

Procédure pénale, civile et Administrative

Qu'est-ce qu'une expertise judiciaire de qualité ?¹

Olivier LECLERC,
Chargé de recherche au CNRS, Centre de recherches
critiques sur le droit (CERCRID, UMR 5137),
CNRS/Université de Lyon, France

Abstract

L'usage croissant en justice de modes de preuve mettant en œuvre des techniques complexes (ADN, informatique, statistiques, etc.) s'accompagne d'un recours nécessaire à l'expertise. Cette situation rend d'autant plus important d'identifier les facteurs qui fondent la qualité d'une expertise judiciaire. Trois éléments sont mis en lumière ici: l'expertise doit être intelligible pour le juge, l'expert doit réaliser ses opérations dans le respect des règles de procédure, l'expert doit maîtriser et mettre en œuvre des connaissances scientifiques et techniques fiables. L'article fait ressortir les tensions existant entre ces trois dimensions indissociables d'une expertise judiciaire de qualité.

ملخص

إن الاستعمال المتزايد لوسائل الإثبات أمام القضاء بتوظيف تقنيات معقدة (الحمض النووي، المعلوماتية، الإحصائيات، إلخ) يستدعي بالضرورة اللجوء إلى الخبرة. هذا الأمر يجعل من مسألة تحديد العناصر التي تتحكم في نوعية الخبرة القضائية، أمراً هاماً.

ثلاثة من هذه العناصر سيتم تسليط الضوء عليها في هذا العمل: يتعين أن تكون الخبرة ميسورة الفهم من طرف القاضي، يتعين على الخبير إنجاز عملياته مع احترام قواعد الإجراءات، على الخبير التحكم في المعارف العلمية والتقنية الموثوق فيها والعمل بها. يبرز هذا المقال العلاقة المتوترة بين هذه العناصر الثلاثة المترابطة الملازمة لكل خبرة قضائية ذات نوعية.

1- Ce texte a été présenté lors du colloque *Les modes modernes de preuve* organisé par le Centre de Recherche Juridique et Judiciaire (CRJJ) à Alger le 5 février 2015. Le style oral de la présentation a été volontairement conservé.

Déterminer en quoi consistent les modes modernes de preuve n'est pas chose aisée. Du moins, on aura du mal à en donner une liste exhaustive. On pourra s'entendre pour dire que sont visés là des modes de preuve qui font appel à des méthodes que la science et la technique n'ont rendu possibles que depuis peu. On pense à l'analyse de l'ADN, aux écrits recueillis sur support électronique, à la géolocalisation, etc. Les modes modernes de preuve illustrent la place acquise par la science et la technique dans l'administration de la preuve. Face à ces savoirs spécialisés, les juges peuvent se trouver démunis et le recours à l'expertise apparaîtra comme un secours bienvenu. Dès lors, la qualité de la preuve ou de son appréciation dépendent étroitement de la qualité de l'expertise que le juge et les parties peuvent mobiliser.

Pour autant, déterminer ce qu'est une expertise de qualité n'est pas si simple ; parce que les facteurs qui contribuent à la qualité d'une expertise sont nombreux, et tous ne sont pas également aisés à saisir. À cela s'ajoute que la question s'apprécie de manière quelque peu différente selon les procédures. On s'en tiendra ici à l'expertise réalisée dans le procès civil.

À mon sens, il est utile de distinguer *trois critères* permettant d'apprécier la qualité des expertises. Je vais essayer de montrer que ces trois critères entrent en tension les uns avec les autres, et que le risque est grand de privilégier certains au détriment des autres.

trois critères permettent d'apprécier la qualité des expertises. (...) ces trois critères entrent en tension les uns avec les autres, et que le risque est grand de privilégier certains au détriment des autres

I- Une expertise intelligible

Le premier critère de qualité de l'expertise semble évident : il faut qu'elle soit intelligible pour celui qui l'a demandée. Une expertise très savante mais encombrée d'un jargon scientifique incompréhensible pour le juge ne serait d'aucune utilité. Simple en apparence, cette idée soulève en réalité des difficultés.

Il faut, pour bien le comprendre, rappeler qu'une expertise suppose toujours une commande, passée à l'expert¹. Dans le cas de l'expertise judiciaire, en droit français, c'est le plus souvent le juge qui commet un ou plusieurs experts. Le Code de procédure civile prévoit que le juge qui diligente une expertise fixe la *mission* de l'expert, après avoir éventuellement réuni les parties et l'expert (art. 266 du Code de procédure civile). C'est donc à cette mission que l'expert judiciaire doit répondre dans son rapport. L'expertise ne sera utile que si la mission est remplie dans toutes ses dimensions. Et surtout, si le juge comprend le rapport de l'expert.

Plusieurs dispositions du Code de procédure civile français permettent d'améliorer l'intelligibilité du rapport d'expert : par exemple, l'expert peut soumettre un pré-rapport à la discussion des parties. Celles-ci pourront le critiquer si elles l'estiment nécessaire ; l'expert devra ensuite rendre compte des réponses qu'il donne à ces critiques. La pratique du pré-rapport permet ainsi d'engager une première discussion dont on pourra espérer qu'elle fasse naître un peu

1- R. Encinas de Munagorri et O. Leclerc, « Les apports de la théorie juridique à la délimitation de l'expertise : réflexions sur le lien de droit », 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.

de clarté. Dans le même ordre d'idées, le Code de procédure civile prévoit que « si le juge ne trouve pas dans le rapport les éclaircissements suffisants, il peut entendre l'expert, les parties présentes ou appelées » (art. 283).

Mais au-delà des dispositifs légaux, comment savoir si les juges trouvent effectivement dans les rapports qu'ils commandent à des experts les informations qu'ils souhaitent y trouver ? Pour répondre à cette question, la lecture du Code n'est d'aucun secours. Mais des études de terrain montrent que si tous les experts inscrits sur les listes ont, en principe, la même vocation à être désignés par les juges, certains le sont très souvent, d'autres presque jamais¹. Ce phénomène est bien connu des experts et des magistrats ; il est parfois qualifié de « récurrence » de la désignation, parfois, plus brutalement, de « fidélisation »² de l'expert. Les entretiens menés avec des magistrats montrent que la cause première de cette fidélisation est que les juges connaissent la réputation des experts inscrits sur les listes, que cette réputation soit d'ailleurs fondée ou non. On sait bien, disent les juges, quels sont les bons experts, ce qui veut dire que l'on sait bien quels sont les experts qui vont produire un rapport utilisable pour le juge.

Cette situation n'est pas étonnante ; et pourtant elle pose problème. Car, en effet, les experts judiciaires inscrits sur les listes ne doivent, en principe, dédier qu'une partie de leur activité à l'expertise et consacrer l'essentiel de leur temps à une activité professionnelle principale d'où ils tirent leur qualification (par

exemple, médecin, ingénieur, psychiatre, expert-comptable, etc.). Or, le phénomène de désignation récurrente aboutit parfois à ce que certains experts soient si souvent désignés par les tribunaux qu'ils finissent par consacrer l'essentiel de leur activité à l'expertise. Le problème qui en découle est double.

D'abord, l'expert risque de perdre progressivement le contact avec sa profession d'origine, et risque de se déqualifier. L'expertise judiciaire ne doit donc pas devenir une profession à part entière, et les textes français rappellent avec insistance que « les experts judiciaires sont des collaborateurs du service de la justice mais n'exercent *en aucune manière une profession* et ne constituent pas une profession réglementée » (Circulaire du 16 nov. 2005). Mais, dans le même temps, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne exerce ici un effet corrosif. Dans une décision du 17 mars 2011, la Cour a qualifié l'expert-traducteur de prestataire de service au sens du droit de l'Union, ce qui justifie qu'il puisse s'installer dans un autre État membre pour exercer sa profession³.

Deuxième problème, ensuite, le fait que certains experts soient nommés de manière récurrente est susceptible de rendre ces experts dépendants, sur le plan économique, de la continuation de leur désignation : une absence de désignation ou la non-réinscription de l'expert concerné sur les listes serait préjudiciable à la survie de ses revenus en qualité d'expert, alors même qu'il a pu perdre progressivement sa clientèle « extra-judiciaire ». Cette situation de dépendance

1- L. Dumoulin, *L'expert dans la justice. De la genèse d'une figure à ses usages*, Paris, Economica, 2007, p. 161 et s ; L. Dumoulin, « Les experts judiciaires ont-ils encore du pouvoir ? Des effets de la professionnalisation des experts sur la justice », in E. Rude-Antoine (dir.), *Le procès, enjeu de droit, enjeu de vérité*, Paris, Puf, 2007, pp. 291-308.

2- Conférence de consensus « Les bonnes pratiques juridictionnelles de l'expertise civile », Cour de cassation, 2007.

3- Cour de justice de l'Union européenne, 17 mars 2011, Peñarroja.

économique, lorsqu'elle existe, pourrait faire craindre que l'expert ne cherche avant tout à satisfaire le commanditaire de l'expertise, par exemple en se montrant plus catégorique que ne le permettent ses compétences disciplinaires¹.

On le voit, la première condition d'une expertise de qualité – à savoir que le rapport apporte des réponses utiles au juge pour la décision – est étroitement liée au problème de la professionnalisation des experts. Plus l'expert saura répondre aux attentes de clarté du juge, plus il saura formuler un rapport qui, sur la forme, remplit les attentes du juge, plus grandes seront ses chances d'être souvent désigné par un tribunal, au risque de s'éloigner progressivement de son terreau professionnel d'origine, et au risque de devenir insensiblement un « expert judiciaire professionnel ».

II- Une expertise respectueuse des règles de procédure

Un deuxième critère de qualité de l'expertise est qu'elle soit réalisée dans le respect des règles de procédure propres au procès. À cet égard deux exigences prédominent : il faut que le rapport soit rendu dans les *délais* impartis par le juge au moment de la fixation de la mission ; et il

faut que les opérations d'expertise soient menées dans le respect du principe du *contradictoire*, qui s'impose au juge et dont le juge doit veiller à ce qu'il soit respecté au bénéfice des parties (art. 16 du Code de procédure civile). Une

bonne expertise est donc une expertise impeccable « en droit », c'est-à-dire qui respecte toutes les exigences de procédure propres au procès dans lequel elle s'insère.

la première condition d'une expertise de qualité – à savoir que le rapport apporte des réponses utiles au juge pour la décision – est étroitement liée au problème de la professionnalisation des experts.

a) La durée des expertises

Les délais de l'expertise sont bien souvent accusés d'être à l'origine de la durée excessive des procès². Par conséquent, les délais de l'expertise se trouvent soumis, indirectement, à la durée raisonnable du procès imposée par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi que l'a affirmé à plusieurs reprises la Cour européenne des droits de l'homme, il appartient au juge, dans le cadre de la procédure judiciaire, de contrôler et de veiller au déroulement « dans un délai raisonnable » des opérations d'expertise qu'il ordonne. Il ne peut s'exonérer du retard pris dans le traitement des litiges par le dépôt tardif du rapport des experts³.

Les règles de procédure comportent de nombreuses dispositions qui visent à favoriser une bonne maîtrise de la durée des expertises :

1- O. Leclerc, « L'indépendance de l'expert », in K. Favro (coord.), *L'expertise : enjeux et pratiques*, Paris, éd. Lavoisier/Tec & Doc, coll. « Sciences du risque et du danger », 2009, pp. 167-180.

2- J.-C. Magendie, *Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès*, Rapport au Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, juin 2004 ; Rapport de la commission de réflexion sur l'expertise (mars 2011) animée par Mme Bussière et M. Autin.

3- CEDH, 29 mars 1989, Bock c. Allemagne, aff. n° 1/1988/145/199CEDH, 27 février 1992, Pandolfelli et Palumbo c. Italie, série A, n° 231-B ; CEDH, 2 février 1993, Billi c. Italie, aff. N° 13/1992/358/432, série A, 257-G ; CEDH, 5 octobre 1999, Donsimoni c. France, req. n° 00036754/97 ; CEDH, 18 juin 2002, Delbec c. France, req. n° 00043125/98 ; CEDH, 10 juillet 2001, Versini c. France, req. n° 00040096/98 ; CEDH, 4 avril 2002, Volkwein c. Allemagne, req. n° 00045181/99 ; CEDH, 27 juin 2002, D. M. c. France, req. n° 00041376/98.

le juge qui fixe la mission de l'expert lui impartit un certain délai pour procéder à ses opérations et remettre son rapport (art. 265 du Code de procédure civile) ; éventuellement un calendrier des opérations est établi. L'expert doit aussi informer le juge qui l'a désigné d'éventuels retards pris dans la réalisation de ses opérations d'expertise. N'est pas non plus étrangère à cette volonté d'éviter un allongement excessif de la durée des expertises la règle selon laquelle la rémunération de l'expert est, en matière civile, consignée par l'une des parties avant le début des opérations d'expertise, les sommes n'étant perçues par l'expert qu'une fois sa mission achevée, sauf, toutefois, si l'affaire est particulièrement complexe (art. 269 et s. du Code de procédure civile). Va encore dans le même sens la création en 1998 d'un juge chargé de contrôler l'exécution des expertises, nommé par le président du tribunal de grande instance, dont le rôle a été conforté par un décret du 24 décembre 2012 (article 155-1 du Code de procédure civile).

b) Le respect du principe du contradictoire

Le principe du contradictoire s'impose au juge, qui doit en toutes circonstances l'observer lui-même et le faire observer, notamment par les experts (art. 16 du Code de procédure civile, précité). Si l'expertise n'est pas contradictoire, elle peut être annulée. Son utilité pour le juge devient alors nulle ; tout est à recom-

mencer... et l'on retrouve le problème des délais évoqués plus haut.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a joué en la matière le rôle d'un aiguillon pour le droit français. La France en effet été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme dans un important arrêt du 18 mars 1997, *Mantovanelli c/ France*, dans une affaire de responsabilité médicale, au motif que les parties avaient seulement pu discuter le rapport de l'expert *une fois celui-ci achevé* et n'avaient pas été associées à son *élaboration*¹. Cette orientation de la jurisprudence de la Cour a été confirmée dans une affaire concernant la procédure pénale belge².

Appliquée à l'expertise, la contradiction signifie que l'expert doit convoquer les parties à ses opérations et leur permettre de discuter les conclusions de son rapport. En conséquence, il n'est pas suffisant de donner aux parties communication du rapport de l'expert³. Il est également nécessaire qu'elles soient mises en mesure de participer aux opérations de l'expert et de discuter le rapport avant son dépôt. La Cour de cassation française a plusieurs fois jugé que les parties doivent être convoquées aux opérations d'expertise⁴, de même que leurs avocats⁵. Si l'expert a rédigé un pré-rapport, les parties doivent être informées de la possibilité qui leur est donnée de présenter des dires ou des observations avant le dépôt

1- CEDH, 18 mars 1997, Époux Mantovanelli c. France, aff. 8/1996/627/810.

2- CEDH, 2 juin 2005, Cottin c. Belgique, req. 48386/99.

3- Cass. Com., 24 oct. 1978, Bull. civ. IV, n° 238 ; Cass. Civ. 3, 15 nov. 1977, D. 1977, IR, p. 87 ; Cass. Civ. 2, 13 juin 2002, n° 00-22.010 ; Cass., Civ. 2, 15 mai 2003, D. 2003, IR, p. 1667 ; Cass. Civ. 2, 24 févr. 2005, D. 2005, IR, p. 737 ; Cass. Civ. 1, 28 nov. 2006, D. 2006, IR, p. 3011.

4- Cass. Civ. 3, 7 févr. 2007, D. 2007, act., p. 806 ; Cass. Civ. 2, 13 mars 2008, n° 07-13.412.

5- Cass. Civ. 2, 24 nov. 1999, Bull. civ. II, n° 174.

du rapport définitif¹. Si l'expert recourt à un sachant ou à un sapiteur – autrement dit, à des tiers qui peuvent l'éclairer sur une question relevant d'une autre spécialité que la sienne – les pièces ainsi obtenues doivent être communiquées aux parties, qui doivent pouvoir en débattre².

La jurisprudence récente de la Cour de cassation est cependant marquée par une évolution en ce domaine, qui vient jeter un certain trouble³. Dans une décision rendue en chambre mixte le 28 septembre 2012⁴, la Cour de cassation a admis qu'une expertise soit prise en compte par les juges, alors même qu'elle avait été réalisée de manière non contradictoire, faute pour l'une des parties d'avoir été appelée. La Cour de cassation juge ici que « les parties à une instance au cours de laquelle une expertise judiciaire a été ordonnée ne peuvent invoquer l'inopposabilité du rapport d'expertise en raison d'irrégularités affectant le déroulement des opérations d'expertise, lesquelles sont sanctionnées selon les dispositions de l'article 175 du code de procédure civile qui renvoient aux règles régissant les nullités des actes de procédure » Ainsi, une expertise irrégulière, au motif qu'elle a été *réalisée* de manière non contradictoire, sera prise en compte si le rapport a pu être *discuté* contradictoirement devant le juge⁵. Il

Appliquée à l'expertise, la contradiction signifie que l'expert doit convoquer les parties à ses opérations et leur permettre de discuter les conclusions de son rapport.

reste possible pour une partie de contester cette expertise mais il lui faudra pour cela entreprendre une action en nullité sur le fondement de l'article 175 du Code de procédure civile. Or, ce dernier texte renvoie à la nullité des actes de procédure. Dans ce domaine, pour les nullités pour vice de forme, la nullité ne peut être prononcée que si celui qui l'invoque prouve l'existence d'un grief⁶. Cette position est d'autant plus troublante qu'il aurait été parfaitement possible de considérer que le défaut de contradiction fait nécessairement naître un grief. La solution a pourtant été réaffirmée par la Cour de cassation à plusieurs reprises, dans des hypothèses où l'expert avait négligé de rédiger un pré-rapport comme il le lui était demandé par le juge⁷ ou n'avait pas transmis à une partie les informations complémentaires communiquées par la partie adverse⁸.

Il ressort de ce qui a été dit que mener une expertise judiciaire suppose de se conformer aux exigences de la procédure. En un mot, une bonne expertise est aussi une expertise qui ne sera pas annulée ! L'exercice n'a rien d'évident pour des experts qui, rappelons-le, sont désignées en raison de leurs compétences dans d'autres domaines que la procédure contentieuse. Mais, la qualité de l'expertise dépend aussi d'un troisième facteur, évident en apparence, et qui fait pourtant naître des difficultés réelles.

1- Cass. Com., 4 nov. 2008, n° 07-18.147.

2- Cass. Civ 1, 19 déc. 1995, Bull. civ. I, n° 475.

3- Voir E. Vergès, G.Vial, O. Leclerc, Droit de la preuve, Paris, Puf, 2015, n° 737.

4- Cass. ch. mixte, 28 sept. 2012, n° 11-11.381.

5- Déjà en ce sens : Cass. Civ. 2, 23 oct. 2003, Bull. civ. II, n° 323 ; Cass. Civ. 2, 2 juill. 2009, n° 08-11.599. Mais, en sens contraire : ex. Cass. Civ. 1, 22 mai 2001, n° 99-12.743 ; Cass. Civ. 3, 7 févr. 2007, n° 05-20.410.

6- Cass. Civ. 2, 29 nov. 2012, n° 11-10.805.

7- Cass. Civ. 2, 29 nov. 2012, préc.

8- Cass. Civ. 1, 30 avr. 2014, n° 13-13.579 et 13-14.234.

III- Une expertise fondée sur le plan scientifique et technique

Le troisième élément déterminant pour la qualité de l'expertise est que l'expert possède une compétence spécialisée et que celle-ci soit fiable sur le plan scientifique et technique. Comment s'assurer que les connaissances que l'expert met à la disposition du juge sont fiables ? La tâche est évidemment difficile pour le juge puisque, par hypothèse, il ne dispose pas lui-même de la compétence nécessaire pour apprécier les faits en cause. Le droit comparé fait ressortir une variété de modalités par lesquelles les systèmes juridiques assurent la fiabilité des compétences mises au service des juges. Un détour par le droit des États-Unis va permettre de saisir que le droit français de l'expertise ne se désintéresse pas de la fiabilité de l'expertise, de la qualité des connaissances mises au service du tribunal. Mais, les manières d'assurer cette fiabilité sont, elles, très différentes entre le droit français et le droit des États-Unis.

a) La fiabilité des expertises dans le procès aux États-Unis

Pour bien comprendre la situation, il faut commencer par préciser que, dans le droit des États-Unis, l'évaluation des faits est, dans un grand nombre de cas, confié à un jury. Pour cette raison, les juges professionnels sont chargés de veiller à ce que les preuves présentées par les parties au jury aient une qualité suffisante. Si tel n'est pas le cas, les preuves seront déclarées irrecevables et ne seront pas présentées au jury.

Concernant la fiabilité scientifique des expertises présentées par les parties au jury, la question s'est posée de savoir comment les juges professionnels allaient pouvoir exercer cette mission et déclarer irrecevables celles qui manqueraient de fiabilité¹. La question s'est posée dans les années 1920 à propos d'une personne, Monsieur Frye, qui était accusée d'avoir commis un meurtre². Monsieur Frye prétendait apporter la preuve de son innocence au moyen d'un détecteur de mensonges. L'expertise utilisant un détecteur de mensonge prenait-elle appui sur une technique fiable ? Pour déterminer si cette expertise serait finalement présentée au jury, la Cour d'appel du district de Columbia était tenue de répondre à cette question. Jusqu'alors prévalait l'idée que la recevabilité de l'expertise dépendait avant tout des qualités de l'expert lui-même : était-il un spécialiste de la question, capable de vivre en valorisant cette compétence ? La cour d'appel va cependant raisonner différemment. Le critère qu'elle retient tient moins aux qualités personnelles de l'expert qu'à la qualité du savoir qu'il met en œuvre à l'occasion de l'expertise. Le critère retenu dans l'arrêt *Frye*, en 1923, est le suivant : la technique est-elle généralement acceptée, reconnue comme valable, dans la communauté scientifique ? Pour finalement répondre que tel n'était pas le cas de la technique de détection de mensonge employée.

On le voit, pour déterminer si une expertise est fiable, deux voies s'ouvrent au juge: s'intéresser aux *qualités de l'expert*, ou s'intéresser aux *connaissances et aux techniques qu'il met en œuvre*.

1- Sur l'histoire du traitement juridique de la fiabilité scientifique de l'expertise aux États-Unis, voir O. Leclerc, *Le juge et l'expert. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 443, 2005, n° 454 et s.

2- *Frye v. United States*, 293 F. 1013 (1923).

À la suite de l'arrêt *Frye*, les tribunaux fédéraux américains ont oscillé entre ces deux pôles. Cette incertitude, et les divergences de vue persistantes entre les juridictions, ont conduit la Cour suprême des États-Unis à accepter de se prononcer sur la question de savoir à quelles conditions une expertise scientifique est recevable en justice. C'est ainsi qu'elle a rendu en 1993 une importante décision dans une affaire *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*¹. Cette décision est rendue dans une affaire où était recherchée la responsabilité d'une entreprise pharmaceutique, au motif que l'un de ses médicaments, la Bendictine, prescrit contre les nausées des femmes enceintes, serait la cause de malformations des membres chez les enfants portés par ces femmes. Pour établir la preuve de cette affirmation, les plaignantes présentaient une méta-analyse statistique, c'est-à-dire, un traitement statistique commun de plusieurs études épidémiologiques déjà réalisées. Or, si aucune de ces études, prises individuellement, n'établissait un lien entre l'ingestion du médicament et les malformations chez les enfants, la méta-analyse faisait apparaître ce lien. D'où la question : une méta-analyse proposée par un expert est-elle fiable scientifiquement, et donc recevable en justice ?

Dans sa décision *Daubert c. Merrell Dow Pharmaceuticals*, la Cour suprême réaffirme avec force que c'est bien le rôle des juges d'apprécier la fiabilité scientifique des expertises présentées par les parties. La Cour suprême les qualifie de « *gatekeepers* » – littéralement, les gardiens de la porte, sous-entendu, de la porte du prétoire – de « gardiens de la bonne science ». Pour aider les juges dans cette tâche, la Cour

suprême formule quatre critères que les juges doivent prendre en compte pour déterminer si une expertise est fiable scientifiquement : 1. La théorie ou la technique utilisée a-t-elle été *testée* ou est-elle susceptible de l'être ? ; 2. La théorie ou la technique utilisée a-t-elle été soumise à l'évaluation des pairs et à publication dans des revues scientifiques ? ; 3. Le taux d'erreur associé à la théorie ou la technique utilisée est-il connu ou susceptible de l'être ? 4. La théorie ou la technique utilisée est-elle « communément acceptée » dans la communauté scientifique de référence ? Forts de ces critères, les juges américains sont donc aujourd'hui amenés, lorsqu'une expertise scientifique ou technique leur est présentée, à évaluer si elle est scientifiquement fiable.

b) La fiabilité des expertises dans le procès en France

Que nous apprend ce détour par le droit des États-Unis ? À l'évidence, il ne s'agit pas de dire qu'il faudrait que le droit français ou que le droit algérien s'aligne sur le droit des États-Unis. Les transplantations d'institutions juridiques sont délicates, et elles ne sont envisageables qu'en prenant en compte les autres caractères des systèmes juridiques². L'intérêt de la comparaison est ailleurs. Elle nous renvoie une question : comment nos systèmes juridiques règlent-ils cette même question, celle de la qualité scientifique des connaissances mises en œuvre par les experts ?

L'étude du droit français montre que la fiabilité des connaissances est recherchée par tout un ensemble de dispositifs qui règlent

1- *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, 509 U. S. 579 (1993).

2- M. Damaška, « The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments », *American Journal of Comparative Law*, 1997, p. 839.

cette question *avant même que le procès ait lieu, et non au cours du procès comme aux États-Unis.* De sorte que l'essentiel se joue en amont du

procès : lorsque le procès se tient, la question de la fiabilité des connaissances scientifiques présentées au juge ne dispose plus que d'espaces réduits pour se poser. Il faut souligner, qu'en droit français, les experts judiciaires désignés par les juges sont inscrits sur des listes d'experts. Il existe des listes établies par l'assemblée générale des magistrats du siège des cours d'appel pour les juridictions de leurs ressorts, ainsi qu'une liste nationale établie par le bureau de la Cour de cassation. Ces listes sont les mêmes pour les experts nommés en matière civile et en matière pénale. Il faut noter que les juges ne sont pas obligés de désigner des experts inscrits sur une liste, mais s'ils décident de s'en écarter et de nommer un expert « hors liste », ils doivent motiver expressément leur décision et expliquer les raisons qui rendent cette désignation nécessaire¹. À première vue, on pourrait penser que ces listes sont de simples documents internes aux juridictions, qui permettent aux magistrats de disposer d'un instrument commode pour identifier un vivier d'experts. Mais, le droit comparé fait ressortir qu'elles jouent également un rôle-clé dans la détermination de la fiabilité des connaissances scientifiques mises à la disposition des juges. Trois illustrations permettent de le comprendre.

Concernant les conditions d'accès à la qualité d'expert judiciaire, un décret prévoit que

L'intérêt de la comparaison est ailleurs. Elle nous renvoie une question : comment nos systèmes juridiques règlent-ils cette même question, celle de la qualité scientifique des connaissances mises en œuvre par les experts ?

les candidats à l'inscription sur une liste d'experts doivent disposer de diplômes et avoir exercé une activité professionnelle leur ayant conféré une compétence suffisante. Le droit français

s'en remet d'abord à des qualités *propres à la personne de l'expert*. Sa compétence est attestée par des diplômes et par l'expérience professionnelle acquise. Mais le droit français s'intéresse aussi aux connaissances elles-mêmes.

C'est là un deuxième élément, qui concerne l'identification des spécialités dans lesquelles des experts sont nommés. Pendant longtemps les cours d'appel sont restées libres d'inscrire sur leurs listes des experts relevant des spécialités dont elles avaient besoin. Il en résultait de grandes différences entre les listes des cours d'appel. Le ministère de la justice a finalement souhaité harmoniser la liste des spécialités. La Chancellerie a élaboré, en collaboration avec la Fédération Nationale des Compagnies d'Experts Judiciaires, une « nomenclature des rubriques expertales », devenu obligatoire en 2005². Ce document comprend les différentes catégories et rubriques sous lesquelles les experts judiciaires devront dorénavant être inscrits dans les différentes juridictions. De sorte que, si le juge s'interroge sur la fiabilité scientifique d'une technique ou d'une spécialité, le juge français recherchera d'abord si la spécialité fait partie de celles qui sont inscrites sur la liste des spécialités expertales. Ainsi, en France, et contrairement à la situation prévalant aux États-Unis, il sera bien difficile pour un plaideur de prétendre que l'analyse graphologique,

1- Art. 265 du Code de procédure civile, modifié par le décret n° 2012-1451 du 24 décembre 2012.

2- Arrêté du 10 juin 2005 (JO, 28 juin 2005).

la balistique ou la recherche des empreintes digitales ne sont pas des savoirs suffisamment fiables, puisque la nomenclature prévoit l'inscription d'experts dans ces spécialités. La liste des spécialités expertales présente donc un enjeu considérable pour déterminer quelles sont les disciplines suffisamment fiables pour être présentées en justice par des experts.

Enfin, la procédure d'inscription sur les listes d'experts éclaire la conception française de la fiabilité scientifique de l'expertise. Une première inscription est, en effet, prise pour une période probatoire, dont la durée est maintenant de trois ans. À l'issue de cette période probatoire, l'expert est à nouveau évalué. Et ce n'est que si cette évaluation est satisfaisante qu'il obtiendra une nouvelle inscription pour une durée de cinq ans¹. Les conditions dans lesquelles cette évaluation a lieu sont révélatrices de ses ambiguïtés. En effet, l'appréciation des compétences de l'expert est confiée à « une commission associant des représentants des juridictions et des experts ». Cette commission comprend dix-sept membres. Seuls cinq experts en font partie. Les autres membres sont des magistrats. Il est donc difficile d'imaginer que ces cinq experts puissent évaluer la compétence de tous les experts inscrits sur la liste, surtout si l'on se souvient que la nomenclature comporte huit grandes spécialités, et de très

nombreuses sous-spécialités. En outre, la nature de l'évaluation à laquelle les experts sont soumis reste bien incertaine. La loi indique que l'expert sera évalué au vu de « l'expérience (...) qu'il a acquise des principes directeurs du procès et des règles de procédure applicables aux mesures d'instruction confiées à un technicien ». Un décret ajoute que sera prise en compte « l'expérience acquise par le candidat, *tant dans sa spécialité que dans la pratique de la fonction d'expert* depuis sa dernière inscription »². Le fait pour l'expert de respecter les principes directeurs du procès et les règles de procédure applicables acquiert au moins autant d'importance que le fait de maîtriser des connaissances spécialisées.

On le voit, en droit français, l'évaluation des experts oscille entre vérification de la maîtrise de la procédure et la maîtrise de savoirs spécialisés. Rien d'étonnant à cela si l'on admet que l'un et l'autre sont nécessaires à une expertise de qualité. Tout est alors question d'équilibre. Or, les évolutions actuelles consistant à soumettre les tribunaux à des exigences managériales d'efficacité donnent un poids tout particulier à la maîtrise de la procédure et au respect des délais raisonnables, au risque de perdre de vue la fiabilité scientifique des expertises.

1- Loi n° 71-498 du 29 juin 1971, art. 2, II.

2- Décret n° 2004-1463 du 23 déc. 2004, art. 10.