

LA PROCÉDURE DE L'EXPERTISE

Marie-Anne FRISON-ROCHE

*Agrégée des Facultés de droit
Professeur à l'Université Paris-Dauphine (Paris IX)*

1. L'expertise peut être décriée comme une dérive du pouvoir de juger, du magistrat à l'auxiliaire, confusion de l'accessoire et du principal, marque de superstition et d'un scientisme ayant envahi les prétoires (1); elle peut être critiquée pour son coût et son effet de ralentissement, voire d'enlèvement des procès. Elle peut aussi être reconnue comme le mode par lequel les procès, et donc le juge, ont pu s'adapter à la technicité de la société qu'ils doivent refléter nécessairement et à laquelle ils sont ainsi en mesure de répondre (2).

Que l'on parte d'ici ou de là, l'on arrive au même point : l'expertise est au cœur de l'instance. Mais l'on peut préciser la place que l'expertise y tient en mesurant la spécificité procédurale de son organisation. Ainsi, si elle n'est qu'une excroissance du procès ordinaire, une parenthèse, un détour nécessaire, l'expert reste effacé derrière, d'une part, le pouvoir d'ordonner du juge, dont il dépend dans le bien-mené de ses opérations, et, d'autre part, le pouvoir de conduire l'instance qui est souvent entre les mains des parties. Piètre pouvoir procédural de l'expert, tiré ainsi à hue et à dia.

2. Mais si l'on observe que l'expertise se dégage du procès, non dans le temps mais dans ses règles de fonctionnement, elle devient lieu de puissance procédurale entre les mains de l'expert, pour que la vérité du fait technique apparaisse. Dès lors, ce n'est plus le procès qui accueille l'expertise en son sein, mais bien l'expertise qui va tirer le procès vers un nouveau modèle et lui redonner souffle : le procès, même civil, se reconstitue autour de cette recherche de la vérité qui requiert des investigations techniques et des connaissances spéciales et appropriées.

Ainsi, l'expertise anticipe l'évolution marquante du procès. Celui-ci a aujourd'hui pour fonction de permettre au juge de prendre appui sur des faits le plus vraisemblablement reconstitués pour appliquer la règle de droit de la façon la plus adéquate afin qu'en résulte la décision la plus juste possible, apte par cela à neutraliser la violence et à ramener la paix sociale. Il s'agit là d'une suite non seulement chronologique, mais encore logique : rien ne peut se faire si le fait n'est pas le plus transparent possible au juge. Cela est vrai de tout fait mais son éventuelle technicité le nimbe d'une opacité naturelle qui obstrue l'issue du litige.

(1) R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, 4^e éd., Cujas, 1979, n° 164, p. 212.

(2) J. Normand, *Remarques sur l'expertise judiciaire au lendemain du nouveau code de procédure civile*, Mélanges J. Vincent, Dalloz, 1981, p. 255 s., spéc. p. 255.

Dès lors, si l'expertise n'aboutit à rien, le juge ne pourra que se défaire de celui qui a supporté le risque de la preuve. Si l'expertise aboutit, elle ne peut certes suffire pour clore le litige (3), mais elle sera déterminante. Il est donc crucial qu'elle se passe bien ! Là aussi, l'enjeu est en chemin (4). Nous voilà dans la procédure, laquelle, ici comme ailleurs, n'est pas un anéantissement de formes stupides auxquelles il faut se soumettre dans un rituel vide mais une façon de faire qui donne vie à un dessein : donner le pouvoir de découvrir la vérité du fait technique sans aliéner le juge, sans écarter les parties, sans dénaturer le procès.

3. Le procès, qu'il soit civil, pénal ou administratif, est construit sur une triade : chacune des deux parties et le juge. L'expertise trouble le jeu car l'expert s'interfère entre les parties et le juge, sans être ni les uns ni l'autre. Ainsi, l'action s'isole dans l'arène de l'expertise mais chacun n'agit que dans la perspective de celui qui reste à l'extérieur et peut se montrer s'il le désire : le juge. C'est autour de lui que s'organise le rôle procédural des parties (I) et le rôle procédural de l'expert (II), danse qu'il convient d'observer dans ses différents pas et les formes variées du quadrille, à travers les principaux contentieux, civil, pénal et administratif (5), afin d'en mesurer l'unité profonde et grandissante.

I. — LE RÔLE PROCÉDURAL DES PARTIES

4. Dans certains contentieux, quel est le premier rôle des parties ? Mais payer l'expert ! (A). Pour ce prix-là, on lui laissera la possibilité de contester le principe même de l'expertise (B), voire d'y participer (C).

A. — La charge financière de l'expertise

5. Il convient en la matière de distinguer selon les contentieux, car les règles applicables sont sensiblement différentes, suivant qu'il s'agit du contentieux civil, administratif (2) ou pénal (3).

1. Le jeu du procès civil : il faut payer pour voir

6. Dans le contentieux civil, les opérations d'expertise ne commencent pas avant que la provision, que le juge ordonnant la mesure a mis à la charge de la partie demanderesse, de son adversaire ou des deux, n'ait été consignée. Selon les termes de l'article 267 NCPC, il ne pourrait en être autrement que si le juge enjoint à l'expert d'entreprendre immédiatement les opérations. C'est là une innovation due au décret du 20 juillet 1989, visant à garantir le paiement de l'expert, les textes précédant prescrivant au contraire à l'expert de commencer aussitôt les opérations (6).

(3) V. cep., *infra*, J. Giboin, « L'expertise comme source de règlement autonome des conflits ».

(4) M.-A. Frison-Roche, « 2+1 : la procédure » in *La justice*, coll. « Morales », éd. Autrement, 1994 p. 193 s.

(5) Dans cette perspective processuelle, v. J. Vincent, S. Guinchard, G. Montagnier, A. Varinard, *La justice et ses institutions*, 3^e éd., Précis Dalloz, 1991, n^{os} 621 s., p. 510 s.

(6) V. J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, 22^e éd., Précis Dalloz, 1991, n^o 1240, p. 790, note 3 ; n^o 1243, p. 791.

Certes, la provision ne bénéficie pas directement à l'expert mais fait l'objet d'une consignation au greffe, afin de conserver intact le zèle de l'expert à mener à bien rapidement sa mission. Certes, le juge peut désigner comme débiteur de la provision le défendeur à la demande d'expertise lorsque cette partie a acculé une victime à former une demande en justice pour faire valoir ses droits, et l'on peut songer plus particulièrement à l'hypothèse d'expertise concernant les malfaçons immobilières. Certes, l'aide judiciaire peut jouer, si le débiteur en bénéficie (7). Certes, le juge peut aménager des échéances assortissant la consignation, selon l'article 269 NCPC.

7. Mais la doctrine remarque que cela ne suffit pas à pallier les difficultés financières d'un demandeur (8) qui peut ainsi, de fait, voir entraver son accès à la justice et son droit à la constitution d'une preuve. En cela, les innovations du décret de 1989 vont à rebours de l'évolution vers un véritable droit processuel à la preuve, que les mécanismes procéduraux doivent servir. En tout état de cause, il demeure que ce paiement est déterminant, comme si l'expertise était une sorte de contrat réel. Et la sanction en est rédhibitoire puisqu'à défaut de consignation dans les délais et selon les modalités impartis, la désignation de l'expert est caduque.

Cela paraît à première vue choquant, car, indépendamment de la fixation ultérieure de la rémunération, organisée par l'article 284 NCPC, l'accès à la justice n'y trouve sans doute pas son compte. Il ne s'agit pas de dire que le service rendu par l'expert ne mérite pas salaire, mais l'on peut se demander si le versement préalable d'argent par les parties doit être une condition du début des opérations de l'expertise. En outre, ce n'est pas seulement les parties qui sont ainsi aidées. L'expertise profite aussi, et par définition, au juge : dès lors, pourquoi ce coût ne s'imputerait pas, et à la fin de la procédure, sur les dépens, sans que l'on procède ainsi par anticipation et en désignant par avance celui qui en a, même provisoirement, la charge ?

2. La mesure du procès administratif : il faut payer le service rendu

8. L'on peut, à ce titre, préférer le mécanisme adopté par le contentieux administratif, l'article R. 168 CTACA posant que « les experts ont droit à des honoraires, sans préjudice du remboursement des frais et débours ». Sur proposition de l'expert, le président de la juridiction fixe par ordonnance le montant des honoraires en tenant compte de l'importance, des difficultés et de l'utilité du travail fourni et arrête sur justificatifs le montant des frais et débours. Ainsi, même si la créance d'honoraires produit des intérêts, elle n'est constituée qu'à partir du moment où la note est déposée. On relèvera qu'une jurisprudence récente du Conseil d'Etat, par un arrêt du 11 juillet 1991, *Pisseau* (9), énonce que le président de la juridiction n'est pas lié par un accord des parties sur le montant des honoraires. Il est vrai qu'en l'espèce, les parties étaient parvenues à un arrangement amiable pour une somme finalement supérieure à celle fixée par le président du Tribunal administratif en considération du fait que les opérations

(7) Sur les difficultés pratiques du croisement du système de la provision et du mécanisme de l'aide judiciaire, v. Soc., 8 avril 1981, *Bull. civ. V*, n° 85, p. 55.

(8) T. Moussa, *Expertise, matières civile et pénale*, 2^e éd., coll. « Dictionnaire juridique », Dalloz, 1988, p. 176.

(9) Cité par D. Chabanol, *Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel*, annoté et commenté, 3^e éd., éd. Le Moniteur, 1993, p. 216, n° 3.

d'expertise avaient excédé la mission... Cela montre néanmoins et sur le principe que l'expert est l'auxiliaire du juge et non des parties.

9. Il est vrai que l'article R. 169 CTACA permet au président de la juridiction d'ordonner une allocation provisionnelle. Mais cela ne peut se faire que sur la demande de l'expert et ne peut se situer en début d'expertise que « si la durée ou l'importance des opérations paraît le comporter ». En outre, dans la mesure où la jurisprudence administrative estime que le juge rend de la sorte un acte administratif et non un acte juridictionnel (10), il est dépourvu de la force exécutoire et aucune sanction effective ne peut intervenir en cas de non-paiement de la provision par la personne qui a été désignée par le juge comme en ayant la charge. Il n'est guère adéquat de prêcher la résistance face à un ordre du juge mais l'on peut penser que cette entrave de fait à la prescription de versement d'une provision est protectrice des parties. C'est ainsi fort sagement que l'article R. 170 CTACA, montrant la différence d'esprit sur cette question entre le contentieux civil et le contentieux administratif, clôt l'ensemble de ces dispositions par l'affirmation que l'expert ne peut, en aucun cas, et sous quelque prétexte que ce soit, réclamer aux parties ou seulement à l'une d'entre elles une quelconque autre somme.

3. *L'équité du procès pénal : la société supporte la charge de la recherche de la vérité*

10. Les frais d'expertise font partie des frais de justices criminelle, correctionnelle ou de police. Ainsi, c'est le Trésor public qui en fait l'avance et il arrive qu'il en supporte la charge définitive. Cela explique sans doute que les honoraires des experts ne soient guère élevés en matière pénale. S'il est exclu que la personne mise en cause doive supporter l'avance de tels frais, cette prise en charge supposant un préjugé de condamnation en considération des faits précisément objets de l'expertise en question, le droit de la procédure pénale peut mettre à la charge de la partie civile une telle obligation. Mais il faudra alors que cette dernière soit à l'origine de la mise en marche de l'action publique et qu'elle dispose des ressources nécessaires pour cela. La charge des frais pourra lui être définitivement imputée s'il apparaît qu'elle a suscité ainsi des frais frustratoires (11). Ainsi, de fait, c'est le Trésor public qui assume de tels frais, ce qui est conforme à l'idée d'un service public de la justice et à l'idée que la recherche de la vérité ne doit pas être excessivement dépendante des moyens financiers des justiciables.

S'il est nécessaire de payer, à un moment ou à un autre, sous une forme ou sous une autre, pour que l'expertise mène son chemin, la partie n'est pas réduite à la passivité et peut contester le principe de l'expertise ou la personne de l'expert.

B. — *La contestation de la décision ordonnant l'expertise*

11. La décision initiale concernant l'expertise a plusieurs objets : ordonner ou refuser la mesure d'instruction et, dans la première hypothèse, en préciser l'objet et désigner l'expert auquel elle est confiée. Concernant ses éléments cruciaux, la partie peut avoir le droit de contester la personne même de l'expert (1) et de former une voie de recours pour contester la décision prise par le juge (2).

(10) CE, 30 mai 1986, *Ministre du Redéploiement industriel c/ Guerret*, Leb., p. 154, AJDA 1986, p. 460.

(11) Article R. 246, al. 1 CPP.

1. La contestation de la personne même de l'expert

12. Par principe, et parce que l'expert a davantage rapport au juge qu'aux parties, c'est la juridiction qui choisit l'expert et non les parties. C'est d'ailleurs l'un des moyens de distinguer l'expert de l'arbitre, l'expert *stricto sensu* de l'expert privé. On constatera cependant une exception notable en matière fiscale : si le juge décide de recourir à trois experts, il doit inviter les parties à désigner chacune le sien (12).

Mais dès l'instant où la partie n'interfère en rien dans la désignation de l'expert, on aurait pu penser qu'elle doive disposer du moyen procédural corrélatif et puisse par exemple le récuser. Cependant, les différents contentieux n'ouvrent pas pareillement un tel droit. Ainsi, en procédure pénale, alors que l'on peut récuser, sous des formes procédurales variables, son juge, on ne peut récuser son expert. Est-ce parce que l'on compte sur la conscience de l'expert pour se déporter si les circonstances doivent l'y conduire (13) ? L'on ne voit pas pourquoi on ne pourrait accorder alors la même conscience à un juge... Il s'agit plutôt de l'idée que l'expertise est une opération neutre, au cours de laquelle la vérité des faits se dégage d'elle-même et s'impose ; en outre, puisque les opérations ne peuvent aboutir à un véritable jugement de la part d'un expert dénué de pouvoir juridictionnel, on ne doit rien craindre des préjugés éventuels d'un expert. Explication formelle, ne justifiant guère la réalité et l'on peut dès lors se demander pourquoi la partie intéressée ne peut tenter de récuser son expert, qui la juge de fait et si aisément.

13. Dès lors, on ne peut qu'approuver les dispositions contraires qui, en contentieux administratif, organisent la procédure de récusation, comme corrélaire mécanique du principe d'impartialité (14). La procédure civile n'organise pas expressément une procédure de récusation pour l'expert mais il est acquis que les experts peuvent être récusés pour les mêmes causes que les juges (15). En outre, la question de l'impartialité de l'expert peut constituer un motif grave et légitime justifiant un appel immédiat de la part des parties.

2. La contestation de la décision initiale sous la forme d'une voie de recours

14. En procédure civile, on sait que le décret de 1972 a d'une façon générale exclu en principe l'appel autonome des jugements avant-dire droit, catégorie à laquelle la décision judiciaire ordonnant une expertise appartient. Cependant, cette dernière espèce dans le genre est une décision particulièrement grave puisqu'elle a pour but de fournir ce qui décide souvent du sort du litige : la preuve du fait pertinent. C'est pourquoi, même s'il ne s'agit pas d'un jugement mixte, hypothèse par ailleurs assez fréquente dans le contentieux des décisions ordonnant une expertise, l'article 272 NCPC déroge en affirmant que : *La décision ordonnant l'expertise peut être frappée d'appel indépendamment du jugement sur le fond sur autorisation du premier président de la cour d'appel s'il est justifié d'un motif grave et légitime.*

(12) Article R. 200-9 LPF.

(13) R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, préc., n° 169, p. 218.

(14) Article R. 121 CTACA ; CE sect., 2 février 1968, *Ville de Lille, Rec.*, p. 89.

(15) A. Ponsard, « Vérité et justice (la vérité et le procès)-rapport français », in *la vérité et le droit*, Trav. Ass. Cap., tome XXXVIII, Economica, 1987, p. 690.

15. Dans un contentieux assez varié et qui ne dépasse souvent pas le seuil des juges du fond (16), du fait notamment que l'appréciation de la gravité et de la légitimité des motifs invoqués à l'appui de la demande d'autorisation d'appel relève du pouvoir souverain du Premier Président (17), on observera que les juridictions sont divisées sur le point de savoir s'il faut faire prévaloir l'esprit sur la lettre. C'est ainsi, que malgré la visée restrictive des décisions « ordonnant l'expertise », il s'agit de savoir si un appel est concevable concernant les décisions la refusant. Certes, les juridictions qui s'y opposent (18), et la doctrine qui les approuve (19), ont la lettre du texte pour elles. Mais refuser d'ordonner une expertise peut être singulièrement plus grave que de l'ordonner car on peut penser que l'on perd toujours à ne pas chercher la vérité et que l'on gagne toujours à la chercher, même avec excès. C'est pourquoi l'on peut se demander si la jurisprudence, plus isolée, qui fait une application analogique du texte aux décisions refusant l'expertise (20), n'est pas plus respectueuse de l'esprit du nouveau Code. On peut d'autant plus le penser qu'en contentieux pénal, c'est précisément l'ordonnance du juge d'instruction qui refuse l'expertise sollicitée qui est susceptible d'appel, parce qu'elle cause précisément un grief. En outre, la jurisprudence civile est divisée sur le point de savoir s'il faut prendre en considération le fond du litige pour apprécier le motif grave et légitime d'un appel immédiat, en présence notamment d'un motif décisoire dans la décision ordonnant l'expertise, ou s'il convient de restreindre la perspective de l'appréciation à la seule mission (21).

C. — La participation aux opérations d'expertise

16. Cette participation est ambiguë dans la mesure où elle est tout à la fois un droit (1) et une obligation (2). Sous ces deux formes, la participation de la partie aux opérations d'expertise rencontre bien des limites.

1. Le droit de participer à travers l'impératif du principe du contradictoire

17. Le principe du contradictoire vise à faire en sorte qu'un débat puisse se dérouler avant qu'une décision susceptible de faire grief ne soit prise. Il convient que toute personne susceptible d'en être frappée puisse faire préalablement connaître ses arguments avant que l'organe de décision ne se fasse une idée arrêtée, sur les faits et le droit, et en tire toutes conséquences dans ce qu'il dira et imposera.

Mais, au regard de cette définition — postulant que le contradictoire s'imposera lorsque la décision, en perspective de laquelle la procédure se déroule, aura

(16) V., par exemple, les références sous l'article 272 NCPC éd. Litec.

(17) Civ. 2^e, 3 avril 1978, *D* 1978, IR, 364, obs. P. Julien, *RTD civ.* 1978.927, obs. R. Perrot; 17 décembre 1979, *RTD civ.* 1980.411, obs. R. Perrot.

(18) Dijon, 21 mars 1989, *Gaz. Pal.* 1990.11, note M. Renard; Paris, 24 juin 1988, *Bull. avoués* 1988.3.109 et 11 mai 1989, *Bull. avoués* 1989.2.48.

(19) H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé. Procédure de première instance* (tome 3), Sirey, 1991, n° 964, p. 820.

(20) Aix, 18 avril 1984, *Bull. avoués* 1985.46.

(21) V. dans une conception extensive, Rennes réf., 19 janvier 1979, *JCP* 1979.II.19074, note Du Rusquec et dans une conception restrictive, Lyon réf., 15 mars 1977, *RTD civ.* 1978.420, obs. R. Perrot.

vocation à modifier la situation sur laquelle elle prendra prise — l'expertise se trouve prise entre deux feux. En effet, si le rapport de l'expert n'est pas une décision, ce sur quoi l'on s'accorde, s'il ne peut faire directement grief, alors le contradictoire n'a pas de raison de s'appliquer dans la procédure propre à l'expertise. Et, symétriquement, si l'on veut justifier la présence d'un débat contradictoire, alors il faudrait reconnaître la puissance normative de l'expert. Par là, appliquer le principe du contradictoire serait avouer le transfert de pouvoir du juge à l'expert.

Pourtant, des textes procéduraux, qu'ils soient civils ou administratifs, posent que les opérations d'expertise doivent être contradictoires et les intéressés informés de son déroulement et conviés à y participer. Cela suffit pour pouvoir affirmer que l'expertise comporte une procédure proprement dite (22).

18. Mais une règle ne s'impose que bien fondée. Ainsi, l'incohérence à première vue relevée entre respect du contradictoire et absence de pouvoir de jugement de l'expert n'a de pertinence que dans une conception autarcique de l'expertise, comme si l'effet de l'expertise ne jouait que dans son propre cadre. Or, l'expertise n'a de raison d'être que par rapport au jugement qu'elle a pour mission d'éclairer. C'est le jugement à venir qui donne son sens à l'expertise et fonde par anticipation son déroulement. Ainsi, se défendre après l'expertise, c'est souvent se défendre trop tard.

Mais l'on pourrait encore l'admettre si l'on n'évoquait l'autre vertu du contradictoire, qui le rend consubstantiel au procès. En effet, si une décision faisant grief doit être précédée d'une discussion, c'est parce qu'on ne peut rien dire de juste si l'on n'écoute avant à gauche et à droite. La justice peut être aveugle, mais elle ne doit être borgne. Ce débat est encore plus impérieux pour la discussion du fait, toujours inédit, que pour le droit, dont le juge peut avoir une meilleure maîtrise. Ainsi, la pertinence de l'avis exprimé par l'expert dépend de la participation des parties aux opérations d'expertise. C'est pourquoi cette participation, approuvée par principe en doctrine (23), est un devoir plus encore qu'un droit.

19. On peut estimer que la concrétisation du principe laisse pourtant à désirer, mais peut-être pas là où l'on croit. En effet, en matière pénale, la loi du 30 décembre 1985 est revenue au principe de l'expertise non contradictoire (24), en vigueur avant 1959 et pourtant critiquée pour cela à l'époque, notamment parce que le spécialiste est ainsi « l'expert de l'accusation » (25). Et la jurisprudence, en tirant toutes conséquences, a expressément affirmé, par des arrêts de 1990 (26) de la réforme, que l'expertise n'a pas à se dérouler d'une façon contradictoire ! Cela tient sans doute au lien que l'on fait intellectuellement entre le contradictoire

(22) *Contra* J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, préc., n° 1245, p. 793.

(23) H. Croze et Ch. Morel, *Procédure civile*, coll. « Droit fondamental », PUF, 1988, n° 234, p. 231 ; Mélenec et Sicard, *Le caractère contradictoire de l'expertise civile en matière médicale*, *Gaz. Pal.* 1975.1, doct. p. 376 ; J. Normand, *Remarques sur l'expertise judiciaire au lendemain du nouveau code de procédure civile*, préc., p. 262 s. ; M. Olivier, *L'avis du spécialiste en matière d'expertise judiciaire civile et le principe du contradictoire*, *Gaz. Pal.* 1987, 1, doct. p. 57 et s. ; J.-P. Rousse, *Le respect du principe du contradictoire dans le déroulement des opérations d'expertise*, *Gaz. Pal.* 1978, doct. p. 627.

(24) Pour son approbation, v. J. Pradel, *Procédure pénale*, 7^e éd., Cujas, 1993, n° 273, p. 305.

(25) R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, préc., n° 165, p. 212.

(26) *Crim.*, 18 octobre 1990, *Gaz. Pal.* 11 juin 1991, p. 10 ; 15 novembre 1990, *Bull.*, n° 385.

et l'accusatoire : parce que l'expertise ne peut que très difficilement être accusatoire, la recherche de la vérité se satisfaisant davantage de l'inquisitoire, on exclut dès lors qu'elle puisse être contradictoire. Mais l'on aurait pu concevoir fort bien le mariage d'une procédure inquisitoire laissant naturellement place au principe du contradictoire (27). On observe d'ailleurs qu'en pratique une certaine contradiction s'instaure, à l'initiative de l'avocat (28) mais aussi de l'expert. Toujours est-il qu'en procédure pénale, l'expert mène seul ses investigations. De la même façon, le prévenu n'a pas à être convoqué aux opérations de l'expertise médicale de la victime (29). Il suffira que l'avis de l'expert soit soumis à la discussion ultérieure des parties et l'on se félicite déjà que le rapport soit communiqué aux parties pendant l'instruction (30), la violation des droits de la défense pouvant être à l'occasion évoquée (31).

20. Certes l'on peut regretter que cette phase de l'instruction ne fasse pas mieux place à un processus de débat à l'intérieur même de l'expertise et l'on pourrait conspuer le droit de la procédure pénale, comme le baudet de la fable. Mais il faut tenir compte du fait que la phase d'instruction du procès pénal, dans laquelle s'insère la procédure d'expertise, reste elle-même conçue comme un mécanisme unilatéral mené par celui qui cherche — le juge d'instruction, l'expert — et en face duquel la personne menacée bénéficie des droits de la défense. C'est donc sous cet angle que le droit de la procédure pénale a envisagé la procédure expertale. Ainsi, les droits de la défense s'expriment sous leur forme la plus négative puisque la personne mise en examen, ou le témoin assisté, n'est interrogée par l'expert, et non par le juge d'instruction assisté de l'expert, que s'il le veut bien, selon les méandres d'un article 164 CPP, maintes fois remanié (32). Mais ils peuvent prendre une forme plus positive puisqu'en vertu de l'article 165 CPP, les parties peuvent demander au juge d'instruction de prescrire à l'expert d'étendre ces opérations. Il demeure que l'on peut estimer qu'un débat véritable organisé devant l'expert, par analogie avec la phase de jugement, serait susceptible de mieux servir les droits de la défense, en offrant aux parties la possibilité d'avoir accès au déroulement interne de l'expertise (33), par le respect du principe du contradictoire qui est en son cœur.

21. Le droit positif régissant l'expertise dans le procès civil et dans le procès administratif (34) est plus conforme dans les textes à ce que l'on attend d'une procédure équitable. Ainsi, les articles R. 164 et suivants CTACA y veillent et l'article 160 NCPC dispose que les parties et les tiers, ainsi que leur conseil, sont

(27) M.-A. Frison-Roche, « 2 + 1 : la procédure », préc.

(28) J. Pradel, *Procédure pénale*, préc., n° 273, p. 306 (observations critiques).

(29) Crim., 15 février 1967, *D* 1967, p. 493, note J.-P. Doll.

(30) Article 167 NCPC. Doli, *La communication par le magistrat instructeur des conclusions du rapport d'expertise aux parties*, *Gaz. Pal.* 1973.2, doct. p. 578 s.

(31) Crim., 23 mai 1970, *Bull. crim.*, n° 166 ; 15 mai 1973, *Rev. sc. crim.* 1974, p. 123, obs. J. Robert.

(32) J.-P. Doll, *L'audition de la partie civile, de l'inculpé et des sachants*, *D* 1963, chron. p. 233 s. ; *L'interrogatoire de l'inculpé par les experts*, *Gaz. Pal.* 1972.2, doct. p. 439.

(33) Sur l'état actuel, v., par exemple, G. Stéfani, G. Levasseur, B. Boulloc, *Procédure pénale*, 15^e éd., Précis Dalloz, 1993, n° 599, p. 584 : « les parties et le ministère public n'ont pas accès au déroulement interne des opérations et ne peuvent intervenir spontanément, même lorsqu'elles sont présentes. Elles ne peuvent exercer de contrôle sur le déroulement de l'expertise que par l'intermédiaire du juge d'instruction ».

(34) R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 3^e éd., coll. « Domat Droit public », Montchrestien, 1991, p. 546.

convoqués aux opérations d'expertise, et la jurisprudence précise que cela doit être fait pour chacune des réunions (35). On sera sensible au fait que la Cour de cassation censure parfois des procédures irrégulières non seulement sur le fondement de ce texte spécial mais aussi sur le fondement du fameux article 16 NCPC. Ainsi, la troisième Chambre civile, dans un arrêt du 26 février 1992 (36), opère cette double référence et sanctionne comme il convient une violation du principe du contradictoire qui ne se satisfait pas d'un respect vide des formalités sans effet. Il s'agissait en l'espèce d'une expertise pour laquelle le preneur avait été correctement convoqué mais le bailleur avait interdit l'entrée des locaux au premier ; l'expert ayant néanmoins formulé un avis, la nullité fut prononcée. En outre, l'expert est susceptible d'engager sa responsabilité professionnelle s'il ne veille pas à l'effectivité du principe du contradictoire (37). C'est ce même réalisme procédural qui justifie qu'un tiers qui participe comme le ferait une partie aux opérations d'expertise ne peut ensuite prétendre que le rapport en résultant lui est inopposable (38). De la même façon, le Conseil d'Etat annule les jugements fondés sur les résultats d'une expertise non contradictoire (39).

22. Mais il n'est pas sûr pour autant que les contentieux civil et administratif aient beaucoup à redire au contentieux pénal. En effet, des jurisprudences laissent davantage perplexes : ainsi en est-il de l'arrêt de la première Chambre civile du 5 mai 1987 (40) qui affirme que les enquêtes sociales ne sont pas des expertises et n'ont pas, de ce fait, à respecter le principe du contradictoire. Il s'agit là d'un raisonnement formel qui ne sied pas à un corps de règle n'ayant de sens que concrètement interprété et analysé.

De la même façon, que penser d'une jurisprudence de la deuxième et troisième Chambres civiles qui affirment que l'on peut opposer à une partie à l'instance une expertise tirée d'une instance à laquelle elle n'était pas partie mais aux opérations de laquelle elle avait spontanément assisté (41) ? On peut suggérer qu'une personne n'intervient pas de la même façon si elle est tiers ou partie impliquée dans le litige et l'on comprend dès lors que la première Chambre civile ait adopté la solution inverse (42).

En outre, comment admettre la jurisprudence estimant qu'être mis en mesure de discuter les conclusions du rapport est une garantie équivalente au fait d'être mis en mesure de présenter à l'expert ses arguments avant qu'il ne formule son avis ? On sait que se défendre contre un avis autorisé est singulièrement plus ardu que de fournir des arguments aptes à convaincre l'expert avant qu'il n'arrête une opinion si influente.

23. Enfin, que penser de cette pratique consistant pour une partie de se faire accompagner non seulement de son avocat, mais encore d'un technicien de même

(35) Civ. 1^{re}, 9 juin 1981, *Bull. I*, n° 219, p. 188, *RTD civ.* 1983, p. 194, obs. R. Perrot.

(36) *Gaz. Pal.* 9 février 1983, somm., *Procédure*, obs. D. Ferrand et T. Moussa.

(37) TGI Nantes, 6 mars 1985, *Gaz. Pal.* 1985.303, note Caratini.

(38) Civ. 3^e, 6 décembre 1972, *JCP* 1974.II.17621 bis.

(39) CE, 4 décembre 1985, *Wursmer*, *RDP* 1986, p. 1181 ; 10 juillet 1987, *Société lyonnaise des eaux et de l'éclairage*, *Rec.*, p. 881.

(40) *JCP* 1987.IV, p. 233.

(41) Civ. 2^e, 1^{er} mars 1989 et Civ. 3^e, 23 novembre 1988, *Gaz. Pal.* 1990, somm. 5, obs. S. Guinchard et T. Moussa.

(42) Civ. 1^{re}, 28 juin 1989, *JCP* 1989.IV, p. 329.

spécialité que l'expert lui-même (43) ? On en mesure bien l'intérêt stratégique, le technicien-conseil étant plus à même d'intervenir utilement dans la menée des opérations et un lien de familiarité, voire de connivence, étant ainsi susceptible de se nouer entre le conseil et l'expert. On peut même y voir un respect plus effectif des droits de la défense (44). Mais l'on peut aussi se demander si l'on ne transforme pas l'expertise en procédure de jugement autonome où tout se joue entre experts judiciaire et privé.

Plus encore, l'égalité des parties au procès ne s'en trouve-t-elle pas compromise ? Cette assistance est onéreuse ; l'aide judiciaire ne peut en soulager la charge ; elle est donc réservée à un justiciable pouvant assumer un tel coût pour bénéficier d'un tel service. Certes, l'on peut songer à faire application de l'article 700 NCPC et la jurisprudence l'a précisément fait à travers un référé-provision (45), mais l'on sait que le mécanisme est manié assez chichement par les magistrats. Dès lors, si l'adversaire de cette partie ainsi techniquement conseillée ne peut lui opposer une semblable assistance, apte notamment à neutraliser l'effet de connivence signalé, on peut se demander si ce déséquilibre procédural ne heurte pas le principe d'égalité et ne constitue pas, de fait, un danger pour l'impartialité de l'expert.

2. L'obligation de participer à travers l'impératif de contribution à la manifestation de la vérité en justice

24. Le procès est un mécanisme de connaissance qui permet au juge d'exercer un pouvoir de décision à travers un acte juridictionnel qui est tout à la fois acte intellectuel de connaissance et acte d'autorité. C'est pourquoi le Code civil, dans ses premiers articles dont la portée excède le domaine du droit civil, après avoir énuméré quelques libertés civiles, consacre son article 10 à en donner le revers : « Chacun est tenu d'apporter son concours à la manifestation de la vérité en justice ». Il s'agit d'un principe général du droit.

25. Parallèlement, en procédure civile, l'article 275, al. 1^{er} NCPC dispose que « Les parties doivent remettre sans délai à l'expert les documents que celui-ci estime nécessaires à l'accomplissement de sa mission ». Si celles-ci n'obtempèrent pas, il restera à l'expert d'en appeler au juge pour que ce dernier lui prête main forte. Il pourra certainement tirer aussi toute conséquence de cette inertie, et en conclure notamment que la partie récalcitrante a tort. Il en est ainsi notamment ainsi lorsque le défendeur à une action en recherche de paternité naturelle refuse de se soumettre à un examen comparé des sangs, et ce malgré la légitimité qu'il a de le faire par référence à l'indisponibilité du corps humain. Cela est tout particulièrement avéré en contentieux administratif et la jurisprudence est systématique en ce sens (46), puisque le système entier a allégé la charge de la

(43) Sur la diversité des situations, v. Ph. Bertin, *Gaz. Pal.* 1984.1, p. 266 ; M. Olivier, *L'assistance technique en matière de mesure d'instruction*, *Gaz. Pal.* 1987.1, doct. p. 59 ; R. Perrot, *RTD civ.* 1992, p. 183 s.

(44) Ainsi, J. Normand remarque à ce propos : « Il n'y a de contradiction effective que si, à défaut de parler le même langage et de bénéficier de compétences juridiques, financières et techniques égales, chacune des parties est effectivement en mesure de s'assurer le concours d'auxiliaires aptes à compenser le déséquilibre initial » (*RTD civ.* 1984, p. 553).

(45) V., dans la même affaire, TGI Paris, 11 janvier 1984, *RTD civ.* 1984, p. 553, obs. J. Normand, préc. ; Paris, 26 mai 1986, *RTD civ.* 1986, p. 628, obs. J. Normand. L'arrêt d'appel précise que la nécessité de l'assistance d'un conseil technique doit être pour cela établie.

(46) R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, préc., p. 538.

preuve pesant sur le requérant pour ne plus laisser reposer sur lui que l'obligation de formuler une allégation vraisemblable (47).

Il demeure que cette conséquence, qui relève tout à la fois du raisonnement par présomption et de la sanction, n'est guère satisfaisante dans la mesure où la vérité en perspective de laquelle l'expertise a été ordonnée n'est plus que très indirectement approchée.

26. Mais cette volonté de connaître liée à la capacité de comprendre qui justifie les opérations d'expertise peut trouver d'autres écueils que la négligence ou le dédain tactique des parties. En effet, les opérations d'expertise peuvent se trouver entravées par le secret professionnel. Ainsi, même lorsque l'*imperium* du juge est susceptible de venir au secours de l'expert, la demande de production d'une pièce s'opère « à la seule exception de ceux qui sont couverts par un secret garanti par la loi » (48). Les secrets qu'il s'agit d'opposer au désir de vérité sont fort variés (49), diversité à la mesure de la palette des missions techniques que le juge est susceptible de confier à l'expert. Et le plus souvent, il y a parallélisme entre l'objet de la mission et la nature du secret brandi : ainsi, le secret médical se dressera en travers de l'expertise médicale ; le secret des affaires sera évoqué dans le cours d'une expertise comptable, etc.

27. On mesure ainsi que le rôle des parties est essentiel dans la procédure d'expertise, que ce soit sous la forme de droits ou d'obligations et l'on sait en pratique qu'un expert qui ne peut s'appuyer sur une collaboration spontanée des personnes en cause aura des difficultés à mener à bien sa mission. Cela tient aussi au fait que le rôle procédural de l'expert est entravé par une absence de pouvoirs qui contraste avec l'étendue et le caractère déterminant de la mission qui lui a été confiée par le juge.

II. — LE RÔLE PROCÉDURAL DE L'EXPERT

28. De la même façon que l'on avait pu dire, à première vue, que le rôle des parties était de payer l'expert, l'on peut dire que le rôle de l'expert est de tenir vite et bien son rôle, afin que, de la procédure, résulte un avis pertinent ayant vocation à éclairer le juge. Cette exigence de rapidité est essentielle et le premier rôle procédural de l'expert est sans doute de rester dans les limites de temps déterminées par le juge (A). Certes, les délais de l'expertise seront le plus souvent allongés, de fait ou de droit, alors que l'expert sera conduit à exercer les pouvoirs procéduraux qui lui sont conférés ou qu'il sera contraint de solliciter la puissance du juge (B).

A. — Les limites dans le temps de l'intervention de l'expert

29. Il convient de déterminer quand l'expertise commence à proprement parler : il s'agira du moment où l'expert accepte sa mission (I). Après, l'expert devra faire en sorte que son avis puisse être émis sans excéder les délais fixés (II).

(47) Ch. Debbasch, *La charge de la preuve devant le juge administratif*, D 1983, chron. p. 43 s.

(48) CE sect., 23 décembre 1988, *Banque de France*, AJDA 1989, p. 99, note M. Azibert et M. de Boisdeffre, RFDA 1989, p. 973, concl. S. Daël.

(49) Pour quelques exemples, v. M.-A. Frison-Roche, *J.-Cl. Proc. civ.*, fasc. 620.

1. *Le préalable de l'acceptation de sa mission par l'expert*

30. Il faut que l'expert, auxiliaire de justice, accepte sa mission pour que les opérations puissent commencer et l'on doit considérer que le début de l'expertise se situe à ce moment-là. La solennité de l'entreprise est marquée par la nécessité du serment par l'expert de rechercher la vérité, ce qui marque sa mission du sceau du sacré. On observera d'ailleurs que si un technicien est désigné pour autre chose que de découvrir la vérité du fait technique, pour suivre des travaux ordonnés par le tribunal, par exemple (50), il ne s'agira plus d'une expertise, cette dernière ne pouvant s'insérer que dans une entreprise probatoire. Ainsi, si le technicien est choisi hors des listes d'experts (51) pour l'inscription sur laquelle ils ont dû, d'une façon en quelque sorte définitive, prêter serment, il devra sans doute, pour le cas d'espèce justifiant sa désignation, se soumettre à ce rite (52).

31. L'on mesure ainsi l'ambiguïté des opérations d'expertise. Il s'agit tout à la fois d'une recherche de la vérité, mais d'une vérité judiciaire dont on convient du caractère relatif, recherche qui dépend de la volonté des intéressés et l'on ne peut contraindre l'expert à accepter. Mais il est remarquable que le droit de la procédure pénale prévoit des lourdes sanctions si le refus n'est pas motivé. Cela démontre le caractère d'ordre public de l'expertise (53) et l'on peut observer que le procès pénal se résigne moins aisément, et heureusement, à la distinction entre vérité judiciaire et vérité matérielle (54).

2. *La soumission de l'expert aux délais de l'expertise*

32. Le respect par l'expert des délais que le juge lui a impartis est essentiel pour l'effectivité des garanties fondamentales. En effet, s'il est légitime que le procès soit ainsi et nécessairement ralenti par cette sorte de pause, de détour, que constitue l'expertise, il ne faut pas que cela se transforme en égarement, le litige s'enlisant dans une expertise interminable. Or, on observe que « la lenteur des expertises a toujours été un mal endémique » (55). Il est vrai que l'absence de pouvoir inquisitoire de l'expert facilite les attitudes dilatoires des parties, ou plutôt de celle qui n'a pas demandé l'expertise... En conséquence de quoi, l'article 279 NCPC précise que le juge se prononçant sur des difficultés faisant obstacle à l'accomplissement des opérations d'expertise peut également proroger le délai auquel l'expert était initialement soumis.

(50) V. J.-P. Réméry, *Le rôle du technicien commis par le juge dans la réalisation de travaux ordonnés ou autorisés en justice*, D 1986, chron. p. 285 s., spéc. p. 289 s., citant la jurisprudence dans ce sens, mais prenant néanmoins une position doctrinale inverse.

(51) Sur les mécanismes d'établissement des listes d'experts, v. J. Vincent, S. Guinchard, G. Montagnier, A. Varinard, *La justice et ses institutions*, préc., n° 621, p. 510.

(52) Versailles, 22 octobre 1986, JCP 1987.II.20778, note N. S. Il est vrai que cette jurisprudence exigeant le serment en pareille situation a été diversement accueillie en doctrine : pour une appréciation dubitative, v. H. Solus et R. Perrot, préc., n° 969, p. 824, et pour une appréciation franchement critique, v. T. Moussa, préc., p. 380.

(53) R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Procédure pénale*, préc., n° 169, p. 218. Sur l'aspect processuel que cette dimension donne à l'expertise, sur le terrain notamment de la responsabilité, v. D. Garreau, *L'expert judiciaire et le service public de la justice*, D 1988, chron. p. 97 s.

(54) P. Louis-Lucas, *Vérité matérielle et vérité juridique*, Mélanges Savatier, 1965, p. 583. V. aussi La vérité et le droit, préc., p. 527 s.

(55) H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé. Procédure de première instance*, préc., n° 926, p. 818.

Il demeure que l'exigence générale et supérieure de « délai raisonnable », prévue à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, s'applique aussi transitivement à l'expertise qui peut être une cause de stagnation d'un dossier. C'est pourquoi les textes applicables ont le souci de rappeler ce principe de respect par l'expert des délais fixés par le juge, sauf pour l'expert à obtenir une prorogation motivée. Mais l'on peut parfois douter de leur effectivité.

33. Ainsi, en procédure pénale, l'article 161 CPP dispose que « Toute décision commettant des experts doit leur impartir un délai pour remplir leur mission ». Cela est d'autant plus impérieux que les opérations d'expertise n'interrompent pas la prescription (56) et l'article prévoit ensuite un mécanisme complexe permettant la prorogation motivée du délai mais aussi le remplacement immédiat de l'expert n'ayant pas mené à bien sa mission dans le temps imparti, lequel doit alors restituer le dossier et rendre compte de ses diligences accomplies. Pourtant, la jurisprudence est venue préciser, par un arrêt de la Chambre criminelle du 16 octobre 1979 (57), que le non-respect de ce délai n'est pas une cause de nullité, sauf à démontrer que le retard a porté atteinte aux droits de la défense. Et l'on sait d'une façon générale que la charge de la preuve est difficile à satisfaire quant à la réalité de ce grief.

34. En contentieux administratif, l'article R. 159 CTACA précise que « La juridiction fixe... le délai dans lequel le ou les experts seront tenus de déposer leur rapport au greffe ». L'article R. 161 vient y faire pendant en posant que « L'expert qui, après avoir accepté sa mission, ne la remplit pas et celui qui ne dépose pas son rapport dans le délai fixé par la décision peuvent, après avoir été entendus par le tribunal, être condamnés à tous les frais frustatoires et à des dommages-intérêts. L'expert est en outre remplacé, s'il y a lieu ». Mais, à lire les commentateurs (58), « l'on a point trouvé de précédent d'une semblable action »... Ainsi, ce n'est plus le texte de sanction qui manque, mais la pratique et la pugnacité des intéressés. Le Nouveau Code de procédure civile précise de la même façon, par l'article 265, que la décision ordonnant l'expertise « impartit le délai dans lequel l'expert devra donner son avis ».

35. On observe ainsi un mouvement commun à tous les contentieux : dans le même temps, les textes affirment solennellement l'exigence de respect des délais et l'examen de la jurisprudence, voire de la pratique, montre que l'expert n'y est guère contraint. Ce décalage tient sans doute au fait que l'expert qui excède les délais initialement fixés ne le fait pas par incurie mais par impossibilité de dépasser rapidement l'inertie des parties. Cela met directement en cause la question du pouvoir de l'expert, et de son autonomie, dans le déroulement de l'expertise.

B. — Le pouvoir de l'expert dans le déroulement de l'expertise

36. L'expert est tributaire, d'une façon objective, du problème technique, souvent complexe, pour lequel ses lumières sont requises (1). Mais il dépend également, d'une façon subjective, des pouvoirs que possède le juge et dont il est lui-même démuné (2).

(56) Crim., 16 mars 1964, *Bull. crim.*, n° 97.

(57) *Bull. crim.*, n° 281.

(58) D. Chabanol, *préc.*, p. 209.

1. La relation entre le pouvoir de l'expert et l'ampleur du problème technique posé

37. Cette relation objective et naturelle se traduit de deux façons. Tout d'abord, l'expert doit, c'est l'évidence, prendre connaissance du dossier pour lequel il est sollicité. Mais la question devient plus délicate lorsqu'il s'agit de déterminer quels éléments de dossier, lequel excède par définition la difficulté technique, doivent être portés à la connaissance de l'expert. En second lieu, l'ampleur du problème technique peut influencer directement sur la procédure de l'expert, lorsqu'il s'avère que sa complexité ou son hétérogénéité est telle qu'il devient nécessaire de procéder à l'adjonction d'un autre spécialiste. Les hypothèses sont différentes et méritent d'être examinées tour à tour.

38. Reprenons le premier point. En procédure civile, l'expert a l'initiative de prendre connaissance du dossier. Celui-ci, en son entier, est mis à sa disposition au greffe du Tribunal, selon la prescription de l'article 268 NCPC. On a pu remarquer qu'il n'était pas justifié que l'expert puisse ainsi connaître de l'ensemble de l'affaire (59) et qu'une communication du jugement et des pièces nécessaires aurait dû être conçue comme suffisante, les parties pourvoyant ensuite l'expert en pièces contradictoires. En outre, certains experts ne souhaitent pas ce spectre large qui les pousse à des préjugés. La question est délicate car elle pose la question de l'anticipation de l'appréhension du fait dans l'application du droit. En effet, demander à l'expert de mener les opérations, de les orienter et de formuler en conséquence un avis au seul vu du point de vue qui est soumis à sa sagacité spécifique, c'est certes garantir par là son impartialité. C'est aussi éventuellement le priver d'une vue d'ensemble, susceptible de rendre son avis plus pertinent et plus utilisable dans l'issue du procès. C'est un peu le supplice de l'Ane de Buridan, entre le picotin de l'impartialité et l'eau fraîche de la réalité, et l'on ne sait à quel bénéfice donner la préférence.

39. Cette question technique rejoint pourtant la théorie du droit et la distinction entre le fait et le droit, perspective lancinante de toute réflexion sur l'expertise. Il serait en effet certainement préférable de borner la connaissance de l'expert au seul fait à propos duquel il doit émettre une opinion, ce qui est conforme à la définition essentielle de sa mission. Mais l'affirmation selon laquelle le procès établit linéairement le fait, puis, une fois cela opéré, le droit, est aujourd'hui écartée car chacun sait que le droit et le fait se cherchent en même temps. Plus encore, le fait est lui-même une construction juridique qui ne prend son contour qu'éclairé par la règle de droit que le juge prend comme perspective. Cela est avéré d'une façon générale et cela est plus particulièrement tangible en droit de la concurrence (60). Dès lors, cacher le contexte et ne rien invoquer du droit dont l'application se profile, c'est ôter au fait une partie de lui-même. L'on peut ainsi penser qu'une connaissance exhaustive du dossier par l'expert, malgré les inconvénients que cela comporte, reste encore la meilleure méthode.

40. Reprenons le second point, évoqué plus haut (61), à propos de la nécessité qui peut se présenter de l'adjonction d'un autre technicien. L'équilibre est difficile

(59) J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, n° 1242, p. 791. Sur des inconvénients pratiques, v. H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé. Procédure de première instance* préc., n° 970, p. 824.

(60) *Supra*, G. Canivet, « L'expertise en droit de la concurrence »; D. Cohen et M.-A. Frison-Roche, sous Ord. Pr. TGI Pontoise, 20 janvier 1994 et Cons. conc., 7 décembre 1993, *Bandai*, JCP 1994.II.22282.

(61) V. *supra*, n° 37.

à trouver en la matière. En effet, la réalité qu'il s'agit de décrypter dans l'avis de l'expert est rebelle à se calquer sur les frontières des savoirs. Ainsi, sauf à tronquer la réalité et faillir ainsi essentiellement à la mission, l'expert doit pouvoir s'adjoindre d'autres spécialistes. L'étroitesse grandissante des spécialités scientifiques et techniques accroît la fréquence de cette nécessité. C'est pourquoi tous les droits procéduraux l'admettent. C'est ainsi que l'article 278 NCPCv dispose que « L'expert peut prendre l'initiative de recueillir l'avis d'un autre technicien, mais seulement dans une spécialité distincte de la sienne », que l'article 162 CPP précise que « Si les experts demandent à être éclairés sur une question échappant à leur spécialité, le juge peut les autoriser à s'adjoindre les personnes nommément désignées, spécialement qualifiées par leur compétence », et que l'article R. 159, al. 2 CTACA prévoit que « Lorsqu'il apparaît à un expert qu'il est nécessaire de faire appel à un ou plusieurs sages, il doit préalablement solliciter l'autorisation du président du tribunal administratif ou de la cour administrative d'appel ».

41. Mais l'on observe que suivant les contentieux la décision d'extension dépend ou non de l'agrément du juge à ce qui n'est qu'une proposition de la part de l'expert initial. Ce contrôle est en effet assez justifié en raison des inconvénients d'un tel procédé. On risque en effet d'accroître le temps nécessaire aux opérations d'expertise mais surtout d'en alourdir le coût. En outre, c'est sans doute encourager un mécanisme de défausse en série, le juge mettant le ballon en touche en nommant un expert, lequel s'empresse de faire de même au profit d'un confrère, etc., et l'effet pervers d'une sorte de réseaux ainsi constitué n'est pas à exclure. C'est pourquoi la doctrine a pu légitimement formuler des réserves sur les règles de la procédure civile en la matière (62) qui, contrairement aux autres contentieux (63), laisse à l'expert le pouvoir de décider un tel recours à d'autres spécialistes.

Cette autonomie est d'autant plus étonnante que, dans ce contentieux comme dans les autres, l'expert est sous la dépendance procédurale du juge.

2. La dépendance procédurale de l'expert au regard du juge

42. L'expert est un auxiliaire du juge. Il tire de ce dernier sa légitimité et son impartialité se décalque sur la sienne. Cela est commun à toutes les procédures car il faut bien tout à la fois distinguer l'expert du juge, limitant les pouvoirs du premier par rapport au second pour éviter que l'un ne se transforme en l'autre, et rattacher l'expert au juge car l'expertise n'a de raison d'être que d'éclairer le juge. Il y a donc un lien et ce dernier ne peut être que de dépendance.

C'est pourquoi le Code de procédure pénale signale à plusieurs reprises une dépendance, par l'article 156, al. 3, disposant que « Les experts procèdent à leur mission sous le contrôle du juge d'instruction ou du magistrat que doit désigner la juridiction ordonnant l'expertise » et par l'article 161, disposant que « Les experts doivent remplir leur mission en liaison avec le juge d'instruction ou le magistrat délégué ; ils doivent le tenir au courant du développement de leurs

(62) H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé. Procédure de première instance*, préc., n° 974, p. 831.

(63) Ainsi, la jurisprudence criminelle rappelle-t-elle que, par combinaison des articles 156 et 162 du code de procédure pénale, qu'au cours d'une information, seul le juge d'instruction peut désigner l'expert et qu'il ne peut laisser au premier expert le choix du second : Crim., 6 septembre 1978, *Bull. crim.*, n° 317.

opérations et le mettre à même de prendre à tout moment toutes mesures utiles ». La dépendance est plus implicite dans le contentieux civil, mais elle n'en est pas moins nette, à travers l'article 273 NCPC, disposant que « L'expert doit informer le juge de l'avancement des opérations ».

43. Ainsi, à proprement parler, l'expert n'est pas le maître chez lui. Non seulement il doit raconter, et au fur et à mesure, l'expertise ne pouvant être un paquet tout ficelé que l'on offre au juge une fois les opérations terminées, mais encore le juge a tout loisir de faire irruption chez lui. Cela est effectif quel que soit le contentieux, le juge pouvant toujours intervenir pour recueillir lui-même des observations, comme en dispose notamment l'article 241 NCPC et comme cela se pratique pour les litiges complexes.

En procédure pénale, l'expert ne peut interroger la personne mise en examen, conséquence déjà signalée de ces droits de la défense lorsqu'ils se détachent du principe du contradictoire et permettent, par faveur pour la personne poursuivie, d'enrayer au besoin la recherche de la vérité. Il ne pourra le faire que sous couvert du juge ou sur renoncement de la personne à bénéficier de l'autorité de ce dernier.

La distinction procédurale des offices, des pouvoirs, des missions entre juge et expert est donc à première vue très nette : l'expert n'a pas d'*imperium*, ne peut donner solution au litige, et n'a pas de *juris-dictio*. Mais une fois l'esprit éclairé par une telle ligne de démarcation, force est de constater qu'elle subit bien des déformations, de droit ou de fait.

44. Ainsi, l'on soutient que l'expert n'a pas de pouvoir direct sur le litige, et n'est pas chargé de la clôre. C'est pourquoi, même si cette innovation du Nouveau Code de procédure civile fût « diversement appréciée » (64) et si d'autres systèmes juridiques posent au contraire qu'il entre naturellement dans la mission de l'expert de concilier les parties, il est parfaitement conforme à la répartition des rôles dans le procès que l'expert n'ait pas le pouvoir de susciter un tel accord, car c'est fermer, de sa propre autorité, un dossier que le juge avait ouvert et le supplanter alors dans son activité juridictionnelle (65). Ainsi, même dans des matières qui ne sont pas d'ordre public et notamment en procédure civile, le juge lui-même — auquel l'article 21 NCPC confère la mission générale de concilier les parties — ne peut se désister de cet office et ne peut, selon les termes de l'article 240 « donner au technicien mission de concilier les parties ». Le partage est donc sauf ! Mais la jurisprudence s'empresse de dire que si les parties arrivent à un accord transactionnel en cours d'expertise, dès l'instant que l'expert n'y met pas son sceau, la règle procédurale est respectée (66). Et chacun observe qu'il suffit alors que l'expert qui concilie de fait se garde d'en faire état pour que les apparences soient préservées et que l'ancien système perdure.

De la même façon, soutenir que l'expert ne possède pas le pouvoir de *juris-dictio*, c'est fermer les yeux sur l'*amicus curiae* et l'ambiguïté de la distinction du fait et du droit dans l'expertise (67).

(64) R. Perrot, obs. sous Civ. 2^e, 21 mars 1979, *RTD civ.* 1980, p. 162.

(65) J. Normand, *Remarques sur l'expertise judiciaire au lendemain du nouveau code de procédure civile*, préc., p. 259 s.

(66) Civ. 2^e, 21 mars 1979, préc., R. Perrot observant que « La rédaction de l'arrêt, ourlé de subtilités, trahit un visible embarras » et qu'« En lisant l'arrêt, on se défend mal du sentiment que la prohibition de principe de l'article 240 du nouveau code de procédure civile est dépourvue de toute efficacité pratique » (p. 613). V. aussi Civ. 2^e, 21 juillet 1986, *JCP* 1986.IV, p. 301.

(67) *Infra*, D. Mazeaud, « L'expertise de droit à travers l'*amicus curiae* ».

45. Dès lors la frontière procédurale entre juge et expert tient sur le seul fil de l'*imperium*. Il faut bien que le juge ait l'autorité puisqu'il n'a pas le savoir. En effet, l'*imperium* est ce qui caractérise l'autorité publique (68) et, en la matière, seul le juge en dispose. C'est pourquoi l'expert rejoint ici une nouvelle fois son faux-jumeau qu'est l'arbitre dans cette absence de pouvoir d'ordonner. La jurisprudence est très claire à ce sujet et l'on ne voit pas comment elle pourrait en décider autrement, alors que les textes sont sans ambiguïté et s'opposent à toute délégation en la matière. C'est ainsi que la deuxième Chambre civile, dans un arrêt du 16 juillet 1979 (69), affirme que « en cas de difficulté entre une partie et le technicien commis, il appartient au juge chargé du contrôle de déterminer les documents qui doivent être communiqués, sans qu'il puisse se dessaisir de ce pouvoir entre les mains de l'expert ».

On peut pourtant le regretter en pratique car l'absence de contrainte sur les personnes en cause, alors que très souvent l'une a intérêt à ce qu'un rapport éclairé soit déposé et l'autre non, entrave considérablement les opérations qui s'arrêtent faute de documents ou qui s'opèrent cahin-caha, comme en boitant, l'expert n'étant éclairé que d'un côté.

46. Dès lors, trois solutions sont concevables. Tout d'abord, *de lege lata*, il faut s'appuyer sur les textes et inciter à avoir systématiquement recours au juge pour que celui-ci ordonne notamment la production forcée des pièces et vainque cette inertie du défendeur qui avait en son temps permis une application excessivement sévère de la charge de la preuve (70). En outre, l'expert, et le juge à sa suite, peut considérer que cette réticence est elle-même signifiante puisqu'elle permet de présumer, certes d'une façon simple, que le fait qu'il s'agit de prouver est tout à la fois vrai et défavorable à la personne qui entrave son établissement. *De lege ferenda*, l'on peut souhaiter qu'un texte nouveau attribue un pouvoir d'*imperium* à l'expert, comme le droit de l'arbitrage tend à le conférer à l'arbitre. Il ne restera alors comme frontière entre le juge et l'expert, réunis ainsi par les mêmes moyens de contrainte, que la distinction des offices, le juge disposant seul de la *juris-dictio*. Mais, au même moment, on doute de la pertinence de la distinction entre *imperium* et *juris-dictio* (71) et l'on nous expose que l'expertise de droit n'est pas inconcevable, ni en fait, ni en droit, à travers l'*amicus curiae*. Mais cette perspective d'une confusion des genres alors achevée incite alors à envisager avec prudence, voire réserve, une telle extension du rôle procédural de l'expert, sauf à reléguer — on dirait presque « éradiquer » — le juge du procès, cet empêcheur de s'arranger en rond, lorsqu'il prétend seul trancher le litige en appliquant la règle de droit adéquate (72).

Marie-Anne FRISON-ROCHE

(68) Ch. Jarroson, *Réflexions sur l'imperium*, Etudes offertes à Pierre Bellet, Litec, 1991, p. 245 s.

(69) *Bull. civ. II*, n° 220.

(70) Civ. 2^e, 1^{er} juillet 1966, *JCP* 1967.II.15035, note M. de Juglart et E. du Pontavice.

(71) Ch. Jarroson, préc., spéc. n°s 38 s., p. 262 : selon cet auteur, la *juris-dictio* fait partie de l'*imperium*.

(72) Article 12, al. 1 NCPC.