<sup>e</sup>, 6 juill. 2000, inédit, pourvoi n°98-11842.

<sup>19</sup> Il a ainsi été jugé que le contrôleur technique chargé d'effectuer un diagnostic technique obligatoire (présence d'amiante) est tenu d'une obligation de conseil et doit prendre l'initiative de s'enquérir des caractéristiques complètes de l'immeuble concernant la présence de l'amiante, sans s'en tenir aux informations fournies par le commanditaire de l'expertise : Cass. Civ., 3<sup>e</sup>, 2 juill. 2003, *Bull. civ.*, III, p. 141. Voir aussi CA Rouen, 28 juin 2001, *JCP* ed. E, 2002, pan. n°901 : il incombe à l'expert-comptable de faire connaître à ses clients l'existence de dispositions légales permettant de solliciter des dégrèvements fiscaux.

<sup>20</sup> Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 7 déc. 2005 (amiante), *Revue de droit immobilier*, 2006, p. 286 ; Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 27 sept. 2006 (termites), *Revue de droit immobilier*, 2007, p. 257.

<sup>21</sup> Cass. Civ., 6 juill. 1931, *Grands arrêts du droit du travail*, Paris, Dalloz, 2004.

<sup>22</sup> Cass. AP, 25 févr. 2000, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, Paris, Dalloz, 2000.

où le préposé – médecin salarié d’une clinique – disposait d’une « *indépendance professionnelle intangible [...] dans l’exercice de son art* »<sup>23</sup>. Elle a toutefois abandonné cette position pour faire bénéficier les médecins salariés, ainsi que les sages-femmes, de l’immunité de responsabilité des préposés, du moins lorsqu’ils sont demeurés « *dans les limites de la mission qui [leur] est impartie* » par le commettant<sup>24</sup>. Les experts salariés exerçant leur art de manière indépendante, bénéficient-ils aussi de l’immunité de responsabilité établie par l’arrêt *Costedoat* ? Les évolutions récentes de la jurisprudence sur la responsabilité médicale invitent à pencher en faveur d’une réponse positive, sans qu’aucune certitude ne soit acquise sur ce point.

La subordination juridique caractérisant le contrat de travail – ainsi que l’obligation de loyauté qui est, selon la Cour de cassation, inhérente au contrat de travail<sup>25</sup> – entretient en tension avec l’indépendance des experts dans l’exécution de leur mission. Comment, dès lors, l’indépendance de l’expert salarié à l’égard de son employeur pourrait-elle être assurée dans l’exercice de sa mission ? Plusieurs éléments de réponse peuvent être trouvés dans le Code du travail qui confère des droits particuliers aux « salariés protégés ». Ainsi, l’indépendance du médecin du travail est expressément garantie par le Code du travail (art. R. 4623-15 C. trav.), notamment par une protection renforcée contre le licenciement<sup>26</sup>. Mais, exception faite des cas dans lesquels une protection spéciale est accordée par des dispositions expresses, la question de l’indépendance des experts salariés reste entière. Tout au plus, la Cour de cassation offre-t-elle une piste lorsqu’elle juge, à propos d’un salarié chargé d’une mission de direction scientifique en qualité de chercheur, que « *l’employeur devait exercer son pouvoir hiérarchique dans le respect des responsabilités confiées à l’intéressé et de l’indépendance due aux chercheurs* »<sup>27</sup>. Cette orientation jurisprudentielle, bien que peu étayée, n’invite-t-elle pas, *mutatis mutandis*, à considérer que le pouvoir de direction de l’employeur ne devrait s’exercer que dans le respect de l’indépendance due aux experts ?

### *Contrat de mandat*

Que l’expertise prenne la forme d’un contrat d’entreprise ou qu’elle soit exécutée dans le cadre d’un contrat de travail, il reste que le destinataire du rapport n’est, dans ces deux cas, pas tenu par les conclusions de l’expert qui y sont consignées. Pourrait-il en être autrement ? Cette question conduit à se tourner vers le contrat de mandat. L’activité d’expertise peut-elle recevoir cette qualification ? Parmi les traits caractéristiques du mandat, certains se révèlent parfaitement compatibles avec les conditions d’exercice de l’expertise. Ainsi, le mandat se caractérise par l’accomplissement d’une mission pour le compte d’autrui, exercée de manière indépendante et *intuitu personae*. En outre, le mandataire rend compte au mandant de l’exercice de sa mission. Certaines décisions de justice anciennes laissent, du reste, entrevoir une faveur pour une telle qualification<sup>28</sup>. Néanmoins, d’autres éléments du mandat font manifestement obstacle à ce que cette qualification soit retenue pour l’expertise, du moins en ce qu’elle heurte de front la conception d’une expertise indépendante<sup>29</sup>. Car le mandataire accomplit des actes juridiques pour le compte d’autrui et non de simples actes matériels. Le mandant est alors personnellement engagé par les actes du mandataire qui agit en son nom. Conçus de la sorte, les actes accomplis par l’expert

<sup>23</sup> Cass. Civ. 1<sup>e</sup>, 13 nov. 2002, *D.* 2003, p. 580 ; *D.* 2003, p. 459 ; *JCP ed. G.* 2003, II, p. 10096.

<sup>24</sup> Cass. Civ. 1<sup>e</sup>, 9 nov. 2004, *D.* 2005, p. 253 ; *JCP ed. G.* 2005, II, 10020 ; *JCP ed. G.* 2005, I, p. 132 ; *RTD civ.*, n°1, 2005, p. 143.

<sup>25</sup> VIGNEAU C., « L’impératif de bonne foi dans l’exécution du contrat de travail », *Dr. soc.*, 2004, p. 706.

<sup>26</sup> Le licenciement ne peut être prononcé que sur autorisation de l’inspecteur du travail, après avis du médecin inspecteur régional du travail et du comité d’entreprise (art. L. 4623-4 C. trav.).

<sup>27</sup> Cass. Soc., 11 oct. 2000, inédit, pourvoi n°98-45276.

<sup>28</sup> « *N’étant qu’un mandat ordinaire, [l’expertise] peut être confiée à toute personne capable d’être mandataire, notamment à un étranger* » : CA Nancy, 9 févr. 1886, *D.* 1887, 2, p. 25.

<sup>29</sup> ENCINAS DE MUNAGORRI R., « Expertise scientifique et décision de précaution », *Revue juridique de l’environnement*, n° spécial 2000, p. 71 ; et « Quel statut pour l’expert ? », *Revue française d’administration publique*, n°103, 2002, p. 388 ; LECLERC O., *op. cit.*, p. 302 sq.

devraient lier le commanditaire de l'expertise comme s'il les avait faits lui-même. Sans tenir toujours ce raisonnement, les juges estiment que le commanditaire peut être tenu pour responsable des fautes commises par l'expert<sup>30</sup>. Par ailleurs, bien que la latitude laissée au destinataire du rapport d'expertise d'en tirer les conséquences qu'il juge opportunes – y compris en s'abstenant de décider – soit bien souvent érigée en trait caractéristique de l'expertise, la qualification de mandat mérite sur ce point d'être considérée avec une plus grande attention. La loi établit, en effet, un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles le rapport d'expertise est obligatoire pour le destinataire<sup>31</sup>. Que le *recours* à l'expertise soit parfois obligatoire pour pouvoir procéder à une évaluation n'est pas ici en cause. Le caractère obligatoire de la désignation d'un expert est sans incidence sur la qualification du lien du droit qui l'unit au commanditaire. On vise ici les hypothèses dans lesquelles le commanditaire de l'expertise ne peut s'écarter des conclusions de l'expert et est tenu de les faire siennes.

Il en va ainsi en cas de cession contentieuse de parts sociales. L'article 1843-4 C. civ. dispose alors que « *dans tous les cas où sont prévus la cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible* »<sup>32</sup>. La Cour de cassation a jugé qu'« *en se remettant, en cas de contestation sur le prix de cession de droits sociaux, à l'estimation d'un expert désigné conformément à l'article 1843-4 du Code civil, les contractants font de la décision de celui-ci leur loi et qu'à défaut d'erreur grossière, il n'appartient pas au juge de remettre en cause le caractère définitif de cette décision* »<sup>33</sup>. De la même manière, si les experts d'assurance chargés d'évaluer un sinistre ne sont pas liés à la compagnie d'assurance qui les désigne par un contrat de travail, la qualification de leur relation contractuelle reste sujette à discussion. Qualification consacrée, le contrat d'entreprise semble s'imposer en raison de l'absence d'obligation faite à l'assureur de suivre le rapport de l'expert. Il reste que certains éléments caractérisant cette relation contractuelle ne manquent pas d'évoquer le mandat apparent en raison de la proximité de ses intérêts et de ceux de la compagnie d'assurance qui le désigne<sup>34</sup> : exercice d'une activité d'expertise au service exclusif des sociétés d'assurance, avis des compagnies d'assurance dans l'agrément des experts, désignation par l'assureur, etc. Dans certains cas, en outre, l'expert d'assurance formule une proposition de règlement à l'assuré<sup>35</sup>. La qualification de mandataire commun des parties suffit, selon certains auteurs, à écarter la qualification de mesure d'expertise : cette dernière ne peut se concevoir que moyennant le maintien d'une marge d'appréciation au bénéfice du commanditaire. Néanmoins, la qualification de mandat présenterait l'avantage de mieux rendre compte du lien de droit qui se noue entre l'expert et celui qui le nomme, du moins lorsque l'expert exerce une influence telle sur la décision qu'il la prédétermine largement, sinon nécessairement. Considérer la qualification de contrat de mandat permettrait alors de mieux saisir la contribution de l'expert à la décision prise par le commanditaire. Reste qu'une telle qualification

<sup>30</sup> CA Bordeaux, 27 sept. 2007, *JCP* ed. G. 2008, IV, p. 1210. En l'espèce, l'expert mandaté par un assureur fut analysé comme étant placé dans un rapport de préposé à commettant au sens du droit de la responsabilité civile, les juges relevant « *un lien de subordination ou de soumission* » entre le mandataire (expert) et son mandant (assureur).

<sup>31</sup> Les cas de recours obligatoire à l'expertise sont nombreux. Par exemple, estimation d'un immeuble lors du partage d'une indivision successorale (art. 824 C. civ.), vente d'immeuble ou de fonds de commerce appartenant à un mineur (art. 459 C. civ.), etc.

<sup>32</sup> Sur les difficultés liées à la qualification de l'expert désigné en application de l'article 1843-4 C. civ., voir CADIEF L., « *Arbiter, arbitrator*. Gloses et post-gloses sous l'article 1843-4 du Code civil », *Aspects actuels du droit des affaires. Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Paris, Dalloz, 2003, p. 153-169 ; DEHARO G., « Expertise et estimation du prix de cession par un "expert". Analyse de l'article 1843-4 du code civil », *RTD com.*, 2007, p. 643.

<sup>33</sup> Cass. Com., 19 avr. 2005, *RTD civ.*, n°3, 2005, p. 613. La formule est d'autant plus forte que cette disposition est d'ordre public et ne peut être écartée par une disposition contractuelle contraire, voir Cass. Com., 4 déc. 2007, *Bull. civ.*, IV, p. 258.

<sup>34</sup> LAMBERT-FAIVRE Y. et LEVENEUR L., *Droit des assurances*, Paris, Dalloz, 2005, p. 499 sq.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 501.

n'est pas sans danger pour le mandant, qui se verra engagé par les actes du mandataire, sauf s'il peut invoquer un dépassement des limites de sa mission.

## L'expertise, un lien statutaire

Ensemble de règles applicables à une catégorie de personne, le statut en détermine la condition juridique. Les règles applicables aux experts ne manquent pas de préciser la teneur du lien qui les relie à ceux qui les désignent. Pour autant, comme il a déjà été précisé, le lien de droit rattache autant qu'il sépare. Ce double mouvement imprime une tension qui permet à l'expertise, si l'on ose dire, de tenir debout<sup>36</sup>. La théorie juridique de l'expertise permet de faire ressortir ces deux éléments. D'un côté, par le rattachement qu'il opère à une autorité, le statut permet d'organiser la dépendance des experts ; de l'autre, par la séparation de l'expert, il permet d'affirmer une indépendance. Illustrons ce double mouvement à partir de l'expertise juridictionnelle et l'expertise organisée pour le compte des gouvernements ou d'organisations internationales.

### *Un statut pour organiser la dépendance des experts*

L'expertise juridictionnelle offre, en droit comparé, un panorama varié<sup>37</sup>. L'expert intervient en tant que tel, mais aussi parfois en qualité de témoin. Il peut être désigné par le juge, mais également par les parties au litige. Quoique caricaturale et simpliste, l'opposition entre les procédures à caractère inquisitoire et accusatoire fournit une distinction commode pour expliquer qu'il peut revenir au juge ou aux parties d'avoir la maîtrise du déroulement du procès, et donc de l'expertise<sup>38</sup>. Dans la tradition juridique issue du droit romain qui est la nôtre, l'expert est placé dans la dépendance du juge. À tel point que l'on a pu considérer l'expert, de manière imagée, comme *l'œil du juge*<sup>39</sup>. L'expert apparaît ainsi, au sens littéral, comme un organe permettant au juge de voir ce qu'il ne peut percevoir par lui-même. Aussi, a-t-il été nécessaire de préciser la condition juridique des experts devant les tribunaux. L'histoire du droit français de l'Ancien régime est sur ce point mouvementée. L'expert fut dans un premier temps librement désigné par les juges ou les parties, prenant alors le nom de *juré*. Puis, en février 1554 et octobre 1574, le pouvoir Royal décida de réglementer l'exercice de certaines fonctions d'experts-jurés sous la forme d'offices. Les plaintes adressées par les plaideurs contre ces offices n'aboutirent pas à leur suppression, mais l'ordonnance de 1667 confirma la tolérance consistant à choisir pour experts des *bourgeois* ne disposant pas d'office. Soucieux d'avoir à son service des experts compétents dans les différents corps de métiers, Louis XIV modifia le statut des experts par plusieurs édits (1690-1696). La réforme conduisit à établir des experts en titre sous la forme d'offices et plusieurs aspects du statut des experts (inscription au tableau, rémunération) furent alors précisés. Ce monopole de l'expertise exercée à titre d'offices ne devait pas survivre aux lois révolutionnaires des 2 et 17 mars 1791.

Pour autant, le statut de l'expert n'a pas été libéralisé et reste équivoque. L'expertise est une activité soumise à un statut, mais elle n'est pas considérée comme une profession à part entière. Le titre d'expert est réglementé, mais les experts ne sont pas réunis dans un ordre professionnel comme le sont les médecins ou les avocats. De plus, la place de l'expert peine à être précisée. Depuis 1944,

<sup>36</sup> Au sens juridique, le statut a pour origine ce qui permet de statuer, d'établir. Toutefois, il est aussi un état, consistant à se tenir debout (*stare*), voir CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 2004.

<sup>37</sup> PICHON F., *L'expertise judiciaire en Europe*, Paris, Les éditions d'organisation, 2002.

<sup>38</sup> En pratique, l'opposition entre les deux systèmes est plus fine. De plus, les évolutions contemporaines conduisent à des mouvements de convergence.

<sup>39</sup> L'image pourrait, du reste, être employée, non sans paradoxe, dans un système juridique comme celui du Royaume-Uni, qui confie aux parties le choix des experts. Les règles de procédure civile précisent en effet que le devoir de l'expert est d'abord d'éclairer la juridiction devant laquelle il intervient. Cette obligation est tellement impérieuse qu'elle prime celles que l'expert doit à la partie qui le choisit et le rémunère, voir *Civil procedure rules*, § 35. 3.

la loi prévoit certes que l'expert est l'auxiliaire du juge<sup>40</sup> : « dans la conception commune, l'expert est un auxiliaire de justice : il n'est ni mandataire, ni préposé des parties ; et il est permis de dire qu'il est chargé temporairement d'un service public »<sup>41</sup>. Toutefois, il n'accède pas pour autant à la qualité de collaborateur occasionnel du service public de la justice, ce qui lui permettrait – à l'instar d'autres auxiliaires comme les avocats, les huissiers, les greffiers – de bénéficier de certains avantages<sup>42</sup>. Quant au lien de droit unissant l'expert au juge, il reste marqué du sceau de l'autorité. Le juge a le pouvoir de le choisir, de déterminer sa mission, de lui imposer des délais d'exécution, le cas échéant assortis de sanctions. L'institution par un décret du 28 décembre 1998 d'un juge chargé du contrôle des expertises désigné aux fins de contrôler les mesures d'instruction confiées à un technicien en constitue une manifestation supplémentaire. Et si l'esprit de collaboration est à l'ordre du jour depuis la réforme de 1973, les évolutions contemporaines restent sur ce point décevantes et en demi-teintes<sup>43</sup>. Le souci d'intégrer l'activité d'expertise au sein du fonctionnement de la justice semble buter sur une méfiance à l'égard des experts dont la dépendance est maintenue sur le plan statutaire. La loi invite à le considérer comme un juge subalterne cantonné aux faits. En ce domaine, il retrouve une indépendance certaine. Cette permanence du couple dépendance/indépendance se retrouve aussi dans le statut des experts sollicités par l'administration.

### *Un statut pour garantir l'indépendance des experts*

L'administration dispose de la plus grande latitude pour organiser l'expertise comme elle l'entend. Elle a donc la faculté de déterminer par elle-même et en toute opportunité le statut des experts et les modalités d'organisation de l'expertise. Cette dépendance des experts à l'égard de l'administration est aussi juridique : l'administration est le commanditaire d'une expertise réalisée pour ses besoins. Les modalités de mise en œuvre sont diverses : soit l'expertise est réalisée en externe par des collaborateurs extérieurs placés dans une situation statutaire ou contractuelle, soit elle est confiée en interne à des agents de la fonction publique, le cas échéant ayant la qualité de fonctionnaire. Par tradition, l'administration française a recours à des compétences en interne. Les grands corps mis en place par Napoléon (Mines, Ponts, etc.) visent d'ailleurs à constituer un vivier de matière grise que l'administration peut mobiliser pour répondre à des questions techniques et contribuer à des activités d'expertise. A tel point qu'au sein de l'administration française, l'expertise a pu être qualifiée d'« invisible »<sup>44</sup>. L'observation est pertinente. D'un côté, l'expertise n'est pas toujours dissociée de l'exercice de compétences au sein d'une administration<sup>45</sup>, de l'autre elle reste trop souvent peu formalisée<sup>46</sup>. Le problème de la dépendance des experts à l'égard de l'administration survient lorsque ceux-ci sont agents de la fonction publique, car ils sont alors placés dans une situation hiérarchique. La prise en compte des personnes juridiques entre lesquelles est établi un lien de droit permet une première clarification. À cet égard, il convient de distinguer si l'expertise est demandée par l'État (services centraux ou déconcentrés), une collectivité territoriale, un établissement public et si elle est confiée à une autre personne morale (publique ou privée), ou encore à un agent. Lorsqu'elle relève d'une procédure organisée, la participation d'un agent de l'administration à une expertise n'est pas une fonction comme une autre. Elle implique qu'une

<sup>40</sup> Loi du 15 juillet 1944, art. 302 *sq.*

<sup>41</sup> MOTULSKY H., « Notions générales », *L'expertise dans les principaux systèmes juridiques d'Europe*, Paris, Éditions de l'épargne, 1969, p. 13-33.

<sup>42</sup> Cette intégration est cependant partielle, ce qui pose des problèmes de cohérence, voir GARREAU D., « L'expert judiciaire et le service public de la justice », *Recueil Dalloz*, 1988, chron. XV.

<sup>43</sup> LECLERC O., « Les réformes du droit de l'expertise : avancées partielles et occasions manquées », *Experts*, n°71, 2006, p. 12.

<sup>44</sup> RESTIER-MELLERAY C., « Experts et expertise scientifique. Le cas de la France », *Revue française de science politique*, vol. 40, n°4, août 1990, p. 546.

<sup>45</sup> La tendance est cependant à l'externalisation de l'expertise hors de l'État, voir les contributions réunies par JACOB S. et GENARD J.-L. (dir.), *Expertise et action publique*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2004.

<sup>46</sup> ENCINAS DE MUNAGORRI R., « Quel statut pour l'expert ? », art. cité, p. 379-390.

césure marquée soit établie entre le commanditaire de l'expertise et l'agent chargé de la réaliser.

L'exigence d'indépendance des experts mérite aussi attention. L'expert indépendant correspond certes à un profil idéal : il ne dépend de personne, reste crédible auprès de tous ; son autorité procède d'une compétence scientifique ou technique incontestée ; sa neutralité est irréprochable. En pratique, les facteurs de dépendance de l'expert sont multiples et bien connus<sup>47</sup>. L'exigence de principe selon laquelle l'expert doit être indépendant est d'ailleurs démentie par la faiblesse du régime des conditions juridiques de son activité et l'absence presque complète de garanties statutaires. Aucun statut – réglementation, charte, code de conduite – ne s'applique, de manière générale, aux personnes réalisant une expertise pour le compte de l'administration<sup>48</sup>. Des principes communs définissant les droits et obligations des experts sont néanmoins concevables. Parce que l'expertise est confiée, selon des procédures diverses, en interne ou en externe, ce statut doit pouvoir s'appliquer à des catégories différentes : fonctionnaire, agent participant directement à l'exécution du service public, agent de l'administration relevant du droit privé, collaborateur extérieur à l'administration. Des dispositions statutaires ont pu être envisagées sur des questions aussi sensibles que le recrutement et la désignation des experts (obligation de procéder à des déclarations d'intérêts), le respect des règles déontologiques (obligation de sincérité, y compris pour évoquer sans déformation des expertises minoritaires ou officieuses), la faculté d'exercer pleinement la mission confiée jusqu'à son terme (accès au dossier et possibilité de lever le secret faisant obstacle à l'accès à certaines informations) ou encore le pouvoir de diffuser son opinion auprès du public, y compris si elle correspond à une opinion dissidente. Toutefois, ces dispositions restent fragiles. Le statut de l'expertise permettant de clarifier le lien entre l'expert et l'administration tout en donnant aux experts les moyens de réaliser leurs missions avec la plus grande indépendance possible, reste à consolider, en droit interne, comme en droit communautaire<sup>49</sup>.

## Conclusion

En définitive, la réflexion juridique menée sur le lien de droit nous semble fournir un triple apport. D'abord, elle contribue à une *délimitation* de l'expertise et vient rappeler qu'elle ne se limite pas à une procédure de décision mais suppose l'existence d'une commande. L'expert est lié par un lien juridique avec le commanditaire de l'expertise. Ce lien permet, tout à la fois, de rattacher l'expert à l'autorité/la personne qui le désigne et de lui garantir une existence juridique distincte. Toute autre est la situation des personnes qui prétendent diffuser des connaissances sans être associées à une procédure de décision et sans répondre à une commande. Ainsi, le scientifique qui se livre à une activité de vulgarisation ou l'expert autoproclamé ne sont en rien tenus par un lien de droit. Faire entrer toutes ces situations dans une catégorie syncrétique d'expertise conduirait à manquer la spécificité du rapport qu'institue ce lien de droit. Ensuite, quant à la *classification* de l'expertise, l'analyse du lien de droit permet de prendre conscience de la diversité des montages juridiques possibles. La distinction entre le lien contractuel et le lien statutaire ouvre la voie pour préciser les droits et obligations des experts. Ajoutons que la classification du lien de droit n'est pas réductrice. Ainsi, le contrat *et* le statut sont présents *aussi bien* dans les expertises juridictionnelles que dans celles menées au sein de l'administration ou des organisations internationales. Dès lors, les réflexions engagées en vue d'édifier des procédures d'expertises – notamment dans la perspective

<sup>47</sup> LECLERC O., « L'indépendance de l'expert », FAVRO K. (coord.), *L'expertise. Enjeux et pratiques*, Paris, Éditions Lavoisier, 2009, p. 167-180.

<sup>48</sup> Il existe pourtant de nombreux projets et rapports en ce sens. Voir dernièrement, pour la création d'un Code de déontologie élaboré par un Haut conseil de l'expertise, le rapport final de la « Mission Lepage » remis au début de l'année 2008, proposition n°40.

<sup>49</sup> *Livre blanc sur la gouvernance*, Rapport du groupe de travail « Démocratiser l'expertise et établir des références scientifiques européennes », mai 2001. V. également CROSS A., « Drawing up guidelines for the collection and use of expert advice. The experience of the European Commission », *Science and public policy*, vol. 30, n° 3, 2003, p. 189-192.

d'une démocratisation de l'expertise – ne peuvent en aucune manière faire l'économie d'une analyse relative au lien de droit qu'elles feraient naître : imposer des obligations aux experts et leur conférer des droits ne peut passer que par la mise en place d'un lien de droit propre à en constituer le support. Enfin, quant aux *modalités* de l'expertise, la prise en compte du lien de droit invite à une analyse approfondie du degré de soumission des experts aux commanditaires de l'expertise. Cette soumission ne saurait trouver pour seule explication des facteurs historiques, sociologiques, politiques ou psychologiques : le lien de droit qui relie l'expert au commanditaire de l'expertise porte une *technologie juridique* propre à faire naître un degré de dépendance plus ou moins grand. Loin de nourrir les discours lénifiants sur l'indépendance des experts, l'analyse du lien de droit stimule bien plutôt un regard critique sur les formes juridiques d'asservissement du savoir au profit du pouvoir.