

Gazette du Palais

EN LIGNE SUR
extenso.fr

TRI-HEBDOMADAIRE
DIMANCHE 9 AU MARDI 11 DECEMBRE 2007 127^e année N^{os} 343 à 345

S
O
M
M
A
I
R
E

Libres propos		
	L'IMPARTIALITÉ DES EXPERTS COMMIS EN MATIÈRE PÉNALE par Stéphanie Staeger	2
Doctrine		
	RETOUR SUR L'ARTICLE 1441-4 DU NOUVEAU CODE DE PROCÉDURE CIVILE par Guillaume Huchet	6
Jurisprudence		13
	• CHAMBRES CIVILES DE LA COUR DE CASSATION Accidents du travail – Actions possessoires – Agents d'affaires – Baux commerciaux – Chose jugée – Contentieux administratif – Procédure civile – Prud'homme – Redressement judiciaire – Sécurité sociale – Travail – Vente	
	• CHAMBRE CRIMINELLE DE LA COUR DE CASSATION Procédure pénale par Yves Monnet	30
Un mois de Gazette		35
	NOVEMBRE 2007	
Distinction		33
	Gérard Firmin, chevalier dans l'Ordre de la Légion d'honneur par Jean-Claude Woog	
Échos et nouvelles		38
	Barreaux de Bordeaux et de Villefranche-sur-Saône : composition des conseils de l'Ordre pour 2008 – Chambre des avoués près la Cour d'appel de Paris : composition pour 2008	
Rendez-vous		39
	L'enfant en droit musulman (Paris, 14 janvier 2008)	

RENDEZ-VOUS

Les Mardis de l'Hôtel de Beauvais

**LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME,
FUTURE COUR SUPRÊME EUROPÉENNE ?**

Intervenant : Jean-Paul Costa

(Paris, 18 décembre 2007)

39

JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS FRANÇAISES PAR ACTIONS

CETTE PUBLICATION COMPORTE 3 CAHIERS :

CAHIER 1 RÉDACTIONNEL P. 1 à 40 DIRECTION ET RÉDACTION : 12, PLACE DAUPHINE 75001 PARIS TÉL. 01 42 34 57 27 FAX : 01 46 33 21 17 E-MAIL : redaction@gazette-du-palais.com

CAHIER 2 ANNONCES LÉGALES DU JOURNAL SPÉCIAL DES SOCIÉTÉS [LE NOMBRE DE PAGES FIGURE DANS LE SOMMAIRE DU CAHIER 3] 8, RUE SAINT-AUGUSTIN 75080 PARIS CEDEX 02

INSERTIONS : TÉL. 01 47 03 10 10 FAX 01 47 03 99 00 ET 01 47 03 99 11 / FORMALITÉS : TÉL. 01 47 03 10 10 FAX 01 47 03 99 55 / SERVEUR INTERNET JSS : http://www.jss.fr

CAHIER 3 ANNONCES LÉGALES DE LA GAZETTE DU PALAIS [LE NOMBRE DE PAGES FIGURE AU SOMMAIRE DE CE CAHIER] ADMINISTRATION : 3, BD DU PALAIS 75180 PARIS CEDEX 04 STANDARD : 01 44 32 01 50

DIFFUSION : TÉL. 01 44 32 01 58, 59, 60 OU 66 FAX 01 44 32 01 61 / INSERTIONS : TÉL. 01 44 32 01 50 FAX 01 40 46 03 47 / FORMALITÉS : TÉL. 01 44 32 01 70 FAX 01 43 54 79 17

www.gazette-du-palais.com

L'impartialité des experts commis en matière pénale

L'impartialité des experts commis (1) a été l'un des thèmes centraux de la polémique entourant l'affaire d'Outreau.

On se souvient notamment que l'un des experts désignés par le juge d'instruction présidait une association de protection des mineurs victimes ayant des liens financiers avec une partie civile au procès et qu'il a fallu attendre le stade de l'audience de jugement pour que soit reconnue la partialité de l'expert et ordonnée une nouvelle expertise psychologique (cf. rapport parlementaire « Outreau ») (2).

D'autres affaires de nature technique et scientifique connaissent ou sont susceptibles de connaître de mêmes dysfonctionnements en raison de la commission d'experts se révélant proches des plaignants.

Or, dans ce type d'affaires particulièrement complexes, où la manifestation de la vérité est loin d'être immédiatement accessible au profane, les juges n'ont d'autres choix que de recourir à des spécialistes pour appréhender les éléments factuels, rassembler des preuves et se forger leur propre conviction quant à la culpabilité ou à l'innocence des personnes mises en cause.

Même si en droit le juge pénal (de jugement, d'instruction ou des libertés et de la détention) n'est pas lié par les constatations et conclusions de l'expert, celles-ci ont, en fait et par nature, un poids surdéterminant, une influence prépondérante sur lui (3).

L'expert commis est un auxiliaire de justice et une « personne qui concourt à la procédure » (article 11 du Code de procédure pénale) qui se dis-

Stéphanie STAEGER
Docteur en droit
Avocat au Barreau de Lyon
Cabinet Soulier

tingue d'un expert privé (4) par le fait que le juge l'a précisément désigné pour lui permettre de se prononcer en toute connaissance de cause, avec neutralité et discernement (5).

C'est la raison pour laquelle il est primordial que dans un État de droit – au regard des enjeux des libertés individuelles propres à la matière pénale et de la nécessaire confiance que la justice doit inspirer aux citoyens – la culpabilité ou l'innocence d'une personne se bâtisse sur des rapports d'experts commis qui satisfont à l'obligation d'impartialité, celle-ci étant entendue par la Cour européenne des droits de l'homme comme « l'absence de préjugé ou de parti pris » sur les responsabilités encourues (6).

Or, force est de constater qu'à ce jour le Code de procédure pénale, contrairement à son homologue civiliste, n'érige nullement l'impartialité des experts en règle *sui generis* et ne permet pas la récusation d'un expert au motif de sa partialité (7).

Certes en principe, le juge pénal doit, en application de l'article 157 de ce Code, désigner un expert inscrit sur la liste nationale de la Cour de cassation ou sur une liste de cour d'appel (8), lequel doit, pour être inscrit sur une de ces listes, « n'exercer aucune activité incompatible avec l'indépendance nécessaire à l'exercice de missions judiciaires d'expertise » (article 2-6° du décret n° 2004-1463 du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires).

Mais, d'une part, cette obligation déontologique ne protège pas contre toutes les incompatibilités susceptibles de naître de chaque affaire particulière ; d'autre part, le juge peut, à titre exception-

(1) Nous entendons par « experts commis » les experts désignés par un juge dans une affaire, qu'ils soient experts judiciaires, c'est-à-dire inscrits sur une liste officielle de la Cour de cassation ou d'une cour d'appel, ou qu'ils soient « hors liste ».

(2) Cf. « Un psychologue à l'impartialité contestable », in « Au nom du peuple français, juger après Outreau » : Rapp. de la commission d'enquête de l'Assemblée nationale, n° 3125, XII^{ème} législature, juin 2006, p. 178/179 ; cf. Libération, 11 juin 2004, Société, Outreau : audience suspendue et nouvelles expertises en vue. Dans l'intervalle, les expertises psychiatriques ont largement contribué au maintien en détention provisoire des personnes mises en examen pendant plusieurs mois ou années.

(3) En ce sens, rapp. Delmas-Marty de la Commission justice pénale et droits de l'homme, 1991, La mise en état des affaires pénales, p. 200 : les expertises ont, par leur nature de preuves dites « scientifiques » une force probante plus grande que les preuves dites « subjectives » telles que l'aveu et le témoignage ; rapp. Outreau préc., p. 159, qui fait état d'« une valorisation excessive du rôle des experts » ; François Gibault, L'expertise en matière pénale et les droits de la défense, communication prononcée en séance publique devant l'Académie des sciences morales et politiques le 27 mars 2006.

(4) Qui peut être assimilé à un témoin à charge ou à décharge ; cf. P. Chambon, Le juge d'instruction, Dalloz, 4^e éd., 1997, n° 564 : l'auteur distingue l'expert commis du témoin, dont les serments ne sont pas identiques : articles 446 et 168 du CPP.

(5) En ce sens, Merle et Vitu, Traité de droit criminel, 5^e éd., p. 263 ; M.-A. Frison-Roche in L'expertise, ouvrage paru en 1995 chez Dalloz dans la série Thèmes et commentaires, p. 101 : « 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 ».

(6) CEDH, arrêt Kyprianou c/ Chypre, 15 décembre 2005, req. n° 73797/01, § 118.

(7) Cf. article 237 du NCPC : « Le technicien commis doit accomplir sa mission avec conscience, objectivité et impartialité » ; articles 234 et 341 du NCPC ; articles R. 621-6 et L. 720-1 du CJA : « La récusation d'un membre de la juridiction est prononcée, à la demande d'une partie, s'il existe une raison sérieuse de mettre en doute son impartialité ».

(8) Au contraire en matière civile le juge est libre de commettre toute personne de son choix, inscrite ou non sur une liste officielle (article 232 du NCPC).

nel et par décision motivée, choisir un expert ne figurant sur aucune liste officielle de juridiction (article 157, alinéa 2 du Code de procédure pénale). Ce dernier n'a alors comme seule obligation que de prêter serment d'apporter son concours à la justice en son honneur et en sa conscience (article 168 du Code de procédure pénale).

Seule la circulaire de l'Instruction générale prise pour l'application du Code de procédure pénale énonce que l'expert a « *le devoir de refuser toute mission d'expertise dans laquelle est impliqué un de (leurs) clients ou le responsable d'une personne morale ayant fait appel à (leurs) services* » (article C. 320, § 2). Mais est-il besoin de rappeler qu'une circulaire n'a pas force normative et que cette référence à l'obligation d'impartialité des experts est quelque peu réductrice ?

Une forme de consécration légale pouvait être espérée suite aux propositions émanant des groupes de travail mis en place après l'affaire d'Outreau.

Ainsi, le rapport Viout de février 2005 rappelait en ces termes l'éthique de la déontologie de l'expert commis :

« *Déclinaison de sa nécessaire indépendance, rappelée par le décret n° 2004-1463 du 23 décembre 2004 relatif aux experts judiciaires (article 2-6° de ce texte), l'impartialité de l'expert est un préalable à la qualité des opérations qu'il sera amené à accomplir dans le cadre de ses missions* ».

(...)

« *L'expert doit manifester une exigence de rigueur dans l'accomplissement de sa mission, par le respect d'une éthique d'impartialité et de neutralité insusceptible d'ouvrir la voie à la critique ou à la suspicion* ».

S'ensuivaient notamment la préconisation d'instaurer une obligation de déclaration d'appartenance de l'expert à une ou plusieurs associations mentionnées aux articles 2-1 à 2-21 du Code de procédure pénale lorsque celles-ci ont intérêt à agir en justice dans le cadre de la même affaire. Cette diligence était présentée comme de nature à lever toute suspicion sur l'objectivité et la qualité de l'expertise.

Après lui, la Commission d'enquête de l'Assemblée nationale chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire d'Outreau recommandait dans son rapport la création d'un « Code de bonnes pratiques » expertales inspiré du Code de déontologie médicale⁽⁹⁾, ainsi qu'un renforcement du contrôle de l'impartialité des experts en faisant siennes la proposition Viout

(9) Article R. 4127-105, alinéa 2 du CSP : « Un médecin ne doit pas accepter une mission d'expertise dans laquelle sont en jeu ses propres intérêts, ceux d'un de ses patients, d'un de ses proches, d'un de ses amis ou d'un groupement qui fait habituellement appel à ses services ». V. en ce sens également G. Cédile, AJ pénal, octobre 2006, p. 389 ; Ordre des avocats de Paris, Le Bulletin n° 17 du 16 mai 2006 intitulé Expertise civile : un code de bonne conduite ; La lettre de l'expert judiciaire n° 29 de 2007, p. 14. Un groupe de travail avait été mis en place début 2006 en ce sens par Emmanuel Binoche, Premier vice-président du Tribunal de grande instance de Paris en vue de l'élaboration « d'un protocole de bonnes pratiques dans la conduite et le suivi des expertises pénales ».

de contraindre les experts à une déclaration préalable concernant leurs engagements associatifs⁽¹⁰⁾.

Mais la loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale n'a pas repris ces préconisations et s'est « cantonnée » au renforcement du caractère contradictoire de l'expertise au stade de l'instruction préparatoire (cf. article 18 de la loi entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2007), afin de se conformer à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière⁽¹¹⁾.

Nonobstant ce déficit de légalité, la chambre criminelle de la Cour de cassation considère que l'impartialité des experts figure parmi les « obligations leur incombant dans l'exercice de leur mission », qu'ils soient inscrits ou non sur une liste officielle de juridiction⁽¹²⁾.

Cette obligation découle du principe d'équité de la procédure et du droit à un tribunal indépendant et impartial garantis à l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme et inscrits à l'article préliminaire du Code de procédure pénale.

La Cour européenne des droits de l'homme fait application de ces principes aux opérations d'expertise sous l'angle de l'égalité des armes. Sous cet angle, elle juge que lorsqu'une expertise est « susceptible d'influencer de manière prépondérante l'appréciation des faits par le juge », elle doit être contradictoire et émaner d'un expert impartial, comme l'illustre notamment l'affaire Bönisch c/ Autriche⁽¹³⁾.

En 1985, l'Autriche a été condamnée pour violation du droit à un procès équitable dans une affaire où le directeur de l'Institut d'hygiène de l'Université de Vienne, qui avait rédigé des rapports ayant provoqué des poursuites pénales du parquet contre M. Bönisch, avait ensuite été désigné comme expert par le Tribunal régional de Vienne, aux fins d'exposer et de compléter les rapports de l'Institut.

Dans cet arrêt, la Cour de Strasbourg a examiné la qualité et la place de l'expert dans la procédure au regard des apparences, conformément à sa jurisprudence sur l'impartialité objective⁽¹⁴⁾, et considéré que les doutes sur sa neutralité étaient légitimes et objectivement justifiés eu égard aux circonstances.

(10) Au nom du peuple français, juger après Outreau : Rapp. de la commission d'enquête de l'Assemblée nationale, n° 3125, XII^e législature, juin 2006, p. 405 et s.

(11) Cf. infra réf. jurisprudentielles.

(12) Cass. crim., 27 octobre 2004, Bull. crim., n° 260 ; 8 juin 2006, Juris-Data n° 2006-033997 ; Procédures 2006, comm. n° 251.

(13) CEDH, Bönisch c/ Autriche, 6 mai 1985, série A, n° 92 ; Cottin c/ Belgique, 2 juin 2005, req. n° 48386/99 ; RTDH 2007. 712, obs. Ann. Jacob ; Feldbrugge c/ Pays-Bas, 25 mai 1986 ; Mantovanelli c/ France, 18 mars 1997, JCP, éd. G, 1998, I, 107, n° 24, obs. F. Sudre, Rev. gén. proc. 1998, p. 238, obs. J.-F. Flauss ; GB c/ France, 2 octobre 2001, req. n° 44069/98 ; Feldbrugge c/ Pays-Bas, 25 mai 1986, série A, n° 99. Dans l'arrêt Mantovanelli, la Cour de Strasbourg a rappelé que le principe du contradictoire doit s'appliquer à l'expertise, lorsque les conclusions sont « susceptibles d'influencer de manière prépondérante l'appréciation des faits par le juge », autrement dit quand l'objet de l'expertise concerne une question que devra trancher le juge.

(14) La CEDH se fonde sur l'adage « Justice must not only be done, it must also be seen to be done » ; v. mutatis mutandis en ce qui concerne les juges, CEDH, Kress c/ France, 2 juin 2001, req. n° 39594/98 ; Loyer c/ France, req. n° 55929/00 ; Martinie c/ France, 12 avril 2006, req. n° 58675/00 ; Kyprinou c/ Chypre, préc., § 118.

Au regard de cette jurisprudence européenne, il apparaît nécessaire de garantir dans la loi l'impartialité des experts commis, tant sur le plan subjectif (leurs éventuels préjugés personnels sur l'affaire) que sur le plan objectif (leurs liens financiers, professionnels ou idéologiques avec une des parties).

Dans cette optique, le législateur devrait non seulement énoncer formellement l'impérieuse obligation d'impartialité des experts commis, mais également étendre la proposition Viout, en instituant une obligation plus générale pour ceux-ci d'effectuer auprès du juge qui envisage de les commettre dans une affaire donnée une déclaration préalable d'intérêt, sur le modèle de celle que sont tenus de faire les membres scientifiques de l'Agence européenne de sécurité alimentaire (Efsa) (15).

Cette déclaration permettrait au magistrat d'être suffisamment éclairé sur l'aptitude de l'expert à produire un rapport objectif, et le cas échéant, de s'abstenir de le désigner s'il a déjà connu de l'affaire ou d'une affaire similaire comme consultant privé, s'il a pris publiquement position sur les faits, s'il a participé à des manifestations publiques ou à des films de propagande organisés ou financés par une partie sur des sujets en lien avec l'affaire, s'il s'est affiché aux côtés de parties civiles ou d'associations qui leur sont idéologiquement liées ou s'il a pris des engagements dans des associations ou collectivités publiques parties civiles dans le dossier.

Cette déclaration préalable est en effet le seul moyen d'éviter une instrumentalisation du juge par les parties qui peuvent lui suggérer des noms d'experts tout acquis à leur cause et enclins à produire un rapport qui sera davantage le fruit de son esprit partisan que de la rigueur scientifique.

Être expert commis implique des obligations et des renoncements. Ceux qui font le choix de militantisme ne peuvent prétendre être mandataires de justice et doivent se « déporter » d'eux-mêmes (16).

De plus, une fois désignés, les experts devraient être tenus à un devoir de réserve, d'éthique et de neutralité pendant le cours des opérations d'expertise, à l'instar des juges, notamment à l'égard de la presse (17).

Enfin, les parties devraient avoir le pouvoir de demander la récusation d'un expert au motif de sa partialité, en ménageant un recours possible en cas de refus du magistrat.

Cela étant dit, à notre sens, la récusation ne suffit pas car elle n'affecte pas le rapport d'expertise lui-même, une fois celui-ci déposé. Seule la nullité

du rapport permet d'éviter que le défaut d'impartialité de l'expert ne rejaille sur la décision du juge et n'entache d'inéquité la procédure.

Sur ce terrain de la nullité, la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation est à la fois encourageante et décevante.

Encourageante, car elle juge que le défaut d'impartialité d'un expert peut constituer une cause de nullité et exerce son contrôle sur la motivation des juges du fond en réponse à ce moyen (18). Elle s'inscrit ainsi dans le droit fil de sa jurisprudence en matière de partialité du juge d'instruction (19) et ceci indépendamment des procédures de récusation ou de renvoi des juges.

Elle a même admis la nullité de rapport(s) d'expertise dans deux espèces dans lesquelles l'atteinte aux droits d'une partie était liée au manque d'indépendance d'un expert commis.

Ainsi dans un arrêt du 29 mars 1979, elle a censuré les juges du fond qui avaient refusé de prononcer la nullité d'une contre-expertise ordonnée aux motifs suivants :

« Attendu cependant que l'immixtion ainsi constatée dans les opérations d'une contre-expertise soumise aux règles de la procédure pénale de l'expert initialement commis par la juridiction mais devenu entre temps l'agent de l'assureur du prévenu, constitue en soi une atteinte aux droits des parties adverses et vicié par suite nécessairement cette nouvelle expertise » (20).

Dans un arrêt du 4 janvier 1996, elle n'a pas censuré une cour d'appel ayant prononcé la nullité de trois rapports d'expertises complémentaires, le premier en raison d'une violation de l'article 162 du Code de procédure pénale, les deux autres au motif que deux des trois experts désignés avaient déjà effectué pour le compte d'un co-prévenu une expertise officieuse sur les mêmes faits. Les juges du fond ont légitimement pu en déduire une atteinte aux droits de la défense de l'autre co-prévenu (21).

La déception vient du fait que la chambre criminelle de la Cour de cassation conclut le plus souvent que la partialité de l'expert n'est pas suffisamment démontrée dans l'espèce et refuse la nullité du rapport (22).

Notamment, la chambre criminelle s'est mon-

(18) Cass. crim., 8 juin 2006, pourvoi n° 06-81.359, publié au Bulletin ; Procédures 2006, comm. n° 251 ; 15 juin 2005, Juris-Data n° 2005-029654 ; 23 mars 2005, pourvoi n° 04-82.047, inédit Lexis Nexis ; 27 octobre 2004, Bull. crim., n° 260.

(19) Cass. crim., 23 mars 2004, Bull. crim., n° 287.

(20) Cass. crim., 29 mars 1979, B. 129 : il s'agissait d'un médecin ayant été désigné comme expert pour examiner la victime d'un délit de blessures involontaires ; par la suite dans le cadre d'une contre-expertise ordonnée, deux autres médecins avaient été désignés mais le premier expert avait assisté aux opérations d'expertise en qualité de représentant de la compagnie d'assurance du prévenu et y avait défendu son rapport initial.

(21) Pourvoi n° 94-81.821, inédit. En l'espèce à la suite d'un accident du travail, le président d'une société avait été mis en examen dans la procédure en tant que fabricant de l'appareil utilisé par les 4 salariés accidentés d'une autre société dont le président était également mis en examen. C'est le président de la société fabricante qui excipait de la nullité des rapports d'expertise.

(22) Cass. crim., 26 septembre 2007, pourvoi n° 07-84.888 et 07-84.641 (2 arrêts) ; 8 juin 2006, pourvoi n° 06-81.359, Procédures 2006, comm. n° 251 ; 15 juin 2005, Juris-Data n° 2005-029654 ; 23 mars 2005, pourvoi n° 04-82.047, inédit Lexis Nexis ; 27 octobre 2004, Bull. crim., n° 260 ;

(15) Les membres scientifiques de l'Efsa sont tenus de réitérer chaque année par écrit leur engagement d'action indépendante envers l'Efsa et de faire une déclaration d'intérêt dans laquelle ils signalent leurs travaux et publications écrites et leurs éventuels liens de nature financière, idéologique, morale ou philosophique sur les sujets qu'ils ont à évaluer. Lors de chaque réunion d'experts, ils doivent faire connaître tout intérêt particulier pouvant être considéré comme préjudiciable à leur indépendance au regard des points à l'ordre du jour. Cf. le règlement du Parlement et du Conseil européens n° 178/2002/CE du 28 janvier 2002 (JO L 31 du 1^{er} février 2002).

(16) Cf. article R. 4127-106 du Code de la santé publique : « Lorsqu'il est investi d'une mission, le médecin expert doit se récuser s'il estime que les questions qui lui sont posées (...) l'exposeraient à contrevenir aux dispositions du présent Code de déontologie ».

(17) CEDH, arrêt Kyprianou c/ Chypre, préc. § 68 ; Buscemi c/ Italie, req. n° 29569/95, § 67, CEDH 1999-VI.

trée sévère à nos yeux en donnant raison aux juges du fond d'avoir refusé de prononcer la nullité d'un rapport d'expertise dans une affaire mettant en cause les sociétés distributrices de vaccins contre le virus de l'hépatite B accusé d'être à l'origine de graves pathologies. L'expert désigné, inscrit sur une liste de cour d'appel, avait publiquement pris position sur les responsabilités encourues antérieurement à sa désignation, avait réalisé des expertises privées à l'encontre d'une des sociétés mises en examen, avait créé des sites Internet mettant en cause la campagne nationale de vaccination et les fabricants de vaccins anti-hépatite B, avait eu la qualité de partie à un procès civil contre une des sociétés mise en examen, avait été récusé dans plusieurs procédures civiles dans lesquelles les sociétés distributrices étaient parties, et avait participé à une conférence publique en présence de l'avocat d'une partie civile (23).

En réponse à tous ces griefs relevés dans les pourvois formés par les sociétés distributrices, la Cour juge en ces termes :

« Attendu qu'en l'état de ces motifs, d'où il résulte que si le défaut d'impartialité d'un expert peut constituer une cause de nullité, les reproches adressés par les requérantes à l'expert concerné ne suffisent pas, en l'espèce, à priver les rapports de cet expert dont la désignation est contestée du caractère d'avis techniques soumis à la contradiction et à l'appréciation ultérieure des juges, la chambre de l'instruction a justifié sa décision ».

Une telle motivation fait peu de cas de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'exigence d'impartialité objective. Car il s'agissait de faits vérifiables, constituant selon nous autant de raisons sérieuses de douter de l'impartialité de l'expert.

Certes dans cette affaire les juges du fond ont relevé que l'instruction était toujours en cours et qu'il s'agissait d'une simple expertise documentaire (compilation sans analyse de l'état de l'art sur une question) insusceptible d'avoir une influence prépondérante sur le juge. Ils se situaient ainsi sur le terrain de la force probante du rapport, considérant que les parties pouvaient encore solliciter une contre-expertise ou un complément d'expertise et ainsi affecter la fiabilité du rapport.

Mais d'une part, l'argument selon lequel la partialité d'un expert peut être efficacement combattue par le contradictoire nous semble être un leurre. En effet, la demande d'expertise, de contre-expertise ou de complément d'expertise d'une par-

tie peut se heurter au refus (motivé) du juge (24), lequel est également souverain pour ne pas tenir compte des observations critiques d'une partie (y compris en appel). De plus, cet argument revient pour le juge à se décharger sur les parties de son devoir de vérifier l'impartialité des experts qu'il commet.

D'autre part, même une expertise dite documentaire a, de par sa technicité hors du champ de compétence du juge, une influence potentiellement prépondérante sur sa conviction et peut être entachée de partialité par le tri sélectif et la présentation biaisée de la documentation que l'expert a rassemblé.

Or, selon nous la qualité d'une expertise « judiciaire » (c'est-à-dire celle d'un expert commis) – et notamment sa neutralité – n'est pas seulement une question de fond laissée à la libre appréciation des juges du fond, mais une condition de sa validité qui doit être prévue à peine de nullité automatique, sans que la preuve d'une atteinte aux droits de la défense ait à être rapportée, soit que l'on considère cette nullité comme d'ordre public (à laquelle les dispositions des articles 171 et 802 sont étrangères), soit que l'on considère le grief aux droits des parties inhérent à la violation de l'obligation d'impartialité.

Dès lors, nous restons dans l'attente d'une décision de principe de la chambre criminelle de la Cour de cassation, dont la motivation pourrait s'inspirer de celle de la Cour d'appel d'Angers dans un arrêt du 6 mai 1971 :

« En dehors, par-delà et au-dessus des causes de récusation, nul ne peut être à la fois juge et partie. Ce principe, qui s'applique non seulement aux juges, mais aux mandataires de justice, comme les experts, est fondamental et d'ordre public. Il suit, lorsqu'il y est manqué, d'une part que le juge ou l'expert se trouve en faute, d'autre part que l'acte ainsi vicié est atteint d'une nullité absolue à relever au besoin d'office. En effet, après avoir donné en privé et unilatéralement à un tiers un avis quelconque – a fortiori rétribué – l'expert – pour s'en tenir à lui – perd toute qualité pour connaître comme tel de la même affaire en raison de l'incompatibilité qu'il a lui-même créée. Cette incompatibilité tient à ce qu'il s'est volontairement retiré l'indépendance, l'impartialité et la sérénité indispensables à sa mission, puisqu'il se trouve lié à une partie par un intérêt moral ou pécuniaire par un choix intellectuel, pour tout dire par un engagement personnel déjà pris (...). Il y a donc lieu d'annuler l'expertise diligentée par les soins de celui-ci » (25).

29 mai 2002, Bull. crim., n° 121 ; 26 mars 2002, pourvoi n° 01-82.280 ; 20 mars 2001, Bull. crim., n° 71 ; 4 février 2004, pourvoi n° 03-83.237 ; 27 avril 2000, pourvoi n° 00-80.654 ; 19 janvier 1999, pourvoi n° 98-82.192.
(23) Cass. crim., 8 juin 2006, précité.

(24) En effet, le législateur du 5 mars 2007 n'a pas généralisé le droit à l'expertise contradictoire reconnu en matière de fraudes et falsifications, article L. 215-2 du Code de la consommation.

(25) C. Angers, 6 mai 1971, JCP 1972. II. 17088, note J.-B.