

Cet article est disponible en ligne à l'adresse :

http://www.cairn.info/article.php?ID_REVUE=RFAP&ID_NUMPUBLIE=RFAP_103&ID_ARTICLE=RFAP_103_0379

Quel statut pour l'expert ?

par Rafael ENCINAS DE MUNAGORRI

| Ecole Nationale d'Administration | Revue française d'administration publique

2002/3 - N° 103

ISSN 0152-7401 | pages 379 à 389

Pour citer cet article :

— Encinas de munagorri R., Quel statut pour l'expert ?, Revue française d'administration publique 2002/3, N° 103, p. 379-389.

Distribution électronique Cairn pour Ecole Nationale d'Administration.

© Ecole Nationale d'Administration. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

QUEL STATUT POUR L'EXPERT ?

Rafael ENCINAS de MUNAGORRI

*Professeur à l'Université de Nantes,
Droit et changement social (UMR 6028)*

Poser la question du statut de l'expert, c'est affronter d'emblée la dualité qui le caractérise. L'expert répond en effet à deux définitions distinctes qui se recoupent sans toujours se superposer. Au sens commun, qui correspond à l'étymologie *expertus* (éprouvé, qui a fait ses preuves), l'expert est une personne compétente disposant d'une expérience sur un sujet donné. Au sens juridique, l'expert est la personne désignée dans le cadre d'une expertise, c'est-à-dire d'une procédure destinée à éclairer une autorité chargée de prendre une décision.

Que ce soit devant les tribunaux (expertises juridictionnelles) ou auprès de l'administration (expertises administratives et politiques), les deux significations coexistent. Le garder présent à l'esprit permet de clarifier les liens entre l'administrateur et l'expert, ce qui est l'objet de la présente contribution ¹.

Ainsi, toutes les personnes compétentes n'ont donc pas la qualité d'expert au sens juridique du terme : l'éminent spécialiste d'une question n'est pas toujours expert auprès de l'administration, fut-il prix Nobel de médecine ou d'économie. Réciproquement, une personne peut être qualifiée « d'expert » par le simple fait d'avoir été désigné tel dans le cadre d'une procédure d'expertise. Son expérience n'est pas nécessairement reconnue par ses pairs ; et l'expert est parfois le premier à s'étonner des compétences qu'on lui prête. Autrement dit, s'il existe des personnes compétentes et expérimentées sur un sujet

1. Sollicité dans des délais très brefs sur le vaste thème du statut de l'expert, j'ai pris le pari de tenir un propos général qui, à défaut de s'appliquer à la très grande disparité des situations d'expertise auprès de l'administration, a pour ambition de conserver sa pertinence pour la plupart d'entre elles. Ayant étudié le sujet sous l'angle de l'expertise juridictionnelle, « La recevabilité d'une expertise scientifique aux États-Unis », *Revue internationale de droit comparé*, 1999, p. 621, et de manière plus générale dans une entrée au *Dictionnaire de la culture juridique* (à paraître en 2003 au PUF), un séjour éclair à la direction de la recherche m'a permis de l'envisager sous l'angle de l'expertise publique lors de la rédaction d'une note en février 2000 sur le rapport Kourilsky-Viney (principe de précaution) en vue d'une position prise par le ministère de l'éducation nationale, de la recherche et de la technologie. Riche expérience qui a précédé un article réactif « Expertise scientifique et décision de précaution », *Revue juridique de l'environnement*, n° spécial 2000, p. 67. Je tiens à remercier Mme Karine Foucher et M. Olivier Leclerc pour m'avoir permis de renouer au plus vite avec le sujet.

donné (expert au sens courant), seule une procédure d'expertise confère la qualité d'expert auprès de l'administration (expert au sens procédural, juridique).

Lorsque l'administration sollicite des personnes compétentes dans le processus de prise de décision, il importe de bien distinguer les rôles de chacun. Les uns agissent dans la sphère de la décision, parfois dans une fonction de conseil auprès de l'administration, en particulier au sein des cabinets ministériels ; les autres sont désignés dans le cadre d'une procédure d'expertise. Les rôles des conseillers et des experts sont donc distincts. Il revient d'ailleurs souvent aux premiers de concevoir et d'organiser l'expertise des seconds. Les pratiques de prise de décision conduisent parfois à obscurcir cette attribution initiale des rôles : soit les conseillers se présentent comme des « experts » au sens courant du terme, soit les experts délivrent des avis qui semblent indissociables de la décision administrative. Sur le plan formel, la distinction entre l'autorité compétente chargée de décider et l'expert est pourtant capitale. Y renoncer, c'est diluer la notion d'expert jusqu'à considérer toutes les personnes compétentes de l'administration comme des « experts » contribuant au processus de décision, ce qui n'a guère de pertinence et nie plusieurs siècles d'histoire.

Issue du droit romain, la tradition française de l'expertise repose sur une claire répartition des rôles : à l'expert de dire les faits, au juge de dire le droit ; à l'expert de donner son avis, à l'autorité compétente de décider². En principe, comme chacun sait, l'autorité compétente n'est tenue ni de recourir à la procédure d'expertise, ni de suivre l'avis délivré par un ou plusieurs experts. Pour l'administration, l'expertise est donc facultative et non obligatoire. Et quand bien même l'avis de l'expert est requis et lie une compétence, l'expertise reste distincte de la décision.

Deux évolutions majeures ont accentué le recours à l'expertise au sein de l'administration : la technicité des décisions sur des sujets complexes et diversifiés (santé, transport, énergie, sécurité alimentaire, environnement), le souci politique de justifier des choix discrétionnaires par des avis à caractère scientifique. De nos jours, le recours aux experts s'est imposé comme une procédure ordinaire de prise de décision. La conciliation entre exigence démocratique et rigueur technocratique à des fins de gouvernement ne reste pas moins délicate à réaliser.

La connaissance des institutions est ici éclairante. À la différence des États-Unis, l'expertise auprès de l'administration française a pris place dans une culture de la décision centralisée, confidentielle, et non négociée³. Si les pratiques d'expertise en ont subi l'influence, elles ont contribué en retour à transformer les modes de prise de décision. Aussi, le statut de l'expert est-il sans doute révélateur des métamorphoses du processus de prise de décision à caractère politique.

Or, quel est ce statut ? Quelles sont les formes juridiques par lesquelles l'administration associe une personne compétente au processus de prise de décision ? Questions qui seront envisagées conjointement, tant le statut de l'expert, au sens large des règles qui le font tenir debout (*stare*), est étroitement lié aux procédures d'expertise mises en place

2. Selon les systèmes juridiques, l'expert est placé à une distance plus ou moins grande de l'autorité chargée de décider. Voir *L'expertise dans les principaux systèmes juridiques d'Europe*, préface et notions générales par Henri Motulsky, « Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de Paris », tome 13, 1968. Et pour l'expertise auprès des gouvernements *Advising West European Governments. Inquiries, Expertise and Public Policy*, éd. Peters and Parker, Edinburgh University Press, 1993.

3. Restier-Melleray (Christiane), « Experts et expertise scientifique. Le cas de la France », *Revue française de science politique*, vol. 40, n° 4, 1990, p. 546-585. Parmi beaucoup d'autres, voir sur les États-Unis, Jasanoff (Sheila), *The Fifth Branch. Science advisers as Policymakers*, 1990, Harvard University Press, 1994.

par l'administration. Les réponses pourraient bien expliquer le paradoxe actuel d'une expertise de plus en plus utilisée et de plus en plus contestée⁴. Envisager le statut de l'expert comme problème permet de comprendre en quoi il peut constituer une solution.

LE STATUT DE L'EXPERT COMME PROBLÈME

Le problème du statut de l'expert se présente comme les deux faces d'une même médaille : d'un côté, il s'agit de concevoir le lien de dépendance à l'égard de l'administration ; de l'autre de garantir l'indépendance de l'expert dans l'exercice de sa mission.

Le problème de la dépendance des experts à l'égard de l'administration

L'administration dispose de la plus grande latitude pour organiser l'expertise comme elle l'entend. De la sélection des experts à l'utilisation de leurs avis, son pouvoir est le plus souvent discrétionnaire. Elle a donc la faculté de déterminer par elle-même, et en toute opportunité, le statut des experts et les modalités d'organisation de l'expertise. Cette dépendance des experts à l'égard de l'administration est aussi juridique : l'administration est le commanditaire d'une expertise réalisée pour ses besoins.

Parmi la diversité des procédures utilisées⁵, il est utile de déterminer la position de l'expert au regard de l'administration : soit l'expertise est confiée en interne à des agents de la fonction publique ; soit elle est réalisée en externe par des collaborateurs extérieurs placés dans une situation statutaire ou contractuelle⁶. Il importe de préciser que seuls les agents de la fonction publique sont placés dans une situation hiérarchique à l'égard de l'administration. Le problème de leur dépendance à l'égard de l'administration se pose avec le plus d'acuité.

Par tradition, l'administration française a recours à des compétences en interne⁷, en particulier au sein des grands corps institués pour la servir. Elle dispose ainsi d'un vivier de matière grise qu'elle peut mobiliser non seulement pour répondre à des questions techniques, mais aussi pour participer à des procédures d'expertises dont elle est à l'origine. C'est le cas des grands corps d'ingénieurs, mais aussi, plus largement, de l'ensemble des fonctionnaires et agents de l'administration dotés de connaissances spécialisées.

Un premier problème est relatif à l'insuffisante formalisation des liens entre l'administration et l'expert. À tel point que certains observateurs ont considéré que les

4. Démocratiser l'expertise et établir des références scientifiques européennes, rapport du livre blanc sur la gouvernance (Groupe I-B), Commission européenne, mai 2001.

5. L'administration peut avoir recours à un expert choisi *intuitu personae* ou à plusieurs experts réunis collégalement ; à un groupement doté de la personnalité morale (agence spécialisée, établissement de recherche) ou à un simple service technique ; à une personne publique ou privée ; à un national ou à un étranger.

6. Pour une classification plus fine, voir Noury (Arnauld), *La notion d'expertise dans le droit de l'administration*, thèse, Université de Nantes, 1996, p. 492 et s.

7. Delvolvé (Pierre), in : *La vérité et le droit*, « Travaux de l'Association Henri Capitant », 1987, p. 434 : « L'essentiel des services qui assurent l'information de l'État relèvent de l'exécutif. C'est une des illustrations de sa prééminence dans l'État moderne. Celle-ci est liée notamment à des exigences d'efficacité et de technicité, parmi lesquelles figure la nécessité de connaître des situations complexes en vue d'agir sur elles ».

experts étaient « invisibles » au sein de l'administration française. Sans doute excessif, le propos a le mérite de signaler les obstacles culturels et administratifs qui restent à franchir pour clarifier la situation des agents de l'administration réalisant des expertises à son profit. Identifier les personnes juridiques impliquées dans le lien d'expertise est ici facteur de clarification. La précision peut aussi avoir des conséquences pour déterminer les responsabilités éventuelles de chacun. À cet égard, il convient de distinguer si l'expertise est demandée par l'État (services centraux ou déconcentrés), une collectivité territoriale, ou un établissement public et si elle est confiée à une autre personne morale (publique ou privée), un simple service, ou directement à un agent⁸. Lorsqu'elle relève d'une procédure organisée, la participation d'un agent de l'administration à une expertise n'est pas une fonction comme une autre. Elle implique de dissocier le commanditaire de l'expertise et l'agent chargé de la réaliser.

Un second problème tient à l'organisation du potentiel d'expertise. L'administration va chercher à utiliser au mieux les compétences de ses agents. Le problème classique de la répartition des compétences administratives entre plusieurs autorités semble trouver, *mutatis mutandis*, une application dans le cas de l'expertise. Toutefois, autant la répartition des compétences administratives obéit à une logique formelle et à des techniques de délégation de pouvoir ou de signature, autant l'organisation de l'expertise est informelle et manque trop souvent d'efficacité. Outre la difficulté de mobiliser des experts compétents, il faut ajouter l'importance de prévoir un statut attractif.

La mise en place de structures spécialisées (agences, conseils), le plus souvent sous la tutelle d'un ou plusieurs ministères est une réponse institutionnelle qui tend à se développer. Organisées sous la forme d'un service de l'administration, d'un établissement public, voire d'une autorité administrative indépendante, elles sont chargées de réaliser des expertises dans un domaine particulier⁹. Confier la mission de réaliser ou de coordonner des expertises publiques à des institutions offre l'avantage politique indéniable d'apporter visibilité, cohérence et, dans le meilleur des cas, efficacité¹⁰. Cette institutionnalisation présente aussi de nombreux périls : confiscation de l'expertise publique ou constitution d'un monopole, séparation entre les experts et le monde de la recherche, difficultés pour disposer d'une compétence dans des domaines émergents, danger d'une dérive de l'institution exprimant un avis quasi-officiel de la science. Si ces agences peuvent confier la réalisation des expertises à l'extérieur, elles peuvent aussi les réaliser en interne, ce qui conduit à ériger l'expertise auprès des pouvoirs publics en une profession à part entière.

Une autre voie consiste à solliciter la contribution des chercheurs (universitaires ou personnels des établissements publics scientifiques et techniques). La justification du décret relatif à la participation des universitaires à des missions d'expertise est ici

8. Ces modalités peuvent coexister. Voir Clavier (Maurice), « L'expertise dans les établissements publics : une vue d'ensemble », et Étienne (Jeanne), « L'expertise collective à l'INSERM », in : *Prévenir les risques : de quoi les experts sont-ils responsables ?*, Dirigé par Geneviève Decrop et Jean-Pierre Galland, Éd. de l'Aube, 1998, resp. p. 55 et 63.

9. Voir par exemple, *Les agences dans le domaine de la santé* (approches comparées), conclusions d'Emmanuel Cadeau, Cahier du Cerdes, février 2001.

10. Une question récurrente consiste à savoir si l'institution doit fournir uniquement de l'expertise, ou si elle doit également prendre des décisions. La logique va dans le sens d'une distinction entre l'expertise et la décision. La question est cependant mal posée et les réponses plus subtiles car la distinction entre l'expertise et la décision peut être organisée au sein d'une même institution. Voir Joly (Pierre-Benoît) et Barbier (Marc), « Séparation de l'évaluation et de la gestion des risques : les leçons de la "guerre du bœuf" », in : *L'organisation du recours à l'expertise scientifique en situation d'incertitude*, Conférence, Paris, 2002.

caractéristique. « Le cabinet du Premier ministre rappelle son souhait de voir élaborer un texte spécifique régissant la participation d'enseignants-chercheurs à des missions d'expertise et de conseil pour le compte des administrations de l'État et de leurs établissements publics, afin d'assurer une meilleure visibilité globale du dispositif et d'inciter toutes les administrations à profiter d'une ressource insuffisamment exploitée »¹¹. Agents de l'administration, et souvent fonctionnaires, les chercheurs scientifiques sont employés par des établissements publics dont les missions prévoient, sous des formulations plus ou moins explicites, la réalisation d'expertises. Ces dernières ne sont pas pour autant valorisées auprès des chercheurs, notamment par absence d'un statut attractif. Le relatif désintérêt académique, intellectuel et financier des scientifiques et des organismes de recherche pour les questions d'expertise s'explique en partie par l'absence de statut et de garanties offertes aux personnes participant à une expertise publique¹². Du reste, la réalisation d'une mission d'expertise auprès de l'administration fait-elle partie de leurs attributions ? L'indépendance et la liberté d'expression des enseignants chercheurs peut-elle subsister lors de la réalisation d'une expertise ? Doit-on transposer ces principes de valeur constitutionnelle¹³ dans le domaine de l'expertise publique ?

Au-delà de ce cas particulier, le problème de l'indépendance des experts se pose pour l'ensemble des personnes investies d'une mission d'expertise auprès de l'administration.

Le problème de l'indépendance des experts dans l'exercice de leur mission

L'expert indépendant correspond à un profil idéal : il ne dépend de personne, reste crédible auprès de tous ; son autorité procède d'une compétence scientifique ou technique incontestée ; sa neutralité est irréprochable. En pratique, les facteurs de dépendance de l'expert sont multiples. Que ce soit de l'État dont il est ressortissant, des administrations dont il relève, des sociétés qui l'emploient ou dont il tire des ressources, des communautés scientifiques auxquelles il appartient, l'expert est au carrefour de multiples réseaux.

Plusieurs études ont insisté sur le caractère illusoire d'une indépendance effective de l'expert. Désigné dans le cadre d'une procédure, l'expert, aussi intègre soit-il, se fait l'avocat de la cause du commanditaire de l'expertise¹⁴. Loin de rester à l'écart des intérêts partisans, il y est associé de près¹⁵. Son aptitude à justifier une solution politique dans les termes d'un avis neutre et objectif le place dans une situation d'influence dont il éprouve en retour les effets. L'exigence de principe en vertu de laquelle l'expert doit être indépendant est d'ailleurs démentie par les conditions pratiques de son activité et l'absence de garanties statutaires.

11. Compte rendu de la réunion interministérielle du 8 octobre 1998 précédant l'adoption du décret n° 99-343 du 4 mai 1999.

12. En ce sens, voir sur le site de l'ENA, travaux des élèves, Promotion Cyrano de Bergerac, Séminaire d'administration comparée, La sécurité sanitaire, 1998, groupe 2.

13. Décision du Conseil constitutionnel 83-165 DC du 20 janvier 1984.

14. Burk (Dan L.), « When scientists act like lawyers : the problem of adversary science », 33 *Jurimetrics*, 1993, p. 363-376 ; *La Terre outragée. Les experts sont formels, Autrement*, Série sciences et société, n° 1, 1992 ; Roqueplo (Philippe), *Entre savoir et décision, l'expertise scientifique*, INRA éditions, 1997 ; Bourcier (Danièle) et Bonis (Monique de), *Les paroxodes de l'expertise. Savoir ou juger ?*, Paris, éd. Synthélabo, 1999.

15. Voir pour un exemple concret, Boudant (Joël), « Les institutions communautaires face à la crise. Le recours aux comités d'experts ou la perversion de la décision communautaire », *Revue de droit rural*, 1997, n° 252, p. 207-213.

Afin de consolider le cadre de l'expertise administrative, une étude¹⁶ a proposé d'importer les acquis du modèle juridictionnel, en particulier l'exigence d'une procédure contradictoire, c'est-à-dire d'une confrontation organisée entre plusieurs points de vue. La transposition n'est-elle pas souhaitable lorsque les objectifs d'indépendance, d'objectivité et d'impartialité des experts semblent comparables ? L'analyse est séduisante, même si l'expertise auprès de l'administration se singularise sur un point essentiel : elle vise à éclairer la décision d'une autorité statuant au nom de l'intérêt général. À la différence de l'expertise juridictionnelle, elle n'intervient pas au cours d'un procès afin d'éclairer le juge chargé de trancher, en qualité de tiers, un litige entre deux parties.

Quelle est, dès lors, la signification de l'indépendance de l'expert ? La réponse suppose de préciser le contexte de l'expertise dans une perspective institutionnelle et comparative. Exiger d'un expert qu'il soit indépendant se comprend aisément dans une expertise juridictionnelle à caractère inquisitoire, le juge ayant alors l'initiative de la procédure. L'expert doit alors être aussi indépendant que le juge statuant sur la cause, ce qui exclut l'existence de liens affectifs ou d'intérêts avec l'une des parties au litige. Du reste, les experts peuvent être « récusés pour les mêmes causes que les juges »¹⁷. L'expression imagée selon laquelle « l'expert est l'œil du juge » semble associer de manière étroite, et comme organique, l'expert à l'autorité chargée de prendre une décision. L'œil de l'expert doit être aussi indépendant que celui du juge. Il y a là un souci de bonne justice, ou plus exactement d'impartialité, puisque l'expert ne saurait être d'un côté plutôt que d'un autre. Dans les systèmes juridiques de *common law*, en revanche, la procédure est plutôt organisée selon une conception accusatoire : il revient à chaque partie de produire ses expertises afin de convaincre le juge, seul placé en situation de tiers impartial. Les expertises sont donc par définition concurrentes et s'affrontent dans une procédure dominée par le respect du principe du contradictoire, au sens où chaque partie doit pouvoir apporter la contradiction à l'autre dans le cadre du procès. Si les experts doivent rester objectifs et loyaux dans le cadre de leurs compétences, ils n'ont pas à être indépendants au sens continental du terme, et peuvent notamment être rémunérés par les parties au litige.

Issues de deux cultures juridiques distinctes, ces deux conceptions du lien entre l'expert et l'autorité compétente n'ont pas manqué d'influencer l'idée d'indépendance de l'expert sollicité par une administration¹⁸. Dans la conception française, l'expert, qui est d'ailleurs souvent un agent de la fonction publique, intervient comme « l'œil de l'administrateur ». Contribuant à une décision d'intérêt général, il ne doit pas avoir d'intérêt personnel à la prise de décision. Plus encore, il doit présenter les mêmes garanties que l'autorité administrative. Aux États-Unis en revanche, l'expertise est organisée sur le mode d'une procédure à caractère contradictoire. La procédure de *l'advocacy* favorise en effet l'expression d'une pluralité d'expertises portées par des groupes aux intérêts divergents¹⁹. La prise de décision résulte de la confrontation d'expertises représentatives de ces groupes d'intérêts, et non du consensus autour d'une expertise considérée comme « officielle ».

16. Hermitte (Marie-Angèle), « L'expertise scientifique à finalité politique, réflexions sur l'organisation et la responsabilité des experts », *Justices*, 1997, n° 8, p. 79.

17. Article 234 du nouveau code de procédure civile.

18. L'affirmation mériterait des nuances, notamment à partir du cas de la Grande-Bretagne.

19. Foucher (Karine), *Principe de précaution et risque sanitaire. Recherche sur l'encadrement juridique de l'incertitude scientifique*, Paris, L'harmattan (Coll. « Logiques juridiques »), 2002, p. 85-86.

Chaque modèle a ses faiblesses ! Dans un système centralisé, il importe surtout aux administrateurs de disposer d'une expertise fiable dont ils peuvent se prévaloir. Plutôt que de multiplier les expertises, l'objectif serait plutôt d'y intégrer le maximum de facteurs. Et l'un des moyens de mettre à l'abri l'expertise officielle ainsi produite consiste à la rendre secrète auprès du public et à la soustraire à la critique d'expertises officieuses. Dans un système décentralisé, la concurrence entre expertises rivales permet de rendre transparents les différents points de vue. Toutefois l'arbitrage entre différents intérêts semble plus déterminé par des rapports de force que par la prise en compte de l'intérêt général.

Au nom du pluralisme, l'indépendance des experts est contestée sur deux fronts : tantôt il leur est reproché de se faire porteurs des arguments du pouvoir qui les désigne ; tantôt d'avoir des liens avec des groupes d'intérêts particuliers. Que ce soit dans un contexte national, européen, ou multilatéral, comme celui de l'Organisation mondiale du commerce, le faible crédit porté à l'expertise auprès de l'opinion publique en résulte.

Cela explique le souci de démocratiser l'expertise²⁰ et de faire prévaloir les principes de transparence, de pluralisme et de responsabilité tout au long du processus de décision. Il est en effet fort souhaitable que des avis divergents servent à établir de manière officielle la décision publique. Loin de nuire à l'autorité de la décision, la diversité des expertises serait plutôt à même de la renforcer. Ajoutons que les querelles actuelles sur l'objectivité de la science n'y sont pour rien. Dans sa préface à deux conférences de Max Weber, éditées en France en 1959, Raymond Aron pouvait déjà observer : « Ce n'est pas la subjectivité et la relativité de la science qui fondent la nécessité du choix, mais le caractère *partiel* des vérités scientifiques et la *pluralité* des valeurs »²¹. L'avis de l'expert ne chasse pas la décision politique, même s'il contribue à en définir les termes²² par un processus dialectique de traductions respectives²³.

Par son aptitude à promouvoir le pluralisme, l'indépendance des experts reste un objectif à atteindre. Toutefois, elle ne se décrète pas. Elle suppose la mise en place de moyens juridiques et financiers. Or, en l'absence de l'existence d'un statut, quelles sont les garanties d'indépendance apportées aux experts auprès d'une autorité publique ? Autant le dire d'emblée, elles sont à peu près nulles.

LE STATUT DE L'EXPERT COMME SOLUTION

Les enjeux du statut de l'expert sont relatifs à trois questions essentielles. Quels sont les droits et obligations des experts ? Quels sont les rôles respectifs de l'administration et de l'expert dans la prise de décision ? Quelles sont les responsabilités de chacun ?

Parmi ces enjeux, il ne faut pas sous-estimer l'importance d'un éventuel contrôle juridictionnel. Dans le rapport sur le principe de précaution remis au Premier ministre,

20. Démocratiser l'expertise et établir des références scientifiques européennes, *op. cit.*

21. Aron (Raymond), préface à Max Weber, *Le savant et le politique*, 1959, coll. 10/18, 1995, p. 16. Souligné dans le texte.

22. Castel (Robert), « Savoirs d'expertise et production de normes », in : *Normes juridiques et régulation sociale*, sous la direction de Chazel (F.) et Commaille (J.), Paris, LGDJ (Coll. « Droit et société »), 1991, p. 177.

23. Habermas (Jürgen), « Scientification de la politique et opinion publique », 1963 in : *La technique et la science comme "idéologie"*, Paris, Tel Gallimard, 1973 114 et s.

l'expertise a été présentée comme « la clef de voûte qui donne toute sa solidité à la prise de décision et qui permettra de trancher, de façon équitable, les litiges que celle-ci peut, à plus ou moins longue échéance, provoquer »²⁴. Le juge peut en effet être saisi d'une demande en annulation d'un acte administratif ou d'une action en responsabilité civile, administrative ou pénale.

Dans le sillage de l'expertise « de précaution », et plus largement de toute expertise auprès des administrations, se profile donc l'expertise devant les tribunaux. Ces expertises juridictionnelles et administratives sont au service de finalités distinctes : la décision administrative ne vise pas à trancher un litige comme le fait un jugement. Elles sont indexées sur des décisions qui n'ont pas la même valeur : la chose décidée par l'administration n'a pas la force de vérité de la chose jugée (*res judicata pro veritate acceptitur*).

En cas de conflit, l'expertise administrative peut cependant être prise en compte pour déterminer la régularité de la décision prise ainsi que les responsabilités respectives de l'expert et de l'autorité administrative compétente. En principe, il revient à l'autorité compétente d'endosser la responsabilité de sa décision, toutefois l'expert peut également être déclaré responsable pour avoir méconnu ses obligations. Déterminer un statut de l'expert, c'est à la fois se donner le moyen de dissocier les rôles respectifs de chacun et de préciser les droits et obligations de l'expert.

Ce statut peut être conçu sous la forme de principes communs applicables à tous les experts, mais aussi, en prenant le statut au sens large, sous la forme de contrats déterminant les engagements réciproques entre l'expert et l'administration. Ces deux solutions sont d'ailleurs complémentaires. Énoncées *de lege ferenda* les propositions qui suivent ont pour unique ambition de signaler les domaines qui pourraient donner lieu à un statut de l'expert. Libre à chacun de les considérer trop prudentes ou trop audacieuses.

Des principes communs pour définir les droits et obligations des experts

Aucun statut — réglementation, charte, code de conduite — ne s'applique, de manière générale, aux personnes réalisant une expertise pour le compte de l'administration. Des principes communs définissant les droits et obligations des experts sont néanmoins concevables. Parce que l'expertise est confiée, selon des procédures diverses, en interne ou en externe, ce statut doit pouvoir s'appliquer à des catégories distinctes : fonctionnaire, agent participant directement à l'exécution du service public, agent de l'administration relevant du droit privé, collaborateurs extérieurs à l'administration.

Le recrutement et la désignation des experts est une étape décisive qui détermine largement l'ensemble de la procédure d'expertise. L'obligation pour les experts de procéder à une déclaration d'intérêts vise à garantir leur indépendance, ou plus exactement à prendre la mesure de leur dépendance à l'égard de pouvoirs publics ou privés. Cette obligation peut être conçue négativement comme la déclaration d'une absence d'intérêts professionnels ou personnels avec la décision susceptible d'être prise²⁵. Elle peut l'être également, de manière plus exigeante, comme la déclaration positive de ses intérêts et de ses alliances, ce qu'un *curriculum vitae* permet en partie de

24. Kourilsky (Philippe) et Viney (Geneviève), *Le principe de précaution*, Rapport au Premier ministre, La Documentation française, Paris, Odile Jacob 2000, p. 213.

25. Article 13 du décret du 28 novembre 1983 « les membres d'un organisme consultatif ne peuvent pas prendre part aux délibérations lorsqu'ils ont un intérêt personnel à l'affaire qui en fait l'objet. La violation de

révéler. Plus encore, l'expertise peut conduire à certaines incompatibilités le temps de la mission. La prise en compte des intérêts de l'expert ne s'arrête pas lors de sa désignation, mais doit se poursuivre tout au long de la procédure d'expertise.

L'expert doit respecter les règles déontologiques propres à sa profession. Si l'expertise n'est pas une profession, l'expert n'en est pas moins tenu d'agir en professionnel, ce qui implique de respecter les règles d'usage et les obligations plus ou moins précises et codifiées selon les compétences exercées. L'expert doit aussi être loyal et sincère. Il y a là un gage de pluralisme : l'expert doit présenter des analyses qu'il ne partage pas. Il est sollicité autant pour son aptitude à délivrer un avis sur son expérience et ses connaissances personnelles que pour se faire l'écho d'opinions assez sérieuses pour ne pas être omises. La compétence d'un expert s'apprécie à son aptitude à présenter des opinions parfois qualifiées de minoritaires. Cette obligation ne diminue en rien l'effort que doit faire l'administration pour diversifier l'origine des experts et solliciter des compétences variées afin d'élargir le spectre de l'expertise.

L'expert a le droit de réaliser sa mission. Cela nécessite d'abord de la comprendre, ce qui suppose (souvent) d'avoir accès à l'intégralité du dossier concerné. Il doit aussi avoir accès à toutes les informations utiles. En pratique, ses demandes pour obtenir des documents ou des informations détenues au sein de l'administration ou dans le secteur privé, peuvent se heurter à un refus, y compris parfois de la part de l'administration ayant sollicité son concours. Ces refus font échec à la libre circulation des informations et peuvent avoir plusieurs causes : souci du secret afin de dissimuler des intérêts ; crainte d'une divulgation aux médias d'une information réputée sensible ; rivalités entre ministères d'un même gouvernement (agriculture, environnement, santé). À défaut de pouvoirs d'enquête lui permettant de lever le secret qui lui est opposé, l'expert est maintenu dans une obscurité peu propice à l'établissement de la lumière qui relève de sa mission. Afin de forcer ces résistances et permettre aux experts d'obtenir des renseignements nécessaires à l'accomplissement de leurs missions, il a été suggéré de doter les experts d'un véritable pouvoir d'enquête, le cas échéant avec le concours de la justice et de la force publique²⁶. La proposition signale l'importance de garantir concrètement l'indépendance de l'expert, dont les initiatives et la liberté, peuvent se développer hors du cadre initialement prévu par l'administration commanditaire de l'expertise.

L'expert a le droit d'aller au terme de sa mission et de délivrer un avis personnel. Il doit être inamovible, sans pouvoir craindre d'être mis à l'écart au cours de sa mission. Il a aussi le droit de faire connaître son avis, le cas échéant sous la forme d'une opinion dissidente. Lorsque l'expertise est organisée de manière collégiale, son avis doit donc être exprimé, même s'il est isolé parmi les opinions en présence.

L'expert a le droit de faire diffuser son avis auprès du public. Si l'accomplissement d'une mission d'expertise peut exiger le respect d'obligations de réserve et de confidentialité, elles doivent se concilier avec sa nécessaire indépendance. L'interdiction de divulguer des informations doit rester l'exception, et non le principe, et elle doit être motivée.

cette règle entraîne la nullité de la décision subséquente lorsqu'il n'est pas établi que la participation du ou des membres intéressés est restée sans influence sur la délibération ».

26. Hermitte (Marie-Angèle) et Dormont (Dominique), in : *Le principe de précaution, op. cit.*, Annexe 4, p. 376-379 ; voir également du premier auteur, « La responsabilité professionnelle des hommes politiques dans la conduite des affaires techniques », in : *Petites Affiches*, 11 juillet 2001, n° 137, spéc. p. 21-22.

Ces quelques affirmations, il est vrai assez sommaires, traduisent une certaine conception de l'expertise. Il en est d'autres. Dans la situation actuelle, l'important est sans doute d'engager un processus normatif à même de poser des principes communs pour l'expertise, ce qui semble un objectif au niveau national et communautaire²⁷. La définition d'un statut de l'expert auprès de l'administration semble devoir prendre place dans cette perspective. Elle peut s'accompagner de solutions contractuelles.

Des contrats pour préciser les engagements des experts et de l'administration

Le contrat est un instrument approprié pour préciser les engagements des experts et de l'administration. Sa souplesse lui permet de s'adapter aux diverses circonstances de l'expertise. Adapté pour définir les engagements de collaborateurs extérieurs à l'administration, il peut aussi être utile pour ses agents. La solution a d'ailleurs été envisagée pour mettre en place les missions d'expertise confiées à des enseignants chercheurs²⁸. Dans ce cas particulier, le contrat organisant une mission ponctuelle peut d'ailleurs s'accompagner d'actions incitatives pour mobiliser des chercheurs sur des thèmes pertinents pour l'expertise. Par delà l'allocation d'une rémunération au profit du chercheur²⁹, elle pourrait se traduire par le financement de programmes scientifiques et d'avantages institutionnels.

De manière plus générale, la conclusion de contrats offre l'occasion de préciser les engagements de chacun et le cas échéant de renvoyer explicitement à des principes communs. Toutefois comment caractériser le contrat d'expertise ? Cette qualification est symptomatique des mentalités. Le rapprochement avec le contrat de mandat a pu être préconisé³⁰. Toutefois le mandat est un contrat par lequel un mandataire (l'expert) agit au nom et pour le compte du mandataire (le commanditaire de l'expertise). À moins de nier son indépendance, l'expert ne peut pourtant pas être conçu comme le représentant de l'autorité administrative chargée de prendre une décision. L'affirmation reste valable que l'expert soit une personne physique ou une personne morale. L'accomplissement d'une activité pourrait également faire songer au contrat de travail. Reste que l'expert n'agit pas toujours sous la subordination d'un employeur. Promouvoir l'indépendance de l'expert, c'est le considérer comme tel, et reconnaître qu'il accomplit une prestation en contrepartie d'une rémunération, ce qui conduit à retenir la qualification de contrat de service, parfois dénommé contrat d'entreprise. Qu'il soit conclu dans le cadre d'un marché de prestations de service³¹, ou plus librement comme un contrat de gré à gré, il offre l'avantage de préciser les obligations de chaque partie et permet de dissocier la responsabilité de l'expert au regard de celle de l'administration.

Envisager ce dernier aspect suppose de distinguer selon les actions en responsabilité (pénale, civile, administrative), la qualité de personne juridique et la nature des liens

27. En ce sens, voir le troisième rapport de la Chambre des Lords, « Science and Technology Committee », : Third report on « Science and Society », 23 février 2000, spéc. 4.9.

28. « Après discussion avec le ministère de l'éducation nationale, de la recherche et de la technologie, son choix s'est, toutefois, finalement porté vers un décret simple non statutaire fondant cette participation à des missions d'expertise et de conseil sur une décision unilatérale, et non sur un contrat... », Réunion interministérielle du 8 octobre 1998 relative au projet de décret.

29. En ce sens, l'article 3 du décret du 4 mai 1999 prévoit l'allocation d'une indemnité mensuelle dont le montant est déterminé en fonction de la nature et de la durée de la mission. Le chercheur expert mérite en effet plus que le simple remboursement des frais de mission.

30. Voir Kourilsky et Viney, *op. cit.*, p. 67 et 207.

31. Noury (Arnauld), *op. cit.*, p. 495.

établis entre l'expert et son commanditaire³². Le droit pénal est assez indifférent aux montages de l'expertise : il suit sa logique propre qui est celle d'un délit intentionnel constitué par les actes d'un individu personne physique — et plus rarement d'un groupement doté de la personnalité morale. Les responsabilités civile et administrative, en revanche, sont largement déterminées par l'organisation de l'expertise. Entrer dans les détails exigerait de préciser les nombreux montages par lesquels l'expertise est réalisée au sein de l'administration³³. Il est toutefois utile de rappeler quelques principes relatifs au lien d'autorité entre l'expert et son commanditaire. En droit civil, la responsabilité du commettant sera retenue au détriment de celle du préposé, sauf lorsque ce dernier a agi hors de ses fonctions, sans autorisation et pour des fins étrangères à ses attributions. Ainsi, en cas de lien de préposition, le commettant (commanditaire de l'expertise) est-il tenu pour responsable des actes de son préposé (l'expert). En droit administratif, le partage de responsabilité entre l'administration et ses agents repose sur la distinction entre faute personnelle et faute de service. Aussi, lorsque l'expertise est réalisée en interne, l'administration sera responsable, sauf faute personnelle de l'expert, alors « détachable » du service. En pratique, la responsabilité de l'expert est rarement retenue. La conclusion de contrats d'expertise peut sans doute contribuer à clarifier qui est responsable de quoi et sur quel fondement.

Le cadre de cette étude nous invite à formuler une observation générale lorsque l'expertise est réalisée en interne. En l'absence de formalisation des liens entre l'administration et ses experts, la responsabilité est diluée. D'un côté, et sauf à prouver l'existence d'une faute de sa part, l'expert bénéficie d'une sorte d'immunité pour délivrer des avis qui n'ont pas de valeur obligatoire. De l'autre, l'État assume, en qualité de personne morale, la responsabilité juridique d'une décision prise au sein de l'administration, sans que l'on parvienne à identifier la part de chacun dans le processus de prise de décision, ni que cela semble parfois nécessaire.

Établir des liens formels entre l'expert et l'administration, c'est au contraire redéfinir le partage des responsabilités. D'une part, l'expert verrait sa responsabilité engagée en cas de manquement à ses obligations définies par des principes communs et des engagements contractuels ; en contrepartie, il bénéficierait d'une protection qui lui permettrait de jouer pleinement son rôle. D'autre part, la procédure d'expertise permettrait de donner visibilité aux autorités qui en sont les commanditaires et souvent les destinataires, ce qui ne pourrait que contribuer à retrouver la trace du processus de prise de décision, et à déterminer les responsabilités éventuelles de chacun.

En définitive, la question du statut de l'expert auprès de l'administration mérite une réponse vigoureuse. Elle est l'occasion d'établir de nouveaux équilibres dans le processus de prise de décision. Un point essentiel ne doit toutefois pas être oublié. Qu'elles relèvent ou non de la fonction publique, toutes les personnes ayant des connaissances sur un sujet donné ont l'obligation de donner l'alerte sur les dangers dont elles sont témoins. Il est de bonne politique d'encourager le courage. Entre le silence à l'abri de la hiérarchie et la parole susceptible de froisser les autorités, il faut faire son choix, le promouvoir et organiser l'administration en conséquence.

32. Martin (Gilles), « Expertise et responsabilité juridique », in : *Prévenir les risques : de quoi les experts sont-ils responsables ?*, op. cit., p. 155.

33. Voir le rapport de Heilmann (Éric) et Bouton (Jacqueline) avec la participation de Drijard (Guillaume), *La responsabilité des experts relative à la prévention des risques*, rapport pour le ministère de l'équipement des transports et du tourisme, Juillet 1996 ; des mêmes auteurs, « Responsabilité et proximité du savoir », in : *Prévenir les risques : de quoi les experts sont-ils responsables ?*, op. cit., p. 174.