

L'expert-judiciaire interdit de droit¹

L'expert-judiciaire est-il interdit de droit ? La question ne manque pas d'interpeller.

D'abord, pourquoi l'expert serait-il interdit de droit ? N'aurait-il aucun droit propre ? Evoluera-t-il dans une sphère qui ne connaîtrait pas le droit et qui s'apparenterait à du non-droit ? La réponse à ces deux questions est bien évidemment négative. L'expert-judiciaire intervient dans un espace parfaitement normé, qui à la fois l'accueille et le contraint, et à ce dernier titre lui interdit non pas le droit, mais l'exercice d'une activité juridique car cette activité, si on l'admettait, le placerait dans une situation qui risquerait de remettre en cause la fonction même du juge². Abordons ces trois points.

Tout d'abord, l'expert, loin d'être interdit de droit est au contraire accueilli par lui.

A. L'expert judiciaire accueilli par le droit :

L'expert judiciaire est accueilli par le droit dans la mesure où le droit connaît de l'institution, je n'ose pas dire de la profession d'expert judiciaire. En d'autres termes, l'expert judiciaire bénéficie d'un véritable statut, lequel est aujourd'hui organisé par la loi du 11 février 2004 et son décret d'application du 23 décembre 2004³.

L'expert est ensuite accueilli par le droit, et c'est certainement par là qu'il aurait fallu débiter, car le droit, reconnaît au juge le pouvoir de s'adjoindre le service de cet auxiliaire temporaire à qui est confié une mission de recherche des faits,

¹. Le style oral a été conservé ainsi que l'appareil scientifique restreint.

². Sur l'ensemble de la question, O. Leclerc, *Le juge et l'expert*, contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science, Th. Paris X, 2003, publié LGDJ, 2005.

³. V. not. V. Perruchot-Triboulet, *Le nouveau statut des experts judiciaires*, D. 2005, Chr., p. 3045

mission qui s'avère si fondamentale que l'on parle parfois, à propos de l'expertise, d'un petit procès dans le procès.

A cet égard, l'expert est encore accueilli par le droit qui lui offre les moyens de réaliser sa mission⁴. Ainsi, les parties et les tiers doivent apporter leurs concours aux mesures d'instruction (art. 160 NCPC) et le technicien peut leur demander communication de tous documents (art. 243 NCPC). Il peut encore, pour réaliser sa mission, prendre l'initiative de recueillir l'avis d'un autre technicien dans une spécialité distincte de la sienne. Pour la Cour de cassation, l'expert peut confier à un tiers qui dispose des instruments appropriés, l'exécution d'investigation à caractère technique, sans manquer pour autant à son obligation de remplir personnellement sa mission et sans méconnaître les exigences du procès équitable (Civ. 2^e, 16 mai 2002, Bull. II, n° 101).

On l'aura compris à travers cet exemple, si le droit accueille l'expert, cet accueil ne peut se faire sans encadrement. L'expert est alors contraint par le droit.

B. L'expert contraint par le droit

La personne de l'expert, ainsi que la façon dont il doit mener sa mission, sont encadrées par le droit, ce qui montre déjà que la factualité dégagée par l'expert n'est pas n'importe quelle factualité, ou encore n'est pas toute vérité scientifique, mais seulement celle que le droit accepte de connaître comme telle. Faisons un bref rappel non exhaustif. L'expert doit tout d'abord être indépendant et impartial. A défaut, comment croire en la factualité dégagée par ce dernier, faits présentés comme brut et donc non liés à une interprétation partisane. Cette exigence d'indépendance est fondamentale pour le droit car ce dernier pose un postulat de vérité scientifique à travers l'expertise, même si chacun sait que la vérité dégagée par l'expertise peut toujours être discutée ne serait-ce qu'au sein

⁴. Sur la façon dont l'expert doit mener sa mission, v. la fiche technique publiée par la cour de cassation, L'expertise, BICC 2006, n° 632

de la discipline dans laquelle l'investigation de l'expert est menée. Par exemple, lorsqu'il s'agit de savoir si un parfum a été contrefait et qu'une expertise a été diligentée pour faire le point sur les ressemblances et dissemblances, les différentes techniques mises en œuvre peuvent parfaitement être discutées et d'ailleurs le sont. Mais à un moment l'expert va rendre son avis, lequel sera fondé sur une ou plusieurs techniques. Cet avis va être pris par le juge, au moins comme la vérité scientifique de l'expert, et même le plus souvent comme la vérité scientifique tout court alors pourtant qu'elle ne l'est pas ou au moins pas toujours. Mais elle peut, pourtant être prise en considération par le droit car le fait présenté peut être raisonnablement cru dans la mesure où il a été établi par une personne indépendante et impartiale.

Il peut encore être raisonnablement cru car il a été établi par une personne compétente. C'est pour cette raison, que l'expert, investi de ses pouvoirs par le juge, doit remplir personnellement la mission qui lui est confiée et ne peut, comme le relève la Cour de cassation, déléguer à des collaborateurs des actes d'exécution à caractère technique inhérents à sa mission, telles des opérations de mesurage de propriété, lesquels ne peuvent être, le cas échéant, exécutés que sous sa direction, son contrôle et sa surveillance (Civ. 2^e, 10 juin 2004, Bull. II, n° 286, p. 242). En d'autres termes, il faut que l'on soit sûr que la vérité scientifique établie dans le rapport soit bien celle dégagée par l'expert en qui la justice a placé sa confiance.

Cette confiance ne doit cependant pas être aveugle. Cela d'autant moins que les conclusions de l'expert vont nécessairement influencer le cours du procès, puisqu'elles vont permettre de prouver, d'établir un fait. Aussi, faut-il imposer à l'expert le respect d'une procédure contradictoire stricte pour que les parties puissent faire connaître à l'expert, tout au long de l'expertise, leur avis. A cet égard, les parties doivent être convoquées et leurs conseils avisés des opérations

et réunions d'expertise, et doivent être mis en mesure, en temps utile, de faire valoir leurs observations (v. fiche expertise BICC n° 632).

Les opérations d'expertise doivent être conduites de façon contradictoire ; il ne suffit donc pas que le rapport ait été débattu à l'audience. On remarquera cependant que l'expert n'est pas tenu de convoquer les parties pour procéder à des investigations de caractère purement matériel, tels le mesurage du bruit et les essais acoustiques (2^e Civ., 13 janvier 2005, pourvoi n° 04-12.623), mais il faut qu'il communique les résultats aux parties pour qu'elles soient à même d'en débattre contradictoirement avant le dépôt du rapport (v. not. en mat. de graphologie, Civ. 2^e, 18 janv. 2001, Bull. II, n° 11, p. 7.).

On le voit, l'expert, dans la recherche de la factualité est contraint par le droit qui imprime donc déjà sa marque sur les faits qu'il doit rapporter.

Loin d'être interdit de droit, l'expert est entouré, aidé, contraint par lui dans son statut et sa mission. Pourtant, ce même droit lui interdit de porter des appréciations d'ordre juridique. Il faut s'arrêter quelques instants pour tenter de prendre la mesure de cette prohibition.

C. L'expert interdit de dire le droit

La mission de l'expert judiciaire, auxiliaire de justice, ou encore collaborateur occasionnel du service public de la justice, conduit à l'interdiction fulminée par l'article 238 du NCPC suivant laquelle, « le technicien doit donner son avis sur les points pour l'examen desquels il a été commis. (Il ne peut répondre à d'autres questions, sauf accord écrit des parties). Il ne doit jamais porter d'appréciations d'ordre juridique ». En effet, les rôles entre expert et juges sont clairement déterminés. Le juge doit trancher le litige, l'expert doit lui apporter un éclairage opportun sur les faits qui seront jugés. Par conséquent, l'expert ne

peut pas porter d'appréciation juridique car le juge ne peut pas déléguer ses pouvoirs à l'expert. Ainsi, pour la Cour de cassation, viole l'article 232 du NCPC en déléguant ses pouvoirs à l'expert, la cour d'appel qui, ayant retenu la responsabilité d'un architecte dans les désordres, désigne un expert aux fins de définir, surveiller et évaluer lesdits travaux et pour en régler le coût au fur et à mesure de leur exécution. La décision est illégale puisqu'elle conduit l'expert à régler purement et simplement le litige. De même encore, l'expert ne devrait pas pouvoir recevoir du juge la mission de qualifier une convention. Ainsi, pour la Cour de cassation, doit être annulée la mission expertale dans laquelle l'expert, était chargé d' « analyser les différents contrats et conventions (..) aux fins d'identifier les différents intervenants, en précisant ce que recouvrent concrètement leurs fonctions (...) », car il s'est vu confier la mission de qualifier les différents contrats et de préciser la qualité des intervenants, démarche exclusivement juridique (Cass. crim., 29 janvier 2003) et non technique.

La mission doit être technique et non juridique. Les choses paraissent simples : au juge le droit, au fait l'expert. Chacun sait cependant que l'affirmation est trompeuse. En premier lieu, le juge n'est pas tenu par le rapport d'expertise. Par conséquent, *in fine*, c'est son appréciation des faits qui va prévaloir en droit, et non celle de l'expert. En second lieu, personne ne se laisse abuser par l'apparente clarté de la séparation du droit et du fait. Ce point a déjà été abordé ce matin, mais il faut encore y revenir.

Pour l'étudiant en droit, la question de la distinction du droit et du fait ne se pose pas à propos de la mission de l'expert judiciaire. Pour lui, cette question est centrale pour déterminer la compétence de la Cour de cassation. En effet, suivant l'article 604 du NCPC, « le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit ». La Haute juridiction n'est pas un degré de juridiction, elle a pour

mission de vérifier que les juges du fond ont bien appliqué la règle de droit. Elle ne s'intéresse pas aux faits. Par conséquent, lorsque l'on recherche la frontière séparant le droit du fait, il paraît naturel de se tourner vers nos hauts magistrats pour observer la façon dont eux même considèrent leur mission, considération qui devrait permettre de définir le moment où le juge applique la règle de droit, moment où le travail de l'expert devrait s'arrêter. Or, force est ici de constater que le contrôle réalisé par la Cour de cassation, de l'application par le juge du fond, de la règle de droit ne permet pas d'opérer un partage tranché entre le fait et le droit. Bien évidemment, lorsque la Cour exerce son contrôle, une notion juridique est en cause. Par conséquent, l'expert ne devrait pas, en principe, pouvoir traduire le fait sous-jacent à travers cette notion. S'il le fait, il porte une appréciation juridique sur cet élément. Par exemple, la Cour de cassation définit la faute séparable des fonctions du dirigeant comme celle commise intentionnellement, d'une exceptionnelle gravité, incompatible avec l'exercice normal des fonctions de direction. En outre, la Cour vérifie que les circonstances retenues par les juges correspondent à la définition qu'elle a arrêtée. Par conséquent, un expert judiciaire ne peut avoir pour mission de dire si le dirigeant a commis une faute séparable de ses fonctions. Plus encore, même si sa mission est différente – par exemple un examen des comptes - il ne peut prendre parti sur ce point en tirant des faits anormaux constatés au regard des règles comptables, une telle conséquence juridique.

Finalement, tout ce que la Cour de cassation accepte de contrôler, définit un premier périmètre d'appréciation en principe interdit à l'expert. Mais le problème reste entier car le périmètre du contrôle de la Cour de cassation n'épuise pas totalement l'existence d'une appréciation juridique. En effet, dans de nombreuses matières, la Cour de cassation renvoie à l'appréciation souveraine des juges du fond car cette appréciation relèverait du fait. Une telle appréciation pourrait donc être aussi bien celle du juge que de l'expert.

Cela n'est pas tout à fait exact dans la mesure où l'appréciation « souveraine » du juge le conduit en réalité à adopter une qualification juridique de ces faits souverainement appréciés. Par conséquent, l'appréciation souveraine en cause n'est pas seulement l'appréciation des faits, mais bien l'opération intellectuelle de qualification par laquelle le juge fait entrer le fait dans le domaine de la règle. Il y a donc application de la règle de droit, que la Cour se refuse de contrôler car elle estime que cette règle est par définition bien appliquée dès lors que le juge a affirmé que les faits, qu'il a appréciés, correspondaient aux critères d'application de la règle. Tel est par exemple le cas du trouble mental justifiant la nullité d'un acte juridique ou de l'ingratitude du donataire autorisant la révocation d'une donation⁵. La Cour de cassation ne contrôle pas la réalité du trouble mental ni l'ingratitude du donataire. Ces qualifications sont tenues pour exactes. Ce refus de contrôle ne signifie donc pas que dans les domaines laissés à l'appréciation souveraine des juges du fond, l'expert peut mener le même raisonnement que le juge. Il appartient seul au juge de dire si la donation doit être révoquée du fait de l'ingratitude du donataire ; il appartient seul au juge de dire si le contrat doit être annulé si le cocontractant n'a pu exprimer un consentement apte à l'engager.

En réalité, et même si cela est caricatural, l'interdiction faite à l'expert est seulement de prendre la place du juge dans le syllogisme judiciaire : la majeure est constituée par la règle de droit, la mineur recouvre les faits qui doivent être tenus pour constants et qui constituent une ou plusieurs conditions nécessaires à l'application de la règle de droit. La conclusion du syllogisme, donnée par le juge à travers sa décision, en découle : les effets de la règle de droit s'appliquent – ou non – aux faits déterminés. L'expert ne peut donc qualifier et plus fondamentalement dire le droit.

⁵ . J-L. Aubert, La distinction du fait et du droit dans le pourvoi en cassation en matière civile, D. 2005, p. 1118

Il faut pourtant remarquer que la vérité expertale est en réalité issue d'une pré-qualification par l'expert des faits pour les rendre appréhendable par le juge⁶. Cette préqualification, intègre nécessairement un certain nombre de données, dont des données juridiques, nommées ou non, et conduit l'expert à livrer son opinion, indépendante, sur une factualité, qui sera retenue comme étant le fait vrai. En quelque sorte, il est le juge des faits, et à ce stade intègre certainement dans son raisonnement des données juridiques. Cela est tellement vrai que l'on peut considérer que cette phase de pré-qualification correspond, nous l'avons dit, à un petit procès au cours duquel le respect du contradictoire est précisément fondamental pour que les parties puissent discuter avec l'expert et influencer l'élaboration des faits qu'il va présenter au juge comme étant vrais.

L'interdiction de porter une appréciation juridique ne perd-elle pas alors toute sa pertinence puisqu'elle est déjà présente au stade de l'analyse des faits ? Si l'on considère que celle-ci est nécessaire pour maintenir la fonction juridictionnelle du juge, la réponse est négative.

La vérité judiciaire n'est pas celle de l'expert, mais bien celle du juge. Seul ce dernier est investi du pouvoir d'appliquer la règle de droit aux faits qu'il retient. Par conséquent, si l'élaboration du fait par l'expert le conduit à prendre en considération le droit, ce n'est pas pour autant que l'on peut l'autoriser à apprécier la situation de fait qu'il a retenu en droit, car seul le juge peut dire le droit.

On peut exprimer autrement cette idée, en opposant vérité judiciaire à vérité expertale, encore nommée vérité scientifique. Le juge, qui va appréhender la vérité scientifique par le prisme de l'expertise doit appliquer le droit et dire quelle est la vérité judiciaire. Or, cette vérité n'est pas nécessairement celle de l'expert car le juge va prendre en considération l'ensemble des intérêts en présence et rendre une décision qui a pour objet de mettre fin à un litige. Cette

⁶ . V. O. Leclerc, *Le juge et l'expert*, Thèse Paris X, 2003

vérité judiciaire n'a pas la prétention de correspondre à La vérité, qui est souvent hors d'atteinte, mais simplement de s'en rapprocher. A l'inverse, l'avis de l'expert a vocation à apporter une connaissance des faits qui correspond à une vérité scientifique appréhendable par le droit⁷. On comprend alors que ce n'est pas à l'expert de faire le choix de la règle de droit, même s'il sait que les conclusions de son rapport vont conduire le juge à appliquer telle règle de droit.

Par conséquent, les constatations de l'expert dont les mots pourraient être empruntés au droit, tel le mot « dommage corporel », ne doivent pas se traduire dans ses conclusions par une application de la règle de droit au fait considéré. Par exemple, en matière médicale, l'expert peut certainement dire si le médecin a conseillé ou non son client sur les risques, même exceptionnels, que comportaient l'opération. Mais il ne devrait pas pouvoir dire si le médecin a manqué à son obligation de conseil.

Les limites de la figure sont certainement atteintes lorsque l'existence du fait entraîne automatiquement l'application de la règle de droit, sans que le juge ne puisse, finalement, juger. Cette situation se rencontre lorsque vérité scientifique et vérité judiciaire se rejoignent. Tel est par exemple le cas de l'expertise génétique en matière de filiation (qui est d'ailleurs un droit) puisque les résultats scientifiques établissent un fait que le droit décide aujourd'hui de consacrer entièrement.

Formellement, pourtant, ces frontières ne sont pas franchies car la compétence pour dire le droit reste celle, pleine et entière, du juge. Le lien de paternité sera établi par la décision de justice et non par l'expertise.

⁷ E. Jeuland, in Dictionnaire de la justice, dir. L. Cadiet, PUF, V° Expertise. V. égal. R. Encinas de Munagorri, Dictionnaire de la culture juridique, dir. D. Aland et S. Rials, V° Expert et expertise.

Cette juridictio qui reste attachée au seul juge explique d'ailleurs, le sort finalement très favorable réservé au rapport violant pourtant la règle posée à l'article 238. On rappellera en effet que, pour la Cour de cassation, « aucune disposition ne sanctionne de nullité l'inobservation des obligations imposées par l'article 238 du nouveau Code de procédure civile au technicien commis » (1^{re} Civ., 7 juillet 1998, Bull., I, n° 239, p. 165). Cette solution jurisprudentielle, qui vise notamment la situation dans laquelle l'expert a excédé sa mission (3^e Civ., 17 juillet 1996, Bull., III, n° 186, p. 118, approuvant une cour d'appel d'avoir privé d'effet les propositions de l'expert en tant qu'elles concernaient un dépassement de sa mission), concerne bien sûr les cas dans lesquels l'expert a, de son propre chef⁸, porté des appréciations d'ordre juridique. Dans cette situation, les juges peuvent décider de prendre en considération les seules appréciations de fait de l'expert qu'ils estiment utiles à leur démonstration (3^e Civ., 18 février 2004, pourvoi n° 02-20.531) et faire abstraction des appréciations juridiques qu'il a portées (3^e Civ., 21 janvier 2004, pourvoi n° 02-14.346). Mais ils peuvent également s'approprier l'avis de l'expert, même si celui-ci a exprimé une opinion excédant les limites de sa mission (3^e Civ., 5 mars 2003, Bull., III, n° 55, p. 52 ; contra, 17 juillet 1996, cité précédemment). Au demeurant, on voit mal comment le juge pourrait se retrouver interdit d'adopter l'appréciation juridique de l'expert s'il le désire puisque si tel était le cas cela signifierait que le juge serait privé de la faculté d'appliquer le droit aux faits retenus par l'expert, situation évidemment directement contraire avec sa fonction de juger.

Pourtant, dans les situations que nous venons d'envisager, l'expert a bien violé la loi puisqu'il n'a pas respecté l'article 238 du NCPC. Quelles sont donc, pour conclure, les sanctions concevable d'un tel comportement ?

⁸ En revanche, on comprend également pourquoi le rapport d'expertise peut être annulé lorsque le juge a donné pour mission à l'expert de dire le droit, car dans ce cas, il a directement délégué une fonction dont il ne dispose

Au plan professionnel, on peut tout d'abord imaginer que la commission d'inscription refuse la réinscription de l'expert sur la liste des experts-judiciaire près de la Cour d'appel, au motif que ses appréciations juridiques récurrentes dénotent une méconnaissance des règles de procédure, lesquelles doivent être suffisamment maîtrisées par toute personne désirant bénéficier du statut d'expert-judiciaire. Par ailleurs, avant même que la décision de réinscription ne soit prise, on peut concevoir la sanction disciplinaire de l'expert manquant de respecter l'article 238 du Nouveau code de procédure civile puisque est considéré comme une faute disciplinaire le fait d'avoir contrevenu aux lois et règlement relatifs à la profession à laquelle il appartient ou à sa mission d'expert... (art. 6-2 de L. 2004-130 du 11 fév. 2004 et D. 2004-1463 du 23 décembre 2004) ».

Peut-on en revanche concevoir la mise en cause de la responsabilité civile de l'expert à raison des appréciations juridiques qu'il aurait portées ?

La réponse semble négative. L'expert a bien commis une faute en ne respectant pas les prescriptions de l'article 238. Mais il paraît très difficile de lier cette faute au préjudice subi par ceux qui succomberaient aux termes d'une décision judiciaire reprenant un tel avis illégalement donné car c'est la décision, et non l'avis qui cause le préjudice⁹. Cela est encore plus vrai lorsque ne sont pas en cause les appréciations de fait, qui déjà ne s'imposent pas au juge, mais les appréciations de droit de l'expert puisqu'alors c'est bien le juge et non l'expert qui est le sachant et se trouve en mesure d'analyser la pertinence des assertions juridiques de l'expert.

pas, et qui au contraire le caractérise.

⁹ V. not. V. Larribeau-Terneyre, La responsabilité de l'expert judiciaire : à l'ombre du droit commun de la responsabilité civile..., LPA 2 déc. 1998, n° 144, p. 7

En outre, et surtout c'est le juge et lui seul qui dit le droit, quels que soient les avis, conclusions et autres éléments juridiques qui auront été produits devant lui. On voit donc mal comment on pourrait admettre l'existence d'un lien de causalité suffisant entre l'avis juridique illégal de l'expert et le préjudice souffert du fait de la décision, car celle-ci annihile en quelque sorte, toute analyse juridique antérieure pour rester, seule, la vérité juridique et judiciaire, dans l'affaire en cause.

La question se pose alors de savoir s'il est finalement si important d'interdire à l'expert de formuler toute appréciation juridique.

Je vous remercie de votre attention.