

**L'ARRÊT COTTIN C. BELGIQUE
OU L'IRRÉSISTIBLE MARCHÉ VERS
L'EXPERTISE CONTRADICTOIRE
EN MATIÈRE PÉNALE**

Note sous l'arrêt *Cottin c. Belgique*
du 2 juin 2005, de la Cour européenne
des droits de l'homme (1^{re} section)

Ann JACOBS

*Professeur de droit pénal et de procédure pénale
à l'Université de Liège*

I. – Rappel des faits

Le sieur Cottin, prévenu du chef de coups et blessures volontaires à l'encontre de trois personnes et requérant devant la Cour européenne des droits de l'homme, avait été condamné en 1997 à deux ans d'emprisonnement avec sursis et à une amende par la cour d'appel de Liège, qui s'appuyait sur des expertises non contradictoires. Celles-ci avaient permis de qualifier les faits de coups et blessures ayant entraîné une incapacité permanente à l'égard d'une des victimes (art. 400 C.P.).

Le condamné introduisit un pourvoi en cassation contre les arrêts de la cour d'appel, se plaignant notamment du caractère non contradictoire des expertises, de l'absence de réelle possibilité de critique efficace d'un rapport d'expertise réalisé unilatéralement et de la discrimination existant entre les parties à une expertise en matière civile et en matière pénale. La Cour de cassation rejeta le pourvoi par un arrêt de principe du 24 novembre 1998, confirmant ainsi une jurisprudence constante (1) : elle estimait, en effet, que l'objet même de la procédure pénale s'oppose à ce que son déroulement soit tributaire de l'autonomie de la volonté des parties et qu'il y a donc lieu d'écarter toute disposition du Code judiciaire qui, soit se réfère à l'accord des parties, soit subordonne certains effets à leur initiative, soit porte atteinte à l'office du

(1) Voy. par exemple cass., 24 juin 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1286 et note A. SADZOT, *J.T.*, 1998, p. 640.

juge dans la direction du procès pénal; c'est à ce titre qu'elle excluait résolument l'application des articles 962 et suivants du Code judiciaire lorsqu'une expertise était ordonnée dans le cadre d'un procès pénal; ils rendraient, en effet, possible le développement d'un débat contradictoire en dehors de la présence du juge. Elle considérait en outre que le respect de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme était assuré par la possibilité de contredire, à l'audience, les conclusions de l'expert et, au besoin, de demander une expertise complémentaire, voire la désignation d'un collège d'experts. Enfin, elle justifiait la différence de régime de l'expertise ordonnée en matière civile et en matière pénale par les spécificités du procès pénal: complexité, nécessaire célérité pour la manifestation de la vérité et impératifs de la défense de la société contre le crime. C'est précisément cette jurisprudence que critiquait le sieur Cottin devant la Cour européenne des droits de l'homme.

II. – L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme

Ce n'est pas la première fois que la Cour européenne est amenée à se prononcer sur la conformité d'une expertise à l'article 6 de la Convention (2), mais elle n'avait jamais été interrogée à propos du caractère contradictoire d'une expertise ordonnée dans le cadre d'un procès pénal. La question du caractère contradictoire de l'expertise avait déjà été au centre de ses préoccupations dans le cadre d'une procédure administrative dans l'arrêt *Feldbrugge c. Pays-Bas* du 25 mai 1986 concernant l'octroi d'allocations d'assurance-maladie: la Cour y conclut à une violation de l'article 6 dès lors que la partie requérante n'a pas bénéficié d'une procédure contradictoire – en dépit du fait que les experts l'avaient examinée et lui avaient laissé la possibilité de formuler des remarques – puisqu'elle n'a pu consulter et critiquer les rapports d'expertise à la base de la décision. L'arrêt *Mantovanelli c. France* du 18 mars 1997 relatif à un cas de responsabilité médicale traité, conformément au droit français, par des juridictions administratives, tranche, quant à lui, la question de

(2) Voy. Cour eur. dr. h., *Bönish c. Autriche*, 6 mai 1985 qui exige de l'expert qu'il soit impartial, ce qui n'est pas le cas lorsque celui-ci est aussi l'expert de l'administration et, en tant que tel, a provoqué les poursuites.

Mantovanelli c. France, elle se montre plus affirmative dans l'arrêt annoté. En effet, dans la première affaire tranchée, elle s'appuyait sur un ensemble de circonstances de fait qu'elle s'attachait à décrire et qui ne se vérifiait pas dans l'affaire *Cottin*.

Le principe est donc clairement posé : lorsqu'une expertise porte sur une question déterminante pour le jugement et dont les juges n'ont pas la maîtrise, elle doit être contradictoire.

Le principe se trouve en quelque sorte confirmé par l'arrêt *Eskelinen et autres c. Finlande* du 8 août 2006. Le tribunal avait désigné un «expert juridique», chargé de l'éclairer sur le droit applicable dans une affaire complexe de violation de secret de fabrication. La Cour retient, comme élément décisif, le fait que l'expert se prononce sur des questions et documents accessibles aux parties comme aux juges (5). Certes, comme dans les affaires *Mantovanelli* et *Cottin*, la question soumise à l'expert est essentielle; en revanche, elle ne se confond pas avec celle à trancher par le tribunal. Dès lors, à l'estime de la Cour, la faculté offerte aux parties de contredire le rapport de l'expert oralement ou par des notes écrites déposées à l'audience suffit à assurer la contradiction requise par l'article 6, §1^{er}.

Il faut noter que, dans cette affaire, une partie avait demandé, sans succès, que l'expert soit entendu comme témoin. La Cour européenne distingue, comme le fait le droit finlandais, l'expert du témoin et situe ainsi le problème sous l'angle du droit à un procès équitable garanti par l'article 6, §1^{er}, et non de l'article 6, §3 consacrant les droits des parties à l'égard des témoins (6). Relevons néanmoins que la logique dégagée par la Cour européenne en matière d'expertise s'inspire de sa jurisprudence relative à l'audition des témoins lorsque le caractère contradictoire n'en est pas pleinement assuré : la Cour vérifie dans quelle mesure l'audition du témoin était essentielle au jugement (7).

(5) Sur la problématique des experts du droit, voy. not. J.-P. MARGUÉNAUD, «Le droit à l'expertise équitable», *Dalloz*, 2000, Chron., p. 113.

(6) L'on observera d'ailleurs qu'il arrive plus d'une fois que les notions d'experts et de témoins se côtoient au point de se confondre; en pareil cas, la Cour s'en réfère à l'autonomie des concepts de la Convention par rapport aux droits nationaux. Sur les notions de témoin et d'expert, voy. par exemple Cour eur. dr. h., *Bönish c. Autriche*, 6 mai 1985, §31.

(7) Voy. par exemple Cour eur. dr. h., *Andandonsky c. Russie*, 28 septembre 2006; dans le même sens, Cour eur. dr. h., *Van Mechelen et autres c. Pays-Bas*, 23 avril 1997, §§51-55; Cour eur. dr. h., *Kostovski c. Pays-Bas*, 20 novembre 1989, §41. Il est à noter que la Cour vérifie également si le requérant a effectivement revendiqué la contradiction.

la participation des parties à l'expertise elle-même (3); il va retenir tout particulièrement notre attention dans la mesure où il pose déjà le principe que développe l'arrêt *Cottin* annoté : l'expertise ne doit être contradictoire que lorsque son objet se confond avec la question que doit trancher le juge.

Il faut d'emblée observer que la Cour européenne, dans l'arrêt *Cottin*, comme elle l'avait déjà fait dans l'arrêt *Mantovanelli*, écarte expressément un principe qui voudrait que toute expertise en matière pénale soit contradictoire, et cela en raison de sa conception du contradictoire : selon la Cour, le caractère contradictoire – qui n'est qu'un aspect de l'égalité des armes – d'une procédure est respecté lorsque chaque partie a la faculté non seulement de faire connaître les éléments qui sont nécessaires à sa défense, mais aussi de prendre connaissance et de discuter toute pièce ou observation présentée au juge en vue d'influencer la décision du « tribunal ». C'est précisément parce qu'une expertise ne se déroule pas devant un tribunal que la Cour écarte l'idée d'un principe général et abstrait qui voudrait que lorsqu'un expert est désigné par un juge, les parties doivent avoir, dans tous les cas, la faculté d'assister aux entretiens conduits par l'expert ou de recevoir communication des pièces qu'il a prises en compte.

Dans les deux espèces, elle constate néanmoins la violation de l'article 6, §1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme en mettant en exergue que la question à laquelle l'expert était chargé de répondre se confondait avec l'une de celles qu'estimait devoir trancher le juge; dans l'affaire *Cottin*, l'expertise devait permettre à celui-ci de qualifier les faits. Dès lors qu'il s'agissait de questions éminemment techniques et même si la cour d'appel n'était pas juridiquement liée par l'avis de l'expert, l'expertise ne pouvait qu'avoir une influence déterminante sur la décision (4). Or le requérant n'avait pu faire valoir de manière efficace son droit à la contradiction par la simple contestation du rapport final. Relevons que, si tel était déjà le raisonnement de la Cour dans son arrêt

(3) *J.T.*, 1997, p. 495; P. MARTENS, «L'influence la Cour d'arbitrage – L'expertise en matière pénale», *Tendances de la jurisprudence en matière pénale*, Mys & Breesch, 2000, p. 104; *R.T.D. civ.*, 1997, p. 1007 et obs. J.-P. MARGUÉNAUD; *J.C.P.*, 1998-I-107, n° 24 et obs. F. SUDRE, *Rev. gén. proc.*, 1998, p. 238 et obs. J.-F. FLAUSS; voy. également le commentaire de cet arrêt par J.-P. MARGUÉNAUD, «Le droit à l'expertise équitable», *Dalloz*, 2000, Chron., p. 112.

(4) Pour un bref commentaire de l'arrêt *Cottin c. Belgique* du 2 juin 2005, voy. not. P. LAMBERT, «La Cour européenne des droits de l'homme : année 2005», *J.T.-dr. eur.*, 2006, p. 43.

La logique de la Cour européenne s'explique par le fait qu'elle appréhende la question du caractère contradictoire de l'expertise en matière pénale non comme une question isolée, mais à partir de deux grands principes dégagés dans sa jurisprudence relative à l'article 6, §1^{er} : d'une part, la matière de la preuve n'est pas réglementée comme telle par la Convention et relève donc du droit national, sous réserve qu'il appartient à la Cour de vérifier si la procédure, dans son ensemble, y compris la manière dont la preuve a été administrée, a revêtu le caractère équitable requis par l'article 6, §1^{er}; d'autre part, l'un des éléments d'une procédure équitable au sens de l'article 6, §1^{er} de la Convention est le caractère contradictoire de celle-ci.

La Cour examine, en pratique, ce qu'aurait dû être l'expertise : relevant que la partie civile soumise à l'expertise s'était fait accompagner de son frère et s'était vu offrir la possibilité d'être assistée d'un conseiller technique, elle estime que rien n'aurait dû faire obstacle à ce que le requérant (prévenu dans la procédure) fût associé au processus d'élaboration du rapport dès lors que l'expertise consistait en l'audition et l'examen de la partie civile et en l'examen de pièces; le requérant aurait donc dû avoir la possibilité de «contre-interroger», personnellement ou par l'intermédiaire de son avocat ou d'un conseil médical, les personnes entendues par l'expert, de soumettre à ce dernier des observations sur les pièces examinées et les informations recueillies et de lui demander de se livrer à des investigations supplémentaires. Et la Cour de conclure que la possibilité de discuter le rapport à l'audience ne peut, en l'espèce, passer pour équivalent au droit de participer à la séance d'expertise; une demande d'expertise complémentaire n'y aurait rien changé puisque cette dernière se serait déroulée, elle aussi, de manière unilatérale (8).

III. – L'expertise ordonnée par le juge du fond dans la jurisprudence belge

La Cour européenne, dans l'arrêt annoté, rappelle très bien l'évolution de la jurisprudence belge : partant du principe que l'expertise en matière pénale échappait, en raison de sa spécificité, aux règles

(8) Dans l'arrêt *Bönish c. Autriche*, la Cour notait également que la défense n'avait guère de chances d'obtenir la nomination d'un contre-expert, le droit autrichien applicable en la matière réservant cette possibilité à des hypothèses bien précises (§34).

de la contradiction prévues par le Code judiciaire, la Cour de cassation avait toujours considéré – comme elle l'a confirmé dans l'arrêt rendu dans l'affaire donnant lieu à l'arrêt *Cottin* – que celle-ci était suffisamment garantie par la possibilité de contester le rapport d'expertise à l'audience et, le cas échéant, de solliciter un complément d'expertise ou une nouvelle expertise (9). La jurisprudence française est également bien établie en ce sens (10).

La Cour d'arbitrage belge, saisie de la question du caractère non contradictoire de l'expertise ordonnée par le juge du fond en matière pénale a, dès l'abord, adopté une position radicalement différente puisqu'elle a considéré qu'il y avait une discrimination injustifiée entre, d'une part, les parties à un procès civil qui bénéficiaient de la contradiction et, d'autre part, les parties au procès pénal qui en étaient privées; en conséquence, elle concluait à l'application des règles du Code judiciaire à l'expertise pénale (11), dans la mesure de leur compatibilité avec les principes du droit répressif (12).

La position de la Cour d'arbitrage est donc claire et radicale: toute expertise ordonnée dans le cadre d'une procédure pénale au fond doit être contradictoire, conformément aux règles du Code judiciaire compatibles avec le procès pénal.

Le conflit entre la Cour d'arbitrage et la Cour de cassation était évident (13), ce qui a amené cette dernière à procéder à un revirement de jurisprudence pour adopter une position nuancée: elle distingue le régime de l'expertise en fonction des intérêts en cause (14):

(9) Voy. par exemple, cass., 5 avril 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 111, *Rev. dr. pén.*, 1996, p. 634; cass., 10 février 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 74.

(10) Voy. not. J.-F. RENUCCI, «L'expertise pénale et la Convention européenne des droits de l'homme», *J.C.P.*, 2000-I-227, n° 19, p. 852.

(11) Peu importe qu'elle concerne les intérêts civils ou l'action publique; voy. en ce sens P. MARTENS, «L'influence la Cour d'arbitrage – L'expertise en matière pénale», *Tendances de la jurisprudence en matière pénale*, Mys & Breesch, 2000, p. 107.

(12) C.A., arrêt 24/97 du 30 avril 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 788 et note A. MASSET.

(13) Voy. J. VAN COMPENOLLE et M. VERDUSSEN, «La guerre des juges aura-t-elle lieu? À propos de l'autorité des arrêts préjudiciels de la Cour d'arbitrage», *J.T.*, 2000, pp. 297-304, spéc. pp. 302-303.

(14) Cass., 8 février 2000, *J.T.*, 2000, p. 306, *J.L.M.B.*, 2000, p. 625 avec les conclusions du ministère public et note A. SADZOT, *R.W.*, 2000, p. 239 et note W. PINTENS; voy. A. SADZOT, «L'expertise ordonnée au cours d'une procédure pénale: Quelle contradiction?», *Le point sur les procédures*, C.U.P., vol. 38 (2000), pp. 301 et s.

- a) Si elle ne concerne que des intérêts civils, l'expertise est obligatoirement contradictoire, et les articles 973 (obligation de l'expert de convoquer les parties) et 978 du Code judiciaire (obligation pour l'expert de leur communiquer ses constatations et de prendre acte de leurs observations) sont à tout le moins d'application.
- b) Si l'expertise porte sur l'action publique, elle n'est pas contradictoire et les articles du Code judiciaire organisant le caractère contradictoire de l'expertise ne sont pas d'application; néanmoins, il appartient au juge de déterminer les modalités de l'expertise, compte tenu des droits de la défense et des exigences de l'action publique et, le cas échéant, d'imposer à l'expert le respect des articles 973 et 978 du Code judiciaire. En conséquence, l'expert ne peut procéder contradictoirement que pour autant que cela lui ait été imposé par le libellé de sa mission. En cas de silence de la décision quant aux modalités de l'expertise, l'expert doit donc procéder de manière non contradictoire.
- c) Enfin, si l'expertise a un objet mixte (telle la détermination des conséquences de coups et blessures volontaires, permettant à la fois de qualifier les faits et d'ordonner la réparation du dommage), c'est le régime des expertises relatives à l'action publique qui prévaut (15).

En pratique, toute divergence n'a pas disparu selon la jurisprudence à laquelle l'on se réfère si le juge du fond omet de préciser le régime de l'expertise qu'il ordonne: selon la Cour d'arbitrage, l'expertise devrait se dérouler de manière contradictoire; selon la Cour de cassation, tel ne serait le cas que si l'expertise ne portait que sur les intérêts civils; et enfin, aux yeux de la Cour européenne, le caractère contradictoire de l'expertise ne s'imposerait que si l'expertise portait sur un élément technique échappant à la connaissance du juge et néanmoins déterminant pour son jugement. Il restera donc à l'expert, en ce cas, à interpellier le juge pour qu'il précise les modalités de l'expertise.

L'on observera que la jurisprudence française n'a pas connu pareille évolution et maintient le caractère non contradictoire de l'expertise en matière pénale.

(15) Cass., 19 février 2003, *J.T.*, 2003, p. 464, *Rev. dr. pén.*, 2004, p. 126 et note A.-L. FETTWEIS; voy. J. DE CODT, «Les nullités de l'instruction préparatoire et le droit de la preuve. Tendances récentes», *Rev. dr. pén.*, 2000, pp. 3 et s.; J. DE CODT, *Des nullités de l'instruction et du jugement*, Larcier, 2006, pp. 73 et s.; B. DE SMET, «Deskundigonderzoek in strafzaken», *A.P.R.*, 2002, pp. 295-303.

IV. – L'expertise aux stades de l'information et de l'instruction dans la jurisprudence belge

Dans la plupart des cas, l'expert n'est pas désigné par le juge du fond, mais bien par le ministère public au cours de la phase d'information (16) ou par le juge d'instruction. Il convient dès lors de s'interroger sur le régime de l'expertise dans ce cadre.

En France comme en Belgique, l'expertise est en principe non contradictoire à ce stade de la procédure, comme le sont tant l'information que l'instruction, sauf dérogation. La Cour d'arbitrage de Belgique a décidé que l'absence de contradiction était compatible avec la Constitution; elle relève toutefois que rien ne fait obstacle à ce que le ministère public ou le juge d'instruction ordonne une expertise contradictoire lorsque cela ne porte pas atteinte ni à la présomption d'innocence ni à l'efficacité de l'enquête (17).

La Cour de cassation belge s'est en quelque sorte ralliée à la position de la Cour d'arbitrage en considérant que l'expertise n'est pas contradictoire à ce stade du procès, sauf si le juge d'instruction enjoint à l'expert de procéder de manière contradictoire, et cela dans la mesure qu'il détermine (18).

V. – Implications de la jurisprudence strasbourgeoise

Une fois encore, la jurisprudence strasbourgeoise pourrait pousser les législateurs et les tribunaux nationaux dans le dos, en l'espèce

(16) Il faut observer que l'expert ainsi désigné ne constitue pas un véritable expert, mais plutôt le conseiller technique d'une des parties; pour la Belgique, voy. par exemple Cass., 24 juin 1999, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1225 (sommaire); Bruxelles, 14 juin 2000, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 267; Cass., 12 septembre 2000, *J.T.*, 2001, p. 316 (sommaire), *Bull.*, 2000, n° 463; Cass., 13 octobre 2004, P.04.1115.F. (www.cass.be); pour la France, voy. J. PRADEL, *Manuel de procédure pénale*, Cujas, 2004, pp. 425-426, qui parle de «quasi-expertise».

(17) C.A., arrêt 74/98 du 24 juin 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1280 et note A. SADZOT; C.A., arrêt 1/99 du 13 janvier 1999, *Rev. dr. pén.*, 1999, p. 720. Pour une application de ces principes à la matière des douanes et accises, voy. C.A., arrêt 147/2002 du 15 octobre 2002. Les arrêts de la Cour d'arbitrage peuvent être consultés à l'adresse www.arbitrage.be.

(18) Cass., 19 février 2003, *J.T.*, 2003, p. 464, *Rev. dr. pén.*, 2004, p. 126 et note A.-L. FETTWEIS; voy. J. DE CODT, «Les nullités de l'instruction préparatoire et le droit de la preuve. Tendances récentes», *Rev. dr. pén.*, 2000, pp. 3 et s.; J. DE CODT, *Des nullités de l'instruction et du jugement*, Larcier, 2006, pp. 73 et s.; B. DE SMET, «Deskundigonderzoek in strafzaken», *A.P.R.*, 2002, pp. 295-303.

en les forçant à rendre l'expertise en matière pénale contradictoire chaque fois que celle-ci est déterminante pour le jugement, et ceci, quelque soit la phase de la procédure au cours de laquelle elle est ordonnée (19).

La Cour d'arbitrage relevait déjà, en son temps, qu'en toute hypothèse, le juge du fond apprécie la valeur de l'expertise, notamment en tenant compte de son caractère contradictoire ou non et du respect des droits de la défense (20), observation qui prend toute sa valeur, tant en France qu'en Belgique, à la lumière de l'arrêt annoté. Ainsi, selon le critère retenu par la Cour européenne, le juge du fond pourrait considérer que l'expertise non contradictoire ordonnée par le ministère public ou par le juge d'instruction revêt une importance déterminante pour trancher la question qui lui est soumise et viole dès lors les exigences du procès équitable consacrées par l'article 6, §1^{er} de la Convention.

L'on assiste ainsi à l'affrontement de deux logiques : tant en France qu'en Belgique, la phase préliminaire du procès pénal est en principe, et sous réserve de dérogations légales, inquisitoire; la Cour européenne tolère cette dérogation au principe du contradictoire pour autant que le procès dans son ensemble soit équitable; à ce titre, les actes clés du procès doivent être contradictoires, peu importe le moment de la procédure auquel ils ont été ordonnés. Ceci dit, en matière d'expertise, c'est très sagement que tant la Cour d'arbitrage que la Cour de cassation belges insistent sur le fait que, si une expertise contradictoire était ordonnée par le juge d'instruction, tant l'efficacité de l'enquête que la présomption d'innocence devraient être préservées.

VI. – Quelques réflexions

Un premier constat s'impose : la Cour européenne (ainsi que la Cour d'arbitrage) obscurcit la distinction classique entre administration de la preuve et appréciation de la preuve; ces deux étapes de la procédure s'opèrent pourtant à des moments différents, avec pour conséquence qu'elles obéissent à des règles propres. Ainsi les

(19) Sur le risque que l'expertise contradictoire ordonnée au cours de la phase préliminaire du procès porte atteinte au droit au silence, voy. P. MARTENS, «L'influence la Cour d'arbitrage – L'expertise en matière pénale», *Tendances de la jurisprudence en matière pénale*, Mys & Breesch, 2000, p. 112.

(20) C.A., arrêt 74/98 du 24 juin 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1280 et note A. SADZOT; C.A., arrêt 1/99 du 13 janvier 1999, *Rev. dr. pén.*, 1999, p. 720.

exigences pratiques d'un début d'enquête peuvent difficilement être passées au crible des garanties procédurales que se doit de vérifier le juge du fond lorsque le dossier est clos. Il s'agit là sans doute d'une évolution inévitable dès lors que l'article 6 de la Convention a vocation à s'appliquer à l'ensemble de la procédure.

La jurisprudence de la Cour européenne risque de susciter quelques difficultés pratiques lorsqu'il s'agira de décider quand une expertise doit nécessairement être contradictoire : en effet, si l'on peut comprendre la distinction effectuée par la Cour entre, d'une part, l'expertise dont l'objet se confond avec la question soumise au juge ou l'expertise constituant un élément déterminant de l'affaire et, d'autre part, l'expertise portant sur un élément accessoire, connu ou à disposition des parties et du juge, cette distinction s'avère artificielle puisque l'expertise donnera toujours, en principe, un éclairage plus ou moins déterminant au juge sur la question à trancher.

La Cour de cassation belge, quant à elle, fondait sa position – partagée par la jurisprudence française (21) – sur les particularités de la procédure pénale, à savoir la complexité, la nécessaire célérité pour la manifestation de la vérité et les impératifs de la défense de la société contre le crime. En outre, elle estimait que l'objet même de la procédure pénale s'oppose à ce que son déroulement soit tributaire de l'autonomie de la volonté des parties, au risque de voir se développer un débat contradictoire en dehors de la présence du juge.

Comme le relève très justement la Cour européenne, autre chose est la faculté de critiquer un rapport achevé, autre chose est de participer activement à l'expertise en apportant les éléments en sa possession, en soumettant des documents ou d'autres éléments à l'expert, en lui posant des questions, en interrogeant la personne soumise à l'expertise, etc. La Cour d'arbitrage, dans son arrêt du 24 juin 1997, soulignait, elle aussi que l'ancienneté des faits, la disparition d'indices matériels, l'impossibilité de faire procéder à des devoirs qui ne peuvent s'accomplir que dans un temps proche des faits litigieux réduisent les chances de pouvoir contester utilement les conclusions d'une expertise à laquelle on n'a pas pu participer (22). En outre, le complément d'expertise ou la nouvelle expertise échappait également à la contradiction.

(21) Pour une critique de l'expertise non contradictoire telle qu'elle est organisée en procédure pénale française, voy. not. J.-F. RENUCCI, «L'expertise pénale et la Convention européenne des droits de l'homme», *J.C.P.*, 2000-I-227, n° 19, pp. 852 et s.

(22) Considérant B.7.

On mesure, à l'aune de l'évolution de la jurisprudence des juridictions de fond (23), de la Cour d'arbitrage, de la Cour européenne des droits de l'homme, voire de la Cour de cassation elle-même, combien est dépassée cette conception d'une efficacité pénale assurée par le secret. Ne perdait-on pas de vue que l'expert, même en cas d'expertise contradictoire, reste maître de l'agenda et de la conduite de l'expertise, sous le contrôle du juge, et que l'ensemble des éléments rassemblés par l'expert peut être discuté à l'audience sous la direction du juge? C'était sans doute faire un bien mauvais procès à l'expertise contradictoire. Il faut enfin relever que, si l'expertise contradictoire risque de prendre plus de temps, elle ne peut être que plus efficace en intégrant dès l'abord toutes les données et observations utiles et en évitant les compléments d'expertise ou les nouvelles expertises par un collège d'experts (24).

L'on concédera toutefois volontiers que les affaires de criminalité financière à grande échelle ou internationale, par exemple, se prêtent mal aux expertises contradictoires, notamment en raison du nombre de parties en cause et du volume des dossiers. Il est pourtant peu probable que la Cour européenne assouplisse sa position en pareille circonstance si l'expertise s'avère être un élément essentiel pour le jugement. Au titre d'autre inconvénient de l'expertise contradictoire, il faut relever la question de son coût pour le justiciable, qui ne pourra généralement pas faire l'économie d'un avocat ou d'un conseiller technique; très heureusement, la jurisprudence de la Cour de cassation belge en matière de répétibilité des honoraires contribuera à assurer un certain équilibre entre les parties à cet égard (25).

(23) Avant même le revirement de la jurisprudence de la Cour de cassation, les juges du fond ordonnaient déjà des expertises contradictoires ou vérifiaient si elles avaient été menées de manière contradictoire; voy. par exemple Corr., Liège, 3 avril 1998, *J.J.P.*, 1998, p. 188; Gand, 27 novembre 1998, *Tijdschrift voor Milieurecht*, 1999, p. 218 et note J. MEESE.

(24) Voy. en ce sens, A. JACOBS, «Plaidoyer pour une expertise entièrement contradictoire en matière pénale», *J.L.M.B.*, 1998, pp. 38-43.

(25) Voy. Cass., 2 septembre 2004, *Bull. ass.*, 2005, p. 356 et note H. DE RODE et J. GEORGE, *J.T.*, 2004, p. 684 avec les conclusions de l'avocat général HENKÈS et obs. B. DE CONINCK, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1329 et obs. M. GOUDEN et D. PHILIPPE, *Journ. proc.*, 2004, n° 486, p. 29, *NjW*, 2004, p. 953 et note R.D.C., *R.G.A.R.*, 2005, n° 13946 avec les conclusions de l'avocat général HENKÈS et note V. CALLEWAERT et B. DE CONINCK ainsi que note G. CLOSSET-MARCHAL et J. VAN DROOGHENBROECK, *R.W.*, 2004-2005, p. 535 et note B. WILMS et K. CHRISTIAENS, *R.A.B.G.*, 2005, p. 212 avec les conclusions de l'avocat général HENKÈS et note N. CLIJMANS, *Rev. not. b.*, 2004, p. 471 et note D. STERCKX, *T. Not.*, 2004, p. 711 et note C. DE BUSSCHERE, *T. Strafr.*, 2004, p. 461. Voy. également Gand, 23 mars 2005, *R.A.B.G.*, 2005,

Enfin, il est à noter que, selon la Cour de cassation, la question soumise à l'expert ne peut se confondre avec celle que doit trancher le juge (26). Devant la technicité des questions auxquelles est confronté le juge pénal, il faut se demander si l'affirmation est réaliste, et l'on peut évoquer, pour ne prendre qu'un exemple, les cas de responsabilité médicale (27). La position de la Cour européenne des droits de l'homme paraît plus proche de la réalité de ce point de vue : elle prend toute la mesure de la place de l'expertise actuellement dans le procès pénal et requiert des garanties supplémentaires pour le prévenu lorsque l'expertise est déterminante pour la question à trancher par le juge.

VII. – Le projet de nouveau Code de procédure pénale belge

En guise de conclusion, l'on peut se tourner vers le projet de nouveau Code de procédure pénale voté le 1^{er} décembre 2005 par le Sénat de Belgique (28). Il prend la mesure des évolutions jurisprudentielles tout en faisant preuve de réalisme.

En ce qui concerne l'expertise ordonnée par le ministère public au cours de l'information, les articles 98 et 99 du Code de procédure pénale en projet sont ainsi libellés :

Article 98 : « Sauf urgence et sans préjudice de l'article 99, § 2, l'expertise est contradictoire. »

Le ministère public détermine les modalités d'exécution de l'expertise dans le respect des droits de défense et des nécessités de l'action publique ».

Article 99 : « § 1^{er}. Le ministère public communique à la personne suspectée et à la personne lésée une copie de la décision qui

←

p. 1680; *adde* M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 2^{ème} éd., Larcier, 2006, p. 166.

(26) Cass., 19 février 2003, *J.T.*, 2003, p. 464, *Rev. dr. pén.*, 2004, p. 126 et note A.-L. FETTWEIS; voy. aussi Cass., 14 septembre 1992, *Bull.*, 1992, n° 605.

(27) Sur la place que prend actuellement l'expertise dans la matière pénale en raison de la technicité croissante des questions soumises au juge, voy. not. A. JACOBS et V. GUERRA, « L'expertise à la croisée des chemins », *Liber Amicorum Paul Delnoy*, Larcier, 2005, pp. 949 et s.; pour la France, voy. not. J.-F. RENUCCI, « L'expertise pénale et la Convention européenne des droits de l'homme », *J.C.P.*, 2000-I-227, n° 19, p. 850 et les références citées à la note 1.

(28) *Doc. parl.*, Sénat, 2005-2006, n° 3-450/21.

désigne l'expert, et des décisions qui déterminent, modifient ou étendent la mission dont celui-ci est chargé.

La personne suspectée et la personne lésée remettent au ministère public, à destination de l'expert, les pièces qui leur paraissent nécessaires et elles font toutes les observations utiles.

La personne suspectée et la personne lésée peuvent assister, avec leur avocat et leur conseiller technique, aux opérations de l'expertise.

L'expert donne par écrit, à la fin des opérations et avant la rédaction du rapport et de sa conclusion, connaissance de ses constatations au ministère public. Celui-ci les communique à la personne suspectée et à la personne lésée, et détermine le délai dont elles disposent pour formuler des observations écrites.

Les articles 979, sauf en ce qui concerne la prestation de serment, 980, 985, alinéa 1^{er}, et 986 du Code judiciaire sont applicables à l'expertise ordonnée par le ministère public (29).

§ 2. Le ministère public peut par décision écrite et motivée déroger en tout ou en partie au § 1^{er} si les nécessités de l'information le requièrent, ou si l'application de cet article présente un danger pour les personnes ou porte gravement atteinte à leur vie privée.

Cette décision, non susceptible de recours, est versée au dossier».

Par conséquent, l'expertise au stade de l'information est en principe contradictoire mais le procureur du Roi dispose de la possibilité légale de déroger à la règle lorsque l'intérêt de l'action publique, la sécurité des personnes ou le respect de leur vie privée le requiert. Il apprécie les modalités de l'expertise en fonction des nécessités de l'action publique et du respect des droits de la défense.

Quant aux expertises ordonnées par le juge d'instruction, elles obéissent notamment aux articles 208 et 209 qui sont l'exact pendant des articles 98 et 99. Enfin, lorsque c'est le juge du fond qui désigne un expert, l'article 346 renvoie aux dispositions relatives à

(29) L'article 979 du Code judiciaire est relatif au contenu du rapport qui doit relater la présence des parties aux opérations, leurs déclarations et réquisitions; le rapport contient en outre un relevé des notes et documents remis par les parties. L'article 980 pose le principe de l'unicité du rapport, tandis que l'article 985, al. 1^{er} prévoit que, lorsque le juge ordonne une mesure d'instruction, il peut prévoir qu'un expert y assiste. Enfin, l'article 986 affirme la liberté d'appréciation du juge à l'égard du rapport de l'expert.

l'expertise ordonnée par le juge d'instruction (30) : l'expertise est donc contradictoire, sauf décision contraire, et cela sans égard pour l'objet de l'expertise.

15 octobre 2006

☆

(30) Article 346 : «[...] Le président peut également ordonner une nouvelle expertise ou un complément d'expertise.

Si le président ordonne une expertise, les articles 204 à 209 sont d'application.

Sans préjudice de l'article 205, le président qui ordonne l'expertise fixe l'objet, le délai et les modalités de l'expertise, en respectant les droits de défense».

L'article 205 précise qu'à peine de nullité, la mission de l'expert ne peut avoir pour objet que l'examen de questions d'ordre scientifique ou technique, précisées dans l'ordonnance qui le désigne, à l'exclusion de toute appréciation qui relève de la compétence du juge; l'expert ne peut procéder ou faire procéder à des actes réservés à l'autorité judiciaire ou à la police judiciaire.