COMPAGNIE NATIONALE
DES EXPERTS-COMPTABLES DE JUSTICE
(Cour de cassation, Cours d'appel, Conseil d'Etat, Cours administratives d'appel)

C N E C J

CINQUANTE-DEUXIÈME CONGRÈS NATIONAL JOURNÉE D'ÉTUDE

sur le thème

L'EXPERTISE, LA PREUVE ET L'EXPERT-COMPTABLE DE JUSTICE

PARIS 100 ans 1913 2013
14, 15, 16 novembre 2013
52ème Congrès National des Experts Comptables de Justice

15 novembre 2013
PALAIS DES CONGRÈS - PARIS

ACTES DES CONGRÈS
DE LA COMPAGNIE NATIONALE DES EXPERTS-COMPTABLES DE JUSTICE

51ème Congrès national : Toulouse, 21 septembre 2012. Sous la présidence de M. Yves GERARD, Haut conseiller doyen de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Michel TUDEL, expert près la Cour d'appel de Toulouse.
Du chiffre à la lettre : L'expert-comptable de justice et la sincérité de l'information financière.

50ème Congrès national : Nice, 30 septembre 2011. Sous la présidence de M. Daniel TARDIF, président de chambre, directeur du service de la documentation de la Cour de cassation et de Mme Claire FAVRE, président de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Didier CARDON, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable de justice et l'évaluation des préjudices économiques.

49ème Congrès national : Reims, 8 octobre 2010. Sous la présidence de M. Vincent LAMANDA, premier président de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Bruno DUPONCHELLE, expert près la Cour d'appel de Douai, agréé par la Cour de cassation.
Missions particulières confiées aux experts-comptables de justice : 1. Missions d'assistance et d'investigation dans les procédures collectives, 2. Missions de tiers évaluateur (art. 1592 et 1843-4 du code civil).

48ème Congrès national : Lyon, 9 octobre 2009. Sous la présidence de M. Vincent LAMANDA, premier président de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Dominique LENCOU, expert près la Cour d'appel de Bordeaux, agréé par la Cour de cassation.
L'expertise comptable judiciaire des garanties d'actif et de passif consécutives aux cessions de titres de sociétés.

47ème Congrès national : Caen, 24 octobre 2008. Sous la présidence de M. Vincent LAMANDA, premier président de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Michel ASSE, expert près la Cour d'appel de Rouen.
L'apport de l'expert-comptable judiciaire dans les affaires de contrefaçon.

46ème Congrès national : Nancy, 12 octobre 2007. Sous la présidence de M. Vincent LAMANDA, premier président de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Henri LAGARDE, expert près la Cour d'appel de Toulouse.
L'expertise comptable judiciaire dans les affaires familiales.

45ème Congrès national : Riom, 6 octobre 2006. Sous la présidence de Mme Perrette REY, présidente du Tribunal de commerce de Paris, présidente de la Conférence des juges consulaires de France. Rapporteur général, M. Didier KLING, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
La loi de sauvegarde des entreprises et l'expert-comptable judiciaire.

44ème Congrès national : Aix-en-Provence, 30 septembre 2005. Sous la présidence de M. Daniel TRICOT, président de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Pierre LOEPER, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire et la notion de valeur.

43ème Congrès national : Grenoble, 8 octobre 2004. Sous la présidence de M. Daniel TRICOT, président de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Didier FAURY, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire et l'évolution des normes comptables nationales et internationales (IFRS).

42ème Congrès national : Tours, 11 octobre 2003. Sous la présidence de M. Jean-Claude MARIN, directeur des affaires criminelles et des grâces au Ministère de la justice. Rapporteur général, M. Jacques LOEB, expert près la Cour d'appel de Lyon.
Complexité des ensembles économiques, complexité des opérations, utilité de l'expert-comptable judiciaire.

41ème Congrès national : Colmar, 11 octobre 2002. Sous la présidence de M. Bruno COTTE, président de la chambre criminelle de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Michel DEVILLEBICHOT, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire et les droits des associés minoritaires.

40ème Congrès national : Rennes, 5 octobre 2001. Sous la présidence de M. Jean BUFFET, président de la 2e chambre civile de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. André DANA, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
Le principe de la contradiction dans l'expertise en matière civile.

39ème Congrès national : Paris, 6 octobre 2000. Sous la présidence de M. Jean-Pierre DUMAS, président de la chambre commerciale de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Marc ENGELHARD, expert près la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, agréé par la Cour de cassation.
L'information financière et l'expert-comptable judiciaire.

38ème Congrès national : Douai, 8 octobre 1999. Sous la présidence de M. Jean-François BURGELIN, procureur général près la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Jean FOURCADE, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire et l'abus des biens sociaux.

37ème Congrès national : Lyon, 9 octobre 1998. Sous la présidence de M. Pierre TRUCHE, premier président de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Pierre DARROUSEZ, expert près la Cour d'appel de Douai, agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire en matière de soutien abusif et de rupture brutale de crédit.

36ème Congrès national : Toulouse, 3 octobre 1997. Sous la présidence de M. Roger BEAUVOIS, président de la 3e chambre civile de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Marcel PERONNET, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire et la détermination des préjudices.

35ème Congrès national : Montpellier, 25 octobre 1996. Sous la présidence de M. Pierre BEZARD, président de la chambre commerciale et de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. André DANA, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire et la transmission des entreprises.

34ème Congrès national : Dijon, 6 octobre 1995. Sous la présidence de M. Jean LEONNET, conseiller â la Cour de cassation. Rapporteur général, M. André GAILLARD, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire et le droit.

33ème Congrès national : Orléans, 21 octobre 1994. Sous la présidence de M. Pierre BEZARD, président de la chambre commerciale de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Jean-Claude CAILLAU, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire et l'évaluation d'entreprises.

32ème Congrès national : Angers, 22 octobre 1993. Sous la présidence de M. Pierre BEZARD, président de la chambre commerciale de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Henri ESTEVE, expert près la Cour d'appel de Lyon, agréé par la Cour de cassation.
Le rôle de l'expert judiciaire dans la recherche de la responsabilité des dirigeants et des tiers concernés par les procédures collectives.

31ème Congrès national : Chambéry, 2 octobre 1992. Sous les présidences de M. Pierre BEZIO, procureur général près la Cour de cassation, et de M. Pierre BEZARD, président de la chambre

Sous la présidence de Monsieur Vincent LAMANDA
Premier Président de la Cour de cassation
La journée d'étude sur le thème :
« L'expertise, la preuve et l'expert-comptable de justice »
a été organisée :

- **par Monsieur Didier FAURY**
  Président de la Compagnie nationale des experts-comptables de justice

- **par le Bureau National de la Compagnie, ainsi composé pour 2013 :**

PRÉSIDENTS D'HONNEUR

Pierre DUCOROY – président 1980-1981	*Montpellier – Nîmes*
Jean CLARA – président 1986-1989	*Amiens – Douai – Reims*
André DANA – président 1993-1995	*Paris –Versailles*
André GAILLARD – président 1996-1999	*Paris –Versailles*
Anne-Marie LETHUILLIER-FLORENTIN – président 2000-2001	*Rouen – Caen*
Rolande BERNE-LAMONTAGNE – président 2002-2003	*Paris –Versailles*
Marc ENGELHARD – président 2004-2005	*Aix-en-Provence – Bastia*
Pierre LOEPER – président 2006-2007	*Paris –Versailles*
Henri LAGARDE – vice-président 2004-2007	*Toulouse – Agen*
Bruno DUPONCHELLE – président 2008-2009	*Amiens – Douai – Reims*

BUREAU NATIONAL

Président	Didier FAURY	*Paris –Versailles*
Vice-président	Michel ASSE	*Rouen – Caen*
Vice-président	Dominique LENCOU	*Bordeaux – Pau*
Secrétaire général	Dominique DUCOULOMBIER	*Amiens – Douai – Reims*
Secrétaire général adjoint	Pierre-François LE ROUX	*Rennes – Angers*
Trésorier	Didier CARDON	*Paris –Versailles*
Trésorier adjoint	Constant VIANO	*Aix-en-Provence – Bastia*
Membre chargé de mission	Thierry DEVAUTOUR	*Orléans – Poitiers*
Membre chargé de mission	Patrick LE TEUFF	*Paris –Versailles*
Membre chargé de mission	Jean-Luc MONCORGE	*Lyon – Chambéry - Grenoble*
Membre chargé de mission	Fabrice OLIVIER-LAMARQUE	*Paris –Versailles*
Membre chargé de mission	Michel TUDEL	*Toulouse – Agen*

- **par la chambre régionale Paris-Versailles de la Compagnie, dont le bureau était ainsi composé :**

Président	Patrick LE TEUFF
Vice-président	Dominique MAHIAS
Vice-président	Gérard de FOURNAS
Secrétaire	Jean-Pierre VERGNE
Secrétaire adjoint	Rémi SAVOURNIN
Trésorier	Emmanuelle DUPARC
Trésorier adjoint	Xavier LECARON
Commissaire du congrès	Gérard de FOURNAS
Commissaire du congrès adjoint	Emmanuel CHARRIER
Commissaire du congrès adjoint	Jean-Charles LEGRIS
Commissaire du congrès adjoint	Sylvie PERRIN
Commissaire du congrès adjoint	Gérard POMMIER
Commissaire du congrès adjoint	Marc WEBER

- **par les rapporteurs généraux : Jean-Luc FOURNIER et Patrick LE TEUFF**

SOMMAIRE

Allocution de Monsieur Didier FAURY
Expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation
Président de la Compagnie nationale des experts-comptables de justice....9

Allocution de Monsieur Vincent LAMANDA
Premier président de la Cour de cassation....11

Allocution de Monsieur François FALLETTI
Procureur Général près la Cour d'appel de Paris....13

Propos introductifs de Messieurs Patrick LE TEUFF et Jean-Luc FOURNIER
Rapporteur généraux
Experts près la cour d'appel de Paris, agréés par la Cour de cassation....16

L'EXPERTISE COMME MOYEN DE PREUVE

La place et l'évolution de l'expertise dans l'administration de la preuve
Madame **Natalie FRICERO**, Professeure à l'Université de Nice-Sophia Antipolis....18

La place de l'expertise (judiciaire et privée) dans les différents systèmes judiciaires
Monsieur **Hervé LÉCUYER**, Professeur à l'Université Paris II Assas....24

Rôles respectifs de l'expert, du juge et de l'avocat dans l'expertise judiciaire
Table ronde animée par Monsieur **Patrick MATET**,
Conseiller à la 1ère chambre civile de la Cour de cassation....29

avec la participation de :
Madame **Martine de BOISDEFFRE**, Présidente de la Cour administrative d'appel de Versailles
Monsieur **Vincent VIGNEAU**, 1er Vice-président au Tribunal de grande instance de Nanterre
Maître **Elie KLEIMAN**, Avocat au Barreau de Paris
Monsieur **Michel ASSE**, Expert près la cour d'appel de Rouen

LA PREUVE DANS L'EXPERTISE

Allocution de Madame Brigitte HORBETTE
Conseiller honoraire à la Cour d'appel de Paris.....38

L'instrumentalisation de la preuve par les parties
Table ronde animée par Monsieur **Didier CARDON**, Expert près la cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation, Président désigné de la Compagnie nationale des experts-comptables de justice.....40

avec la participation de :
Monsieur **Yves GÉRARD**, Doyen de la chambre commerciale, économique et financière de la Cour de cassation
Monsieur **Frank GENTIN**, Président du Tribunal de Commerce de Paris
Maître **Olivier de MAISON ROUGE**, Avocat au Barreau de Clermont-Ferrand
Monsieur **Alexandre GALLOIS**, Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles à l'Université de Rouen

La valeur probante des pièces présentées lors d'une expertise
Table ronde animée par Monsieur **Alain NUÉE**, Premier président de la Cour d'appel de Versailles.....50

avec la participation de :
Maître **Etienne PAPIN**, Avocat au Barreau de Paris,
Monsieur **Sami KODIA**, Expert en informatique près la cour d'appel de Douai
Mademoiselle **Myléna BAUTISTA**, Master 2 de droit, Assistante de justice,
Monsieur **Jean-François BALOTEAUD**, Expert près la cour d'appel de Paris

Pratique du débat contradictoire et du contre-interrogatoire
Maître Christophe AYELA, Avocat au barreau de Paris
Monsieur Jacques MESTRE, Sémiologue, Formateur au barreau de Paris.....59

RAPPORT DE SYNTHÈSE ET CLÔTURE DU CONGRÈS

Rapport de synthèse

Monsieur Patrick LE TEUFF, Rapporteur général, Expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la cour de cassation 63

Clôture du congrès

Monsieur Didier FAURY, Expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation, Président de la Compagnie nationale des experts-comptables de justice.....65

ALLOCUTION DE

Monsieur

Didier FAURY

EXPERT PRÈS LA COUR D'APPEL DE PARIS, AGRÉÉ PAR LA COUR DE CASSATION
PRÉSIDENT DE LA COMPAGNIE NATIONALE DES EXPERTS-COMPTABLES DE JUSTICE

Monsieur le premier Président de la Cour de cassation, Monsieur le Procureur Général près de la Cour d'appel de Paris, Madame la Présidente de la Cour d'appel administrative de Versailles, Monsieur le Premier Président de la Cour d'appel de Versailles, Madame la représentante de la Direction des affaires civiles et du sceau, Monsieur le Président de la Cour administrative d'appel de Lyon, Monsieur le Premier Président de la Cour d'appel de Grenoble, Monsieur le Premier Président de la Cour d'appel de Saint-Denis La Réunion, Monsieur le Procureur Général près la Cour d'appel de Douai, Madame la Présidente du Tribunal de Grande Instance de Paris, Messieurs et Mesdames les Hauts Magistrats de la Cour de cassation, Mesdames et Messieurs les Magistrats des Cours administratives d'appel et des Cours d'appel, Messieurs et Madame les Présidents et Vice-présidents de Tribunaux de Grande Instance, Monsieur le Président de la Conférence Générale des Tribunaux de Commerce, Messieurs les Présidents des Tribunaux de Commerce, Mesdames et Messieurs les magistrats et juges, Mesdames et Messieurs les Professeurs, Monsieur le représentant du Président de la Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes, Monsieur le représentant du Président du Conseil supérieur de l'Ordre des Experts Comptables, Monsieur le Président de la Compagnie Régionale des Commissaires aux Comptes de Paris, Maîtres, Messieurs les Présidents des Compagnies d'Experts de Justice, Mesdames et Messieurs mes chers confrères, Mesdames et Messieurs,

Ce 52ème congrès de la CNECJ se tient donc l'année du centenaire de notre Compagnie. Ce congrès est donc l'occasion de célébrer un anniversaire exceptionnel.

La CNECJ est la plus ancienne compagnie d'experts de justice en France et nous pouvons être fiers de ce passé. Nous sommes fiers de ce passé et de nos traditions, mais parfaitement conscients des adaptations permanentes qui sont nécessaires pour faire face au présent et préparer l'avenir.

Traditions et progrès sont généralement opposés. Cette opposition constitue même un « clivage », pour employer un terme à la mode, sociologique et politique. Paul Valéry a bien exprimé cette opposition dans un mot célèbre quand il a écrit : *« L'humanité souffre de deux grands maux : la tradition et le progrès ».*

Je veux cependant croire que ce sont nos traditions et notre passé qui nous ont préparés aux évolutions du temps et que nous sommes, en conséquence, prêts à y faire face.

Une organisation solide, des anciens qui nous ont transmis leur sens de la rigueur, de l'intégrité, du souci d'excellence et une haute idée de notre fonction d'expert constituent notre héritage et un actif immatériel réel pour employer un terme professionnel.

Cet anniversaire nous conduit naturellement à nous pencher sur ce passé.

En 1913, la Compagnie des experts-comptables près du Tribunal de Première Instance de la Seine a été créée par notre grand ancien, Gustave Doyen. Bien sûr, cette année-là, il ne s'agissait pas tout à fait des mêmes experts-comptables ni des mêmes experts judiciaires. En revanche, il s'agit de la même association. Ce n'était pas tout à fait les mêmes experts-comptables, puisque l'Ordre des Experts-comptables a été créé en 1942. Le métier d'expert-comptable a bien sûr préexisté à l'organisation en ordre professionnel.

Ainsi, c'est en 1881 que la première organisation importante de comptables en France a été créée sous le nom de Société de Comptabilité de France.

En 1912, apparaît la Compagnie des Experts-comptables de Paris qui a donc vu le jour un an avant notre Compagnie d'experts judiciaires.

Il ne s'agissait pas non plus tout à fait des mêmes experts judiciaires puisque, comme vous le savez, les listes, telles que nous les connaissons aujourd'hui dans l'ordre judiciaire, sont nées en 1971.

Avant cette date, quelques listes officielles de médecins en 1893 et d'experts chimistes en 1906 existaient, mais ne concernaient que la matière criminelle. Cependant et avant la création des listes officielles, les Cours et Tribunaux s'adressaient à des experts choisis sur des listes officieuses établies par les juridictions. En 1934, on retrouve ainsi la trace d'un annuaire d'experts du Tribunal de Première Instance de la Seine.

Le titre de cet annuaire a manifestement posé quelques problèmes, puisqu'à la suite d'une protestation des experts ne figurant pas dans ce dernier, le titre finalement retenu avait été : *« Liste des experts le plus souvent désignés par la Cour et les Tribunaux »* et non : *« Liste des experts près la Cour et le Tribunal ».* L'importance du titre d'expert apparaissait déjà, manifestement.

Dans ce contexte, les experts-comptables judiciaires parisiens ou ceux qui pratiquaient des expertises judiciaires ont donc ressenti le besoin de se regrouper en 1913 pour échanger leurs expériences, créant ainsi la première compagnie d'experts.

La CNECJ est bien la même personne morale que celle qui a été créée en 1913. En effet, cette Compagnie de Paris est juridiquement l'ancêtre de l'actuelle CNECJ, puisqu'en 1961

elle est devenue Compagnie nationale sans création d'une nouvelle personne morale. Cette création est née du besoin de regrouper les experts-comptables qui participaient aux différentes Compagnies pluridisciplinaires constituées auprès des Cours d'appel et réunies au sein de la Fédération des Experts Judiciaires créée en 1931. Cette Fédération correspond à notre actuel Conseil National des Compagnies d'Experts de Justice (CNCEJ) qui a donc, comme vous le voyez, presque emprunté nos initiales.

A ce stade de mon exposé, je suis sûr que j'ai perdu certains d'entre vous sur ce labyrinthe que constituent les organisations d'experts, mais j'espère néanmoins ne pas avoir été trop confus.

La Compagnie Nationale des Experts-Comptables Judiciaires a donc été créée par la transformation de la Compagnie de Paris à l'initiative de notre grand ancien, Gérard Amédée-Manesme. Vous devez voir derrière moi la liste des présidents qui se sont succédé depuis la transformation de la Compagnie de Paris en Compagnie Nationale. Depuis cette création, 17 présidents se sont succédé et ont reçu le titre de Président d'Honneur, tout comme d'autres qui n'ont pas été présidents, mais Vice-présidents et qui, en raison de leur grande qualité, ont également reçu ce titre. Certains ne sont malheureusement plus parmi nous, d'autres n'ont pas pu venir à notre centenaire. Certains d'entre eux sont néanmoins heureusement présents et je vais me permettre de les citer :

- André Gaillard, qui a été président de 1996 à 1999,
- Rolande Berne-Lamontagne, qui a été présidente de 2002 à 2003,
- Pierre Loeper, qui a été président de 2006 à 2007,
- Bruno Duponchelle, qui a été président de 2008 à 2009,
- Henri Lagarde, qui a été vice-président et qui a le titre de Président d'Honneur.

Si vous voulez bien vous lever, je souhaiterais que nous applaudissions ceux que je viens de citer et qui sont présents parmi nous.

(Applaudissements)

Je suis bien sûr très honoré d'être le dernier Président de ce premier cycle de 100 ans.

Cet anniversaire nous conduit également à rappeler la situation actuelle de notre Compagnie et à nous interroger sur son avenir. La structure qui a été mise en place en 1960 entre les sections régionales dites « autonomes » constituées par ressort de cours d'appel et un Conseil national existe encore aujourd'hui. Quatorze sections régionales autonomes couvrant chacune deux ou trois cours d'appel regroupent plus de 530 experts.

La dénomination d'expert judiciaire a été modifiée au profit de celle d'expert de justice, car nos membres peuvent également réaliser des expertises ordonnées par les juridictions de l'ordre administratif.

La CNECJ assure la formation de ses membres en organisant chaque année dans toute la France des formations techniques très suivies.

Depuis 1970, elle publie un bulletin semestriel d'informations et de relevé de jurisprudence.

Elle dispose aussi d'un site Internet qui s'enrichit régulièrement.

Depuis 52 ans, elle organise des congrès nationaux sur des thèmes techniques dont la qualité est reconnue et auxquels de hauts magistrats participent.

Ce congrès du centenaire va ainsi débuter par les propos de Monsieur le Premier Président de la Cour de cassation. Vous nous avez déjà fait l'honneur, Monsieur le Premier Président, de présider par le passé plusieurs de nos congrès à Nancy, Caen, Lyon et Reims. Je vous remercie très sincèrement, mon nom et au nom de mes confrères, de votre présence parmi nous pour cet anniversaire. Votre confiance est pour nous un encouragement réel à poursuivre nos actions et nous oblige à placer très haut nos objectifs de qualité.

Monsieur le Procureur Général près la cour d'appel de Paris, vous avez bien voulu mettre à notre disposition hier pour notre Conseil national la première chambre de votre cour. Vous avez toujours accueilli favorablement les demandes des compagnies d'experts qui sollicitent votre intervention dans leurs manifestations. Je vous remercie de votre présence parmi nous ce matin et de l'intérêt que vous portez aux experts.

Madame la présidente de la cour administrative d'appel de Versailles, Monsieur le Premier Président de la Cour d'appel de Versailles, vous avez accepté d'intervenir dans les tables rondes de la présente journée et de nous consacrer beaucoup de votre temps, ce dont je vous suis très reconnaissant.

Le dynamisme de cette Compagnie est donc illustré par ses congrès au cours desquels nous n'hésitons pas à nous saisir de thèmes ambitieux, comme celui de la présente journée d'étude, puisque ce thème de la preuve a également été celui de l'étude annuelle réalisée en 2013 par la Cour de cassation.

Nous rapporteurs généraux ont réuni un plateau d'intervenants de très haute qualité que je remercie bien sincèrement de leur participation pour traiter ce très beau sujet qui montre la place de l'expertise dans le procès. La vérité du fait doit en effet précéder la vérité du droit et l'expert peut participer à la vérité du fait.

Pour finir, quelques mots sur l'avenir : un nouveau Conseil national a été élu hier pour deux ans, tout comme un nouveau Président, mon confrère et ami Didier Cardon qui animera cet après-midi une de nos tables rondes. Ils seront donc en charge d'une première étape vers le bicentenaire. Il leur appartiendra de maintenir et de développer l'image dont nous bénéficions dans le monde de la justice grâce à ce passé dont je vous ai rappelé les grandes lignes, mais également la place et le rôle important des experts-comptables au sein des compagnies d'experts.

Il leur appartiendra aussi de contribuer avec le Conseil National à promouvoir les spécificités de l'expertise à la française, c'est-à-dire l'expert choisi par le juge sur des listes constituées d'experts inscrits pour leurs compétences, formés aux règles du procès équitable et soumis aux exigences d'indépendance et d'impartialité.

Je vous remercie de votre attention.

(Applaudissements)

Monsieur le Premier Président de la Cour de cassation, vous avez la parole.

ALLOCUTION DE

Monsieur

Vincent LAMANDA

PREMIER PRÉSIDENT DE LA COUR DE CASSATION

Merci Monsieur le Président. Madame et Messieurs les Présidents, Premiers Présidents, Procureur général, Professeurs, chers collègues, Mesdames Messieurs,

J'éprouve un vif plaisir à me trouver aujourd'hui parmi vous pour inaugurer, en si éminente compagnie, cette journée d'étude sur « *l'expertise, la preuve et l'expert-comptable de justice* ».

Qu'il me soit permis de saluer l'heureuse initiative de la Compagnie Nationale des Experts Comptables de Justice qui nous offre ainsi, une fois encore, l'occasion de mettre en commun, sur une question d'intérêt public, les réflexions et les expériences de juristes de tous horizons, soucieux de donner à nos concitoyens le meilleur d'eux-mêmes.

En m'adressant à vous ce matin, je prends toute la mesure de l'honneur que vous m'avez fait, Monsieur le Président, de me convier au congrès célébrant les cent ans de votre association.

Votre invitation me touche. Il me tenait à cœur d'y répondre et de porter devant vous le témoignage de la cordiale estime que nous sommes nombreux ici à partager pour les techniciens du chiffre et, pour une part, du droit que vous êtes.

Une estime en forme de remerciement pour le précieux concours apporté par tant de « partenaires de justice » dont nous mesurons quotidiennement, dans les juridictions, l'engagement à nos côtés.

En forme d'hommage aussi à votre association. Lieu de dialogue et de partage, la Compagnie que vous présidez peut être fière du chemin parcouru, elle qui, dans la durée, a su porter haut les valeurs de son serment : honneur, dignité, indépendance et probité.

La preuve est « *ce qui persuade l'esprit d'une vérité* » écrivit Domat. Elle s'offre, se recherche, s'administre de diverses manières ; elle s'éprouve aussi, différemment, au creuset de notre intelligence et de nos conceptions d'une vérité qui largement nous échappe.

De l'aveu, « reine des preuves », au serment purgatoire de l'époque franque, avec ses « cojureurs », témoins d'honorabilité, de l'épreuve du fleuve, pratiquée en Mésopotamie, au duel judiciaire, ordalies du fer rouge, les affirmations humaines ont souvent recherché l'approbation de vérités éternelles.

Et, lorsque les modernes ont fait descendre la vérité du ciel sur la terre, ils n'ont pas manqué de voir encore, selon les mots de Bergson, quelque chose qui préexiste à nos affirmations. « *La vérité serait déposée dans les choses et dans les faits : notre science irait l'y chercher*. »

Tropisme de notre époque, la place de l'expertise dans notre droit est sans doute révélatrice de l'essor d'une preuve d'un genre nouveau, scientifique, qu'annonçait, voilà plus d'un siècle, l'un des pères de la criminologie : Enrico Ferri.

La méthode, rationnelle, est nouvelle ; mais le rôle en est-il si différent ?

Experior signifie littéralement « éprouver » en latin. L'expertise est ainsi, elle aussi, une « épreuve ». Certes, ce n'est plus directement la parole d'une femme ou d'un homme, partie au litige, qui se trouve questionnée, mais la réalité d'un fait contesté. L'homme de l'art qui s'y emploie n'en portera toutefois pas moins le nom de « juré » depuis que le pouvoir royal au XVIe siècle a choisi d'en organiser l'office. Pareil serment est resté, comme si, par-delà la compétence « éprouvée » de l'expert, devait subsister une caution universelle.

La place de l'expertise dans le procès est aussi affaire de croyance et de conviction et non seulement de technique.

Là, c'est du côté de la vraisemblance que se trouve la vérité judiciaire ; elle se déduit, en *common law*, de la confrontation d'opinions adverses, également soutenables. L'expertise participe alors d'une simple opinion : désigné par les parties, l'expert intervient à leur initiative en qualité de témoin (*witness-expert*) et la valeur de ses affirmations est testée, à l'instar de toutes autres, lors de la *cross-examination*.

Ici, au contraire, en droit continental, le procès s'attache à découvrir une vérité objective, à s'en rapprocher, et le juge, s'il n'a la maîtrise du litige (c'est la chose des parties), ne peut se désintéresser des conditions de découverte de cette vérité. L'expertise devient judiciaire, ravalant au second plan les examens particuliers des techniciens privés des parties. Certes, l'expert n'échappe pas, en matière pénale – où prédomine l'oralité –, au feu nourri des questions et parfois des critiques, véritable « épreuve » pour qui n'y est pas préparé. Mais, dès lors qu'il est commis par le juge, sa place est nécessairement différente.

René Garaud, au début du siècle dernier, verra même en lui un « éclaireur de la conscience du juge ». Et, de fait, loin d'un simple mode de preuve pour lequel notre époque aurait une prédilection, l'expertise se présente comme un autre regard porté sur les faits pour en mieux discerner la réalité.

Le code de procédure civile ne s'y est pas trompé, lui qui offre au juge de « *commettre toute personne de son choix pour l'éclairer… sur une question de fait requérant les lumières d'un technicien* ».

L'expert serait même, dit-on parfois, « l'œil du juge ». La formule est excessive. Son « substitut » ? Il ne peut l'être davantage. Le sachant ne saurait non plus se poser en « *juge de la question de fait* », suivant les mots d'un jurisconsulte du XVIIIe siècle, devant lequel le juge abdiquerait en quelque sorte sa mission. La philosophie du progrès ayant connu ses revers, muets sont désormais les chantres du positivisme qui, par excès de confiance en l'infaillibilité de la science, crurent un jour pouvoir se passer du juge.

L'expert est en revanche devenu, à mesure des découvertes scientifiques et des progrès techniques, une aide précieuse. Sa place grandissante est une chance, car le juge ne peut, en telle occurrence, s'improviser en technicien d'autres champs que le sien ; mais cette chance nous appelle en même temps à la vigilance, car chacun doit « tenir sa place » et « rester à sa place ».

L'expertise éclaire le juge ; elle ne le lie pas. Il est une distance nécessaire que requiert cette part d'incertitude qui subsiste en tout examen, en raison soit des limites des données de la connaissance, soit encore des conditions de son intervention.

Le juge peut s'en départir, mais son influence est telle que l'expertise est devenue un enjeu majeur du procès.

Elle s'affiche de plus en plus comme un droit revendiqué, déclinaison particulière et souvent âprement débattue d'un droit subjectif à la preuve.

Elle s'offre même en véritable « procès dans le procès ». Elle en partage les principes essentiels, à commencer par la contradiction. Elle est le lieu d'un débat judiciaire parfois instrumentalisé, parfois alimenté par des contestations nouvelles nées de l'utilisation des moyens modernes. Pour ne reprendre que certains des questionnements des experts-comptables de justice : quel usage admettre ? Quelle force probante reconnaître, par exemple, lorsqu'il est question d'utilisation de données statistiques ou de données informatiques ?

L'expert doit ainsi, comme le juge, s'astreindre à se former à une précision accrue de son art et nous savons gré à votre Compagnie, Monsieur le Président, de son implication forte et ancienne en ce domaine.

L'expert est plus que jamais un partenaire essentiel du juge, à telle enseigne que son intervention, quand elle n'est pas obligatoire, est devenue incontournable en bien des domaines.

La gestion des entreprises est précisément l'un de ces champs privilégiés : expertise de gestion des associés minoritaires d'une société, évaluation en cas de cession ou de rachat de droits sociaux d'une société civile ou commerciale, estimation d'un préjudice ou d'une entreprise, analyse d'un dysfonctionnement dans l'organisation ou le contrôle interne de celle-ci ...

Nombreux sont les cas de recours nécessaires à l'expert-comptable de justice.

C'est dire la richesse du thème qui sera débattu tout au long de cette journée et l'importance de la contribution que la qualité très remarquable de l'ensemble des intervenants invite à attendre de ce colloque.

Puissent vos travaux, à l'occasion de la célébration de ce centenaire, y trouver les raisons de tout le succès que je leur souhaite.

Bon anniversaire et bon congrès.

(Applaudissements)

ALLOCUTION DE

Monsieur

François FALLETTI

PROCUREUR GÉNÉRAL PRÈS LA COUR D'APPEL DE PARIS

Je vous remercie, Monsieur le Président. C'est également pour moi un très grand plaisir, un très grand honneur d'intervenir aujourd'hui dans le cadre de cette manifestation brillante qui va, j'en suis convaincu, apporter des éléments de réflexion renouvelés sur une thématique essentielle pour nous, institutions judiciaires, mais également à un moment crucial particulier : le passage d'un centenaire à l'autre, si je comprends bien, suite à cette célébration d'anniversaire.

Décidément, 1913 correspond à une date cruciale dans l'histoire de l'Europe, puisque le début des commémorations de la Grande Guerre a été lancé la semaine dernière par le Président de la République ; nous avons évidemment accompagné cette période, à la fois douloureuse et glorieuse de l'histoire, mais on voit bien aussi que l'on sortait du 19ème siècle qui est une période particulière (la révolution industrielle) et que l'on commençait le 20ème siècle avec ses moments difficiles, mais aussi ses dynamiques propres qui ont profondément changé le monde et la société.

Le fait qu'une Compagnie d'experts judiciaires se constitue à ce moment-là est évidemment relativement anecdotique par rapport à ce que je viens d'évoquer, mais je crois que c'est tout de même un signal de la perception d'une évolution et d'une attente de la société vis-à-vis d'une organisation des professionnels du droit et du chiffre pour la prise en compte de préoccupations particulières devant l'institution judiciaire.

Je tiens à féliciter tous ceux qui, au fil de ces décennies, ont contribué à la réussite et à la visibilité de cette structure et je souhaite bien entendu tout particulièrement vous adresser ces remerciements, Monsieur le Président. Vous vous disiez le dernier du centenaire, mais en même temps un peu le premier avec Monsieur le Président que vous venez d'élire hier du nouveau centenaire qui s'ouvre.

Tous mes vœux accompagnent bien entendu la Compagnie dans cette occasion particulière.

La thématique qui vous réunit aujourd'hui est évidemment au cœur des préoccupations du ministère public et de l'institution judiciaire, mais pas seulement. Elle est aussi au cœur des préoccupations des pouvoirs publics en général. Si l'on considère les questionnements qui sont les nôtres vis-à-vis de l'évolution de l'économie avec ses difficultés et ses problèmes, aujourd'hui, il y a évidemment un besoin de fiabilité, de confiance envers tout ce qui tourne autour des éléments d'évaluation de la vie des entreprises sous l'angle économique -je l'ai dit à l'instant et le Président Lamanda l'a évoqué-, mais également sous celui de la probité, de la sincérité et de la régularité des comptes.

A cet égard, les experts-comptables de justice sont irremplaçables. Le ministère public est évidemment plus particulièrement concerné lorsqu'il s'agit d'intervenir à propos de la vie des entreprises, singulièrement ce moment difficile où l'on ouvre des procédures collectives. C'est une thématique qui retient beaucoup de notre attention et de notre temps à tous les niveaux (des Parquets et du Parquet Général). Il s'agit de rechercher des éléments de comptabilité fiables et sincères qui nous permettront d'asseoir des solutions adaptées à des situations particulières des entreprises et surtout de favoriser leur survie, mais également, espérons-le, leur développement.

Il y a aussi l'angle pénal, je l'évoquais, la probité. Inutile de revenir sur tous les débats qui se sont déployés au fil du printemps et de l'automne à propos de la nécessité de renforcer l'intervention des pouvoirs publics vis-à-vis de tout ce qui touche à la probité dans le domaine économique et financier. La loi adoptée tout récemment par le Parlement concernant la création d'un Procureur National Financier est, à l'heure actuelle, soumise à l'examen du Conseil Constitutionnel. C'est dire que nous sommes dans l'attente, bien entendu, de la décision de ce dernier. En même temps, c'est le signal que d'importantes évolutions se font jour. Par ce texte, on a également remodelé le panorama des juridictions économiques et financières spécialisées, non plus au sein de chaque cour d'appel, mais dans le contexte des juridictions interrégionales spécialisées contre le crime organisé. C'est dire qu'il y a là des évolutions très importantes sur lesquelles l'institution judiciaire est vivement attendue.

Quand on considère l'intervention des experts-comptables de justice vis-à-vis de ce domaine pénal, on observe, c'est vrai, un certain tassement des missions. Je me suis dit : « Je ne peux pas venir devant des experts-comptables de justice sans quelques chiffres ». J'en ai trouvé quelques-uns concernant Paris sur les expertises qui étaient de cent environ par an au cours de la décennie 90. Aujourd'hui, nous sommes plutôt sur un horizon de soixante-dix. Cela évolue d'une année sur l'autre, mais c'est pour vous donner un ordre de grandeur qui va dans le sens -je parle bien sûr du pénal- d'une contraction.

Il y a de multiples raisons à cela : la première considération que chacun a à l'esprit, c'est bien sûr la nécessité de maîtriser les frais de justice. Nous sommes dans un contexte qu'il n'est pas besoin de décrire de finances publiques extrêmement contraintes et la maîtrise de ces frais, initiée, d'ailleurs, à travers la démarche de la LOLF au début des années 2000, est quelque chose qui a amené à la mise en place d'un certain nombre de mécanismes qui, d'ailleurs, pour beaucoup d'entre eux, était nécessaires.

Je pense en particulier au renforcement du contrôle des dépenses en amont et à la baisse du seuil de contrôle du contrôleur financier de 15 000 à 7 000 €pour les montants des expertises. On a surtout initié une évaluation au stade de l'engagement de la dépense, ce qui permet de cadrer davantage les choses et d'éviter les mauvaises surprises *a posteriori*, lorsque la mission est réalisée.

Autres chiffres : à l'heure actuelle, la moyenne des mémoires concernant les expertises comptables de justice tourne autour de 25 000 à 30 000 € Nous sommes donc sur des chiffres conséquents, mais qui correspondent à l'ampleur de la tâche et cette préoccupation de maîtrise des dépenses est réelle.

D'autres aspects doivent peut-être aussi être mis en évidence, comme le fait que la focalisation se soit largement portée en matière pénale sur des incriminations de blanchiment de capitaux, de corruption, de travail clandestin, de travail illégal, mais également d'escroqueries multiples, notamment dans le contexte de la cybercriminalité, tous domaines dans lesquels les services d'enquête ont mis sur pied des personnes, des spécialistes capables de conduire des analyses poussées et soutenues. Des assistants spécialisés ont été mis en place dans les pôles spécialisés.

Tout cela a peut-être contribué à un certain nombre de restrictions quant à la désignation de nouvelles missions pour les experts-comptables de justice.

En même temps, je suis convaincu que cette évolution mérite d'être véritablement analysée. D'autres préoccupations ont peut-être conduit à cette évolution, comme les délais des procédures qui ne sont pas imputables -pas tous en tout cas- aux experts, puisqu'ils sont dus aussi à la plus ou moins grande disponibilité des personnes devant contribuer à l'expertise. Il y a aussi des délais de recours qui sont souvent mis en œuvre et qui, globalement enfilés les uns après les autres, débouchent sur un allongement des procédures.

Personnellement, en tant que Procureur général de Paris, j'ai tout de même été ennuyé de trouver au début des années 2010, 2011, etc., des procédures qui avaient quinze ou vingt ans d'âge en matière économique et financière. Encore une fois, ce n'est pas le fait de l'expertise en soi, mais nous devons absolument nous mettre collectivement en position de favoriser une approche permettant de contribuer à une efficacité attendue de l'institution judiciaire pour laquelle la finalité de la démarche consiste à déboucher sur une poursuite, une condamnation dans des délais raisonnables. C'est ce que dit magnifiquement le programme LOLF de la justice (programme 166) : « Prendre des décisions de qualité dans un délai raisonnable. » C'est magnifique ! En même temps, il faut y contribuer.

Dans ce contexte précis, je crois que nous avons un travail à conduire avec les experts-comptables de justice. C'est vrai que j'ai évoqué un certain nombre de situations pour lesquelles plusieurs personnes sont à même d'intervenir et d'apporter une contribution aux éclaircissements nécessaires de la juridiction. En même temps, il faut bien comprendre qu'il est souvent très souhaitable d'approfondir des analyses de comptabilités, et pas seulement quand on est en présence d'une comptabilité sur laquelle on aurait des doutes à l'égard de sa sincérité ou de sa régularité. Certains éclaircissements sont souvent très souhaitables.

Lorsqu'on considère la pratique quotidienne, on voit bien qu'il y a au fond deux situations, deux hypothèses d'intervention : les articles 156 et suivants du Code de procédure pénale pour les magistrats instructeurs qui désignent l'expert et qui lui permet, dans ce cadre-là, le cas échéant, d'autoriser ce dernier à avoir des contacts avec les parties, ce qui permet d'avoir une expertise qui va se développer dans des conditions plus approfondies. En même temps, le Code de procédure pénale, spécialement depuis 2007, organise un mécanisme contradictoire renforcé, avec notamment l'institution de l'impossibilité de rédiger un pré-rapport soumis au contradictoire.

Dans le domaine de l'enquête préliminaire, les choses sont évidemment très différentes. L'article 77-1 du Code de procédure pénale permet au Procureur de la République ou à l'officier de police judiciaire, sur autorisation du magistrat du Parquet, de recourir à des constatations ou examens techniques et à des analyses techniques ou scientifiques grâce à l'intervention de personnes qualifiées.

Dans bien des cas, ce sont des experts-comptables de justice qui vont être amenés à intervenir, mais dans un contexte évidemment plus délimité. Ils n'ont notamment pas la possibilité de procéder à des auditions. Ils doivent constater. C'est un examen essentiellement sur pièces, ce qui amène à des mécanismes compensateurs, en quelque sorte. En effet, l'officier de police judiciaire peut être amené à poser des questions et, au terme de sa mission, la personne qualifiée va remettre ses conclusions au magistrat du Parquet en évoquant le fait que, n'ayant pu mener toutes les investigations souhaitables dans le champ de sa mission, il serait souhaitable de les approfondir de telle ou telle façon, notamment avec l'ouverture d'une information judiciaire, le cas échéant.

J'ai vraiment le sentiment que nous pouvons approfondir ces pratiques. Le magistrat du ministère public est le premier juge, en quelque sorte, de l'orientation de la procédure. Il doit le faire de manière suffisamment éclairée à son niveau et notamment en évaluant s'il est utile ou opportun d'aller devant le tribunal dans le cadre d'une citation directe ou d'ouvrir une information judiciaire ou encore, tout simplement, de ne pas aller plus loin, parce qu'il n'y a pas matière.

Ce premier débroussaillage du terrain correspond, me semble-t-il, véritablement à une nécessité en termes d'efficacité de l'institution judiciaire et de qualité de la justice que l'on est en droit d'organiser au bénéfice des justiciables. Une réflexion sur l'enquête préliminaire qui déborde d'ailleurs ce strict champ de la personne qualifiée me paraît aujourd'hui tout à fait souhaitable afin de voir jusqu'où on peut aller pour favoriser ce travail dans un contexte procédural qui n'est pas aussi lourd que l'instruction judiciaire qu'il convient toutefois de préserver pour des situations d'une certaine ampleur.

En revanche, je suis convaincu que, sur des comportements plus ponctuels ou touchant à des qualifications graves de prise illégale d'intérêts ou à des abus de biens sociaux, mais aussi à des trafics d'influence délimités, contextualisés et limités, il existe certainement là un champ de travail qu'il serait souhaitable d'engager, d'investir, dans le souci de favoriser le renforcement de la probité publique. C'est en tout cas un point de vue.

Bien sûr, on me dira : « Mais le Procureur… ». Oui, mais le Procureur reste un magistrat dans notre ordre judiciaire. C'est voulu et affirmé par la Constitution, le Conseil Constitutionnel de manière régulière. Les textes vont toujours plus loin dans ce sens.

La loi du 25 juillet 2013 confirme ce qui était déjà très largement la pratique. Aucune instruction du Garde des Sceaux. C'est une affaire de magistrat qui porte une appréciation sur une procédure. En outre, la loi du 25 juillet 2013 impose ce qui était déjà dans l'éthique même du magistrat du Parquet d'exercer sa mission avec un esprit d'impartialité. Une neutralité objective s'impose donc au magistrat du ministère public dans le déroulement de sa mission. Je crois que tout cela plus, bien sûr, les garanties d'ores et déjà offertes, tant par le statut, que par la pratique dans le domaine des nominations, constitue un certain nombre de garanties qu'il faut quand même savoir reconnaître et affirmer.

Je crois que nous devons véritablement poursuivre cette réflexion sur la collecte de la preuve, Monsieur le Président, dans le domaine de l'enquête préliminaire s'agissant de la délinquance économique et financière. Je crois qu'il y a là des champs sur lesquels nous pouvons progresser avec évidemment une exigence de professionnalisme absolu de la part de chacun avec, en particulier, bien sûr, la nécessité de structurer la portée de chaque mission et d'être particulièrement attentif aux délais dans lesquels ces missions peuvent se dérouler. Je crois que ce sont vraiment des domaines sur lesquels un travail important peut être fait dans l'intérêt commun de l'institution judiciaire, des auxiliaires de justice que vous êtes et surtout du justiciable.

Voyez, Monsieur le Président, nous avons certainement beaucoup de sujets de réflexion en commun et j'espère que cela ne va pas prendre un nouveau centenaire mais, en toute hypothèse, je me réjouis de pouvoir continuer d'approfondir ces thématiques, notamment d'ailleurs à la lumière des échanges qui, j'en suis sûr, vont être particulièrement soutenus et nourris au cours de cette journée.

Je vous remercie.

(Applaudissements)

M. FAURY.- Merci Monsieur le Procureur Général pour ces propos très intéressants. Je relève parmi eux ce désir que nous puissions vous apporter nos modestes réflexions sur le rôle de l'expert qui n'en est pas un dans le cadre de l'enquête préliminaire. Nous avons réfléchi et travaillé sur ce sujet et ce serait avec un grand intérêt que, dans notre enceinte ou, dans d'autres circonstances, nous puissions vous faire part de nos réflexions.

Le débat va maintenant se poursuivre avec l'intervention de nos deux rapporteurs généraux qui vont vous présenter le déroulement de notre journée.

Pour un thème aussi important, nous avons cru bon de désigner deux rapporteurs généraux de grande qualité en la personne de mes excellents confrères Jean-Luc Fournier et Patrick Le Teuff qui sont tous deux experts près la Cour d'appel de Paris et agréés par la Cour de cassation.

Messieurs, vous avez la parole dans l'ordre que vous souhaitez.

ALLOCUTION DE

de Messieurs

Patrick LE TEUFF et Jean-Luc FOURNIER

RAPPORTEUR GÉNÉRAUX
EXPERTS PRÈS LA COUR D'APPEL DE PARIS
EXPERTS AGRÉÉS PAR LA COUR DE CASSATION

M. LE TEUFF

Mon intervention de ce matin sera très modeste, puisque je vais rapidement passer la parole à mon ami Jean-Luc Fournier qui vous présentera le schéma d'ensemble de notre journée d'étude.

J'aurai en effet besoin de toutes mes forces pour tenter de vous présenter ce soir la synthèse des différents développements de cette journée que nos différents orateurs vont savamment vous exposer dans quelques instants.

Permettez-moi donc simplement, en quelques mots, d'exprimer au nom de la section Paris-Versailles, la fierté qui est la nôtre de vous accueillir pour ce centième anniversaire de la Compagnie Nationale des Experts Comptables de Justice, mais également notre profonde reconnaissance à toutes les personnalités qui nous font l'honneur et l'amitié d'animer cette journée et d'intervenir sur les thèmes que, pour cette occasion, nous avons choisis comme axes de réflexion. Au-delà de la considération pour le grand âge de notre Compagnie, j'ose y voir le témoignage d'une confiance et d'une sympathie que nous nous efforçons à chaque instant de mériter.

Je profite également de ces quelques mots introductifs pour m'associer à l'hommage que notre Président, Didier Faury, a rendu à nos valeureux anciens, ceux qui ont tracé la voie et bâti l'héritage que nous devrons à notre tour transmettre à nos successeurs dans la tradition de rigueur et d'excellence qui sont le devoir de l'expert de justice.

Mon cher Jean-Luc, je te passe la parole sans plus tarder.

(Applaudissements)

M. FOURNIER

Le sujet du présent congrès : « L'expertise et la preuve » revêt toute son importance dans le cadre des expertises, et tout particulièrement dans notre domaine de l'expertise comptable judiciaire.

Si une des parties ne peut apporter de preuve à ses prétentions, il n'existe pas de droit, car selon l'adage latin : « Ce qui ne peut être prouvé n'a pas d'existence. » Sans preuve, il ne peut donc y avoir de procès, le juge ne pouvant suppléer la carence des parties dans l'administration de la preuve. Cette preuve, qui n'est pas toujours facile à apporter, permet de justifier ses droits auprès du juge. Sa finalité est de convaincre le juge. Rappelons que l'article 1341 du Code Civil dispose que la preuve écrite ou littérale est nécessaire pour revendiquer un droit en justice. Il existe toujours des dérogations et la preuve est libre entre commerçants.

En présence d'Internet, le régime de la preuve a évolué depuis la loi du 13 mars 2000 qui intègre maintenant l'écrit électronique dans la preuve littérale, celui-ci étant assimilé à l'écrit papier.

Nous constatons l'importance de la preuve dans les opérations d'expertise, car son absence ou son insuffisance ne permettra pas à une partie de faire valoir ses revendications et laissera l'expert et le juge impuissants devant l'impossibilité d'administrer une preuve suffisante. La preuve conditionne bien l'aboutissement du procès.

Les parties peuvent alors être tentées de contourner cette insuffisance de preuves en faisant appel à l'expertise par le recours à l'article 145 du Code de procédure civile ; la fameuse procédure *in futurum* bien connue des praticiens, encadrée toutefois par la jurisprudence de la Cour de cassation et cela, en vue de conserver les preuves et d'établir des faits avec la potentialité d'un procès.

L'expert-comptable de justice se trouve donc confronté à cette administration de la preuve lors des opérations d'expertise avec pour nous, experts-comptables, le secret des affaires souvent opposé lors de la communication de documents comptables.

Nous avons donc souhaité que ce congrès qui célèbre, comme vous le savez, le centième anniversaire de notre Compagnie, mène une réflexion de qualité sur ce sujet en demandant à des personnalités reconnues d'intervenir lors des débats qui se dérouleront tout au long de cette journée.

Dans une première partie, nous aurons la Faculté, deux professeurs de droit, Mme Nathalie Fricero, de l'université de Nice et M. Hervé Lecuyer, de l'université Paris II Assas. Vous voyez, nous respectons la parité et Province/Paris.

Nous présenterons respectivement la situation de l'expertise dans l'administration de la preuve et sa place dans les différents systèmes judiciaires. Chacun de vous a une demi-heure.

Après la pause, ces deux exposés seront suivis par une première table ronde sous la présidence de M. Patrick Matet, Conseiller à la Cour de cassation, sur les rôles respectifs du juge, de l'expert et de l'avocat dans l'expertise judiciaire.

Nous reprendrons ensuite nos débats en début d'après-midi avec une deuxième table ronde animée par M. Didier Cardon,

expert de justice, sur le thème de l'instrumentalisation de la preuve par les parties.

Enfin, la dernière table ronde présidée par M. Alain Nuée, Premier Président de la cour d'appel de Versailles, portera sur la variété et la validité des éléments de preuve recueillis lors d'une expertise.

Rappelons que « prouver », en latin « *probare* », veut dire : « éprouver, mettre à l'épreuve », ce que l'expert peut rencontrer en devant défendre son rapport devant le tribunal ou un arbitrage. Nous avons donc souhaité terminer notre journée d'étude par une intervention sur la pratique du débat contradictoire et du contre-interrogatoire –certains appellent cela la « cross-*examination* » et je sais que cela fait frémir quelques-uns de mes confrères- pour la recherche et l'obtention de la preuve.

Nous sommes persuadés que le rythme et la qualité des interventions susciteront votre intérêt tout au long de cette journée et je voulais, au nom de tous les organisateurs de ce congrès, remercier sincèrement et chaleureusement les nombreux intervenants pour leur disponibilité ce jour, mais aussi tout au long de la préparation de cet événement -vous pensez bien que nous avons eu quelques réunions de travail-, tout comme d'être présents ici et d'avoir accepté de prendre sur leur temps pour participer à nos travaux.

Madame le Professeur, Monsieur le Professeur, nous sommes impatients de vous écouter.

(Applaudissements)

ALLOCUTION DE

Madame le Professeur

Natalie FRICERO

PROFESSEURE À L'UNIVERSITÉ DE NICE-SOPHIA ANTIPOLIS
DIRECTRICE DE L'INSTITUT D'ÉTUDES JUDICIAIRES

Le texte ci-après est une version enrichie de l'intervention de Mme Fricero qui a bien voulu la compléter notamment de références bibliographiques ou jurisprudentielles.

Le terme expert vient du latin « *expertus* », lui-même participe passé du verbe *experiri*, faire l'expérience de. C'est le nom donné au technicien désigné par le juge ou choisi par une personne en raison de ses lumières particulières, pour procéder à l'appréciation d'une situation factuelle (évaluer des parts sociales, un dommage commercial) et donner un avis sur l'enchaînement des faits (évaluer la situation économique d'une entreprise). La preuve, que Domat définissait ainsi : « ***on appelle preuve ce qui persuade l'esprit d'une vérité, ou de l'exactitude d'une proposition***[1] », ne fait pas l'objet d'une approche générale en droit : on en trouve des éléments dans le code civil, le code de procédure civile, mais aussi dans de nombreux textes épars[2], qui précisent des règles particulières à la matière commerciale, sociale etc. Le droit de la preuve fait également l'objet d'une construction jurisprudentielle originale[3], et l'immixtion des droits fondamentaux, particulièrement des principes processuels issus de la Convention européenne, dote cette matière d'une rare complexité !

L'administration de la preuve n'est pas définie par les codes. On considère qu'il s'agit de « *savoir comment on met en œuvre les moyens de preuve* »[4], ou encore de définir « *la forme dans laquelle elles (les preuves) doivent être fournies* »[5]. Comme la preuve est à la fois un procédé, une démonstration et le résultat procuré par une démonstration, la problématique de l'administration de la preuve couvre de nombreux champs : celui de la recevabilité des preuves (quelle preuve peut utilement apporter celui qui allègue un droit, écrit, témoignage, présomption ?), mais aussi celui de la légalité ou loyauté des preuves (cette preuve peut-elle résulter d'un enregistrement clandestin, de la violation du secret professionnel ?). L'administration de la preuve intéresse également **l'introduction des preuves dans un procès, ou dans une procédure** (ex les procédures collectives) : le titre 7e du code de procédure civile, relatif à l'administration judiciaire de la preuve, traite à cet égard des mesures d'instruction parmi lesquelles l'expertise. L'expertise est un mode de preuve et d'appréciation des éléments factuels portant exclusivement sur les faits, et non sur le droit, comme l'indiquent, notamment, l'article 143 du Code procédure civile (la mesure d'instruction porte sur les faits dont dépend la solution du litige) et l'article 232 du Code procédure civile (l'expertise doit éclairer le juge sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien). Mais il ne faut surtout pas limiter la problématique de l'expertise au champ judiciaire :

- ainsi, lorsque deux parties décident de s'engager dans un processus amiable de résolution d'un différend, et notamment une procédure participative assistée par avocat, elles peuvent choisir un expert, définir sa mission et le délai du dépôt du rapport (il s'agit d'une expertise amiable contradictoire[6]) ;
- l'expertise peut être diligentée sur décision du juge des référés ou des requêtes avant tout procès, in *futurum*, dès lors que le demandeur prouve qu'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige[7], c'est la fameuse expertise-145 ;
- l'expertise peut aussi être réalisée sur demande d'une partie (expertise de partie, unilatérale, non judiciaire) : dans ce cas, la chambre mixte de la Cour de cassation a décidé le 28 septembre 2012[8] que le juge ne peut pas motiver sa décision exclusivement sur cette expertise non contradictoire lors de son élaboration.

L'expertise occupe une place d'excellence parmi les différents procédés de preuve. L'évolution de la portée et du rôle de l'expertise peut se mesurer à travers deux aspects :

- d'abord, l'expertise est le facteur clef de la mise en œuvre du droit à la preuve consacré au profit du justiciable ;
- ensuite, l'expertise est au cœur des enjeux modernes de la bonne administration de la justice à laquelle elle doit contribuer !

I. L'expertise au cœur de l'effectivité du nouveau « droit à la preuve »

Il est banal d'évoquer l'importance cruciale de la preuve, dans toutes les matières, civile, pénale, administrative, contentieuses ou non : « *idem est non esse aut non probari* ». C'est la même chose de ne pas être ou de ne pas être prouvé ! Cette affirmation théorique est d'ailleurs fausse : un droit, une situation factuelle, peuvent très bien exister sans pouvoir être prouvée. Mais dans ce cas, le titulaire du droit ne pourra exercer ce droit ou se prévaloir de la situation que si on ne lui oppose aucune contestation ! A défaut, en l'absence de preuve, il ne pourra ni revendiquer son droit, ni l'opposer à des tiers. « **La preuve double le droit, comme l'ombre suit le corps** » écrivaient Roland et Boyer[9], elle donne au droit ou au fait toute leur effectivité.

1 J. Domat, Les lois civiles dans leur ordre naturel, L. III, titre VI, p. 137 et 141.
2 Etienne VERGES, Eléments pour un renouvellement de la théorie de la preuve en droit privé, Mél. J.H. Robert,
3 Civ. 2e, 2 avril 1996, RTD civ. 1997, p. 136, J. Mestre : « nul ne peut se constituer un titre à soi-même » est une règle purement prétorienne
4 E. Jeuland, Preuve judiciaire et culture française, droit et culture, 2005, p. 149
5 Planiol, par G. Ripert et J. Boulanger, traité de droit civil, n° 713 ; L. Ducharme ; L'administration de la preuve, éd. Wilson et Lafleur, p. 1

6 CPC, art. 1547 s.
7 CPC, art. 145
8 Ch. Mixte, 28 sept. 201é, n° 11-18710 « *attendu que si le juge ne peut refuser d'examiner une pièce régulièrement versée aux débats et soumise à la discussion contradictoire, il ne peut se fonder exclusivement sur une expertise réalisée à la demande d'une partie* ».
9 H. Roland et L. Boyer, Adages du droit français, Litec, 4e éd., p. 312, n° 161

Lorsque la contestation est portée devant un tribunal, on sait que la charge ou plutôt le risque de la preuve des faits pèse sur la partie qui les invoque à l'appui de sa prétention (article 9 du Code de procédure civile). Néanmoins, l'intéressé peut être aidé dans cette démarche par le juge, qui peut ordonner la production d'une preuve, ou prescrire une mesure d'instruction telle que l'expertise. Avec le développement des modes amiables de résolution des différends, la question de la preuve renaît sous d'autres aspects (l'expertise dans le cadre d'une médiation ou d'une convention de procédure participative, est une preuve qui aide à la négociation, mais elle est négociée en dehors de l'intervention du juge).

La technicité des contentieux, la complexité des éléments factuels et de leur enchaînement, le caractère souvent transversal des données qui font appel à une multiplicité de sciences et de techniques, expliquent le développement du recours à l'expertise. Le justiciable dispose certes d'un droit constitutionnel d'accès au juge, mais comme le droit de la preuve lui impose de rapporter la preuve des faits qu'il allègue, son droit d'accès au juge serait vidé de sa substance si on ne lui accordait pas un véritable « droit à la preuve », avec l'aide d'un juge et d'un expert. En outre, le juge doit dire le droit, ce qui relève incontestablement de ses compétences techniques, mais il doit pour cela procéder à une qualification, un habillage juridique des faits. Cela suppose qu'il puisse appréhender correctement ces faits, or, il ne dispose pas des compétences techniques à cette fin[10]**.** Quels sont alors les rôles respectifs du juge et de l'expert dans l'élaboration de la décision finale ? Il faut donc aborder ces deux problématiques : l'émergence d'un droit à l'expertise, ou du droit « de la preuve » au droit « à la preuve », puis l'expertise, mode d'administration de la preuve ou partie intégrante du processus d'élaboration du jugement.

A. L'émergence d'un droit à l'expertise : du droit « de la preuve » au droit « à la preuve »

Le droit à un procès équitable, garanti en droit interne au niveau constitutionnel par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, et au niveau supralégislatif par l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, a connu et connaît encore un fabuleux destin, contribuant à une extension des attributs qu'il confère aux justiciables. L'équité, concept qui englobe les droits de la défense, le contradictoire et l'égalité des armes a permis une évolution notable du droit à la preuve.

a) La consécration d'un véritable droit à la preuve

C'est sur le fondement de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme que la 2e chambre civile de la Cour de cassation, le 5 avril 2012[11] a affirmé expressément un « droit à la preuve », avec pour conséquence qu'une partie peut rapporter utilement une preuve en violation de la vie privée et de la correspondance de son adversaire. Il faut, mais il suffit, que les juges constatent dans leur motivation que la production litigieuse est indispensable au droit à la preuve et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence pour qu'ils puissent admettre la recevabilité d'une preuve pourtant élaborée selon des procédés illégaux, déloyaux[12]. La chambre sociale de la Cour de cassation admet qu'un salarié peut produire des preuves frauduleusement soustraites à l'employeur, à condition qu'il y ait eu accès dans le cadre de ses fonctions et que cela s'avère strictement nécessaire à l'exercice des droits de sa défense[13]. La 2e chambre civile rattache ce droit à la preuve au procès équitable, mais le dissocie des droits de la défense en lui conférant un caractère autonome.

Les conséquences de cette autonomisation du droit à la preuve se retrouvent lorsque l'élaboration et la production de la preuve heurtent un droit fondamental (vie privée, secret des affaires). Dans la mise en balance des différents droits, la Cour de cassation n'hésite pas à privilégier le droit à la preuve et confère aux juges du fond une grande liberté pour apprécier le juste équilibre à maintenir ! Ainsi, l'administration de la preuve peut heurter **le secret professionnel**. La jurisprudence écarte parfois la preuve en raison du secret professionnel protégé : dans un arrêt du 14 janvier 2010[14], la première chambre civile de la Cour de Cassation a statué sur un procès opposant un expert-comptable à l'un de ses clients, au cours duquel il avait apporté à titre de preuve une lettre adressée à ce client par son avocat attestant de sa créance d'honoraires. La Cour de Cassation considère que c'est à bon droit que la cour d'appel a écarté cette lettre missive des débats en raison du caractère confidentiel de la correspondance adressée par l'avocat à son client, peu important que la lettre ait été communiquée pour information à l'expert-comptable à l'initiative de cet avocat ; la missive ne pouvait donc pas être produite en justice par le professionnel du chiffre dans le litige l'opposant aux clients communs. En revanche, la jurisprudence considère que **le secret des affaires** ne constitue pas en soi un obstacle à l'octroi d'une mesure d'instruction, notamment dans le cadre des expertises *in futurum* prévues par l'article 145 du code de procédure civile, s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige : la recherche d'un équilibre entre le droit à la preuve et le droit au secret des affaires impose au juge de limiter le champ d'investigation de l'expert et de motiver le faite que la mesure d'instruction procède d'un motif légitime et qu'elle est nécessaire à la protection des droits du demandeur[15]. Le secret professionnel ne peut pas être opposé par l'établissement bancaire objet de l'expertise fondée *in futurum*, si cet établissement est partie au litige[16].

b) La consécration d'un droit à une expertise équitable

On peut déceler dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme un « droit à une expertise équitable », pour reprendre une formule de Jean-Pierre Marguénaud[17], après l'arrêt Mantovanelli contre France du 18 mars 1997[18]. Certes, la Convention européenne ne règlemente pas le régime des preuves en tant que tel, mais, dès lors que l'expertise est intégrée dans une procédure judiciaire, il appartient à la Cour européenne de « rechercher si la procédure considérée dans son ensemble, y compris la manière dont la preuve a été administrée, a revêtu le caractère équitable voulu par l'article 6 § 1 ». Si une expertise est prescrite par un juge, alors les exigences du procès équitable lui sont applicables par effet miroir : comme le juge doit respecter un délai raisonnable pour le prononcé de sa décision, il va imposer à l'expert de respecter lui-même un délai raisonnable. Comme le juge doit respecter et faire respecter le contradictoire, il ne prendra

10 En matière pénale, les moyens de rechercher la preuve se sont considérablement améliorés : empreintes génétiques, vidéosurveillance, tests sanguins etc., et leur mise en œuvre suppose l'intervention d'un « technicien expert ».
11 N° 11-14177, G. Lardeux, du droit de la preuve au droit à la preuve, D. 2012, p. 1596
12 En l'espèce la partie avait soustrait frauduleusement une lettre missive qui contenait des éléments relatifs à la vie privée de l'adversaire : elle avait produit une preuve en violation du secret des correspondances et de la vie privée, article 9 du code civil, article 8 de la Convention européenne.
13 Soc. 30 juin 2004, Bull. IV, n° 187 ; JCP 2005, I, n° 122, P. Morvan
14 Civ. 1re, 14 janvier 2010, n° 08-21854, Bull. I, n° 4 ; D. 2010, p. 1125, J. Moret-Baill
15 Com. 19 mars 2013, n° 12-13880
16 Com. 31 mai 2011, n° 10-19338
17 D. 2000, p. 111 ; JP Marguénaud, L'équité, l'expertise et l'expert, revue Experts, n° 63, 06-2004, l'arrêt étend à l'expertise l'exigence du respect du contradictoire
18 N° 21497/93

en considération qu'une expertise elle-même respectueuse du contradictoire. Comme l'expert judiciaire est un collaborateur occasionnel du service public de la justice, il doit, comme le juge, faire preuve d'impartialité. Les dispositions du Code de procédure civile propres à l'expertise judiciaire et qu'il n'est pas possible de détailler ici, confirment ces exigences.

B. L'expertise, mode d'administration de la preuve ou partie intégrante du processus d'élaboration du jugement ?

La participation de l'expert au processus d'élaboration du jugement prend une ampleur considérable, **et semble même parfois affecter la *jurisdictio***. Certes, l'expert n'a pas pour mission de trancher un litige en disant le droit, il accomplit une mission technique sous le contrôle du juge qui, in fine, n'est pas lié par les constatations ou les conclusions du technicien (art. 246 CPC). Mais, en nommant un expert, le juge sollicite une aide scientifique, parce qu'il manque de connaissances techniques pour appréhender les faits dont dépend la solution du litige, ou parce qu'il faut établir la matérialité de certains éléments de fait, ou parce qu'il faut chiffrer les conséquences d'un comportement dommageable. L'augmentation du contentieux de la responsabilité conduit l'expert à mettre en œuvre des technologies de pointe pour disséquer l'enchaînement causal des faits, et pour évaluer le préjudice, son quantum, sa nature. Voilà qu'apparaît **le paradoxe fondamental : comment un juge peut-il apprécier la portée de l'avis d'un expert dans un domaine qu'il ne maîtrise pas** ?

Une critique est souvent formulée contre le principe même du recours à l'expert, en raison de ce que certains considèrent **comme une ingérence dans la *jurisdictio*[19]** : le juge entérine le plus souvent purement et simplement les conclusions du rapport d'expertise, et la qualification des faits, dont dépend l'application subséquente de la règle de droit, semble avoir échappé à son pouvoir d'appréciation …

Face à ce vrai danger du recours à l'expertise, certaines solutions sont proposées pour restaurer le pouvoir d'appréciation du juge.

- D'abord, **les incertitudes scientifiques** elles-mêmes permettent au juge de poser des présomptions « abandonnées aux lumières et à la prudence des magistrats » (art. 1349 à 1353 du code civil). L'exemple le plus topique est celui de la responsabilité du laboratoire fabricant et fournisseur du vaccin contre l'hépatite B, susceptible d'entraîner une sclérose en plaques : la Cour de cassation considère (Civ. 1re 22 mai 2008, n° 05-20317) qu'en l'absence de lien scientifique et statistique entre vaccination et développement de la maladie, le juge doit rechercher si les éléments de preuve qui lui sont soumis constituent ou non des présomptions graves précises et concordantes du caractère défectueux du vaccin comme du lien de causalité entre l'éventuel défaut et le dommage subi.

- Ensuite, **la spécialisation des juges** (dans les contentieux de la construction, des baux commerciaux, de la responsabilité notamment médicale) favorise l'acquisition des connaissances leur permettant de comprendre les disciplines techniques et d'utiliser le rapport d'expertise avec pertinence.

- Enfin, la possibilité pour les parties de **contester le rapport d'expertise judiciaire** restaure le pouvoir du juge d'apprécier la pertinence d'un avis par rapport à un autre. En matière civile, comme la contre-expertise n'existe pas, d'autres instruments sont utilisés : notamment, une expertise « amiable » non judiciaire, peut être utilisée contre l'expertise judiciaire, ou encore la demande de nullité de l'expertise (pour violation du contradictoire) avec demande de remplacement de l'expert (art. 237 du Code de procédure civile, pour manque d'accomplissement de sa mission avec conscience et objectivité).

En réalité, il n'y a pas de raison de critiquer l'importance de l'avis de l'expert dans l'élaboration du jugement, à condition que l'expert respecte les exigences du procès équitable et les règles de l'art de son évaluation !

II. L'expertise au cœur des enjeux contemporains d'une « bonne administration de la justice »

À partir du moment où l'expertise est intégrée dans un processus judiciaire, elle est nécessairement concernée par les enjeux contemporains, économiques, processuels et numériques. Il s'agit de mesurer l'impact de ces nouveaux enjeux sur l'expertise.

A. Les enjeux économiques : un frein ou un facteur de développement de l'expertise ?

La MAP, modernisation de l'action publique, succédant à la RGPP, révision générale des politiques publiques, avec le même objectif : assurer la meilleure organisation des ressources humaines et matérielles de la Justice. Les restrictions drastiques concernent au premier chef les expertises en matière pénale, mais on n'en trouve des traces dans les mesures d'instruction matière civile ou commerciale.

Quelques exemples :

- En effet le coût de l'expertise est assumé par l'État lorsque la partie intéressée **bénéficie de l'aide juridictionnelle**, puisque la rémunération du technicien fait partie des dépens (art. 695-4° du Code de procédure civile) ce qui engendre des difficultés inéluctables de paiement pour l'expert judiciaire (les prévisions pour le financement de l'aide juridictionnelle à l'horizon 2015 sont globalement pessimistes !).

- En outre dans le cadre **des procédures collectives,** la Cour de cassation vient d'affirmer dans un arrêt du 17 septembre 2013[20] que selon l'article L. 621-9 du code de commerce, lorsque la désignation d'un technicien est nécessaire seul le juge-commissaire peut y procéder en vue d'une mission qu'il détermine : cela signifie que le juge-commissaire a une compétence exclusive pour désigner l'expert-comptable chargé d'évaluer la situation de la société, qu'il est impossible de saisir le juge des référés sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile pour obtenir la désignation d'un expert ; que seul le tribunal de commerce pourra ultérieurement sur le fondement de l'article L. 621-4 du code de commerce désigner un ou plusieurs experts. Le technicien désigné par le juge-commissaire n'est pas tenu de respecter les règles prévues par le code de procédure civile pour l'expertise judiciaire et notamment il n'est pas tenu du respect du contradictoire. On sait que ce type de mission peut poser problème dans la mesure le rapport du technicien peut servir de fondement à une poursuite ultérieure du dirigeant : or selon la Cour de Cassation il ne s'agit pas d'une mesure d'instruction au sens des articles 232 et suivants du code de procédure civile (Cass. Com. 16 février 1999, n° 96-21669)

19 C. Champaud, « Le juge, l'arbitre, l'expert et le régulateur au regard de la *jurisdictio* », Mélanges J. Béguin, Litec, 2005, p. 97 ; J. Moury, « Les limites de la quête en matière de preuve : expertise et *jurisdictio* », RTD civ. 2009, p. 665

20 N° 12-17741

puisque le rapport établi par l'expert-comptable désigné par ordonnance du juge-commissaire a pour objet d'informer les mandataires de justice sur la situation économique et comptable de la société : le technicien n'est donc pas tenu au respect du contradictoire et n'est pas tenu non plus d'appliquer les règles de formes prévues par les articles 155 et suivants du code de procédure civile [21]. Cette distinction est probablement justifiée par des considérations économiques : l'article L. 663-1 du Code de commerce précise que, lorsque les fonds disponibles du débiteur n'y peuvent suffire immédiatement, le Trésor public fait l'avance de la rémunération des techniciens désignés par la juridiction. La Cour de cassation a décidé que les honoraires d'un cabinet comptable désigné pour assister le liquidateur judiciaire aux fins, notamment de mener des investigations sur la responsabilité encourue par les dirigeants et de procéder à la révision du compte clients, ne peuvent donner lieu à une avance par le Trésor public[22]…

Dans le même ordre d'idées, l'une des solutions pour surmonter la crise financière consiste dans une « **déjudiciarisation » de nombreux secteurs.** Ce courant « alternatif » » conduira **au développement de l'expertise extrajudiciaire**. L'émergence d'un « droit à un règlement amiable de résolution des différends » entraîne l'instauration d'un régime de l'expertise « amiable », comme c'est déjà le cas dans le processus participatif assisté par avocat (articles 1547 et suivants du Code de procédure civile[23]). Le développement de la médiation conventionnelle, en amont ou en dehors des procès, amènera les parties à développer les expertises conventionnelles.

Les enjeux numériques peuvent être rattachés à la problématique économique : le déploiement des nouvelles technologies dans le fonctionnement de la justice conduit et conduira les experts judiciaires à modifier leurs pratiques professionnelles (système OPALEX). Il assurera une communication plus rapide et efficace entre les experts et la juridiction, entre les experts et les avocats des parties, voire entre les experts et les parties elles-mêmes.

B. Les enjeux processuels : vers un renforcement de la qualité de l'expertise

Le justiciable est très attentif aux « apparences » du processus judiciaire, pour reprendre une notion inhérente au procès équitable. Il sait que, selon la formule souvent énoncée, « *le procès se gagne ou se perd… devant l'expert* ». Le justiciable attend une expertise de qualité, crédible et respectueuse des droits fondamentaux. La situation de l'expert est loin d'être confortable : son rapport est nécessairement critiqué par la partie dont les intérêts sont menacés, son incompétence est alléguée pour renverser ses conclusions, sa probité est insidieusement mise en cause dans le même objectif, et il est plus rarement directement mis en cause par l'une des parties, sur le plan de sa responsabilité civile ou même pénale ! Sans compter que dans certaines affaires médiatisées, le doute s'est parfois installé sur l'objectivité des experts et leur diligence…

Dans ce contexte, les exigences du justiciable par rapport à l'expertise vont s'accroître et, à une époque où se développent les « droits à » (droit au procès équitable, droit à l'exécution des jugements), se pose inévitablement la question du « **droit à une expertise équitable** »[24].

Pour ces raisons, deux séries d'exigences sont imposées aux experts par le Code de procédure civile, ainsi que par les différentes chartes et règles de déontologie.

a) Les qualités essentielles de l'expert sont l'impartialité et la compétence.

1° L'impartialité

L'expert étant un collaborateur occasionnel du service de la justice, on attend de lui qu'il soit **impartial** : le principe est affirmé par **l'article 234** du Code de procédure civile qui renvoie à l'article 341 du même code, en disposant que les experts peuvent être **récusés pour les mêmes causes que les juges. L'article 237 du** Code de procédure civile ajoute que l'expert doit accomplir sa **mission avec « impartialité ».** Mais, depuis un arrêt de la 1re Civ. du 28 avril 1998[25], la liste de l'article 341 n'est pas limitative, elle n'épuise pas l'exigence d'impartialité de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il en est ainsi pour les juges comme pour les experts. La 2ème Chambre civile de la Cour de cassation l'a affirmé dans un arrêt du 5 décembre 2002 (*D.,* 2003, p. 2260, note A. Penneau), au double visa des articles 341 CPC et 6 § 1 CEDH en ces termes : « *l'article 341 du Code de procédure civile qui prévoit des cas de récusation, n'épuise pas nécessairement l'exigence d'impartialité requise de tout expert judiciaire* ». Cette solution est rationnelle : les activités professionnelles des experts peuvent conduire à des situations de conflits d'intérêts qu'il faut éviter pour garder une « image d'impartialité » de la justice civile : par exemple, le TGI de Paris a admis la récusation d'un expert désigné pour évaluer la valeur locative d'un local commercial situé sur les Champs Elysée, alors qu'il avait précédemment donné des avis amiables à des bailleurs pour des boutiques situées à proximité immédiate des locaux litigieux[26].

L**a jurisprudence française est donc assez équilibrée.** Le fait que l'expert ait été désigné dans une enquête pénale en application de l'article 77-1 CPP et dans une instance civile concernant les mêmes faits n'est pas une cause de récusation au sens de l'article 6 § 1 (Civ. 2e, 8 fév. 2006, Bull. II, n° 45). En revanche, l'expert ne peut pas être désigné dans deux instances civiles ayant le même objet ; par exemple, l'expert s'étant déjà prononcé sur la nature décennale ou non des désordres dans le cadre de la garantie dommage-ouvrage, ne peut pas être nommé dans la phase judiciaire du litige (CA Versailles, 19 janv. 2005, Gaz. Pal. 5-6 juin 2005, p. 19). La 2e chambre civile a statué le 6 mai 2004 (n° 02-16232) et le 3 novembre 2005 (n° 05-13005) sur un expert qui avait expertisé 2 fois le vaccin de l'hépatite B, pour considérer que **les juges du fond apprécient souverainement l'existence des éléments traduisant une impartialité objective**. L'exigence **d'impartialité « objective »** pose des **difficultés concrètes**. En effet, la spécialisation croissante des experts contribue à réduire le nombre de ceux qui peuvent être choisis sur des questions complexes (« *l'expert c'est celui qui en sait de plus en plus sur de moins en moins* »…). Le juge peut-il encore trouver quelqu'un

21 L'art. L. 663-1 C. com. précise que, lorsque les fonds disponibles du débiteur n'y peuvent suffire immédiatement, le Trésor public fait l'avance de la rémunération des techniciens désignés par la juridiction.
22 Com. 28 sept. 2004, RJDA 2/2005, n° 163, JCP E, 2004, panor p. 1577, art. L. 814-4 C. com. et 31 décr. 27 déc. 1985
23 N. Fricero, H. Poivey-Leclerc, S. Saufanor, La procédure participative, Lamy AxeDroit, 2012
24 J.-P. Marguenaud , Le droit à l'expertise équitable , *D.*,2000, p. 111
25 N° 96-11637, Bull. I, n° 155, RTD civ. 1998, 744, Perrot
26 TGI Paris, 27 avril 2001, cité par A Jacquin, L'impartialité objective de l'expert judiciaire et sa récusation, Gaz. Pal. 31 janv.-1er fév. 2003, doct. 142.

qui n'a pas eu à connaître l'un des protagonistes ou qui n'est pas déjà intervenu dans une affaire connexe ?

La CEDH, dans une affaire ***Brandstetter c/ Autriche*** du 28 août 1991, a jugé que « *la circonstance qu'un expert travaille pour le même institut ou laboratoire qu'un confrère, dont l'avis constitue la base de l'acte d'accusation, n'autorise pas en soi à le croire incapable d'agir avec la neutralité voulue. En juger autrement limiterait dans bien des cas de manière inacceptable la possibilité, pour les tribunaux, de recourir à une expertise* ». Dans cette espèce, l'expert avait été, pour l'essentiel, à l'origine des soupçons qui avaient entraîné les poursuites, mais le tribunal l'avait néanmoins choisi plus tard pour expert officiel dans la procédure, on pouvait dès lors « *tenir pour justifiées les appréhensions du requérant quant à la neutralité et à l'objectivité de l'expert* ». La Cour conclut à l'absence de violation de l'article 6 § 1, l'expert s'étant en l'espèce comporté de façon indépendante et impartiale.

La Cour de cassation a jugé que l'intervention d'un expert dans un précédent litige opposant les parties n'est pas, en soi, de nature à faire suspecter son impartialité[27], non plus que le fait qu'il se soit déjà rendu sur les lieux litigieux[28]. Il faut rapporter la preuve d'éléments précis, adaptés à l'affaire expertisée.

C'est le cas, et la récusation est admise, si :

- par exemple, l'existence d'un **procès entre l'expert judiciaire et l'une des parties** constitue une cause péremptoire de récusation, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que le procès a été engagé avant ou après le début des opérations d'expertise ou selon qu'il puise sa raison d'être dans des faits étrangers au déroulement des opérations[29]. Mais la jurisprudence veille à ce que les parties ne créent pas artificiellement un contentieux avec l'expert, par exemple en citant l'expert devant le tribunal de police pour avoir utilisé aux fins de l'expertise une unité de mesure illicite (Civ. 3e, 9 oct. 1984, n° 83-11341, RTD civ. 1985, 212, Perrot). Certains procès ne constituent jamais des causes de récusation : le procès qui concerne la taxe de l'expert dans l'instance au cours de laquelle il a été commis[30] ; ou la demande en nullité des opérations d'expertise[31].

- par exemple, **l'amitié notoire** entre l'expert et le dirigeant de la société partie, puisqu'ils partageaient les bureaux, le numéro de téléphone, de fax et appartenaient à la même association (Civ. 2e, 5 avril 2001, n° 99-15689).

Une déclaration d'indépendance, déjà prévue pour l'expertise amiable contradictoire dans le cadre de la procédure participative assistée par avocat (art. 1548 CPC) devrait être généralisée aux expertises judiciaires.

2° La compétence

La compétence technique est contrôlée lors de l'inscription (art. 2 décret 2004-1463 du 23 déc. 2004, exercer une profession ou activité dans des conditions conférant une qualification suffisante).

La compétence dans l'expertise relève de la formation continue aux « principes directeurs du procès et des règles de procédure applicables aux mesures d'instruction » (art. 2 loi n° 71-498 du 29 juin 1971).

27 Civ. 2e, 10 mai 1995, n° 93-10180
28 Civ. 2e, 18 mars 1998, n° 95-20180
29 CA Pau, 2 sept. 2002, Cah. Juris. Aquitaine, n° 3, 2003, p. 572, note E. Garçon
30 Civ. 2e, 15 déc. 1986, Bull. II, n° 189, Gaz. Pal. 1987, 2, pan. 337, obs. Guinchard et Moussa
31 Civ. 2e, 20 déc. 2001, n° 00-17977

Elle relève aussi de la déontologie de l'expert, c'est-à-dire l'ensemble de ses devoirs, qui sont définis essentiellement dans le serment prévu à l'article 6 de la loi de 1971 et à l'article 22 du décret du 23 décembre 2004. « *Apporter son concours à la justice, accomplir sa mission faire son rapport et donner son avis en son honneur et conscience* ». L'article 6-2 de la loi de 1971 en précise encore le contenu à propos de la faute disciplinaire : « *toute contravention aux lois et règlements relatifs à sa profession ou à sa mission d'expert, tout manquement à la probité ou à l'honneur, même se rapportant à des faits étrangers aux missions qui lui ont été confiées* ». On retrouve la règle technique à l'article 237 du Code de procédure civile : le technicien doit accomplir sa mission avec conscience, objectivité et impartialité. L'article 248 du Code de procédure civile ajoute qu'il est interdit au technicien de recevoir directement d'une partie, sous quelque forme que ce soit, une rémunération.

Des sanctions sont prévues :

- récusation et remplacement (art. 234 et 235 CPC)

- processus disciplinaire (art. 24 et suivants décret 2004, art. 5 loi 1071)) avec radiation de la liste

- responsabilité professionnelle

b) Les qualités essentielles de l'expertise sont le respect du contradictoire, et la célérité

1° Le respect du contradictoire

En droit français **de l'expertise**, le siège de la **contradiction** figure essentiellement dans **l'article 160** du Code de procédure civile(les parties sont convoquées par le technicien commis), et **l'article 276** du Code de procédure civile (l'expert doit prendre en considération les observations et réclamations des parties et faire mention de la suite qu'il aura donnée).

Plusieurs obligations en découlent pour l'expert :

- **convoquer les parties avant chaque opération d'expertise**, et aviser les conseils (art. 160 CPC). C'est un impératif qui ne peut pas être régularisé par une discussion contradictoire ultérieure. Ainsi, dès lors que la partie n'a pas été convoquée, qu'elle était absente et non représentée lors de cette dernière réunion, le fait que l'expert ait ensuite communiqué à chaque partie ses pré-rapports ne suffit pas à régulariser la situation et à éviter l'annulation (Civ. 3e, 7 février 2007, n° 05-20410).

Une exception : si l'opération a pour objet de procéder à des investigations de caractère purement matériel, tels le mesurage du bruit et les essais acoustiques, la convocation des parties ne s'impose pas, mais à la condition que l'expert communique ultérieurement le résultat de son opération aux parties. Selon la Cass. civ. 2e, 13 janvier 2005 (pourvoi n° 04-12.623) : « *si la présence des parties ne s'impose pas en permanence et si certaines opérations, comme des analyses en laboratoire, peuvent avoir lieu sans que les parties y soient convoquées, l'expert doit, dans ce cas, soumettre aux parties les résultats des investigations auxquelles il a procédé hors de leur présence afin de leur permettre d'être éventuellement à même d'en débattre contradictoirement avant le dépôt de son rapport* ».

Cette solution est reprise régulièrement : Civ. 2e, 13 mars 2008 (n° 07-13412) : l'expert n'avait pas soumis aux parties les résultats des investigations techniques auxquelles il avait procédé hors leur présence…

- permettre en toutes circonstances aux parties de présenter leurs observations même si elles n'ont pas été convoquées parce que l'opération était purement technique (Civ. 2e, 15 mai 2003, Bull. II, n° 147), en soumettant aux parties les résultats des investigations techniques auxquelles l'expert procède, pour qu'une discussion s'installe avant le dépôt du rapport.

- **le débat contradictoire doit s'instaurer « pendant la totalité des opérations d'expertise »** (y compris après la phase de l'examen clinique pour une expertise médicale) : à défaut l'expert commet une faute professionnelle grave au sens de l'article 5 de la loi du 29 juin 1971, justifiant sa radiation de la liste des experts (Cass. 1re civ., 1er juin 1999, Bull. I, n° 183 ; Gaz. Pal. 18 mai 2000, note Olivier, l'expert avait postérieurement fait participer à sa réflexion le seul médecin désigné par une partie !). Si l'expert se contente des observations d'une seule partie, la contradiction est méconnue (CA Paris, 16 déc. 1977, Bull. ch. Avoués 1978, 3, 33).

- **prévoir une ultime réunion** (elle peut être prévue par l'ordonnance qui commet l'expert) avec les parties pour les informer des résultats des opérations et susciter leurs observations (si cette information est prescrite par le juge, le non-respect est sanctionné, Civ. 2e, 24 févr. 2005, préc. Bull..II, n° 46).

- en cas de pré-rapport ou de document de synthèse, il est indispensable que les parties soient informées par l'expert de la possibilité de présenter des observations, avec un délai raisonnable pour les formuler (art. 276 al. 2 CPC), avant le dépôt du rapport définitif. En cas de non-respect de ce délai, l'expert est justifié à ne pas y répondre (art. 276 CPC), à moins qu'il existe une cause grave et dûment justifiée, auquel cas il en est fait rapport au juge. Certes, le document de synthèse n'est pas une obligation légale, mais il peut résulter de la mission confiée par le juge et, en tout état de cause, il n'est pas interdit par le Code de procédure civile (CA Paris, 27 mai 1987, D. 1987, IR 156).

Le principe de la contradiction s'applique également lorsque l'expert a pris l'initiative de **recourir à un technicien d'une autre spécialité (un sapiteur ou un sachant, prévu à l'art. 278** du Code de procédure civile). Conformément aux dispositions de l'article 282 du Code de procédure civile, l'avis de l'autre expert est joint au rapport de l'expert commis. La Cour de cassation juge que l'expert désigné doit porter cet avis à la connaissance des parties avant le dépôt du rapport lui-même afin qu'elles soient en mesure d'en discuter devant lui (Cass. civ. 2e, 16 janvier 2003, *Bull*. II, n° 5 p. 5 ; D. 2003, somm. 1403, obs. Julien, AJDI 2003, 520, note Heugas-Darraspen ; Gaz. Pal. 10-11 oct. 2003, p. 14, du Rusquec, à propos d'un litige portant sur la diffusion de contrefaçons de bandes dessinées, pour évaluer le préjudice subi par les éditions Dargaud, l'expert avait fait valider ses travaux par un universitaire, sans indiquer son identité et sans soumettre aux parties ni annexer à son rapport l'avis qu'il avait sollicité).

Les sanctions :

La nullité du rapport (Cass., ch. mixte, 28 sept. 2012, Bull. ch. Mixte, n° 1: il s'agit d'une nullité pour vice de forme, dont le prononcé est subordonné à la preuve d'un grief, art. 175 et 114 du Code de procédure civile).

Cela peut consister en une faute professionnelle grave au sens de l'article 5 de la loi du 29 juin 1971, justifiant la radiation de la liste des experts (Cass. 1re civ., 1er juin 1999, Bull. I, n° 183 ; Gaz. Pal. 18 mai 2000, note Olivier,

2° Le respect du délai raisonnable fixé par le juge

De nombreuses dispositions du Code de procédure civile font référence aux délais de l'expertise : art. 239, 265 (délai fixé dans la décision), 266 (calendrier des opérations), 267 (expert fait connaître son acceptation sans délai), 276 (expert fixe délai pour formuler des observations), …

Le juge dispose de nombreuses attributions lui permettant de trancher les incidents auxquels se heurte l'expert dans l'accomplissement de sa mission. Il peut adresser des injonctions aux parties. La sanction de l'expert qui ne respecte pas le délai est prévue à l'article 284 du Code de procédure civile : sa rémunération dépend, notamment, du respect des délais impartis.

En respectant des principes fondamentaux du procès équitable, l'expert peut être considéré comme un véritable partenaire du juge et contribuer à une justice de qualité.

(Applaudissements)

LA PLACE DE L'EXPERTISE (JUDICIAIRE ET PRIVÉE) DANS LES DIFFÉRENTS SYSTÈMES JUDICIAIRES

Monsieur le Professeur

Hervé LÉCUYER

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS (PARIS 2)

« *Tout ce que je sais, c'est que je ne sais rien* ». Platon, dans l'apologie de Socrate, attribue cette fameuse maxime au philosophe Grec.

Partagé par tout magistrat, qui érige le doute et l'humilité en principe de conduite, cette maxime explique, a toujours expliqué, la place légitimement occupée par l'expert.

Expert et expérimenté ont la même étymologie (latin *experiri*, éprouver). Et l'étymologie sert la définition : l'expert est un homme expérimenté qui donne son opinion sur un point de fait.

Le fait, il appartient au juge de le vérifier et de l'établir. Où l'on voit que l'expert occupe donc, classiquement, un « domaine utile » dans ce qui reste le « domaine éminent » du magistrat. Il accomplit une mission de connaissance du fait qui entre *a priori* dans le pouvoir du juge.

Le rôle de l'expert n'a pas changé. En revanche, sa place véritable et son autorité ont connu une profonde transformation, au moins parce que le raffinement des techniques et la complication des spécialités font de lui un homme indispensable, plus souvent que par le passé.

Raffinement et complication sont gage de complexification du réel et fondent l'appel au Maître pour le saisir et, dans une fonction pédagogique, le rendre accessible à l'autre.

S'exprimer ainsi n'est sûrement pas faire offense au juge. Il est déjà tant demandé à ce dernier. On lui demande de connaître le droit – vaste programme -, de comprendre l'avis de l'expert, d'anticiper ce dernier par une rédaction appropriée de l'ordre de mission ... On ne peut lui demander de prétendre par lui-même observer directement un fait saisi par la science criminologique, psychologique, économique, etc.

A la conception batailleuse du procès, se substitue alors, notamment grâce à la pratique de l'expertise, une figure plus raisonnée du mécanisme processuel, dans lequel les forces techniques et humaines se conjuguent pour la recherche de la vérité.

Raffinement et complication ont, peut être une petite dimension contingente, qui peut expliquer qu'ils seront plus prononcés ici que là. Mais, pour l'essentiel, ce double phénomène est constatable sur toute la surface du globe. Le phénomène est universel.

Les transformations affectant la place de l'expertise ne connaissent pas les frontières.

Ce constat à lui seul assoit la possibilité d'une approche comparatiste destinée à saisir la place de l'expertise dans les différents systèmes.

L'universalité du phénomène rend l'approche possible.

Ce qui vaut pour le juge français, la procédure française, doit bien valoir pour le juge étranger et la procédure étrangère.

La conviction, pour les causes évoquées, que le juge ne peut faire l'économie d'une connaissance la plus exacte possibles des éléments du litige qu'il s'agit d'apprécier, et à partir desquels sont office prend prise, doit bien être partagée, en deçà et au-delà des Pyrénées, du Rhin, de la Manche, des Alpes, de l'Atlantique …

L'universalité du phénomène rend aussi l'approche utile, sinon nécessaire.

Le droit est la plus puissante école de l'imagination, enseigne-t-on, mais le cerveau, pour créer, doit être nourri, stimulé, informé. Les apports des droits étrangers à la re-création du droit interne sont essentiels.

Et ce ne sont pas les processualistes français qui le nieront, processualistes si ouverts sur les expériences étrangères, quand on sait – cela a été très récemment brillamment démontré par un auteur – combien fut importante l'influence de la procédure civile allemande sur la doctrine de Henri Motulsky. Cornu, autre rédacteur du Code de procédure civile, a manifesté à plusieurs reprises son admiration pour la procédure italienne, etc.

Or, l'étude du droit et des pratiques français révèle, à l'évidence, des tensions, qui marquent le rôle et le statut de l'expert. L'une d'elle a fait et fait l'actualité : c'est la tension entre expertise judiciaire et expertise amiable, privée, avec, derrière elle, une interrogation sur les possibilités et les limites d'une déjudiciarisation de l'expertise.

Et ces questions essentielles renvoient finalement à la conception même que les différents systèmes se font du procès, de la procédure, du rôle et de la place devant être assignés aux différents acteurs, juge, expert, parties …

Le comparatiste classique soulignerait que, quant à ces conceptions, les systèmes étaient très éloignés les uns des autres, partagés du moins entre les tendances inquisitoires et accusatoires, nettement distingués, en conséquence, en fonction de l'initiative laissée aux parties et de la canalisation de l'office du juge, ou bien au contraire en fonction de la canalisation des initiatives des parties et de la libération de l'office du juge.

On conçoit bien que le visage de l'expertise ne peut être le même dans ces deux cas de figure.

Mais le comparatiste contemporain insistera plutôt sur le fait que l'opposition classique des systèmes est toujours moins tranchée, que le système accusatoire, historiquement majeur en procédure civile, se patine d'inquisitoire, rapprochant ainsi les systèmes dans un milieu de gué.

On connaissait cette évolution depuis longtemps pour le droit allemand par exemple. Le principe accusatoire y est clairement affirmé, mais le pouvoir d'initiative du juge y est très affirmé, nous le reverrons.

En revanche, on persistait à penser que la procédure anglaise était le modèle de la procédure accusatoire, elle qui cultive le principe de *l'adversary*, pour qui le litige appartient aux parties exclusivement et qui dépouille le juge de tout pouvoir d'initiative.

Il est vrai que, jusqu'à une récente réforme, le juge anglais avait nettement moins de prérogatives et de pouvoir de sanction que ses homologues français et allemands.

Mais ce constat valait pour hier.

Les procédures anglaises prennent un tour inquisitoire toujours plus prononcé. Ce tour fut parfois pris spontanément. Il faut voir comment les *district judges*, qui ont notamment compétence pour connaître des petits litiges, ont adopté, sur le tas, le modèle inquisitoire et donc pris un rôle actif dans la découverte de la vérité dans le procès.

Puis le phénomène a été généralisé, au lendemain du rapport Woolf, relatif à l'accès à la justice, rendu en 1996. Ce rapport critiquait la durée excessive des procès, leur coût trop élevé ainsi que la terminologie procédurale incompréhensible pour le citoyen.

Ce rapport proposait d'utiliser la procédure sommaire des *small claims* pour de plus en plus de litiges (tous ceux dont l'enjeu était inférieur à 5000 Livres), de créer une procédure rapide avec une mise en état limitée à trente semaines et une seule expertise.

Dans les affaires complexes, toujours selon ce rapport, le juge devait bénéficier d'un renforcement des pouvoirs. Il devrait pouvoir ordonner d'office certaines mesures à condition de donner aux parties la possibilité de présenter leurs observations.

Le rapport Woolf proposait à l'Angleterre, pas moins, d'opter pour une direction active du procès par la juridiction, d'adopter un juge actif sur le modèle du juge français de la mise en état.

Or ce projet est devenu loi : le *Civil procedure act*, adopté en 1997, entra en vigueur le 26 avril 1999.

Rapprochement des procédures, montée en puissance du juge, uniformisation des solutions, rapprochement des systèmes quant aux rôles distribués aux acteurs. Et si la place de l'expertise se ressentait de ce mouvement centripète ?

C'est ce qu'il nous appartient de vérifier.

Cette vérification, nous pouvons l'opérer en deux temps, resituant tour à tour l'expert parmi les autres acteurs du procès pour déterminer la place réservée au premier par les seconds, puis l'expert au regard des faits, qu'il a pour mission de révéler ou d'établir.

Eprouvons en conséquence la place de l'expertise en envisageant d'abord, l'expert et les hommes, ensuite, l'expert et les faits.

I- L'expert et les hommes

L'expert est entouré d'hommes : le juge, les parties. Dans quelque système qu'il évolue, l'expert entretient des relations avec son entourage. Et ces relations sont complexes, et en apparence contradictoires. Elles scellent, en effet, à la fois un rapport de dépendance (A) et un rapport d'indépendance (B).

A. Un rapport de dépendance

De qui l'expert dépend-il et pourquoi ?

C'est l'intervention de l'expert qui est dans la dépendance d'autrui, et cette dépendance se décline : dépendance quant à l'initiative du recours à l'expertise, dépendance quant à sa désignation, dépendance quant à sa rémunération, dépendance quant aux suites de l'expertise …

Quant à déterminer de qui l'expert dépend, on voit bien qu'en théorie, dans l'absolu, la réponse est double : soit il dépend des décisions du juge, soit il dépend de celles des parties.

Et l'on sait que, en droit français, la situation est double parce qu'il existe, Madame Fricero le rappelait magnifiquement dans une récente chronique (avril 2013) deux catégories d'expertises : « *l'expertise judiciaire, mesure d'instruction ordonnée par le juge pour l'éclairer sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien, et l'expertise non judiciaire, réalisée à la demande d'une ou de plusieurs personnes* ».

Et cette dernière, ajoute madame Fricero, est diversement dénommée : « *expertise privée, expertise unilatérale, expertise de partie, expertise officieuse, parfois expertise d'assurance et, le plus souvent, expertise amiable* ». Née de la pratique, cette expertise amiable n'est pas encadrée.

La coexistence de ces deux expertises, la judiciaire et l'amiable, renvoie l'image d'une alternative, chacune des branches la composant étant homogène : en gros, en présence d'une expertise judiciaire, l'expert est dans la dépendance du juge ; en présence d'une expertise amiable, il est, sur les différents points que nous évoquions (initiative, désignation, rémunération) dans la dépendance de la partie.

Les systèmes étrangers renvoient-ils une même image, contrastée ? La réponse nous semble négative. Exposons-la avant de tenter de l'illustrer.

Dans les systèmes étrangers que nous avons principalement étudiés (système allemand, système anglais, système américain), l'opposition entre deux catégories d'expertise semble beaucoup moins précise et tranchée qu'en droit français. Non qu'il n'y est d'expertises amiables à prospérer à côté d'expertises que l'on qualifiera de judiciaires parce que destinées à éclairer le juge au cours d'une instance.

Mais, l'opposition est beaucoup moins catégorique car, même dans le cadre d'une expertise judiciaire, la dépendance de l'expert, sur les points que nous évoquons, n'est pas aussi monolithiquement constatable à l'égard du seul juge. Autrement dit, le rôle des parties, dans l'expertise judiciaire, est accru.

Cela peut sembler paradoxal à affirmer, mais les systèmes étrangers étudiés révéleraient une sorte de déjudiciarisation de l'expertise judiciaire, non pas par l'érection d'une expertise concurrente, amiable, mais par une place accrue occupée par les parties dans le processus d'expertise.

Illustrons ce propos trop théorique. Raisonnons, tout d'abord, sur l'exemple du droit allemand. En matière d'expertise, la loi allemande renvoie aux dispositions relatives aux témoins (art. 402 et s.), mais y ajoute quelques spécificités. Ainsi, quant à l'initiative du recours à l'expertise, l'office du juge est déterminant, puisqu'il est habilité à ordonner d'office une expertise, même sans intervention des parties (art. 144 CPC allemand). Il dispose, soulignons-le, d'un même pouvoir d'initiative pour décider un transport sur les lieux.

Ensuite, et quant au choix de l'expert, si le principe est que le juge peut choisir librement l'expert, il demeure que les parties peuvent, d'un commun accord, imposer un expert au tribunal (art. 404 alinéa 4). La personne dont l'expert dépend est ainsi diluée …

En revanche, et quant à la rémunération, l'expertise est ici gouvernée par les articles du code de procédure civile et par la loi du 1er octobre 1969 qui établit les règles d'indemnisation des témoins et des experts. On retire de cette dernière que le montant de l'indemnisation de l'expert dépend des connaissances techniques requises, de la difficulté de l'expertise, de la nécessité d'utiliser des instruments ou installations techniques particuliers, ainsi que des circonstances spécifiques dans lesquelles l'expert a dû remplir sa mission.

Dépendance de l'expert au juge allemand enfin, quant aux suites données à l'expertise.

La décision revient aux juges, et non à l'expert, dont l'avis n'est jamais (en droit) déterminant. Certes, comme en France, le tribunal allemand n'est pas tenu de suivre les conclusions du rapport d'expertise, mais la Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof*), exige que le juge qui s'écarte des conclusions du rapport motive sa solution. Le jugement ne doit pas reposer sur un défaut de connaissances techniques que le rapport d'expertise était justement destiné à combler.

On le voit, la dépendance au juge reste importante, en droit allemand, dans le cadre de l'expertise judiciaire, même si la place des parties n'est pas insignifiante, notamment quant au choix de l'expert et quant à l'initiative de l'expertise.

Le curseur se déplace encore, dans le sens d'une dépendance accrue aux parties dans l'expertise judiciaire agrémentant les procédures dans les systèmes anglo-américains.

Envisageons la procédure civile anglaise. Quand on parle de procédure civile anglaise, on évoque le droit de l'Angleterre et du Pays de Galles. L'Irlande du Nord et l'Ecosse sont soumis à des textes particuliers.

Pour comprendre pourquoi le rôle des parties dans l'expertise que nous qualifierions, de ce côté-ci de la Manche, de judiciaire, est accru, sans doute convient-il de bien comprendre l'esprit du droit contemporain de la procédure anglaise, réformé à la toute fin du XXe siècle.

L'esprit de la réforme consiste à envisager le procès comme le lieu ultime de résolution des litiges, faveur devant être donnée à la transaction entre les parties. Ont ainsi été introduits des *Pre-Action-Protocols* prescrivant aux parties certains comportements avant le commencement du procès lui-même, dans le but de faciliter les échanges d'informations et peut-être ainsi de permettre la conclusion plus rapide et plus facile d'une transaction : la partie qui ne respecterait pas le protocole serait pénalisée par la Cour, par exemple au plan des frais de justice. L'idée est de donner aux parties l'occasion de davantage de contacts avant l'action en justice, d'un échange d'informations plus tôt et plus complet, ceci afin de permettre aux parties d'apprécier davantage les chances de succès de l'action et de juger l'intérêt d'une transaction à la place du procès.

En matière d'expertise, le protocole encourage la sélection en commun d'un expert par les parties, ceci afin de limiter les frais de justice.

On le voit, en Angleterre ce n'est pas le juge qui désigne l'expert, qui le choisit (sauf dans des cas exceptionnels), mais les parties qui, de la sorte, se battent à grand renfort d'expertise, ce qui rend le litige onéreux. C'est ainsi à la partie qui requiert l'expertise d'avancer les frais de mission de l'expert.

Chaque expert produit un rapport qui est transmis à la partie adverse. S'il y a une contestation, le juge entend les deux (ou trois, ou quatre) experts contre-interrogés par la partie adverse.

Le droit anglais se caractérise par l'oralité de la procédure. Les moyens et témoignages, ainsi que les autres moyens de preuve sont exposés un à un et par oral lors de l'audience appelée *trial*.

Les parties peuvent être témoins : ces derniers doivent répondre aux questions des *barristers*.

L'avocat de la partie présentant le témoin l'interroge en premier (*examination in chief*), puis c'est au tour de l'avocat de la partie adverse (*cross examination*) ensuite une possible *reexamination*.

Le juge lui-même, qui se voit reconnaître de plus en plus de pouvoirs de direction du procès, peut poser des questions aux témoins.

Si une ou plusieurs expertises ont eu lieu, les experts sont eux-mêmes entendus comme des témoins.

Pour éviter les dérives constatées jusqu'alors, le droit nouveau tend à favoriser la limitation du nombre d'experts. Car des abus, dans un passé pas si lointain, il y en eut…

Un exemple fait école dans les Universités Anglaises : l'affaire Vernon v/ Bosley, plaidée en 1995 devant la *Court of Appeal*. Une voiture tombe dans une rivière. Un homme, trois enfants. Les trois enfants périssent noyés. Le père, assommé, fait valoir que sa carrière (il était un homme d'affaires à succès) est détruite en raison de l'affection psychologique dont il souffrait depuis l'accident. Le défendeur reconnaissait sa responsabilité. Il restait seulement à évaluer les dommages subis… Les deux parties firent appel à 4 psychiatres, 3 psychologues et 3 comptables… Les dépositions durèrent 68 jours.

On le voit, dans la procédure anglaise, l'expert judiciaire n'est pas que dans la dépendance du juge, il n'est peut-être même pas principalement dans sa dépendance, puisque le choix de l'expert relève de chaque partie.

On se contentera de souligner un même phénomène aux Etats-Unis. La procédure y est accusatoire et les parties ont l'initiative de réunir les faits à l'appui de leurs prétentions. En conséquence, chaque partie produit ses expertises, apporte ses preuves, démontre sa vérité. Et c'est ainsi que le débat peut prendre la tournure d'une bataille d'experts choisis par les parties puisqu'il peut être fait librement recours à des experts en qualité de témoin.

La compétence scientifique des témoins présentés en qualité d'experts peut être inégale : du spécialiste mondialement reconnu au charlatan de circonstance. L'accroissement du nombre de ces derniers a d'ailleurs conduit à dénoncer l'intrusion d'une science de pacotille devant les prétoires.

Celle-ci est d'autant plus difficile à combattre qu'en qualité de témoins tous les experts bénéficient d'une immunité qui les met à l'abri d'une action en responsabilité.

En effet, aux Etats-Unis, et malgré des projets récurrents, la désignation d'un expert inscrit sur une liste officielle n'a jamais eu les faveurs des juges ni surtout des parties. Ces dernières souhaitent en effet conserver l'initiative du procès dont elles bénéficient en vertu du caractère accusatoire de la procédure.

Seulement, lorsque toute personne peut se prétendre expert sans être inscrite sur une liste officielle, rien ne garantit sa compétence.

Aussi, les juges ont bien vite posé les garanties que devait présenter l'expert pour que son avis soit recevable.

Citons, dans cette veine, l'arrêt DAUBERT, en date du 28 juin 1993, par lequel la Cour Suprême des Etats-Unis a bouleversé les conditions de recevabilité d'une expertise scientifique. Alors que les juges pouvaient s'en remettre à ce qui est généralement admis par les spécialistes en un domaine donné, ils sont désormais invités à s'assurer que les experts appelés devant les tribunaux présentent les garanties scientifiques suffisantes.

Devant les juridictions fédérales, le système retenu est celui de la liberté de la preuve. Sauf exceptions prévues par la Constitution des Etats-Unis, le Congrès ou la Cour Suprême elle-même, toute preuve pertinente est recevable. De plus, les parties peuvent prouver par voie de témoignage. La remarque est d'importance car elle concerne aussi l'expertise. A la différence du droit français, mais conformément au droit anglais, c'est sous la forme procédurale d'un témoignage que l'expert se fait entendre devant la cour et les jurés.

L'expert n'est certes pas un témoin ordinaire, qui est censé connaître les faits de l'espèce pour les avoir vus ou entendus, mais son avis n'en prend pas moins la forme d'un témoignage destiné à éclairer les juges.

L'exemple allemand, et plus encore les exemples anglais et américains montrent l'importance de ce que l'on pourrait qualifier d'apport privé dans l'expertise judiciaire, qui se traduit par une dépendance moins exclusive qu'en droit français de l'expert au juge, et une dépendance plus forte de cet expert aux parties.

Si le rapport de dépendance est le premier rapport visible entre l'expert et les hommes qui l'entourent, il coexiste avec un second rapport entre ces différents protagonistes : un rapport d'indépendance.

B. Un rapport d'indépendance

L'indépendance de l'expert à l'égard des parties pourrait être vue comme une vertu, est vue comme une vertu, lorsque l'expert est un expert judiciaire à la française. Sous l'indépendance, c'est ici l'impartialité qui est requise. Et elle l'est de l'expert comme elle l'est du juge, ce qui peut s'expliquer aisément : le souverain délègue au juge son pouvoir de dire le droit, mais pour dire le droit, il faut être suffisamment éclairé sur le fait. Pour cela le juge peut à son tour déléguer certain pouvoir d'investigation à un homme de l'art. Délégation sur délégation vaut. L'expert tient ses pouvoirs d'une cascade de délégation, il est logique dès lors qu'il présente les mêmes vertus que son délégant.

On en trouve une trace écrite, dans le décret du 23 décembre 2004, qui, dans son article 2, 6°, dispose qu' « *une personne physique ne peut être inscrite ou réinscrite sur une liste d'experts que si elle n'exerce aucune activité incompatible avec l'indépendance nécessaire à l'exercice de missions judiciaires d'expertises* ».

Et l'article 237 du code de procédure civile exige de l'expert qu'il accomplisse sa mission avec impartialité.

L'exigence d'impartialité et d'indépendance s'impose de façon bien moins évidente lorsque l'expert accompagne et appuie une partie.

On s'est, au demeurant, interrogé, en contemplation de l'article 6 de la CEDH (Convention européenne des droits de l'homme), sur le point de savoir si, à l'instar du droit à un procès équitable, existait un droit à l'expertise équitable.

Et cette question provocatrice a déjà reçu quelques réponses positives dans un système où le rôle de l'expert est subordonné à celui du juge. Ainsi, la CEDH a-t-elle considéré que le délai raisonnable devait comprendre le temps de l'expertise ; ainsi encore a-t-elle estimé que le principe du contradictoire s'appliquait à la phase expertale. En revanche, elle se montre peu exigeante en matière d'impartialité de l'expert.

La problématique semble donc différente pour l'expert amiable ou, du moins, pour l'expert, appelé à participer au débat judiciaire, mais choisi par une partie comme cela se voit dans certains systèmes étrangers.

Car alors, ce n'est sans doute plus l'impartialité qui devient déterminante, mais bien plus la nécessité de s'assurer que l'opinion de l'expert a bien été portée à la connaissance de la partie adverse et que celle-ci a eu la faculté de le discuter.

L'importance accrue de la part privée dans l'expertise s'accompagne nécessairement d'un strict respect du principe du contradictoire.

On sait ce qu'il en est en droit français. Outre le bain de contradictoire dans lequel macère l'expertise judiciaire, le courant jurisprudentiel contemporain relatif à l'expertise amiable est sensible qui, s'il considère que le rapport d'expertise amiable constitue un document de preuve au même titre qu'un autre, insiste toujours sur le fait qu'il ait dû être à la libre discussion des parties, et l'exigence tient toujours même si, depuis un an environ, on sait que le juge ne peut se fonder exclusivement sur une expertise réalisée à la demande de l'une des parties. Le principe du contradictoire reste bien un pilier, dans les systèmes qui « privatisent » l'expertise judiciaire.

En droit allemand, parmi les principes fondamentaux de procédure figure à l'article 103 alinéa 1er de la Constitution allemande le principe du contradictoire. Pour tout mode de preuve, et notamment l'expertise, seules peuvent servir de fondement à la décision les preuves que les parties ont été mises à même de discuter contradictoirement.

Récemment, la Cour constitutionnelle fédérale a décidé que violait le principe du contradictoire le tribunal qui ignorait la demande d'explication d'une partie portant sur un rapport d'expertise. Elle a encore affirmé que violait le principe du contradictoire l'utilisation par le juge d'une expertise inconnue d'une partie.

Le droit anglais est de même veine. Il exige que la partie qui a fait appel à l'expert communique le plus tôt possible à son adversaire le contenu du rapport.

Toutefois si une partie a obtenu un premier rapport qui ne lui est pas favorable, elle peut faire appel à un second expert et, si le rapport de celui-ci lui est plus favorable, ne communiquer à l'adversaire (et à la Cour) que le second rapport. Le premier ne sera alors pas débattu ni introduit dans le champ du litige.

L'expert s'affirme ainsi, parmi les hommes, aux termes d'un rapport complexe de dépendance et d'indépendance, rapport dont les termes ne sont pas toujours les mêmes selon les systèmes étudiés, et selon l'importance de la dépendance de l'expert vis-à-vis des parties.

Le rapport de l'expert aux hommes n'est pas le seul dont l'analyse permet de déterminer la place de l'expertise. Il faudrait aussi étudier le rapport de l'expert aux faits.

II- L'expert et les faits

Il est un problème fondamental qui se pose au juge afin qu'il puisse rendre une décision : l'établissement des faits qui la fonde.

Le lien entre l'expert et les faits est certain, mais, selon les systèmes, il n'est pas toujours de même intensité ; en revanche, et *a priori*, l'absence de lien entre expert et droit (règle de droit) paraît tout aussi certain. L'affirmation n'est cependant pas toujours vérifiée.

A. L'expert et le fait

L'office de l'expert est de contribuer à l'établissement de faits qui fondent une décision. L'expertise est un moyen parmi d'autres, permettant un tel établissement.

Ainsi, et par exemple, le code de procédure civile allemand connaît une série de moyens de preuve recevables et en donne de manière plus ou moins détaillée le régime : a/ La preuve par transport sur les lieux ; art. 371 ; b/ La preuve par témoignage, art. 373, c/ la preuve par expertise (art. 402) ; d/ La preuve par production de pièces (art. 415) e/ La preuve par interrogation des parties (art. 455).

Ces moyens ne sont pas équivalents, ni en droit ni quant à leur poids.

Les plus sûr d'entre eux, à côté des transports sur les lieux, sont les pièces. Le législateur partage ce point de vue car il donne au juge des règles strictes pour ce moyen de preuve.

Les témoins sont généralement considérés comme un moyen de preuve bien moins fiable.

Les experts apportent au juge une aide au niveau des connaissances spécifiques, que ce dernier ne possède pas, dans leur domaine de spécialité. L'utilité est certaine, mais la place de l'expertise, parmi les autres moyens d'établissement des faits, n'est pas, en droit allemand, une place privilégiée. L'expert passe, au minimum, après le transport sur les lieux et la preuve par production de pièces.

On est bien éloigné du droit anglais, pour qui la preuve testimoniale est placée au sommet de la hiérarchie des preuves, alors qu'en droit français c'est la preuve écrite qui occupe cette place.

Et n'oublions pas que l'expert occupe, outre-Manche, une position de témoin.

L'appréciation de la contribution de l'expertise à la révélation des faits est donc différente selon les systèmes.

Mais c'est une autre différence que nous devons ici pointer, pour finir, celle qui apparaît lorsqu'on confronte expertise et droit.

B. Expertise et droit

« *Donne-moi le fait, je te donnerai le droit.* »

« *Le fait et le droit sont comme les extrémités d'un arc que seuls les juristes savent manier. Que l'un des éléments leur échappe et la flèche de la justice s'égare dans la nature* »…

Fait et droit aux extrémités… et l'une d'elle échappe à l'expert. Le domaine du droit reste chasse gardée.

Le droit français considère ainsi aujourd'hui que même la loi étrangère fait partie du domaine de chasse gardée. Ce point n'est pourtant pas partagé par tous les systèmes.

En droit anglais et américain, même sur une question de droit étranger, le juge ne fait pas de recherches lui-même, ni n'adresse de demande à d'autres (comme des instituts de droit comparé) les conclusions de droit étranger dans une affaire sont présentées par des experts cités comme témoins par les parties.

Les experts expliquent et justifient leur raisonnement sous contre-interrogatoire par des avocats et le juge ne peut pas arriver à une conclusion qui n'est pas confortée par les experts appelés comme témoins. Par exemple, dans une affaire concernant la question de la personnalité juridique d'un temple hindou en droit indien, la cour d'appel a critiqué le juge de première instance qui avait décidé à partir de ses propres recherches d'une manière incompatible avec l'opinion des experts.

Le droit luxembourgeois et de nombreux droits des pays d'Europe centrale ou d'Europe de l'est suivent la même partition.

En conclusion, la comparaison de différents systèmes montre que le rôle assigné à l'expert est, pour l'essentiel, le même dans les différentes législations. Le domaine utile de l'expert est, principalement, le noble et complexe domaine du fait.

La comparaison des systèmes montre, en revanche, une assez grande diversité quant aux relations entretenues entre l'expert et les personnes qui gravitent autour de lui.

Selon les systèmes, la dépendance de l'expert à l'égard des parties est plus ou moins accentuée. Cette dépendance atteint son degré ultime dans les systèmes anglo-américains. Elle emporte alors inexorablement exigence d'un scrupuleux respect du principe du contradictoire.

Cela peut autoriser une conclusion plutôt optimiste : l'équilibre trouvé par les différents systèmes, équilibre différent dans chacun d'eux, pourrait bien montrer que l'on s'efforce toujours de laisser l'expertise à sa juste place entre science et droit, en ne niant pas « l'idéologie technicienne » mais en la tempérant toujours par un peu d'humanisme.

(Applaudissements)

M. FAURY.- Merci Madame la Professeure et Monsieur le Professeur de ces très brillants exposés. Nous attendrons avec impatience les actes que nos rapporteurs généraux ne manqueront pas de nous produire dans un délai raisonnable.

(La séance est suspendue à 11 h 10 et reprise à 11 h 40)

LES RÔLES RESPECTIFS DE L'EXPERT, DU JUGE ET DE L'AVOCAT DANS L'EXPERTISE JUDICIAIRE

Table ronde animée par Monsieur

Patrick MATET

CONSEILLER À LA 1ÈRE CHAMBRE CIVILE DE LA COUR DE CASSATION

M. FOURNIER. – Lors de cette première table ronde, nous aborderons *« Les rôles respectifs de l'expert, du juge et de l'avocat dans l'expertise judiciaire. »*

Cette table ronde sera présidée par M. Patrick Matet, Conseiller à la Première Chambre civile de la Cour de cassation.

Mme de Boisdeffre, Présidente de la cour administrative d'appel de Versailles et M. Vincent Vigneau, Premier Vice-président du Tribunal de Grande Instance de Nanterre nous présenteront le point de vue respectivement des juridictions administrative et judiciaire.

Me Elie Kleiman, avocat au Barreau de Paris et responsable du cabinet Freshfields, et notre confrère M. Michel Asse, expert-comptable de justice près la Cour d'appel de Rouen, interviendront aussi lors de cette première table ronde.

Monsieur le Président, je vous laisse la parole.

M. MATET.- Cette table ronde réunit trois acteurs majeurs de l'expertise que sont les parties représentées par leurs avocats, les juges qui ordonnent la mesure d'instruction et enfin l'expert qui l'accomplit.

Cette expertise a une singularité, à savoir qu'elle est sous-tendue par des intérêts stratégiques puissants. Cette singularité a été analysée par Henri Motulsky, professeur dont M. Lecuyer a parlé ce matin et qui a dit que l'expertise était une curieuse anomalie, parce qu'elle altérait la pureté de la fonction juridictionnelle, dont l'objet est de partager un litige entre les parties par un juge. Il ajoutait que le recours à un expert dans un domaine dans lequel le juge n'est pas doué de compétences va peser inéluctablement sur la solution du litige. L'avocat qui va conseiller à son client de recourir à l'expertise va nécessairement mesurer les aléas des risques d'une telle mesure. Quel est pour vous, Maître Kleiman, l'élément déclencheur de l'expertise ?

Me KLEIMAN.- Je pense que c'est avant tout une question d'opportunité et qu'il n'y a donc pas de réponse générique. C'est au cas par cas. Le premier critère qui vient à l'esprit, c'est la complexité objective du différent. Le contentieux des affaires soulève bien souvent des questions techniques complexes, tant comptables, que financières ou qui relèvent davantage d'autres domaines tels que ceux de l'ingénierie, et le réflexe est souvent le même : si la matière est vraiment complexe, on a d'abord besoin d'un avis d'expert. Mais la complexité du litige n'est pas toujours la seule considération : des motivations plus tactiques peuvent entrer en ligne de compte : on peut, par exemple, avoir besoin d'avoir accès à des éléments de preuve qui ne sont pas forcément disponibles et, dans ce cas, la mesure répond à un autre type de besoin, plus exploratoire. D'autres considérations plus tactiques encore peuvent être à l'origine d'une demande d'expertise : l'espoir d'une solution négociée, la volonté de provoquer le ralentissement et le renchérissement du procès … Ceci peut aussi être l'une des raisons pour lesquelles les conseils peuvent envisager de recourir à l'expertise. Tout cela est évidemment à conjuguer dans le cadre d'une stratégie de dossier.

M. MATET.- Nous sommes en face d'un auditoire composé quasi exclusivement d'experts-comptables de justice. Il serait intéressant de savoir si, dans le ressort du tribunal de Nanterre et de la Cour administrative d'appel, des expertises du chiffre sont ordonnées en nombre ou en grand nombre.

Madame de BOISDEFFRE

Monsieur le Président, pas tant que cela, mais je vais donner quelques éléments statistiques concernant la Cour et les trois tribunaux de son ressort, car je crois qu'il est très important que vous ayez l'ensemble des données dans la mesure où les matières traitées et le type de cas qui conduit à l'expertise sont très différents. Je vais vous donner des chiffres à chaque fois, en synthétisant, rassurez-vous, pour l'année 2012 et au 31 octobre 2013.

Pour la Cour administrative d'appel de Versailles, en 2012, 25 expertises ont été ordonnées. Je précise que 18 d'entre elles l'ont été dans le cadre d'arrêts avant dire droit, tandis que 7 ont été ordonnées en référé.

En ce qui concerne les expertises d'avant dire droit, soit 18, 12 concernaient la responsabilité hospitalière. Ce qui montre -c'est une dominante- que c'est souvent en cette matière, tout comme en matière de santé, que des expertises sont diligentées. Cependant, durant cette année 2012 -c'est un peu atypique, mais il faut s'en féliciter en l'occurrence pour le succès du colloque-, trois expertises comptables ont été ordonnées. De quoi s'agissait-il ? En un mot, dans le premier dossier, il convenait de déterminer par exemple le montant du préjudice subi par une société à laquelle un Préfet avait refusé illégalement de renouveler l'autorisation d'ouverture tardive, à titre dérogatoire, d'une discothèque.

Dans un autre cas, il fallait déterminer le montant d'un préjudice lié à un refus d'agrément. Je lis, car je n'ai pas pu déterminer exactement techniquement en quoi cela consistait : *« Suspension*

d'agrément d'un installateur de systèmes de gaz de pétrole liquéfié sur les véhicules à moteur. » Vous devez voir tout de suite ce dont il s'agit, tant mieux.

Dans le troisième cas, il était question de déterminer le montant du préjudice subi du fait de l'autorisation illégale émise en matière d'ouverture de pharmacie.

Ainsi, 3 sur 25, il ne s'agit pas d'une proportion très importante.

Par ailleurs, au 31 octobre 2013, la Cour a fait ordonner 12 expertises, mais aucune en matière comptable.

Quand on se penche sur les tribunaux administratifs, également de façon très synthétique, en ce qui concerne l'année 2012, le tribunal administratif de Cergy-Pontoise a diligenté 206 expertises, soit dix fois plus que la Cour. Deux cent six expertises qui se décomposent de façon totalement inversée par rapport à celles de la Cour :

- 12 arrêts avant dire droit, essentiellement en matière de fonction publique et de santé,

- 194 référés instruction -cette mesure est prévue par l'article R 532-1 du Code de Justice Administratif et permet au Juge des Référés de prescrire toutes mesures d'instruction, dont une expertise- elle intervient surtout en matière de dommages de travaux publics ; 125 de ces 194 référés concernaient ce domaine.

Aucune expertise comptable.

Je vous signale que l'expertise est aussi intervenue dans le cadre du « référé constat » qui intervient avant tout litige -aux termes de l'article R 531-1 du Code de Justice- et qui concerne le plus souvent, à Cergy-Pontoise, comme ailleurs, les immeubles menaçant ruine. On nous demande donc d'expertiser la situation d'un immeuble en vue d'un litige pouvant naître, mais qui n'est pas encore né.

Concernant Montreuil, 88 expertises ont été diligentées durant l'année 2012 se décomposant en 10 par arrêts avant dire droit et 78 par référés instruction dans des matières comparables, mais aucune expertise comptable.

Même chose pour Versailles, avec des chiffres assez proches de ceux du Tribunal administratif de Montreuil : 87 expertises, dont 10 par arrêts avant dire droit et le reste par référés instruction, dont 12 dossiers.

Le Tribunal administratif de Versailles a ordonné 46 référés constats, mais aucune expertise comptable non plus.

Lorsqu'on regarde les chiffres de 2013, dans le détail desquels je n'entrerai pas, j'ai trouvé simplement une trace de la désignation d'un sapiteur en matière de comptabilité au Tribunal administratif de Cergy-Pontoise.

Vous voyez donc beaucoup plus d'expertises que devant la Cour, beaucoup d'expertises ordonnées dans le cadre de référés, parce que nous sommes en première instance et que l'urgence prime. Peu d'arrêts avant dire droit, beaucoup de référés instruction et énormément de référés constats dans des matières qui concernent principalement, pour les référés constats, les immeubles menaçant ruine. Pour le reste, cela concerne les dommages de travaux publics et, dans une moindre mesure, les marchés publics et la responsabilité hospitalière.

J'espère ne pas avoir été trop longue dans cette présentation.

M. MATET.- Monsieur le Premier Vice-président, avez-vous des éléments statistiques identiques pour le tribunal de Nanterre et pouvez-vous nous préciser si le juge va apprécier différemment l'expertise lorsqu'il est Juge des Référés ou lorsqu'il statue au fond ?

Monsieur VIGNEAU

Le Procureur Général de Paris nous a donné tout à l'heure des chiffres en matière pénale. Je vais donc les compléter avec des chiffres en matière civile, avec cette précision que l'outil statistique en place ne distingue pas selon les types d'expertises. Concernant les décisions avant dire droit ou en référé, il ne sépare pas les missions d'un expert ou une autre mesure. Ce sont des chiffres issus d'un comptage manuel, car je ne peux pas vous donner des chiffres qui sortent de façon automatique. Comme je n'ai pas cette possibilité, je me suis borné à vous donner le nombre d'expertises en cours dans la juridiction, car je n'ai pas les moyens de connaître le nombre d'expertises ordonnées.

En théorie, ces expertises devraient durer six mois. On peut donc considérer que le nombre d'expertises rendues par an est le double du nombre d'expertises en cours. Je ne suis pas certain que le fait rejoigne le droit cette fois-ci.

Actuellement, à hier, 1.994 mesures d'expertise sont en cours au tribunal de Nanterre en matière civile. Sur ce chiffre, deux blocs dominent : les expertises en matière médicale, et notamment de réparation de préjudices corporels, mais également en matière de bâtiments.

Sur ces 1.994 expertises, on a :

- 20 expertises comptables et financières,

- 38 mesures confiées à un tiers qualifié en matière de liquidation de régime matrimonial ; même si ce n'est pas une expertise au sens procédural du terme, cela y ressemble et, dans les deux tiers des cas, c'est un expert-comptable qui est désigné,

- 16 expertises d'évaluation de valeur locative.

Ces chiffres vous donnent une idée de la part relativement marginale en termes de volume, mais non en termes de qualité, de l'expertise comptable dans le paysage expertal de la juridiction.

S'agissant de la façon dont on désigne un expert, il faut avoir l'esprit que l'expertise n'est pas une fin en soi ; on ne saisit pas un juge pour avoir une expertise. L'expertise est un avis demandé à un technicien destiné à éclairer le juge, la juridiction sur une question de fait. En ce sens, l'expertise est subordonnée à l'existence préalable d'un procès et pendant très longtemps la jurisprudence et la loi prohibaient le recours à une expertise à titre préventif.

C'est une innovation du Code de procédure civile de 1973 que d'avoir permis aux parties de demander en référé la désignation d'un expert avant tout procès. Dans l'esprit du législateur

de l'époque, alors que cette expertise préalable connue sous le terme d'« article 145 » devait rester marginale, en réalité, pour de multiples raisons, c'est devenu le modèle dominant d'expertise. Là encore, je n'ai pas de statistiques très fiables, c'est encore un comptage manuel, mais qui est confirmé par les impressions des avocats, notamment environ 80% des expertises en France actuellement sont désignées en matière civile en référé sur fondement de l'article 145 et seulement 20% le sont à titre accessoire avant dire droit par le tribunal.

Plusieurs raisons à cela : d'abord, les conditions d'ouverture de l'expertise sont plus larges sur le fondement de l'article 145, que lorsqu'elle est ordonnée en avant dire droit, car la règle selon laquelle une expertise ne peut être ordonnée pour suppléer la carence des parties dans l'administration de la preuve (selon l'article 146 du Code de procédure civile). Autrement dit, sur le fondement de ce dernier article, les conditions sont beaucoup plus larges et il suffit qu'une partie démontre la probabilité d'un fait susceptible d'être invoqué dans un procès éventuel pour avoir droit à une mesure d'expertise.

Ce qui justifie aussi le succès de cet article, ce sont ces plus grandes conditions d'ouverture, mais aussi parce que je pense que cela permet -je me mets là dans la peau de l'avocat- de ne pas aller à l'aveugle devant un juge. Bien souvent, quand on délivre une assignation, on a comme élément de fait que ce que le client a bien voulu dire et on s'expose alors parfois à certaines surprises.

L'idée de recourir préalablement à une expertise contradictoire sans engager de procès permet de limiter les risques, d'éviter de s'engager dans un procès qui pourrait être voué à l'échec et d'ouvrir aussi plus facilement la voie de la négociation avec l'adversaire.

M. MATET.- Nous avons parlé de l'expertise. Maintenant, je propose d'évoquer l'expert, notamment à travers la loi du 11 février 2004 qui a profondément revisité le statut de l'expert. Vous vous souvenez qu'autrefois, avant cette loi, il y avait un système qui correspondait quasiment à une inscription perpétuelle. La loi nouvelle y a substitué une inscription temporaire, d'abord probatoire, puis quinquennale avec un apport d'une grande originalité, à savoir le recueil d'un avis sur le candidat, émanant d'une commission mixte composée de juges, de procureurs et d'experts.

Cette belle architecture a failli être mise en péril lorsque la Cour de Justice de l'Union Européenne a été saisie par M. Penarroja et que cette dernière a rendu un arrêt au mois de mars 2011 qui a plongé certains acteurs de l'expertise judiciaire dans une grande perplexité lorsqu'ils ont lu que, selon la Cour, l'expert traducteur était un prestataire de services.

Cependant, cet arrêt recèle également, ce qui est aussi intéressant, la reconnaissance par la Cour de Justice de la faculté qu'ont les autorités judiciaires d'un Etat de l'Union d'établir des listes d'experts de justice. Or, La France est quasiment le seul pays d'Europe à avoir dressé avec autant de sophistication un système d'inscription sur ces listes. Paradoxalement, cet arrêt va ou a consolidé le statut des experts tel que nous le connaissons Enfin, une nouvelle pierre a été posée sur l'édifice avec un décret du 13 août 2013 qui voit les Cours administratives d'appel adopter un système d'inscription des experts sur des tableaux, système qui converge avec celui existant devant les juridictions de l'ordre judiciaire. Nous avons là un nouveau témoignage de la consolidation du statut de l'expert.

Madame le Président, voulez-vous nous en parler ?

Mme de BOISDEFFRE.- Bien sûr.

Monsieur le Président, effectivement, je suis sûre que vous -le « vous » ne s'adresse pas seulement à Monsieur le Conseiller Matet, mais à vous tous-, avez lu ce décret ou vous le lirez. Je vais donc vous épargner une présentation exhaustive qui serait fastidieuse.

Je voudrais toutefois insister sur six points. Je ne suis pas arrivée à sept, comme les sept merveilles du monde, ni aux sept merveilles du décret du 13 août et certains considèrent peut-être que ce ne sont d'ailleurs pas des merveilles.

Premier point : l'objectif du décret.

Je vais lire, parce que tous les mots comptent : « C'est de rendre obligatoire et de pérenniser un régime propre à la juridiction administrative. » Cela signifie trois choses. D'abord, « rendre obligatoire » l'établissement d'un tableau d'experts, car jusqu'à présent ce n'était que facultatif. Il était indiqué à l'article R.222-5 du Code de Justice administrative que : « chaque année, le Président procède, s'il y a lieu, à l'établissement d'un tableau des experts près la juridiction qu'il préside. » Dorénavant, c'est obligatoire.

Deuxième élément : le niveau auquel le tableau se situe, puisque c'est à celui des Cours administratives d'appel alors que, jusqu'à présent, chaque chef de juridiction pouvait établir ce tableau. Ce faisant, nous retrouvons effectivement le système des judiciaires, mais aussi une pratique qui existait déjà dans et auprès d'un certain nombre de Cours administratives d'appel, dont celles de Paris et de Versailles, vous le savez, car nous travaillons en commun depuis la création de la Cour administrative de Versailles en 2004.

Troisième élément : un régime propre à la juridiction administrative.

On aurait peut-être pu envisager de s'aligner totalement sur le régime des experts judiciaires. Le choix a plutôt été fait de pérenniser un système distinct de celui établi par le décret de 2004 pris pour l'application de la loi n° 71-498 du 29 juin 1971. Cela dit, ce système présente des convergences -M. Matet l'a dit et la lecture approfondie et détaillée dudit décret vous le montrera. Il n'empêche que, je crois que ce qui nous a guidés, ce n'était pas la volonté de nous démarquer à tout prix du système judiciaire, mais plutôt l'idée que des spécificités d'organisation et de procédures existantes justifiaient pour plus de clarté, de transparence, un régime propre. Cela nous permettait également d'avoir des dispositions spécifiques dans le Code de Justice administrative.

Je voudrais insister sur ce point, car je suis très attachée à l'idée de la codification et très pénétrée de l'importance d'un code qui rassemble pour tous les niveaux, en ce qui concerne notre juridiction, tout ce qui est utile pour le justiciable et pour le juge. Or, nous avions déjà, je vous l'ai cité, l'article R.222-5 qui, dans le livre relatif à l'organisation des tribunaux et des cours administratives d'appel, prévoyait la possibilité du tableau d'experts. Désormais, le pouvoir réglementaire a considéré que la fixation de l'établissement dudit tableau concerne donc -je vous rappelle le titre précis- : « les cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs de leur ressort. » C'est le même tableau qui vaut pour tout le monde, mais c'est très important, parce que je rappelle que, dans le domaine administratif, il n'y a pas

de hiérarchie entre les présidents de cours et ceux des tribunaux administratifs. Même si ce sont les présidents qui arrêtent le tableau, ils le font dans le cadre d'une commission intégrant les présidents des tribunaux administratifs. Nous avons désormais une section 4, ce qui consacre véritablement, également par leur place réglementaire, la mise en place de ces tableaux.

Deuxième point, plus rapide : l'établissement des listes est annuel.

Il donne donc lieu à une révision chaque année. Il se fait en fonction des besoins des juridictions. Je signale que c'est un critère important quant à la motivation d'un éventuel refus. En effet, le 24 avril 2012, le Conseil d'Etat a jugé, à l'instar du même M. Penarroja, que les présidents, à l'époque, des cours administratives d'appel de Paris et de Versailles, avaient pu justifier leur refus d'inscription par une absence de besoin. Le critère est donc retenu et le Conseil d'Etat a jugé qu'il n'y avait eu aucune erreur manifeste d'appréciation de ces besoins. C'est donc un contrôle restreint qui est opéré.

L'établissement de ce tableau est donc réalisé après avis d'une commission dont l'article R221-10 précise qu'elle réunit tous les chefs de juridictions du ressort et des experts. C'est une commission mixte. Nous fonctionnions déjà comme cela en pratique et nous trouvons que c'est important, car les experts connaissent leurs pairs et peuvent apporter des éléments complémentaires aux propres avis des juges. Les experts sont désignés par les présidents pour trois ans renouvelables après avis de la Compagnie.

Troisième point :

Les conditions que doit remplir une personne physique pour être inscrite méritent d'être rappelées :

- la qualification et l'exercice de l'activité professionnelle pendant dix ans en France ou dans un Etat membre de l'Union Européenne. Nous retrouvons la décision de la Cour de Justice ;

- ne pas avoir cessé cette activité d'expert depuis plus de deux ans avant la date de la demande d'inscription ou de réinscription. Pourquoi ? Parce que nous voulons des personnes opérationnelles et non déconnectées -si vous me permettez l'expression- depuis longtemps du terrain ;

- l'absence de condamnation pénale, ce qui est classique,

- justifier du suivi d'une formation à l'expertise,

- résider dans le ressort de la Cour administrative d'appel.

Je signale qu'il n'y a aucune condition d'âge chez nous.

Quatrième point : l'inscription est faite pour une durée probatoire de trois ans et la réinscription pour une durée de cinq ans.

Le refus d'inscription ou de réinscription est motivé et contestable auprès de la Cour administrative d'appel qui a pris la décision et qui renvoie à la Cour administrative d'appel compétente en vertu d'un tableau d'attribution arrêté par le Président de la section du contentieux (R.221-19).

Cinquièmement :

La publicité du tableau d'experts est imposée sous deux formes (R221-20):

- la mise à disposition du public dans les locaux de la juridiction,

- la publication sur le site Internet de la juridiction.

Nous sommes entrés dans l'ère des nouvelles technologies.

Sixième point :

Les dispositions relatives à l'expertise entreront en vigueur le 1er janvier 2014, ce qui veut dire que, compte tenu du fait que les demandes d'inscriptions doivent être présentées le 15 septembre 2014 au plus tard, l'établissement des tableaux se fera à la fin de l'année prochaine.

Des dispositions transitoires d'application sont fixées par l'article 15 du décret selon que les Cours administratives d'appel étaient ou non déjà dotées d'un tableau des experts en application des dispositions actuellement en vigueur.

Voilà Monsieur le Président, j'espère ne pas avoir lassé l'auditoire.

(Applaudissements)

M. MATET.- Je crois qu'il était très important de consacrer du temps à l'application de ces nouvelles dispositions, car il s'agit d'une innovation majeure de notre droit. Ce système de contrôle de l'inscription permettra, sans nul doute, de pérenniser notre système de l'expertise. Sans ces rénovations, l'expertise confiée à un expert par un juge serait devenue trop vulnérable.

Cette insistance du législateur à vérifier les qualités déontologiques et les compétences de l'expert est-elle de nature à dissuader le juge de désigner un expert qui ne serait pas inscrit ? Monsieur le Premier Vice-président.

M. VIGNEAU.- En théorie, en matière civile, le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire de choisir la personne de l'expert, mais le décret du 24 décembre 2012 qui lui impose désormais de désigner en tant qu'expert une personne figurant spécialement sur une liste, sauf à motiver sa décision, est indiscutablement de nature à réduire son choix ou, tout du moins, cela traduit une volonté de l'autorité réglementaire de limiter ce dernier à la désignation de personnes figurant sur la liste.

Cela étant, la difficulté à laquelle on est confronté, c'est très souvent un problème d'insuffisance de choix de l'expert dans son ressort. Pour certaines matières, parce qu'elles sont très spécifiques, techniques, on peine à trouver un expert présentant à la fois des garanties d'impartialité, d'indépendance et de compétences. Récemment, j'ai eu une affaire -vous allez comprendre tout de suite- d'accident de trampoline à l'occasion d'une compétition sportive dans laquelle la victime demandait la désignation d'un expert pour donner un avis sur l'organisation de cet événement. Or, malheureusement, j'ai regardé, mais il n'y a pas de spécialité « trampoline » sur la liste des experts.

J'ai donc désigné un expert en sport, mais encore fallait-il que celui-ci ne soit pas proche de la Fédération Française de Gymnastique, car c'était elle qui organisait la compétition et qui était partie défenderesse. Il fallait qu'il ait une compétence en matière de gymnastique. Or, je n'ai pas trouvé cela dans la liste. Finalement, j'ai désigné un expert en sports qui ne connaît pas grand-chose au trampoline et qui va lui-même désigner peut-être un sapiteur roumain, ancien gymnaste en matière de trampoline, qui va nous donner un avis.

A un moment donné, j'étais chargé des expertises en matière de médicament. Trouver un cardiologue qui ne soit pas en lien avec le laboratoire concerné ou les concurrents et qui ait une compétence suffisamment reconnue pour que son avis ne soit pas contesté, c'est difficile. Là encore, j'ai recouru à un expert belge, car le médicament en question n'avait jamais été autorisé en Belgique et c'était un grand spécialiste de la cardiologie.

On va aussi très souvent recourir à une expertise hors liste lorsqu'on a un besoin spécifique dans des matières vraiment très précises.

Cela dit, ce décret me pose des difficultés concernant le recrutement de nouveaux experts. L'habitude avait été prise de diffuser des sortes de listes officieuses d'experts à essayer, puisque pour demander l'inscription sur la liste des experts, on demande souvent aux gens de justifier d'une expérience en matière d'expertise. Il faut qu'on les désigne. Si on ne peut plus désigner des gens hors listes, cela va être difficile de recruter de nouveaux experts. Pour des litiges dont l'enjeu était faible, peu compliqué, j'avais l'habitude de désigner des candidats à l'expertise pour leur permettre de se faire la main et de justifier de leur technique. L'expérience montre que ces derniers sont souvent particulièrement diligents et peu chers.

(Rires)

Or, maintenant, je ne vois pas comment je vais pouvoir motiver sérieusement la décision de recourir à un expert sur la liste officieuse. Je ne vais pas motiver en disant : *« attendu que le litige est peu important, que les experts inscrits sur la liste sont souvent trop lents et trop chers, il est nécessaire… »* Ce décret me pose donc une difficulté pour le recrutement et le renouvellement des listes et c'est un point sur lequel nous devons réfléchir. Comment faire en sorte de faire admettre des candidats à l'expertise dans nos schémas ?

Mme de BOISDEFFRE.- Un mot, si vous le permettez, Monsieur le Président, pour préciser que le juge administratif, comme le juge judiciaire, peut effectivement désigner un expert ne figurant pas sur son tableau d'experts. Cela peut en être un qui n'est sur aucun tableau ou un qui est sur un tableau d'experts auprès d'une autre Cour, et ce pour les raisons indiquées par Vincent Vigneau et que je retrouve totalement. Il peut quand même y avoir un besoin d'expert très technique que nous n'avons pas sur la liste ou même parfois la nécessité de délocaliser la désignation de l'expert pour des cas un peu complexes pour lesquels il vaut peut-être mieux que l'expert ait une distance géographique.

Merci Monsieur le Président.

M. MATET.- Monsieur l'expert, lorsqu'un expert est pressenti par un juge pour exécuter une mission d'expertise, dans quelles hypothèses peut-il refuser sa mission ?

Monsieur
ASSE

Monsieur le Président, merci de me passer la parole.

Je pense que nous devons un peu suivre l'ordre du droit en la matière. Il y a d'abord les causes légales de récusation. Je pense qu'il vaut mieux que l'expert les évoque, plutôt qu'elles ne le soient au cours du procès. Elles sont visées aux articles 234 et 341 du Code de procédure civile, ainsi qu'à l'article L 111-6 du Code de l'Organisation Judiciaire.

S'agissant des causes réglementaires de récusation, vous avez bien vu que nous étions a priori sur des problèmes touchant des décisions prononcées par des juridictions judiciaires.

Concernant des décisions prononcées par des juridictions de l'ordre administratif, il y a effectivement également l'article R.621-5 du Code de Justice administrative qui expose à peu près dans les mêmes termes que dans ceux du Code de procédure civile les cas de récusation.

En tant qu'experts-comptables, nous avons quelques nouveautés depuis trois ou quatre ans environ, et notamment un décret très important du 30 mars 2012 relatif à l'activité d'expertise comptable. Ce texte examine par le menu toute l'activité de l'expert-comptable et indique, notamment ensuite, dans un chapitre spécifique, toute la déontologie que le professionnel doit mettre en œuvre au cours de ses travaux.

Il faut bien voir que ce code de déontologie ne se borne pas uniquement à indiquer les bonnes pratiques, mais qu'il a aussi une valeur réglementaire puisqu'il est publié dans un décret et fait partie intégrante de celui-ci. Tout le monde peut donc s'en prévaloir.

En résumé, ce nouveau code propose sur une quinzaine de pages environ un certain nombre de recommandations à suivre pour l'expert. Je pense qu'il faut retenir le fait de ne pas se placer dans une situation de conflit d'intérêts que le législateur s'est bien gardé de définir puisqu'il s'agit d'une notion en constante évolution. On peut penser que le législateur n'a pas voulu se laisser enfermer dans une définition ne permettant de s'adapter à l'évolution des pratiques. Ensuite, il doit éviter toute situation qui pourrait faire présumer un manque d'indépendance de sa part. Il doit donc être indépendant et donner l'apparence de l'indépendance.

Ensuite, l'expert de justice peut et doit d'abord, en fonction de ce code de déontologie, apprécier la mission qui lui a été confiée et sa capacité à la remplir. Faute de quoi, il lui est conseillé de la refuser.

Enfin, il y a le problème du manque de disponibilité que certains d'entre nous utilisent ou usent éventuellement avec générosité pour ne pas accepter une expertise. Sachez qu'il s'agit d'un motif légitime, mais que l'expert de justice ne peut pas se soustraire à une obligation attachée à son titre. Il ne peut pas revendiquer son inscription sur une liste ou sur un tableau en matière administrative et refuser sans arrêt d'être nommé. Ce n'est pas un titre sur une carte de visite ou sur un papier à en-tête, mais l'engagement de servir la justice au mieux de ses compétences et de sa conscience.

M. MATET.- Pour prolonger ce que vous étiez en train de dire, Monsieur le Premier Vice-président, pour un expert, le fait de refuser la mission que le juge lui confie est-il de nature à lui faire perdre son crédit auprès du juge ?

M. VIGNEAU.- A priori, le Code de procédure civile reconnaît à l'expert un droit discrétionnaire d'accepter ou non les missions qui lui sont confiées. Autrement dit, d'après ce texte, il n'a pas à donner de raison.

En revanche, si l'on regarde le statut de l'expert, on se rend compte qu'avant d'entrer en fonction, il fait le serment d'apporter son concours à la justice. Autrement dit, il s'engage solennellement à travailler pour les juges et à répondre à leurs sollicitations. Je dirais qu'un expert qui prend l'habitude de refuser les missions qui lui sont confiées sans en donner les motifs s'expose à ne plus être désigné et à ne pas être renouvelé, puisqu'il laisserait apparaître que, pour lui, l'inscription est davantage un titre honorifique qu'un réel concours dans la recherche de la vérité.

C'est aussi dans son intérêt. Un expert qui me répond : « Je ne peux pas » sans me donner de motif, je ne le redésigne pas. Si un autre me dit : « Actuellement, j'ai deux ou trois expertises en cours, je n'ai pas de disponibilités, mais à compter du tant, je serai disponible » ou « J'ai connu telle ou telle partie dans le cadre de mon activité professionnelle, j'ai donc un conflit d'intérêts », ce dernier garde toute sa crédibilité et je sais que je pourrai le désigner de nouveau.

C'est dans l'intérêt de l'expert lui-même que de donner les motifs de son refus. C'est important aussi pour éviter des pertes de temps, car chaque fois qu'un expert refuse une mission, cela oblige à ressaisir le juge pour qu'il reprenne une nouvelle décision de désignation d'un expert. On peut gagner du temps en faisant connaître par avance ses disponibilités pour éviter d'avoir à désigner des personnes ne pouvant accepter une mission.

M. MATET.- Ce matin, Mme la Professeure Fricero parlait de l'obligation d'indépendance et d'impartialité de l'expert. Or, chaque acteur de l'expertise sait que la sérénité des opérations ne peut être menée et assurée qu'à ce prix.

Il est vrai que le conflit d'intérêts agite chaque colloque d'experts et que ceux-ci sont nombreux, mais nous allons malgré tout y réfléchir. Monsieur l'expert, pourriez-vous nous dire quelles sont vos recommandations pour assurer la plus grande transparence de ce que l'on est, de façon à désamorcer un éventuel conflit d'intérêts ?

M. ASSE.- A priori, il faut signaler en toute transparence aux parties et au juge d'abord qui nous a désigné les situations qui semblent poser un problème de conflit d'intérêts, de façon que toutes les parties soient parfaitement informées et puissent se déterminer en fonction de faits portés à leur connaissance.

Il est évident également qu'à titre de précaution, on peut inviter les parties à communiquer des situations de conflits d'intérêts, car ces situations peuvent toucher l'expert désigné, mais également certains de ses associés. En fonction de la taille du cabinet, de son organisation et de son implantation géographique, il sera utile à l'expert de connaître ou que soient portées à sa connaissance des situations possibles de conflits d'intérêts qu'il ignorerait lui-même.

M. MATET.- Avez-vous quelques recommandations issues de votre pratique et, finalement Maître, quelles doivent être les bonnes pratiques de l'expert ?

Monsieur KLEIMAN

On peut être tenté d'introduire un élément d'analogie, et faire un parallèle avec ce que l'on observe dans le domaine de l'arbitrage. La jurisprudence a eu, à de nombreuses reprises, l'occasion de fixer les devoirs de l'arbitre pressenti pour une affaire. Cette jurisprudence permet de dégager des situations très variables, certaines très pathologiques, et d'autres qui le sont beaucoup moins. Plus préoccupant est le constat que cette jurisprudence n'est pas totalement fixée et que même dans le cas de situations a priori banales, il en résulte des difficultés pour l'arbitre et in fine pour les parties.

Sans vouloir dresser un musée des horreurs, un certain nombre de réflexions viennent à l'esprit. Le point de départ de toute réflexion est l'indépendance et l'apparence d'indépendance, qui sont absolument impératives. Pratiquement, tout commence par l'obligation de révélation des circonstances susceptibles d'en faire douter. L'état du droit exige une introspection approfondie et une révélation qui doit être la plus complète possible. C'est vrai que tout expert, de même que tout arbitre, a tout à gagner à dresser, de manière peut-être fastidieuse, mais également protectrice de ses intérêts, la liste de ses relations avec toutes sortes de clients et de ses interventions dans des dossiers. Il en est de même de ses écrits, car je pense que les experts-comptables de justice, tout comme les arbitres qui sont souvent issus du monde des avocats ou de l'université, ont tendance à prendre des positions sur des sujets pouvant être théoriques au moment où ils sont évoqués, mais pouvant rattraper ces personnes au moment d'un litige. Peut-être que c'est davantage vrai en droit, mais cela pourrait être aussi le cas dans des domaines de type ingénierie ou médecine. Je pense que c'est également le cas de la matière comptable.

Si l'on a pris des points de vue des très affirmatifs sur des questions, a-t-on conservé son indépendance d'esprit devant une situation particulière ? Est-on capable d'honnêteté intellectuelle jusqu'au point de changer d'avis ? C'est une vraie question et je pense que chacun est tenu de se la poser au cas par cas, en fonction des circonstances.

Après, il y a le problème de l'indépendance ou de l'apparence d'indépendance matérielle. C'est celle des liens et relations d'affaires. Une jurisprudence sur les courants d'affaires en matière arbitrale a pu d'ailleurs coûter des récusations, voire des procès en responsabilité à certains arbitres qui avaient manqué à une obligation de révélation.

Lorsqu'on a été nommé de multiples fois arbitre pour le même groupe de sociétés ou par le même conseil, on peut se poser la question de savoir s'il n'existe pas un lien de dépendance. On voit aujourd'hui dans l'actualité des illustrations de ce type de problème. Je pense que l'expert n'a rien à gagner à importer ce type de problème dans la pratique expertale. Il est donc important d'avoir à l'esprit une déclaration complète et sincère.

La tendance est d'ailleurs si lourde qu'on en vient à se demander si, lorsqu'on intervient dans un congrès ou si on participe aux travaux d'un groupe de réflexion, on s'expose au reproche de manque d'indépendance au regard de ses compagnons de réflexion. Heureusement, on n'en est pas là. Je crois qu'il y a consensus pour dire que le fait de participer à des travaux de recherche ou de réflexion, voire d'être ami avec quelqu'un sur Facebook -cela a été jugé et il a fallu aller jusque-là- ne suffit pas à causer un préjugé défavorable. Je suis donc optimiste : la jurisprudence a la tête sur les épaules.

En revanche, les plaideurs ne l'ont pas toujours et on voit se développer dans le contentieux post-arbitral toutes sortes de réactions un peu nocives pour la confiance que l'on peut avoir dans l'institution. Il ne faudrait pas que cette escalade des mœurs contentieuses soit encouragée. En matière expertale, une atteinte à la confiance envers l'institution de l'expertise serait dommageable. De la même manière que l'arbitre doit participer à la construction d'un idéal de justice, l'expert y participe aussi. Il faut donc éviter de se prêter à la critique.

Je dirais donc : obligation de révélation et comportement systématique à cet égard.

M. MATET.- Merci à tous les deux d'avoir posé les conditions d'une véritable transparence de nature à assurer l'indépendance et l'impartialité.

Il existe une première représentation collective de l'expertise qui est celle d'un expert désigné à des fins exclusivement techniques.

La deuxième représentation collective est celle d'un juge qui délègue son pouvoir à l'expert. Ce matin, les interventions se sont fait l'écho de ces deux approches de l'expertise.

Le Doyen Carbonnier considérait pour sa part que le juge était trop dépendant de l'expert et s'indignait du fait que les juges risquaient de devenir de simples contrôleurs de la régularité formelle de l'expertise. Or, l'expert-comptable reçoit une mission qui ne permet pas de le réduire à un simple intermédiaire entre le fait brut et sa qualification juridique par le juge.

La mission que l'expert-comptable reçoit est, fréquemment, celle d'examiner des documents de nature contractuelle, des actes de propriété et des stipulations contractuelles parfois ambigües. Or, il y a une véritable tension dans notre loi française, entre le droit et le fait, puisqu'en matière administrative civile ou pénale, la loi française prohibe tout avis juridique de l'expert.

Comment résoudre cette difficulté, cette tension ? Madame le Président, pouvez-vous nous en dire un mot et peut-être nous indiquer si le décret du 13 août 2013 dont nous faisions état tout à l'heure est susceptible d'apporter aussi des éléments de réponse ?

Mme de BOISDEFFRE.- Concernant le décret, M. le Président voudrait que j'évoque l'aspect formation qui est vraiment très important dans ce texte. Je vais vous rappeler que la formation est évoquée à cinq reprises dans ce dernier.

Comme je vous l'ai dit, c'est tout d'abord l'une des conditions d'inscription qui est requise au sein du quatrièmement de l'article R.221-11. Il convient toutefois d'avoir en tête qu'une passerelle est établie et que, si l'expert qui se présente devant nous pour être inscrit est lui-même inscrit sur une liste judiciaire, nous considérons alors que la condition est remplie. La même passerelle est établie pour la première condition concernant l'exercice de l'activité et de la qualification.

Deuxième mention de la formation à propos de l'inscription (R.221-12), puisqu'il est indiqué que celle-ci *« est effectuée pour une durée probatoire de trois ans et qu'elle peut être assortie de l'obligation de suivre une formation complémentaire pendant cette période ».* C'est précisé très exactement. Cela peut valoir, y compris pour un expert judiciaire, relativement notamment à la procédure contentieuse administrative et aux spécificités de l'expertise devant les juridictions administratives. Je signale aussi qu'il est prévu que cette formation soit complémentaire. Cela peut donc être une formation de spécialisation pour des experts connaissant très bien le juge judiciaire et un peu moins bien le juge administratif.

Troisième mention en miroir et, logiquement, c'est un des points que la commission vérifie pour proposer l'inscription ou la réinscription. Il est en effet indiqué que la commission apprécie notamment la qualification du candidat à l'expertise et sa connaissance des techniques de l'expertise.

Nous avons la même chose à propos de la demande de réinscription avec une petite nuance qui est que la commission s'assure que l'expert a actualisé ses connaissances. -nous sommes très exigeants, c'est vrai- tant dans sa spécialité, que dans la pratique de l'expertise devant la juridiction administrative (R.221-14).

Enfin, c'est déjà la pratique, il est mentionné à l'article R.221-16 que les experts inscrits au tableau indiquent au Président de la Cour administrative d'appel les formations suivies en mentionnant les organismes qui les ont dispensées, et ce chaque année pour répondre à ces évolutions qui étaient très bien décrites ce matin, notamment par Mme Fricero, sur la complexification et la technicité de plus en plus grandes.

En revanche, concernant le point de la prohibition du droit, pour l'instant, la juridiction et la jurisprudence administrative restent effectivement dans l'idée que l'expert touche aux faits. C'est vrai que, parfois, interprétant, il est obligé, dans des matières très techniques, quelque part, de traduire les faits mais le droit reste au juge.

Je terminerai en rappelant que l'expertise est ordonnée par la juridiction administrative, d'office ou à la demande des parties, mais seulement si elle est utile. Je vous indique ainsi que, dans une décision du 23 octobre 2013, le Conseil d'Etat, a censuré justement le jugement rendu par un Tribunal Administratif, en considérant que l'expertise qui avait été diligentée n'était pas utile, car le juge disposait dans les pièces au dossier de l'ensemble des éléments qui lui permettait de trancher la question. Vous voyez que le Conseil d'Etat reste très attentif, en toutes hypothèses à l'utilité de l'expertise.

M. MATET.- Ce partage entre le droit et le fait, l'expert-comptable l'éprouve constamment, car sa profession l'amène dans la sphère du droit, et dans sa fonction expertale, les missions judiciaires conduisent l'expert-comptable de justice à évoluer également dans cette sphère du droit. Aussi, comment procéder ?

M. ASSE.- Ce problème peut apparaître comme la quadrature du cercle ! Mais je pense qu'il faut analyser les textes en fonction de leur date de parution et voir si, éventuellement, dans certains cas, les dispositions législatives ou réglementaires prises ultérieurement ne sont pas venues en tempérer l'importance.

On a évoqué le troisième alinéa de l'article 238 du Code de Procédure civile qui instaure une prohibition pour l'expert-comptable de justice de dire le droit, ce qui semble normal. De la même façon que l'expert ne peut se substituer à la carence d'une des parties dans l'administration de la preuve ou dans sa propre défense. Je pense que tout le monde sera d'accord sur ce point.

En revanche, tirer du troisième alinéa de l'article 238 le fait qu'a priori l'expert-comptable de justice ne peut pas s'intéresser à des questions juridiques, n'est pas possible , sauf à exclure les experts-comptables de toute mission d'expertise puisque, bien souvent, se pose un problème de qualification juridique des faits et/ou de leurs conséquences. L'expert-comptable n'a pas à dire le droit. C'est un pouvoir juridictionnel attaché au statut et à la fonction des juges. Mais il peut, et même il doit, s'intéresser aux conséquences juridiques et à leur transcription comptable.

Alors, pour en être un peu plus convaincu, je vais encore faire l'analyse des quelques textes qui ont récemment instauré certaines autorités, concernant directement les experts-comptables. Vous avez tous entendu parler de l'autorité des normes comptables (ANC) créée par ordonnance du 22 janvier 2009, en lieu et place du fameux CNC que nous connaissions tous et du Comité de la Réglementation Comptable. On voit disparaître deux entités au profit d'une seule qui est à la fois le prescripteur des normes et éventuellement le juge de leur bonne application, ce qui peut poser à terme d'autres problèmes.

L'ANC est chargée d'établir sous forme de règlements et non de recommandations, comme nous le connaissions antérieurement, l'utilisation des prescriptions comptables de façon générale ou sectorielle. On demande à un expert-comptable de bien voir si le cas qui lui est soumis reçoit une application normale et cohérente des règles comptables. De la même façon, on peut penser a priori qu'une normalisation comptable a été initiée en ce qui concerne le domaine administratif, puisqu'il existe un Conseil de la Normalisation des Comptes Publics (CNOCP). Il est même prévu et recommandé que l'ANC et le CNOCP travaillent de concert pour harmoniser leurs points de vue sur un certain nombre de sujets dont la liste vient de paraître.

Je pense donc que tirer de l'alinéa 3 de l'article 238 du Code de procédure civile la conclusion que l'expert-comptable de justice doit se désintéresser des questions juridiques et plus encore des conséquences juridiques d'un certain nombre de faits soumis à son attention ne me paraît pas concevable, sauf à accepter le risque qu'il commette des erreurs d'appréciation ou qu'il ne remplisse pas correctement sa mission ce qui, dans les deux cas, pourrait conduire à devoir écarter son rapport.

Sous réserve de la confirmation par les tribunaux, en l'état actuel des choses, vu cet alinéa 3, et vu surtout la construction comptable dont j'ai parlé tout à l'heure dans un premier temps avec ce décret très important et la création de l'Autorité des Normes Comptables, cet article doit s'entendre comme visant l'interdiction de dire le droit. Seul le juge peut dire le droit et l'expert-comptable de justice n'est là que pour tirer les conséquences comptables d'une situation qui doit d'abord être examinée sous l'angle juridique.

M. MATET.- A nouveau, sur cette distinction du fait et du droit, Monsieur le Premier Vice-président, pourriez-vous nous éclairer sur des notions que l'on retrouve très fréquemment dans les opérations d'expertise, c'est-à-dire celle de responsabilité et celle de faute.

M. VIGNEAU.- En deux mots, c'est surtout au juge qu'il est fait interdiction de déléguer ses pouvoirs à l'expert en lui demandant de dire le droit. Il peut arriver à l'expert de dire le droit et rien n'interdit au juge de reprendre l'analyse de l'expert. Simplement, ce dernier ne pourra pas demander la rémunération du temps consacré à dire le droit, puisque cela échappe à sa mission.

Il existe une distinction théorique entre le fait et le droit et, normalement, on ne doit demander à l'expert qu'un éclairage sur une question de fait. Mais il y a la théorie et la pratique. Autrement dit, il y a le droit et le fait. Dans bien des domaines, la distinction entre le fait et le droit est très subtile, notamment en matière de responsabilités. Lorsqu'il s'agit de déterminer la responsabilité d'un professionnel, on se réfère aux règles de l'art, lesquelles sont une question de fait. Mais le seul fait de constater qu'un professionnel n'a pas respecté ces règles suffit à caractériser la faute. Dès que l'on dit le fait, on dit le droit. Vous voyez donc bien la difficulté qu'il y a à distinguer le fait et le droit, en particulier en matière de comptabilité, puisque la comptabilité c'est du droit. C'est la transcription d'une situation économique selon des règles de droit.

Si je désigne un expert pour déterminer la responsabilité d'un expert-comptable ou d'un commissaire aux comptes, je vais lui demander de dire si son confrère a bien appliqué le droit, puisque que je vais lui demander s'il a bien appliqué les règles de comptabilité, s'il a suivi le plan comptable, quel avis, lui, professionnel, il porte sur la traduction qu'il a faite d'une situation économique. C'est vrai que la distinction entre le fait et le droit est très subtile.

Si nous voulons parler clair, ce qui est interdit à l'expert, ce n'est pas de faire du droit, mais de trancher en droit. Quand il est confronté à une difficulté, il peut être amené à dire : *« Plusieurs interprétations s'offrent à moi. »* Ce contrat peut avoir deux interprétations. Je peux demander aux parties celles qu'elles soutiennent et moi, expert, je ne vais pas trancher et je peux en revanche dire : *« Il y a telle ou telle interprétation ; si celle-ci est retenue, voilà les conséquences qui en découlent. Si telle autre interprétation est retenue, voici quelles sont les autres conséquences. »* Il doit offrir une alternative au juge, sans avoir à trancher. L'expert n'est pas là pour cela, mais on ne peut pas lui interdire de faire du droit, car c'est dans son essence même, surtout pour un expert-comptable.

M. MATET.- Je voudrais que nous terminions les travaux de cette table ronde par le principe de la contradiction qui agite les esprits de beaucoup de colloques d'experts. Ce principe déploie ses effets à travers une faculté de dialogue qui est offerte à chacune des parties, puisqu'elle peut dans ce cas adresser à l'expert des observations auxquelles ce dernier est tenu de répondre dans son rapport.

Le principe de la contradiction déploie aussi un autre effet qui est celui d'une obligation de dialogue. En effet, les parties sont obligées de participer à la controverse technique, ce qui suppose que l'expert associe ces dernières au processus d'élaboration de son avis, car une expertise c'est d'abord une démonstration qui va conduire à des propositions destinées à convaincre le juge et les parties de la pertinence et du bien-fondé de celles-ci.

C'est dans cet esprit qu'avec un certain nombre d'entre vous qui êtes ici, nous avions proposé au Premier Président de la Cour d'appel de Paris, il y a quelques années, de réfléchir à l'étape conclusive des opérations d'expertise. Suite à cela, un groupe de travail a été monté et nous avions fait une proposition, notamment celle d'imposer à l'expert ou de proposer que l'expert dépose un document de synthèse. Ce document de synthèse, je dois cette information à Mme le Premier Vice-président David figure dans une grande majorité d'expertises ordonnées par le Tribunal de Grande Instance de Paris en référé. Je voudrais savoir ce que les deux acteurs de l'expertise en pensent. D'abord, l'avocat, Maître Kleiman.

Me KLEIMAN.- On ne peut qu'être favorable au contradictoire lorsqu'on a la charge de la défense des intérêts des parties. Pour moi, c'est forcément une avancée, forcément une bonne chose. On peut toutefois tempérer le propos d'un bémol : le ralentissement du cours de l'expertise, son éventuel surenchérissement aussi, sont peut-être la conséquence immédiate du contradictoire. Mais si l'on a l'esprit les expertises complexes du droit des affaires -et c'est vrai que la place de Paris en attire de nombreuses- je crois qu'il est absolument indispensable de prendre conscience qu'une étape comme celle du pré-rapport suivi d'un dernier tour d'échanges va faciliter la compréhension de la rationalité de la démarche de l'expert, et également l'acceptation, y compris par la partie qui ne l'emporte pas, de la solution préconisée par l'expert. Lorsque les débats sont compliqués et que le fait et le droit s'y côtoient parfois jusqu'à la grande proximité, le débat contradictoire n'est jamais de trop. J'y suis donc favorable.

M. MATET.- Même question à M. Asse en lui demandant quels sont les avantages et les inconvénients.

M. ASSE.- Je partage totalement l'avis de Me Kleiman sur cette question, car je pense que cette pratique permet de sécuriser les travaux d'expertise, puisqu'on livre aux parties la compréhension que l'on a pu avoir de la problématique qui les oppose, tout comme notre raisonnement intellectuel, et en leur offrant la possibilité de faire toutes remarques utiles et de faire valoir toutes objections.

Je pense que cela retarde effectivement un peu le cours de l'expertise et que cela renchérit momentanément le coût de l'expertise, mais cela sécurise aussi les étapes suivantes. C'est une phase qui permet également de faire accepter, je ne dis pas « la défaite », mais du moins certaines positions qui ne sont pas à la hauteur des espérances de certaines parties.

M. MATET.- Nous achevons-là les travaux de la première table ronde.

(Applaudissements)

M. LE TEUFF. – Il nous a été rappelé tout à l'heure que le Code de Justice Administrative avait prévu la participation d'experts à la commission chargée d'examiner les candidatures pour chaque cour d'appel. Je m'adresse plutôt aux magistrats de l'ordre judiciaire : pensez-vous qu'une disposition semblable soit envisageable dans le processus d'inscription sur les listes de l'ordre judiciaire, sachant qu'un dispositif similaire existe aujourd'hui, mais seulement pour les réinscriptions ?

M. MATET.- Pour ma part, je n'y vois que des avantages. La logique du système et son parachèvement sont d'adopter des positions similaires à celles qui existent pour la justice administrative. Je ne sais pas ce qu'en pense Vincent.

M. VIGNEAU.- Je ne suis qu'un modeste juge de première instance et ne participe donc pas à l'établissement des listes. Je n'ai donc pas un avis aussi éclairé que Patrick Matet. Dans une vie antérieure, j'étais secrétaire général d'une cour d'appel et, à l'époque, il n'y avait aucune participation en droit des experts, tant pour l'inscription que pour la réinscription. La pratique locale qui, je pense, était assez répandue, consistait à demander un avis officieux à la Compagnie des experts de façon générale ou au Conseil de l'Ordre lorsqu'il s'agissait de médecins ou encore à l'Ordre des Architectes quand il s'agissait d'architectes. Autrement dit, on organisait une consultation en amont car, comme le disait Mme de Boisdeffre tout à l'heure, ce sont les experts qui connaissent le mieux leurs pairs qui sont le plus à même d'apprécier la pertinence de leur qualification et l'autorité que leur confère leur expérience, beaucoup plus que les juges qui sont d'abord des spécialistes du droit et non de la matière technique.

Dans certains autres pays, comme en Allemagne, ce sont les organisations professionnelles qui dressent la liste des experts. C'est par exemple la Compagnie des ingénieurs dans telle matière qui propose ses experts à la juridiction.

Je crois que c'est indispensable d'avoir cette participation des experts au processus d'élaboration des listes.

Mme de BOISDEFFRE.- Je suis très bavarde, vous l'avez vu, mais je vais quand même profiter de votre question pour apporter une précision, à savoir que l'article pertinent (R.221-10) précise qu'il y a au moins deux experts au sein de la commission et que le nombre des experts ne peut jamais excéder le tiers des membres. Un dosage est ainsi fait.

J'insiste sur ce qu'a dit Vincent Vigneau, car il est vrai qu'au-delà de la qualification, c'est parfois la qualification très subtile qui va permettre d'inscrire l'expert, qui candidate pour plusieurs éléments de la nomenclature, dans la bonne rubrique. Les choses sont parfois tellement techniques et précises que l'aide et l'avis des experts sont très précieux.

M. VIGNEAU.- Je soutiens même que, dans certaines matières extrêmement pointues, avant de désigner un expert, le juge peut désigner un consultant pour l'aider à choisir l'expert et à définir la mission de celui-ci. Vous savez qu'il existe une disposition qui est très peu appliquée, qui est la conférence, qui permet à un juge, lorsqu'il désigne un expert, de ne pas définir tout de suite la mission, ni le calendrier, mais de désigner l'expert, de réunir les parties et, en commun avec eux, de définir plus spécialement la mission et le calendrier.

Je l'ai fait une fois car c'était une matière extrêmement technique, une histoire de tuyaux et de béton très compliquée. J'ai désigné un expert que je connaissais et nous avons défini ensemble un calendrier avec des rendez-vous ensuite avec l'expert et le juge.

Je crois que c'est une disposition que l'on ne met pas assez en valeur et qu'il est utile que tous participent à l'élaboration de l'expert. Dans le ressort de la Cour d'appel de Versailles, à l'initiative de M. le Premier Président, nous avons mis en place un groupe de travail qui associait des juges, des experts et des avocats du ressort de la Cour de Versailles, mais aussi de Paris, pour élaborer des missions harmonisées d'expertises. Ce travail que j'ai conduit a permis à chacun d'intervenir dans un cadre non institutionnel sans avoir de dossier derrière. Bien évidemment, quand on entend un avocat donner son point de vue, on sait que, derrière, il défend l'intérêt de son client. C'est son métier. On ne l'écoute donc pas de la même façon qu'une personne qui intervient avec une parole neutre.

Nous étions dans un cadre apaisé, non juridictionnel, non institutionnel et nous avons pu faire tourner la parole. Nous nous sommes alors rendu compte que nous n'avions pas du tout les mêmes attentes vis-à-vis de l'expertise, tant au niveau de l'avocat que du juge ou encore de l'expert et qu'il y avait des malentendus, notamment en matière d'expertises concernant les bâtiments, et que nous n'attendions pas du tout la même chose de l'expert, ce qui a permis de mettre tout à plat.

Je crois aux vertus du dialogue, de la réflexion. Nous parlions du pré-rapport pour l'expertise, mais on peut presque prévoir aussi un pré-rapport pour le juge. S'agissant de la mission d'expertise, je ne vois aucun inconvénient au fait que le juge discute et soumette à la contradiction le projet de mission qu'il envisage.

M. MATET.- Je crois que le rapporteur général est prêt à reprendre la parole, donc je la lui cède bien volontiers.

M. FOURNIER.- Je tenais à remercier nos deux professeurs pour les cours magistraux qu'ils nous dispensés avec brio.

Je tenais aussi à remercier sincèrement tous les intervenants de cette première table ronde. Je vous propose que nous allions nous restaurer et que nous revenions ici à 14 heures.

(Applaudissements)

(La séance est suspendue à 13 h et reprise à 14 h 30)

Photo © Jean-René Tancrède. Téléphone 01 42 60 36 35

(De gauche à droite) Elie KLEIMAN, Martine de BOISDEFFRE, Patrick MATET, Michel ASSE, Vincent VIGNEAU, Didier FAURY, Jean-Luc FOURNIER, Patrick LE TEUFF, Gérard de FOURNAS.

ALLOCUTION DE

Madame

Brigitte HORBETTE

CONSEILLER HONORAIRE À LA COUR D'APPEL DE PARIS
PRÉSIDENTE DE LA COMMISSION DE RÉINSCRIPTION DES EXPERTS

M. **FOURNIER**.- Le Président Degrandi, qui devait introduire la deuxième partie de notre Congrès, a été retenu à la Cour d'appel. Mme Brigitte Horbette, Conseiller à la Cour d'appel de Paris, nous fait l'honneur et le plaisir de le représenter.

Madame le Conseiller, je vous laisse la parole.

Mme HORBETTE.- Merci beaucoup, Monsieur.

Je vous présente les regrets de M. Degrandi de ne pas être parmi vous aujourd'hui. Il m'a toutefois chargée de vous lire son discours, ce que je vais essayer de faire le plus fidèlement possible, conformément à ses vœux.

Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les experts, je suis particulièrement sensible au fait que votre Président ait souhaité mon intervention dans le cadre des manifestations qui marquent le centenaire de la Compagnie Nationale des Experts Comptables de Justice. C'est toujours pour moi un grand plaisir que de vous rencontrer et d'exposer le point de vue du juge sur les thématiques qui vous intéressent.

Avant d'aborder celle de l'expertise et de la preuve qui retient votre attention aujourd'hui, permettez-moi de rappeler que les Compagnies d'experts ont vu le jour au début du 20ème siècle avec l'apparition des premières listes d'experts judiciaires. Celle qui vous réunit aujourd'hui a été créée le 11 mars 1913, M. Faury l'a rappelé ce matin. Elle se dénommait alors « Compagnie des Experts Comptables près le Tribunal de Première Instance de la Seine ».

Au fil du temps, elle a étendu son champ d'action pour englober en 1933 tous les experts-comptables judiciaires de la Cour d'appel de Paris, puis des autres Cours. Enfin, pour prendre en compte tous les ordres de juridictions, elle a abandonné en 2007 l'appellation d'« expert-comptable judiciaire » au profit de celle d'« expert-comptable de justice ».

Bien que leur rôle ne soit pas réglementé, les Compagnies d'experts, et la vôtre tout particulièrement, œuvrent pour un meilleur fonctionnement de la justice en créant et en gérant des centres de formation, en proposant régulièrement à ses membres des journées d'étude sur des sujets techniques ou en éditant et en diffusant un guide pratique de l'expertise.

Elles permettent aux experts judiciaires de se familiariser avec les règles procédurales applicables devant chaque juridiction, mais aussi d'actualiser leurs connaissances. Elles contribuent à garantir la qualité des travaux des experts de justice. Elles participent à une meilleure définition du rôle et des obligations des experts en émettant des avis lorsque des réformes textuelles sont envisagées ou en énonçant et en diffusant les règles déontologiques pour chaque spécialité ou profession. Ce faisant, elles favorisent les relations de confiance qui se sont nouées entre les experts de justice et les juges.

Je me plais à souligner que les rapports entre votre Compagnie et l'institution judiciaire sont dignes de la plus haute confiance. Au point d'ailleurs qu'elle assure même l'initiation de magistrats de la Cour à la comptabilité.

Je lui exprime publiquement la haute considération qu'elle m'inspire. Elle est au nombre de celles qui contribuent à l'efficacité de l'expertise en tant que moyen de preuve dans le procès, ce qui me ramène au sujet du jour.

Comme vous le savez, le juge civil dispose d'un panel de mesures d'instruction qu'il peut ordonner, dès lors qu'il ne dispose pas d'éléments suffisants pour statuer. Son choix est guidé par deux impératifs posés par l'article 147 du Code de procédure civile lui imposant d'ordonner la mesure la plus simple, mais également la moins onéreuse. S'il fait le choix d'ordonner une expertise, c'est dans le but de faire émerger une vérité scientifique, technique ou analytique de comportements humains. Le résultat ne sera revêtu de la force probatoire que si les opérations d'expertise se sont déroulées dans le respect de règles essentielles qui garantissent la légitimité de l'expert et l'effectivité des droits des parties.

De la collecte des pièces et informations nécessaires à l'exécution de sa mission, jusqu'à leur exploitation et à l'élaboration de son rapport, l'expert judiciaire dispose d'une certaine liberté d'action. Il peut se reposer sur un corpus de textes pour obtenir les documents et informations utiles à la réalisation de sa mission.

Ainsi, les articles 10 du Code Civil et 11 du Code de Procédure Civile disposent que les parties, mais également les tiers, sont tenus d'apporter leur concours aux mesures d'instruction. Les parties se doivent notamment de -je cite- : *« Remettre sans délai à l'expert tous les documents que celui-ci estime nécessaires à l'accomplissement de sa mission. »*

Je vous renvoie une nouvelle fois à ce propos aux bonnes pratiques définies par les conventions signées entre la Cour d'appel de Paris, les juridictions du ressort, l'Ordre des Avocats et l'Union des Compagnies d'Experts de la Cour d'appel de Paris en dates respectives des 4 mai 2006, s'agissant de la conduite et de la gestion des opérations d'expertise et 8 juin 2009 relatives au document de synthèse et au calendrier d'expertise qui décrivent notamment les modalités de transmission des pièces entre les parties et l'expert.

Si les parties font le choix initial des pièces ou des informations qu'elles délivrent à l'expert, celui-ci est en droit d'en réclamer d'autres, soit à la demande de la partie adverse, soit de sa propre initiative. De même, il lui est possible de recueillir des parties ou des tiers à la procédure toutes informations orales ou écrites, dès lors qu'elles sont nécessaires à l'accomplissement de sa mission.

A ce titre, il n'est pas tenu de recueillir les déclarations des tiers qui lui sont désignés par les parties et peut n'entendre que ceux dont l'audition apparaît utile à l'exécution de sa mission.

Il dispose également d'une certaine liberté de manœuvre dans la conduite des opérations d'expertise, puisqu'il peut décider des réunions avec les parties, des modalités de consultation et d'examen par lui de certaines pièces, tout comme il lui est permis de faire des investigations ou des recherches.

Enfin, il peut, de sa seule autorité, solliciter l'avis d'un technicien, dès lors que celui-ci est d'une spécialité autre que la sienne ou s'adjoindre les services d'un assistant qui agira sous son contrôle et sa responsabilité. Il obtiendra ainsi un éclairage sur des points ne relevant pas de sa compétence.

Sa liberté dans l'accomplissement de sa mission n'est néanmoins pas totale. L'expert judiciaire détient en effet son pouvoir du juge qui l'a missionné, mais qui ne s'est pas dessaisi du dossier, ni ne lui a délégué son *imperium.* Ainsi, si les parties et les tiers sont tenus de communiquer spontanément à l'expert les pièces ou informations qu'ils détiennent et de collaborer avec lui, celui-ci ne dispose d'aucun pouvoir coercitif en cas de résistance ou d'obstruction. Il se doit alors de faire retour au juge chargé du contrôle des opérations d'expertise qui possède seul les moyens légaux pour lever ou contourner les obstacles ou obstructions à la mission de l'expert ou de tirer toutes les conséquences de ces oppositions.

De même, l'expert ne peut entendre des tiers comme témoins, seul le juge disposant de ce pouvoir. Ainsi, les personnes qu'il peut entendre ne prêteront jamais serment. Il ne peut pas plus pénétrer dans des lieux privatifs sans autorisation et devra, le cas échéant, faire obtenir par la partie qui y a intérêt une décision de justice, en principe une ordonnance de référé, pour y parvenir, généralement en présence d'un huissier.

Par ailleurs, la jurisprudence retient que l'expert est en droit de faire des recherches, d'entendre des sachants, de consulter des documents, notamment comptables, ou d'analyser des pièces qui lui ont été remises en dehors de la présence des parties. En revanche, il doit toujours soumettre à ces dernières le résultat de ses investigations et leur permettre de formuler toute observation ou critique à leur sujet avant le dépôt de son rapport.

Il doit également toujours s'assurer que les pièces qui lui sont remises par une partie ont été portées à la connaissance de la ou des autres parties.

Il se doit encore de prendre en considération les observations et réclamations des parties et doit en outre faire mention dans son avis de la suite qu'il leur aura donnée. Le non-respect du principe de la contradiction entraîne la nullité de l'expertise et il appartient au juge d'apprécier si le comportement de l'expert a pu porter atteinte aux droits de la défense.

Le respect de ces règles méthodologiques et procédurales est nécessaire mais, comme je l'ai laissé entendre il y a quelques instants, pas suffisant pour que l'expertise deviennent un élément de preuve déterminant. Il faut aussi que des prescriptions de comportement soient impérativement respectées. L'expert, s'il veut aboutir à une expertise efficace, se doit, avant d'accepter sa mission, de s'assurer de l'absence de conflit d'intérêts, autrement dit, être tout à fait transparent sur les relations plus ou moins distantes qu'il peut avoir ou avoir eu avec une partie, voire le Conseil de celle-ci et souscrire en conséquence une déclaration aussi exhaustive que possible pour se mettre à l'abri de la moindre suspicion en cours d'expertise.

Il se doit aussi, tout au long de l'accomplissement de sa mission, de conserver son indépendance en restant objectif et impartial, comme l'exige l'article 237 du Code de procédure civile, mais également en respectant scrupuleusement le principe de la contradiction qui vient d'être évoqué.

Au même titre que le magistrat qui lui délègue une partie de ses pouvoirs, l'auxiliaire de justice tire sa légitimité de la confiance qu'il inspire et, en cela, participe à l'élaboration d'une décision acceptée et efficace. L'honnêteté intellectuelle, la probité et l'honneur lui imposent une neutralité vis-à-vis des acteurs du procès. Il se doit donc de contenir toute inclination personnelle, au risque de voir annuler son expertise. A ce propos, la Cour de cassation se fondant sur l'apparence exige que les circonstances de l'intervention de l'expert ne doivent pas faire craindre ou soupçonner par les parties qu'il n'est pas libre, sinon il sera récusé si la difficulté est décelée en temps utile ou déchargé de sa mission ou, dans les cas les plus graves, renvoyé en formation disciplinaire.

Une bonne justice dont nous sommes tous comptables ne supporte pas que l'intervention du technicien se transforme en procès dans le procès. L'expert doit donc toujours avoir à l'esprit la méthode et le comportement. Son travail doit être le fruit d'une procédure qui a garanti la confrontation des points de vue et une discussion sur toutes les hypothèses. Il doit être à l'abri de tout soupçon de partialité. Dans cette mesure, il se dégagera de ses travaux une vérité expertale avec un moindre risque d'erreur et surtout une force probante rarement remise en cause par le juge.

Je ne doute pas un instant que vous soyez tous soucieux de parvenir en toutes circonstances à ce que tel soit le cas.

Je vous remercie de l'attention que vous avez bien voulu me prêter à l'occasion de ce centenaire, qui confère à votre Compagnie une légitimité quasi institutionnelle et je m'en réjouis. Elle est le gage que tout ce qui est accompli sous sa houlette est le fruit de l'expérience, de l'efficacité qui en résulte et de l'honorabilité qui seules peuvent expliquer une longévité à toute épreuve.

Merci.

(Applaudissements)

L'INSTRUMENTALISATION DE LA PREUVE PAR LES PARTIES

Table ronde animée par Monsieur

Didier CARDON

EXPERT PRÈS LA COUR D'APPEL DE PARIS, AGRÉÉ PAR LA COUR DE CASSATION
PRÉSIDENT DÉSIGNÉ DE LA COMPAGNIE NATIONALE DES EXPERTS-COMPTABLES DE JUSTICE

M. FOURNIER.- Nous allons donc passer maintenant à la deuxième table ronde qui va traiter de l'instrumentalisation de la preuve par les parties.

Nous avons demandé à différentes personnalités de venir nous entretenir de ce sujet :

- M. Yves Gérard, Doyen de la Chambre commerciale, économique et financière de la Cour de cassation,
- M. Frank Gentin, Président du Tribunal de Commerce de Paris,
- Notre confrère Didier Cardon qui va animer la table ronde,
- Me Olivier de Maison Rouge, Avocat au Barreau de Clermont-Ferrand,
- M. Alexandre Gallois, Professeur de droit qui va donc apporter l'éclairage de l'Université.

Mon cher Didier, je te passe la parole.

M. CARDON.- Merci, mon cher Jean-Luc.

Nous étions rassurés tout à l'heure, car nous nous sentions un peu en « garde à vue » avec la lumière dans les yeux, mais c'est peut-être pour que nous ne nous assoupissions pas à cette heure !

En tout cas, on entrevoit quelques personnes dans la salle, ce qui est encore bon signe.

Sur André Comte-Sponville, philosophe bien connu, en tout cas dans les Compagnies d'experts de justice, dans plusieurs colloques il nous parlait de sophistique qui est de dire que rien n'est vrai. Fameuse phrase de Nietzsche : « *Tout est faux* ». Heureusement, il rajoutait : « *L'expert dit le vrai* » et disait perfidement : « *le Conseil dit l'utile* » Il disait aussi : « *L'expert est au service de la recherche de la vérité et le Conseil est au service de la victoire* ». Il aurait pu rajouter aussi cette phrase du grand philosophe Pierre Dac qui disait : « *Tout est dans tout et réciproquement* ».

En fait, l'expert va se retrouver à la recherche de la vérité et donc être celui qui va douter raisonnablement. Il va aussi être un « réducteur d'incertitudes », pour reprendre une expression que mon ami Pierre Loeper aime bien, et notamment se servir de preuves.

Au cours de cette table ronde qui est très dense -mon rôle principal va être de surveiller la montre pour le minutage- nous allons aborder quatre points principaux et tout d'abord deux thèmes particuliers pour fixer le cadre dans lequel cette recherche de preuve intervient pour l'expert. Nous allons dire un mot de la pratique ou de l'ancienne pratique du Tribunal de Commerce de Paris en matière d'article 145, puisque nous avons la chance d'avoir son Président avec nous.

Le Professeur Gallois nous parlera des spécificités dans le cadre pénal dans le prolongement de l'exposé de M. le Procureur Général Falletti qui, ce matin, a évoqué un certain nombre de points sur l'enquête préliminaire, l'enquête pour le juge d'instruction, les enquêtes nommées par la juridiction directement.

Puis, dans une seconde partie, nous allons voir sur quatre points les caractéristiques de la preuve en matière civile. Le Doyen Gérard nous donnera toute l'expérience de la Cour de cassation sur la preuve déloyale.

En matière pénale, nous aurons aussi la position de la Cour de cassation et de la jurisprudence, puisque l'approche est un peu différente.

Nous aurons un mot en matière administrative ou para-administrative -je vous demande votre indulgence, Mme le Président- notamment sur l'autorité de la concurrence, puisque certaines preuves peuvent être obtenues par l'Autorité de la Concurrence et être utilisées ou pas selon le secret des affaires.

Enfin, dernier pôle de choix que personne ne maîtrise -jusqu'à présent, mais cela va s'éclairer dans une heure- : lorsqu'il y a plusieurs procédures en cours, et notamment une procédure pénale, peut-on utiliser des documents de la procédure pénale dans une procédure civile, sachant que l'instruction n'est pas terminée ? Ce sera peut-être le feu d'artifice si nous ne sommes pas chassés par la fermeture pour les nocturnes.

Je laisse tout de suite la parole à mon voisin, M. Gentin. Pendant longtemps, le Tribunal de Commerce de Paris avait la réputation d'avoir une position plus restrictive en matière de nominations, notamment pour la recherche de la preuve en article 145. Pouvez-vous nous dire si cette exception continue ou est redevenue dans des sphères plus traditionnelles ?

Monsieur GENTIN

Merci beaucoup de me donner la parole sur ce sujet qui me semble important.

Je précise que vous avez mis la barre assez haut, puisque vous m'avez changé le sujet hier soir et que vous avez attaqué avec des citations de M. Comte-Sponville. Je vais être beaucoup plus terre à terre. Ne soyez pas déçus.

Pour vous dire un mot sur ce sujet, je voudrais vous rappeler ce qu'il y a dans l'ADN des juges du commerce. Ce sont des chefs d'entreprises qui ont un double souci permanent : le premier est celui de la rentabilité et de l'efficacité. Comme le juge du commerce est le juge du contrôle de l'expertise, il va essayer d'être très attentif au 147. J'ai été très heureux d'entendre Mme Horbette rappeler les dispositions de cet article. Le juge du commerce va essayer de faire en sorte que la procédure se déroule vite et bien.

Deuxième point de l'ADN du juge du commerce, qu'on le veuille ou non, c'est que, comme dans sa vie professionnelle, il a l'habitude de discuter avec ses clients, ses fournisseurs et ses salariés, il est naturellement enclin à la conciliation. Il a toujours en tête l'article 21 quand il est en train de traiter les contentieux au fond, mais aussi qu'il y a peut-être un moyen que les parties se rapprochent. Evidemment, il va strictement respecter le code de procédure -nous allons venir au 145-, mais il faut savoir que le juge du commerce, lorsqu'on s'adresse à lui, a en arrière-pensée la possibilité de concilier.

Vous m'invitez à dire un mot sur la question de la jurisprudence ou de la pratique du Tribunal de Commerce en matière de 145. En fait, c'est assez simple. On vient d'une interprétation pure et dure qui a été infléchie par la jurisprudence de la cour d'appel et de la Cour de cassation et depuis maintenant plusieurs années, les ordonnances prises en référé par les juges du Tribunal de Commerce ont ouvert un peu la porte au sujet du préjudice. Ce que je disais en préambule éclaire bien ce qu'il y a dans la tête du juge du commerce.

Naturellement, le 145 est une mesure d'instruction et il ne s'agit pas de transférer à l'expert le calcul d'un préjudice ou, comme le disait Mme Horbette tout à l'heure, de faire une procédure dans la procédure ou un procès dans le procès, notamment en matière comptable et financière. Il va de soi que la frontière entre la mesure d'instruction et le passage au terrain du préjudice est en général très ténue.

Ainsi, la pratique du Tribunal de Commerce est que, dès lors qu'il y a un motif légitime et qu'il ne s'agit pas de tirer des plans sur la comète -on a aussi à l'esprit l'article 146- le juge du commerce est prêt à prendre une ordonnance confiant à l'expert un petit débordement. Au Tribunal de Commerce de Paris, nous pensons que nous avons *l'imprimatur* de la Cour Suprême sur ce plan.

Depuis un certain nombre d'années, nous sommes allés sur ce terrain et cela nous semble être assez efficace, car la plupart des mesures d'instruction que nous ordonnons dans le cadre de l'article 145 ne reviennent souvent pas devant nous. Qu'est-ce que cela signifie ? Soit il n'y a pas matière et la recherche de la preuve n'a pas abouti, auquel cas le demandeur ne poursuit pas son action et laisse tomber, soit il y a de la matière et si la mission de l'expert a été correctement rédigée -on sait bien que ce n'est pas la mission de l'expert de concilier-, l'apparition au cours de la procédure du rapport incontournable d'un expert ayant l'autorité de l'expertise facilite le rapprochement des parties.

Le juge du commerce ne demande pas à l'expert de rapprocher les parties, mais quand celui-ci fait bien son rapport, on observe que celles-ci se rapprochent plus facilement. En matière commerciale, il est bien évident que lorsque les parties se rapprochent, tout le monde est satisfait que la procédure est raccourcie, qu'il n'y a pas de recours et que c'est plus efficace en termes de rentabilité, si vous me permettez d'utiliser une nouvelle fois ce mot.

Voilà ce qui nous guide. Nous sommes des juges de première instance. Nous avons donc la sécurité de nos amis de l'autre côté du boulevard. Tel est le terrain sur lequel nous allons et qui nous semble satisfaisant, avec toutefois un petit bémol de mon point de vue -je vois au fond de la salle une bonne partie de l'équipe des juges chargés du contrôle du Tribunal de Commerce de Paris-, à savoir que nous souhaiterions que tout cela aille un peu plus vite, car je pense -c'est un *leitmotiv* permanent sur le quai de la Corse- que les délais sont essentiels à l'efficacité des procédures.

Ai-je répondu à votre question ?

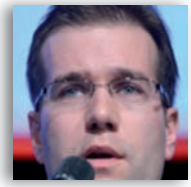
M. CARDON.- Tout à fait. Vous nous montrez que la Corse peut être rapide !

(Rires)

Merci, Monsieur le Président. Dans le cadre pénal avant de voir la recherche et la quête, on dit souvent en matière pénale : « *la liberté dans la légalité* ». Certains disent –moins, évidemment- que : « *tous les coups sont presque permis du moment que l'on trouve la vérité* ».

Monsieur le Professeur, pouvez-vous nous donner dans ces différentes phases que nous avons abordées ce matin et que M. Falletti a rappelées, quelques précisions et nous rappeler notamment un certain article 427 du Code de procédure pénale ?

Monsieur GALLOIS



Merci, Monsieur le Président.

L'expert intervenant dans le cadre pénal peut le faire dans trois cadres principaux :

- l'enquête préliminaire,
- l'instruction,
- le jugement.

En pratique, c'est souvent celui de l'enquête préliminaire. Pourquoi ? La plupart des infractions économiques et financières sont des délits. Pour cette catégorie d'infractions, l'ouverture d'une information judiciaire est facultative et les parquets sollicitent de moins en moins les magistrats instructeurs pour mettre une affaire en état d'être jugée. Statistiquement, l'instruction concerne environ 5% des affaires pénales.

Quel que soit le cadre procédural, la nature de la mission ne change pas. Il est important de le souligner parce que dans le cadre d'une enquête, le Code de procédure pénale ne parle pas d'expert mais de personne qualifiée. On ne parle pas non plus d'expertise mais d'examen technique et scientifique. Ces différences terminologiques n'ont pas d'influence sur la mission demandée à « l'expert » (au sens générique du terme), comme

l'a clairement affirmé la chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt du 14 septembre 2005. En d'autres termes, ce qui peut être demandé à un expert-comptable dans le cadre d'une enquête ne diffère pas de ce qui peut lui être demandé dans le cadre d'une instruction.

En revanche, selon le cadre procédural concerné, les conditions d'intervention ne sont pas les mêmes. L'idée principale à retenir est qu'il n'y a pas de contradictoire dans l'enquête pénale. Dans le cadre d'une enquête, l'expert-comptable n'aura qu'un seul interlocuteur : le Parquet. Il n'aura pas de contact avec les parties. Le cas échéant, c'est un avantage et un risque. Un avantage, parce que c'est plus confortable. Il n'y aura pas de questions gênantes posées par les parties. C'est aussi un inconvénient : le travail effectué sera plus facilement contestable par les parties puisqu'elles n'y auront pas participé. Il faut bien comprendre - cela a été dit ce matin- que le contradictoire n'est pas un ennemi pour l'expert, bien au contraire. Dans le cadre d'une instruction, les règles sont plus précises et il y a du contradictoire. Les parties peuvent notamment demander au juge d'instruction de modifier ou de compléter les questions posées à l'expert et celui-ci peut recevoir des renseignements de la part des personnes poursuivies, du témoin assisté ou de la partie civile. Une fois le rapport terminé, les parties pourront demander un complément d'expertise ou une contre-expertise. Pour les expertises comptables et financières, le juge d'instruction doit laisser au minimum un mois aux parties pour analyser le rapport et pour formuler des observations.

Dans tous les cas, l'expert doit être prudent. C'est une évidence et cela a été rappelé ce matin. Il doit respecter scrupuleusement les termes de sa mission et ne pas empiéter sur le travail du juge. Faire du droit, oui, mais ne pas le trancher, comme l'a dit ce matin le Président Vigneau. Par exemple, il ne doit pas se prononcer sur des questions de responsabilité pénale, le risque de nullité serait alors encouru. En pratique, la nullité d'une expertise pénale est assez rare.

L'expert peut influer sur le champ de sa mission lors de sa désignation. Dans un arrêt du 15 juin 2005, la Cour de cassation a considéré que l'expert pouvait même avoir, avant sa désignation, accès à toutes les pièces de l'instruction, notamment afin de vérifier s'il était en mesure de réaliser la mission.

L'expert peut aussi avoir une mission trop étroite. Le cas échéant, il doit en référer au juge d'instruction, lequel pourra étendre le champ de la mission.

De façon générale, les parties peuvent, au cours de l'expertise, demander au juge d'instruction de prescrire à l'expert d'effectuer certaines recherches.

M. CARDON.- Merci, Monsieur le Professeur.

Ce matin, le Procureur Général, M. Falletti a évoqué une piste de solutions que le Président Faury connaît bien et qui est chère à son cœur -vous voyez qu'il y a une bonne solidarité entre les présidents de cette Compagnie- puisqu'en fait il est suggéré que, lorsque « l'expert » a terminé son travail dans l'enquête préliminaire dans le cadre de l'article 77-1, il liste les questions qu'il aurait aimé poser s'il avait pu rencontrer telle ou telle personne. Nous faisons donc progresser la réflexion en la matière.

Deuxième partie de cette intervention dans les quatre domaines, ce qui concerne les caractéristiques de la preuve en matière civile. Monsieur le Professeur, avant que M. le Doyen nous parle de la preuve illicite, déloyale, pouvez-vous nous rappeler très rapidement les quelques dispositions du Code Civil en matière de preuve ?

M. GALLOIS.- Dans le Code de procédure civile, plus de 200 articles concernent la preuve. Il y en a des dizaines dans le Code civil. Quels principes directeurs pour ce droit de la preuve ? Dans le Code de procédure civile, trois articles (9 à 11) les énoncent. Vous avez notamment la répartition des rôles entre les parties et le juge. Les choses sont connues. Cela a été rappelé ce matin.

Il est important que l'expert ne soit pas l'otage des parties, de leurs négligences, de leurs stratégies. En cas de difficultés, l'expert en réfère au juge qui peut se montrer plus coercitif et aller sur le terrain de la production forcée des pièces.

Dans le Code civil, il existe un système de preuve légale où différents modes d'administration de la preuve sont réglementés : preuves littérales, preuves testimoniales, présomption, aveu, serment. Une grande distinction est établie entre les faits juridiques, qui se prouvent librement, et les actes juridiques, où un écrit est en principe exigé.

Que faut-il retenir de ce droit de la preuve civile particulièrement dense ?

- un principe évident de légalité : il faut respecter les textes,
- un principe discuté de loyauté - M. le Doyen en parlera dans quelques instants-,
- un principe non écrit, mais qui est souvent utilisé : « *nul ne peut se constituer de preuve à lui-même* »

La mise en œuvre de ce droit de la preuve peut se heurter à des droits fondamentaux, notamment le droit au respect de la vie privée (article 9 du Code civil).

A côté de ce droit de la preuve, il faut souligner un autre droit qui lui est connexe et qui est moins connu : c'est le droit à la preuve. Sur ce point, il faut signaler un important arrêt du 5 avril 2012 rendu par la Première Chambre Civile de la Cour de cassation, au visa des articles 9 du Code Civil, 9 du Code de procédure civile, mais également 6 et 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

En l'espèce, il était question d'une lettre produite dans le cadre d'une affaire successorale. Les juges avaient écarté cette lettre parce qu'il était porté atteinte au secret des correspondances, tout comme au droit au respect de la vie privée. L'arrêt d'appel est cassé. Il a été reproché aux juges du fond de ne pas avoir recherché si la production de la lettre litigieuse n'était pas indispensable à l'exercice du droit à la preuve et proportionné aux intérêts antinomiques en présence.

Voilà donc un droit à la preuve, qui est assez flou, placé très haut dans la hiérarchie des normes juridiques et qui, je pense, peut bouleverser le droit de la preuve.

M. CARDON.- Merci, Monsieur le Professeur.

Vous faites une transition habile avec ce que va maintenant aborder M. le Doyen de la Chambre Commerciale Economique et Financière de la Cour de cassation en nous parlant du principe de loyauté -nous sommes toujours en matière civile- dans l'administration de la preuve et le respect dû au droit de la preuve, et notamment cette notion d'intérêt proportionnel, tout comme le fait de savoir si cette construction jurisprudentielle n'a pas été faite pour, quand même, dans certains cas, pouvoir

utiliser des preuves recueillies de manière limite avec un certain nombre de garde-fous.

Monsieur le Doyen.

Monsieur GÉRARD

Merci beaucoup.

Beaucoup de choses ont déjà été dites sur le sujet qui m'est imparti, ce qui devrait m'inciter à être bref. Est-il besoin de rappeler que la partie ayant la charge de la preuve en supporte le risque et échoue dans son action si elle ne la rapporte pas ? Il n'est donc pas totalement illégitime que cette partie puisse revendiquer -comme cela vient d'être indiqué- un droit à la preuve, c'est-à-dire le droit de faire surgir la vérité. Tous les coups ne sont cependant pas permis et l'exercice de ce droit doit être encadré. Il l'est par l'exigence d'une loyauté dans l'administration de la preuve. Il n'échappera toutefois pas, comme l'observation en a été faite en doctrine, qu'à exiger des preuves rapportées de manière angélique, on risque fort de créer des preuves diaboliques.

Un équilibre doit donc être trouvé, me semble-t-il, entre la loyauté dans la collecte des informations et le droit à la preuve. S'agissant tout d'abord du principe de loyauté, il n'est pas douteux que celui-ci ait été érigé par la Cour de cassation en un véritable principe autonome. D'ailleurs, dans son arrêt du 7 janvier 2011, l'Assemblée plénière l'a mentionné expressément dans le visa de son arrêt. L'exigence de loyauté vise la collecte et la preuve par les personnes privées, mais aussi par les agents de l'Etat.

Concernant la collecte par les agents de l'Etat -je vais être très bref, parce que d'autres en parleront-, je crois que la jurisprudence a dégagé, en matière d'enquêtes fiscales, douanières et de concurrence, une obligation de loyauté. J'en veux pour preuve que, dans un arrêt du 31 janvier 2012, la Chambre Commerciale a rappelé que les enquêteurs doivent, à l'appui d'une demande d'autorisation de visite et de saisie, produire des documents obtenus de manière licite. Or, les documents en cause avaient été volés.

Ensuite, les enquêteurs doivent faire connaître clairement aux personnes interrogées l'objet de leur enquête. Ils doivent les informer qu'ils peuvent se faire assister d'un Conseil (arrêts de la Chambre Commerciale du 24 mai 2011 et du 29 janvier 2013).

En matière douanière, fiscale et de concurrence, le principe de loyauté se pose aussi lorsque l'AMF ou l'Autorité de la concurrence procède à une sélection des pièces du dossier qui sera soumise à la Commission des Sanctions -je n'en parlerai pas, puisque ce point sera développé ultérieurement-.

Enfin, plus généralement, il faut savoir que les autorités se doivent de respecter, sauf dispositions contraires, les règles de procédure applicables en droit commun. Ce qui implique que la preuve ait été loyalement collectée. Un enregistrement effectué à l'insu de l'auteur des propos tenus ne l'est pas, comme l'a jugé l'Assemblée plénière dans l'arrêt précité du 7 janvier 2011.

S'agissant de la collecte par les personnes privées, il faut savoir que toutes les chambres civiles ont toutes la même approche, à savoir que la preuve doit être collectée de manière loyale, ce qui exclut les ruses, les machinations ou les stratagèmes en tous genres de nature à tromper ou à piéger l'adversaire. Il n'y a qu'en matière pénale -nous en parlerons ultérieurement- que cette exigence peut se trouver mise à l'écart. Encore faut-il toutefois préciser que cette liberté ne s'applique ni aux autorités de poursuite, ni aux juges d'instruction.

Le principe de loyauté implique que l'autre partie ait été informée de la collecte de la preuve ou ne puisse prétendre l'avoir ignoré. Ce qui est condamné, c'est la mise en place d'un système clandestin et, à ce titre, déloyal. On peut citer l'arrêt rendu par la Chambre Sociale le 4 juillet 2012 à propos de l'utilisation de lettres piégées à l'insu du personnel en vue de démasquer un employé qui ouvrait le courrier, ce qui constitue un stratagème rendant illicite le moyen de la preuve ainsi obtenue. Il en va également ainsi des conversations téléphoniques privées enregistrées à l'insu de l'auteur des propos invoqués. La Chambre Sociale a rendu toute une série d'arrêts que je ne citerai pas à ce sujet. Je me bornerai à vous citer l'arrêt du 6 février 2013. C'est également la position de l'Assemblée plénière dans cet arrêt du 7 janvier 2011.

Il faut donc informer les personnes auprès desquelles l'information sera collectée, mais cette information préalable n'est pas toujours nécessaire et la preuve peut être valablement recueillie si elle résulte de la seule utilisation de techniques connues et légitimes.

On peut citer un arrêt de la Chambre Sociale de 2001 à propos des relevés de communications téléphoniques adressées pour le règlement de communications correspondant au poste d'un salarié. On peut également citer l'arrêt de la Chambre Sociale du 6 février 2013 à propos de messages laissés sur un répondeur vocal d'un téléphone mobile.

En reproduisant lesdits messages, leurs destinataires n'en font pas un usage contraire à la loyauté, car l'auteur des propos ne pouvait pas ignorer que ceux-ci étaient enregistrés par l'appareil récepteur. Même chose pour les SMS, aussi bien par la Chambre Sociale le 23 mai 2007, que par la Première Chambre Civile le 17 juin 2009 à propos de la preuve en matière de divorce.

En la matière, on se bornera à souligner, faute de temps, que le droit social pose des problèmes spécifiques dès lors qu'a été admise l'existence d'une sphère de la vie privée dans l'entreprise. Une idée simple gouverne cette jurisprudence : les outils mis à la disposition du salarié sont présumés avoir une destination professionnelle, de sorte que l'employeur est en principe en droit de les ouvrir hors la présence de son employé. Le salarié peut toutefois leur affecter une identification « Personnel », de sorte que l'employeur ne peut les ouvrir hors la présence de son employé, sauf urgence ou événement particulier.

Je cite cette jurisprudence, car elle n'est pas ignorée des autres Chambres. Le 18 avril dernier, la Chambre commerciale a rendu un arrêt qui a fait application de ce principe à propos d'un problème de concurrence déloyale.

Voilà succinctement présenté le sujet de la loyauté de la preuve.

Voyons maintenant comment la jurisprudence fait appel au droit à la preuve pour favoriser la manifestation de la vérité. Ainsi que cela a été rappelé-je vais donc être très bref-, les principes applicables ont été clairement affirmés par la Première Chambre Civile dans un arrêt du 5 avril 2012. Alors qu'était en cause la production d'une lettre susceptible de porter atteinte à la vie privée et au secret des correspondances, la Première Chambre Civile a fait grief au juge du fond qui avait écarté cette preuve de ne pas avoir recherché si la production litigieuse n'était pas indispensable à l'exercice de son droit à la preuve et proportionnée aux intérêts économiques en présence.

La justification d'une telle atteinte repose sur la réunion de deux conditions :

- il faut que la preuve soit indispensable à l'exercice ; cette notion signifie que la pièce en cause doit être de nature à déterminer l'issue des débats, mais également qu'elle doit être la seule capable de permettre d'établir la réalité du droit litigieux,
- le principe de proportionnalité qui vient limiter l'atteinte ainsi portée.

Très brièvement, il faut savoir que cette justification permet un assouplissement du principe de loyauté. Je pense à un arrêt rendu par la Première Chambre Civile le 31 octobre 2012 qui avait admis qu'une compagnie d'assurance pouvait recourir à la filature par un huissier pour démontrer l'autonomie conservée par une personne handicapée qui prétendait que sa situation avait empirée et qu'elle ne pouvait plus se déplacer. En réalité, l'huissier de Justice a filmé celle-ci sur la voie publique, en des lieux ouverts au public et la cour d'appel avait relevé que cela avait été fait sans aucune provocation à s'y rendre et que cela ne concernait que la seule mobilité et autonomie de la personne. Le film a démontré que cette personne marchait dans la rue, seule, qu'elle était allée dans un bar pour discuter avec les consommateurs, mais également qu'elle accompagnait des enfants à l'école.

La Chambre sociale n'est pas insensible à cette thèse, au moins lorsque le salarié utilise à son profit une telle preuve. En 2004, dans un litige opposant un salarié à son employeur, elle a estimé qu'un employé peut produire les documents dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions quand c'est strictement nécessaire à l'exercice de ses droits.

Enfin, le recours à l'article 145 du Code de procédure civile ne doit pas permettre de procéder à une partie de pêche aux parties adverses. Un juge ne peut pas autoriser une mesure trop générale pouvant s'apparenter à une véritable perquisition. C'est ce qu'a rappelé la Deuxième Chambre Civile le 16 mai 2012. De même, le recours à ce texte ne doit pas être un moyen, pour l'une des parties, de piéger celui qui sera son futur adversaire. Par exemple, le juge ne peut pas, par ordonnance sur requête, autoriser un huissier à ne faire état de l'ordonnance qui l'a commis et à fixer sa mission qu'une fois cette dernière accomplie. Ce sont deux arrêts de la Deuxième Chambre Civile du 10 février 2011 et du 26 septembre 2013.

Ainsi, assouplissement du principe de loyauté, mais également de l'exigence du respect de la vie privée. On l'a vu avec cet arrêt du 5 avril 2012 à propos d'une correspondance privée. Encore faut-il préciser que le fait que le message ait été collecté loyalement ne suffit pas à justifier l'atteinte portée au secret des correspondances. Elle doit être nécessaire et proportionnée au but recherché. C'est un arrêt de la Chambre Commerciale du 6 novembre 2012.

Je pourrais vous citer de nombreux autres exemples, notamment en matière d'actes de concurrence déloyale. Cette jurisprudence existait avant l'arrêt de 2012, mais comme l'observation en a été faite auparavant, nous faisions alors référence à l'atteinte portée au droit de la défense.

La justification permet encore d'assouplir l'exigence du respect du secret des affaires -je n'en parlerai pas plus longuement, puisque ce sera abordé ultérieurement.

Trois arrêts ont été rendus : deux par la Chambre Civile le 8 février 2006 et le 19 décembre 2012. Le troisième a été rendu le 19 mars 2013. Dans ce dernier arrêt, il a été jugé que le secret des affaires ne constitue pas en soi un obstacle à la mise en œuvre d'une mesure d'instruction in futurum. On peut alors se poser la question de savoir si -comme cela a été dit ce matin- les propositions de textes visant à sanctionner pénalement la violation du secret des affaires ne modifieront pas cette jurisprudence.

Dernier point : le secret professionnel.

Je crois que la position de la Cour de cassation en la matière est de ne pas admettre qu'il lui soit porté atteinte. Encore faut-il que la pièce soit couverte par ledit secret. Je pense là à un arrêt rendu par la Chambre Commerciale le 12 février 2013 à propos du secret des sources d'un journaliste où l'on avait admis la production de la pièce au motif qu'elle n'était pas relative à l'activité du professionnel.

Sous cette réserve, le secret professionnel constitue un motif légitime, au sens de l'article 10 du Code civil, pour justifier le refus de produire un document. C'est ce que la Première Chambre Civile a jugé à propos du secret médical le 11 juin 2009 et c'est ce que nous, Chambre Commerciale, avons jugé à propos du secret bancaire. Nous avons rappelé cela dans un arrêt du 5 février 2013.

En réalité, en matière de secret, il faut peut-être apporter des nuances. Effectivement, le banquier ne peut pas refuser de produire une pièce lorsque le procès l'oppose à son client et que ce dernier lui demande la production de celle-ci, ce qui me paraît aller de soi. A l'inverse, le banquier doit également être en droit de produire les documents.

Enfin, une situation un peu plus subtile, celle d'un procès oppose le banquier à un tiers. La question qui s'était posée à la Chambre Commerciale a été de savoir si ce tiers qui était caution et auquel le banquier demandait paiement par suite de la défaillance du débiteur principal, pouvait demander au banquier d'administrer la preuve de l'existence du montant de sa créance. Nous avons jugé que le secret bancaire ne pouvait pas être opposé en cette matière par deux arrêts (Com, 16 décembre 2008 et 15 février 2011), le banquier devant justifier du montant des sommes dont il réclame le paiement.

Voici, Monsieur le Président, très brièvement rappelée, la position de la Cour de cassation à ce propos.

M. CARDON.- Merci, Monsieur le Doyen pour ce travail très riche. Je vous félicite très sincèrement, puisque votre exposé était initialement bâti sur trois quarts d'heure, tellement la matière était riche. Je vous ai harcelé et empêché de défiler le 11 novembre pour le ramener à quelques minutes, mais je crois qu'il aurait été dommage de se priver de cette richesse d'arrêts extrêmement récents !

Le secret professionnel a été traité par Monsieur le Doyen, mais la question suivante se pose : comment concilier deux principes totalement irréductibles que sont celui de la contradiction et le secret des affaires ?

Maître Olivier de Maison Rouge, pouvez-vous nous dire, dans la pratique, quelle est la position de la jurisprudence et comment on peut résoudre cette difficulté lorsqu'on oppose le secret des affaires qui est un problème que l'on connaît bien dans le domaine du chiffre ?

Me de MAISON ROUGE.- Monsieur le Président ou futur Président, je dois vous féliciter pour prendre la présidence du CNECJ l'année prochaine et succéder à M. Faury.

Merci de me céder la parole.

Je vous félicite pour l'organisation de ce congrès et la qualité des débats. Je vais m'efforcer d'être à la hauteur, d'autant que le Président Vigneau hier soir, tandis que nous naviguions sur les flots de la Seine, me rappelait les dispositions de l'article 698 du Code de Procédure civile qui permettaient au juge de faire supporter les dépens à un avocat. Si je ne suis pas à la hauteur, je ne voudrais pas devoir supporter vos dépens pour l'organisation de ce congrès.

Cela étant, il m'appartient maintenant d'évoquer le secret des affaires. C'est une véritable gageure, car même si j'y ai consacré un ouvrage, pour autant, cela reste et demeure, en droit positif français, un objet juridique non identifié. J'aime autant l'appeler comme cela, puisqu'aucun texte n'en donne une définition précise.

Je le sais d'autant plus -Mme Fricero en a fait état ce matin, tout comme d'autres intervenants- que, depuis quatre ans maintenant, j'ai été étroitement associé aux différents groupes de travail planchant sur la proposition de loi, puis sur des projets de loi et, pour tout vous dire -je vais livrer un secret non professionnel, je vous rassure, quoique…-, la semaine prochaine, je dois me rendre à Matignon pour travailler sur le sujet. Autant vous dire que cela suit son cours, mais que cela se heurte malgré tout à quelques oppositions politiques.

Cela étant dit, nous n'avons donc pas de définition légale du secret des affaires, ce qui ne veut pas dire : « Circulez, il n'y a rien à voir. »

En revanche, si l'on suit la hiérarchie des normes, il faut s'en remettre à des dispositions supranationales et, en l'état, c'est l'article 39-2 du traité ADPIC qui est une annexe au traité de Marrakech de 1994 instituant l'OMC. Voilà où nous avons une définition du secret des affaires. S'agissant d'une norme internationale traduite en français avec une connotation et une rédaction plutôt anglo-saxonne, voilà comment ce secret des affaires est défini : « *ce sont des renseignements commerciaux ayant une valeur économique* » -premier critère-.

Deuxième critère : « *qui ne sont pas accessibles au grand public ou du moins connus de celui-ci*. »

Troisième critère : « *qui font l'objet de mesures de protection*. »

Voilà les trois critères fondamentaux énoncés par l'Organisation Mondiale du Commerce. En application de l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958, je vous précise qu'à défaut de transposition dans les textes, c'est un traité applicable directement dans le droit positif français. Il m'est arrivé à de nombreuses reprises, notamment dans l'affaire Michelin, dont nous allons parler tout à l'heure, de plaider et d'invoquer ces dispositions.

En d'autres termes, si l'on doit parler de manière plus littéraire, qu'est-ce que le secret des affaires ? C'est un avantage concurrentiel que conserve et protège, notamment par des moyens de faits, une entreprise. Autrement dit, ce sont ses savoir-faire qu'elle ne voudrait pas faire connaître. Or, pourquoi en parler aujourd'hui ? Le thème de notre table ronde est précisément l'instrumentalisation de la preuve par les parties. Vous, experts, qui allez être désignés et nommés dans des affaires de nature économique, notamment sur le fondement de l'article 145, éventuellement sur ordonnance sur requête, ce qui m'est déjà arrivé, où va être l'instrumentalisation ? A défaut de preuve, on va faire désigner un expert -tout à l'heure, Mme Horbette a légitimement et fort bien rappelé quelles sont les règles de circulation des informations dans le cadre de l'expertise- et un procès va être introduit sur des mesures *in futurum* (article 145) pour aller capter cette substantifique moelle chez l'adversaire.

Autrement dit, à travers le droit, on va aller chercher chez l'adversaire, via des fondements peut-être fallacieux, mais peu importe, car sur l'article 145, le risque n'est pas grand et instrumentaliser un expert qui va aller collecter pour nous, avec des moyens tout à fait licites et légaux, sous couvert de la justice et des tribunaux, des informations confidentielles, stratégiques chez un adversaire éventuellement concurrent. C'est là que vous allez peut-être devoir vous trouver instrumentalisé. Cela a été rappelé, notamment par le Doyen Gérard à l'instant même.

Je vous ai rappelé qu'il n'existait aucune définition du secret des affaires, hormis celle du droit international. Pour autant, sachez qu'à peu près 151 articles des différents codes du droit positif français font état du secret des affaires. On en parle sans savoir ce que c'est. Un peu comme le petit Jésus. On invoque l'Esprit saint sans même l'avoir vu. Le secret des affaires, c'est la même chose.

La Cour de cassation a bien rappelé que ce n'était pas un motif légitime pour faire obstacle à une mesure d'instruction.

M. CARDON.- Comment fait-on dans la pratique ?

Maître de MAISON ROUGE

Vous, en tant qu'experts, êtes libres d'administrer le mode opératoire de l'expertise -c'est là où j'en viens à votre mission. Ensuite, à vous d'essayer de déceler les intentions des parties.

Concernant l'instrumentalisation il vous appartient d'être suffisamment sagaces pour détecter ce que vous devez livrer ou pas, demander ou pas. On peut utiliser différentes méthodes et prouver, notamment devant l'autorité de la concurrence, par des outils directement tirés du Code de procédure civile.

Tout à l'heure, vous avez parlé de la technique du pré-rapport. C'est une très bonne méthode qui permet déjà de faire circuler quelques informations. De la même manière que l'on peut demander à un avocat d'annexer ses dires, à l'inverse, on pourrait lui demander de retrancher certaines informations pour éviter qu'elles ne soient divulguées. On peut aussi demander à l'expert, qui en a tout à fait la possibilité, notamment sur des expertises de nature industrielle, in situ, géographiquement déplacées, de faire en sorte que les avocats seuls et non les parties aient accès aux lieux et informations corrélées, de telle manière qu'elles soient confinées dans un périmètre lié au secret professionnel dont nous avons également fait état et qu'elles ne soient pas divulguées directement aux parties, mais que cela soit instruit uniquement entre les sachants ou les personnes ayant accès aux informations dans le cadre de la joute judiciaire invoquée.

Je passe rapidement en revue. Excusez-moi. Je vous renverrai ensuite vers les actes in extenso du colloque.

Dernière chose, il faut savoir parfaitement cantonner la mission de l'expert dès le départ. En faisant une mission trop large, on va forcément accéder au secret des affaires de la partie adverse. Bien évidemment, c'est l'objectif voulu du demandeur. Il appartient donc au juge de ne pas se laisser instrumentaliser en amont à cet égard, à l'expert de se tenir à sa mission et à la partie adverse qui

voudra se protéger de venir faire recours, surtout sur une ordonnance sur requête ou, si on est sur un article 145 contradictoire, de limiter le champ et le périmètre de l'action de l'expert.

Ne pas se faire instrumentaliser, tant au niveau du juge, que de l'expert, tout en restant dans le respect du contradictoire, c'est-à-dire en faisant en sorte que l'information circule sans que les parties puissent y avoir directement accès. On peut éventuellement imaginer deux rapports : un qui serait in extenso et confiné au juge et un limité qui pourrait être livré aux parties. Je suis là dans l'imagination et ne suis pas en train de révolutionner le Code de procédure civile.

M. CARDON.- Cela pose une difficulté, à savoir que l'expert doit avoir deux cerveaux et non pas deux pieds gauches pour ne pas se mélanger et mettre dans le rapport limité une information qu'il aurait oublié de rendre confidentielle.

Merci en tout cas pour cet exposé.

Nous passons maintenant à la matière pénale et nous allons voir qu'il s'agit là de la recherche absolue de la vérité, ce qui se comprend. En toute logique, il y a une plus grande latitude et des garde-fous sur cette preuve déloyale, la preuve illicite et la prohibition des machinations, artifices et stratagèmes, Monsieur le Professeur, avant que nous parlions du fameux arrêt Santiago contre Michelin.

M. GALLOIS.- Monsieur le Président, vous avez évoqué la légalité et la liberté. Ce sont les deux principes fondamentaux du droit de la preuve pénale. Je n'ai donc pas besoin de les développer. L'originalité majeure du droit de la preuve pénale réside à l'heure actuelle dans l'application qui est faite du principe de loyauté. Concrètement, il est permis aux personnes privées de produire des preuves recueillies de façon déloyale. Ce qui laisse la porte ouverte à des stratégies qui illustrent le thème de la table ronde : « *L'instrumentalisation de la preuve par les parties* ».

Est-ce à dire que le juge pénal est indifférent au principe de loyauté ? Absolument pas. Certes, aucun texte du Code de procédure pénale ne consacre le principe de loyauté. Mais la chambre criminelle de la Cour de cassation reconnaît son existence au visa de l'article 6, paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme et de l'article préliminaire du Code de procédure pénale. La particularité est que le juge pénal n'applique les exigences de ce principe qu'aux seuls agents publics.

En pratique, le principe de loyauté conduit à interdire la provocation à l'infraction. Une distinction fondamentale est faite entre la provocation à l'infraction et la provocation à la preuve. Provoquer à la preuve, c'est permettre la révélation d'infractions préexistantes. Provoquer à l'infraction, c'est provoquer une personne à commettre une infraction.

Les personnes privées ne sont pas soumises à cette distinction. Il existe une formule jurisprudentielle désormais classique : « *Aucune disposition légale ne permet au juge répressif d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale* ». Ce particularisme pénal n'a pas été remis en cause par l'arrêt de l'Assemblée plénière du 7 janvier 2011. En effet, dans un communiqué de presse, la première présidence de la Cour de cassation a déclaré sans ambigüité son attachement au maintien de cette jurisprudence pénale.

Ce libéralisme pénal a été confirmé en 2012 avec un arrêt du 31 janvier, rendu dans le cadre de l'affaire Bettencourt, et un autre du 7 mars. Ce qui est ici intéressant, c'est la motivation retenue par les juges. Plutôt que de reprendre la formule précitée, on a mis en avant un autre aspect de la procédure pénale, à savoir que les actes réalisés par les personnes privées ne peuvent pas être annulés. On aboutit toutefois à la même solution.

Ce libéralisme pénal est-il sans limites ? Un arrêt du 24 avril 2007 mérite d'être signalé. Il était question d'une citation directe et de la production de pièces d'un dossier médical couvert par le secret professionnel. Les juges du fond avaient repris la formule classique et avaient accepté les documents. Pourtant, l'arrêt a été cassé. Les juges du fond auraient dû rechercher si cette production était une mesure nécessaire et proportionnée à la défense de l'ordre et à la protection des droits de la partie civile. En réalité, l'argument de la violation du secret professionnel ne semble pas un argument suffisant pour écarter des preuves apportées par des personnes privées puisque dans l'arrêt précité du 31 janvier 2012, les conversations enregistrées portaient notamment sur des échanges entre des avocats et leurs clients. En définitive, en matière pénale, la liberté des personnes privées de rapporter la preuve d'une infraction est quasi absolue.

M. CARDON.- Merci, Monsieur le Professeur.

Un article pivot de ce volet est l'article 427 du Code de procédure pénale qui dit : « *Hormis les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction* ».

Merci beaucoup. Pour illustrer jusqu'où peut aller la provocation, l'arrêt Michelin/Santiago, mon cher Maître.

Me de MAISON ROUGE.- Je vais exposer les faits et venir ensuite à la règle de droit.

Les faits :

La manufacture Michelin établie à Clermont-Ferrand est une entreprise leader, présente aux Etats-Unis depuis 1911 (première usine). Elle connaît l'internationalisation des échanges depuis fort longtemps et s'est toujours distinguée par son innovation en termes de pneumatiques, mais également avec son guide rouge, les plans routiers, etc. Ce sont des innovations, en tout cas pour l'époque, à l'échelle de l'industrie automobile.

Il faut savoir que l'innovation se fait à Clermont-Ferrand, au centre de Ladoux, en dehors de cette ville, qui réunit environ 3.500 chercheurs et ingénieurs avec un investissement considérable en moyens humains, techniques, immobiliers et financiers. Chacun des projets devant amener à un pneu, qui sera peut-être commercialisé, nécessite des équipes durant une période donnée somme toute relativement importante (la R&D) sur 5 à 10 ans.

Un ancien ingénieur -vous l'avez appelé « Santiago » et c'est bien- du service poids lourds qui était à l'époque la vache grasse de Michelin, ce qui n'est plus le cas, était sur un projet très innovant qui n'avait pas été breveté et qui était très porteur pour le Groupe. Celui-ci a démissionné pour diverses raisons et a pris un avatar, une fausse adresse mail « Pablo de Santiago ». Ce Monsieur a écrit à tous les concurrents de Michelin en leur disant : « *Je suis en possession du fichier «Jeans» et je me propose de vous le livrer moyennant finance* ». Ce qu'on appelle aujourd'hui « l'espionnage industriel ». Cela existe et ce peut-être externe ou interne avec un salarié qui démissionne et qui part avec des données.

Aujourd'hui, dans mon métier, je ne suis confronté quasiment qu'à des affaires de ce type. J'en ai fait ma spécialité à part entière.

Dans cette histoire, il fallait piéger ce salarié dont on ne connaissait pas l'identité. Santiago écrit donc à tous les concurrents de Michelin et c'est Bridgestone, le chevalier blanc, qui informe très gentiment Michelin qu'il est en possession d'un mail d'une personne se proposant de lui vendre des fichiers stratégiques confidentiels. Il faut réagir. Branle-bas de combat. On met dessus le contre-espionnage qui est devenu depuis la DCRI et il faut identifier la source.

On crée donc une fausse adresse Bridgestone et on répond à sa proposition en lui demandant de donner des échantillons. Au fil du temps, ils ont obtenu quelques méga-octets et giga-octets de ce fichier «*Jeans*». Tout cela a toutefois pris du temps, car la personne ne s'est pas dévoilée, bien évidemment et prenait le temps de discuter, faisait chiffrer le montant voulu, etc. Impossible toutefois de voir qui était physiquement derrière tout cela.

Au fil du temps, une discussion s'est engagée et des échantillons ont été demandés à chaque fois. La personne a finalement été arrêtée et traduite devant le Tribunal Correctionnel de Clermont-Ferrand. Ce monsieur a été poursuivi pour plusieurs motifs, mais ce qui a été reproché très intelligemment, c'est la provocation à l'infraction, ce qui rejoint le discours de M. Gallois, à savoir que, ce faisant, en créant une fausse adresse et en continuant à poursuivre des débats et des échanges et à demander des informations, on était dans la provocation à l'abus de confiance. C'est pour cette raison qu'il a été condamné. On était dans un mode déloyal, mais avec provocation.

Très clairement, le tribunal a évacué en grande partie la question et a estimé que la simple lecture des échanges de courriels intervenus entre juillet et décembre 2007 démontre que le prévenu avait clairement manifesté son intention de vendre des informations à un concurrent de son ancien employeur. C'est-à-dire que le mail initial proposant d'entrer en contact avec les autres constructeurs de pneus était déjà une infraction, avant même que cela puisse être qualifié de provocation. De plus, il n'a eu de cesse de mettre en avant le nombre extrêmement important de données informatiques dont il disposait, mais également le caractère stratégique des informations transmises. De plus, le prévenu a relancé son interlocuteur à plusieurs reprises se plaignant de l'absence de réponse. Michelin avait volontairement fait la sourde oreille de temps à autre pour ne pas aller trop vite dans le traitement de l'affaire.

M. CARDON.- Merci infiniment.

Vous voyez les limites et jusqu'où on ne peut pas aller.

Pour essayer de respecter le temps, je vous propose de passer directement à l'interaction quand on a plusieurs instances. C'est un problème que nous, experts, rencontrons souvent, notamment dans le domaine financier, lorsqu'une instruction est en cours et que le Tribunal de Commerce ou le Tribunal de Grande Instance est saisi. Alors, on ne sait jamais très bien ce que l'on peut faire ou pas pour l'obtention des preuves, des pièces, s'il faut interroger le juge d'instruction ou le Procureur de la République.

Monsieur le Professeur, pouvez-vous nous aider à y voir plus clair dans cette imbrication parfois complexe ?

M. GALLOIS.- Je vais essayer de le faire le plus rapidement et le plus clairement possible.

D'abord, il faut partir d'un constat : les participants à un procès civil (parties, juges, experts) peuvent avoir intérêt à ce qu'un dossier pénal, ou simplement certaines pièces de ce dossier, soit produit dans l'instance civile. Il peut y avoir un dénominateur commun entre une procédure civile et une procédure pénale : le Parquet, qui peut être partie jointe ou partie principale au procès civil ; une partie ; un avocat et, pourquoi pas, un expert. Les protagonistes d'un procès civil peuvent aussi avoir vent d'une procédure pénale qui peut être intéressante pour la suite de la procédure civile. D'où la volonté de produire dans l'instance civile des pièces pénales.

Pour produire une pièce pénale devant un juge civil, encore faut-il pouvoir accéder à cette pièce. D'où une première question : qui peut accéder à un dossier pénal ?

Première catégorie de personnes: un des participants de la procédure pénale concernée. Dans le cadre de l'enquête, il n'y a pas ou peu de contradictoire. Il n'y a que le parquet et les enquêteurs qui ont accès au dossier. D'autres personnes peuvent avoir ponctuellement un accès au dossier. Au cours de la garde à vue, les avocats peuvent ainsi consulter certaines pièces, mais ils n'ont pas de copies et ne peuvent prendre que des notes. Quant à la personne qualifiée, elle a accès aux pièces nécessaires à la réalisation de la mission qui lui est confiée.

A la fin de l'enquête, tout va dépendre de la suite procédurale de l'affaire. Si celle-ci est classée sans suite, les parties devront demander l'autorisation au Parquet de pouvoir accéder au dossier. Si des poursuites pénales sont exercées ou si le Parquet met en œuvre une alternative aux poursuites, cette autorisation ne sera pas nécessaire, comme le prévoit l'article R. 155 du Code de procédure pénale. Dans le cadre de l'instruction, le parquet et le juge d'instruction ont accès au dossier, tout comme le témoin assisté, la partie civile et le mis en examen.

Deuxième catégorie de personnes qu'il faut envisager : les tiers à la procédure pénale concernée. L'article R.156 du Code de procédure pénale dispose qu'aucune expédition autre que celle des arrêts, jugements, ordonnances pénales définitifs et titres exécutoires ne peut être délivrée à un tiers sans une autorisation du procureur de la République ou du procureur général, selon le cas, notamment en ce qui concerne les pièces d'une enquête terminée par une décision de classement sans suite. Si l'autorisation n'est pas accordée, le magistrat compétent pour la donner doit notifier sa décision en la forme administrative et faire connaître les motifs du refus. A la lecture de ce texte, rien n'interdit, sur ce fondement, de demander une pièce d'une procédure en cours.

Dès lors qu'une personne a légalement accès à un dossier pénal, se pose alors la question des risques afférents à son utilisation, notamment dans le cadre d'une instance civile. Il faut ici cibler deux risques :

- la violation du secret de l'enquête et de l'instruction,
- la violation du secret professionnel.

Parlons du secret de l'enquête et de l'instruction, qui est communément appelé « secret de Polichinelle ». D'abord, il existe des limites temporelles à ce secret. Le secret de l'enquête, c'est le secret pendant l'enquête. Le secret de l'instruction, c'est le secret pendant l'instruction. Ensuite, il existe des limites personnelles. Seules les personnes concourant à la procédure sont tenues à ce secret, ce qui signifie en réalité tous les professionnels participant à la constitution du dossier pénal, notamment les experts, sauf le Parquet et les avocats. Le secret de l'instruction n'est pas opposable au Parquet. La chambre commerciale de la Cour de cassation l'a jugé le 15 novembre 1961. La première chambre civile également le 10 juin 1992. Mais dans ces arrêts, le parquet agissait dans le cadre d'attributions civiles.

De façon générale, il ne faut pas perdre de vue que le parquet trouve dans de nombreux textes la possibilité de communiquer des pièces ou des informations tirées d'une procédure pénale, même en cours. En voici quelques exemples :

- article L.621-8 du Code de Commerce : « *Le Ministère public communique au juge commissaire, sur la demande de celui-ci ou d'office, nonobstant toutes dispositions législatives contraires, tous les renseignements qu'il détient et qui peuvent être utiles à la procédure* » ;
- article L.82 du Livre des Procédures Fiscales : « *A l'occasion de toutes instances devant les juridictions civiles ou criminelles, le Ministère public peut communiquer les dossiers à l'administration des finances* » ;
- article L.421-8 du Code de la Consommation : « *Le Ministère public peut produire devant la juridiction civile saisie, nonobstant les dispositions législatives contraires, les procès-verbaux ou rapports d'enquêtes qu'il détient dont la production est utile à la solution du litige* ».

La possibilité de transmettre des éléments d'une procédure pénale en cours ne concerne pas seulement le parquet. Ainsi, l'article L.463-5 du Code de commerce dispose que « *Les juridictions d'instruction et de jugement peuvent communiquer à l'autorité de la concurrence, sur sa demande, les procès-verbaux, rapports d'enquête et autres pièces de l'instruction pénale ayant un lien direct avec des faits dont l'autorité est saisie* ».

Ces atteintes légalisées au secret de l'enquête ou de l'instruction se retrouvent également dans le Code de procédure pénale. Son article 11 dispose que « *Le Parquet peut rendre publiques d'office ou à la demande des juridictions d'instruction des parties des éléments objectifs tirés de la procédure qui ne comportent aucune appréciation sur le bien-fondé des charges retenues contre les personnes* ». Quant à l'article 11-1, il prévoit que « *le Parquet peut autoriser la délivrance de copies des éléments des procédures judiciaires en cours qui permettront de réaliser des recherches ou enquêtes scientifiques ou techniques* ». L'article A1 du Code de procédure pénale liste les personnes pouvant bénéficier de cette copie de pièces.

Dans ces circonstances, ne serait-il pas temps d'avoir un (seul) texte qui règlemente avec précision, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, la communication des pièces d'un dossier pénal, même en cours, notamment afin que celles-ci soient versées dans un dossier civil ? Rappelons que l'intérêt d'une bonne administration de la justice a été érigé comme objectif à valeur constitutionnelle par le Conseil Constitutionnel.

S'agissant de l'avocat, il ne concourt pas à la procédure au sens de l'article 11 du Code de procédure pénale. Toutefois, celui-ci est soumis à un secret bien plus fort : le secret professionnel. Il est illimité dans le temps, sauf que l'article 2 du règlement intérieur national des avocats prévoit que l'avocat peut s'en affranchir pour l'exercice de sa propre défense et pour les hypothèses où la loi prévoit ou autorise la révélation du secret.

Il faut ici se souvenir que pour la CEDH la notion de droit correspond à celle de loi et englobe notamment le droit jurisprudentiel. Or la jurisprudence pénale a fait apparaître, depuis plusieurs années, un fait justificatif lié à l'exercice des droits de la défense, c'est-à-dire que l'exercice des droits de la défense a pu légitimer la commission d'actes qui étaient, en toute logique, pénalement répréhensibles. Le domaine de ce fait justificatif suscite des interrogations. Est-il limité aux infractions concernées par les arrêts rendus ? Sachant que les droits de la défense ont une valeur constitutionnelle, l'idée que ce fait justificatif puisse s'appliquer à toute infraction (le texte « incriminateur » a une valeur légale) peut être soutenue. Le cas échéant, un avocat pourrait-il trouver là un moyen d'exploiter au civil des éléments tirés d'un dossier pénal ?

Quelques arrêts récents de la chambre criminelle de la Cour de cassation sont relatifs à cette question.

Dans un arrêt du 28 octobre 2008, il a été reproché à l'avocat d'avoir violé le secret professionnel en évoquant le contenu d'un rapport d'expertise remis au juge d'instruction à l'occasion d'entretiens avec la presse. La Cour de cassation l'a condamné et a confirmé la condamnation, car la violation du secret professionnel n'était pas, en l'espèce, rendue nécessaire par l'exercice des droits de la défense. Cette jurisprudence a été condamnée par la Cour Européenne des Droits de l'Homme dans un arrêt du 15 décembre 2011.

Dans un arrêt du 14 octobre 2008, il était reproché à l'avocat et à l'avoué d'une association d'avoir violé le secret professionnel en faisant état d'informations devant le juge civil dans le cadre d'une instance civile. Les informations produites avaient pour objectif de convaincre le juge civil de sursoir à statuer. Les renseignements étaient tirés d'une procédure pénale en cours. Deux documents avaient également été produits, mais n'étaient pas des pièces cotées au dossier de l'instruction. Les juges du fond n'ont pas retenu l'infraction et la Cour de cassation a rejeté le pourvoi dès lors que la partie civile, qui n'est pas soumise au secret de l'instruction, a la faculté, au soutien de la demande de sursis à statuer qu'elle présente au juge civil en application de l'article 4 du Code de procédure pénale, de produire par le moyen de l'avocat ou de l'avoué qui la représente des éléments tirés d'une procédure nécessaires aux besoins de la défense.

Les droits de la défense, comme vous le voyez, peuvent être un support intéressant pour pouvoir faire transiter des informations pénales dans un dossier civil.

En guise de conclusion rapide et synthétique, à la question de savoir quelle(s) personne(s) peuvent « sortir » des éléments d'un dossier pénal, il faut distinguer :

- les parties privées, pour tous les actes ou pièces auxquelles elles ont légalement accès, sauf durant l'instruction. L'article 114-1 du Code de procédure pénale interdit, sous peine d'une amende de 3750 euros d'amende, à la partie disposant des actes ou pièces d'une procédure en cours d'instruction de les diffuser à des tiers. L'interdiction ne s'applique pas aux copies des rapports d'expertises qui peuvent être transmis à des tiers pour les besoins de la défense (article 114 alinéa 6 du Code de procédure pénale). L'exercice des droits de la défense, en tant que fait justificatif, semble pouvoir justifier la diffusion d'autres pièces, c'est-à-dire de justifier le délit de l'article 114-1.
- les professionnels ayant accès au dossier et qui sont autorisés à agir sur le fondement de textes précis. Il faut songer au parquet - les textes sont nombreux- mais aussi les juridictions d'instruction ou de jugement -je vous ai cité l'article L. 463-5 du Code de Commerce. Quant aux avocats, il faut sans doute dissocier l'exercice de leur propre défense, pour laquelle le secret professionnel cède assurément, de l'exercice de la défense de leurs clients. Dans ce dernier cas, l'avocat n'est peut-être pas dénué de marge de manœuvre, si l'on pense à l'article 114 alinéa 6 du Code de procédure pénale ou encore à l'arrêt précité du 14 octobre 2008.

Enfin, troisième et dernière interrogation : quelle attitude doit adopter le juge civil ?

Quelques arrêts récents se prononcent sur la question.

Dans un arrêt du 20 décembre 2007, la Deuxième Chambre Civile a approuvé la décision des juges d'appel d'avoir écarté des débats la pièce d'une procédure pénale en cours. En l'espèce, il s'agissait d'un procès-verbal d'audition réalisé par un juge suisse en application d'une commission rogatoire d'un juge français. Pourquoi ? Parce que le Parquet n'avait pas donné son autorisation.

Dans un arrêt du 7 janvier 2010, la Deuxième Chambre Civile a jugé, au regard des articles 11 et 197 du Code de procédure pénale, qu'après clôture de l'instruction, une partie civile est en droit de communiquer à des tiers pour les besoins de leur défense dans une procédure commerciale les copies des pièces de la procédure pénale en cours.

De façon générale, le Parquet, par la position privilégiée qu'il possède dans le procès pénal et par la place qu'il peut avoir dans un procès civil, a les clés pour débloquer des situations. Mais à l'heure actuelle, la procédure d'autorisation du parquet est imparfaite. Ne faudrait-il pas la « juridictionnaliser » ?

Le droit positif mériterait d'être précisé, notamment pour éviter ce qui s'est passé récemment dans une importante affaire. Je vous citerai un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 28 mars 2012 -affaire en cours- : en l'espèce, c'est la Caisse des Dépôts qui est pointée du doigt. Je serai très schématique sur cette affaire, en raison de sa complexité. Plusieurs procédures civiles et pénales sont en cours. Il existe un litige boursier entre la Caisse des Dépôts et des sociétés pour plusieurs centaines de millions d'euros. Une des clés du dossier civil tient à un rapport d'audit qui est recherché par les adversaires de la Caisse des dépôts. Ceux-ci subodorent l'existence de ce rapport au regard du contenu d'une audition pénale.

Dans le procès civil, la Caisse des Dépôts fait la source oreille en disant en substance: « *Je n'ai pas ce rapport* ». Le juge civil, conseiller de la mise en état, refuse de demander les pièces invoquées au parquet général. Finalement, au regard de son comportement soutenant l'inexistence du rapport, la Caisse des dépôts a été attaquée au pénal pour escroquerie au jugement et elle a été condamnée en première instance et en appel. En juin 2013, la Cour de cassation a cassé l'arrêt pour insuffisance de motifs sur la question de la responsabilité pénale des personnes morales. Mais entre-temps le juge civil, au regard des termes du jugement du tribunal correctionnel faisant référence au rapport tant recherché, a demandé à la Caisse des dépôts de produire le rapport, ce que celle-ci a fait. A l'heure actuelle, le juge civil a sursis à statuer dans l'attente de l'issue des procédures pénales.

On voit donc que cette production de pièces pénales dans une instance civile est un problème concret et délicat.

Voilà très schématiquement ce que je pouvais vous dire. Je suis désolé de ne pas être plus complet, mais je sais qu'il y a des impératifs de temps. C'est un sujet qui reste très compliqué.

M. CARDON.- Merci, Monsieur le Professeur, de cet éclairage très complet.

(Applaudissements)

Sur cette question extrêmement complexe, on peut retenir, en tout cas pour nous, experts, de demander au Parquet les documents dont nous pouvons avoir besoin. Je termine donc cette table ronde en renouvelant mes excuses aux participants et au rapporteur pour avoir, déjà en amont et pendant cette intervention, tenté de réduire leurs exposés, mais il y a tellement de choses à dire, que nous avons essayé d'en tirer la substantifique moelle.

M. FOURNIER.- Ce que je retiendrai de cette table ronde est que, lors d'une opération d'expertise, si un expert reçoit des pièces de nature pénale, il aura intérêt à demander aux avocats s'il existe un problème et éventuellement revenir vers le juge d'appui. Cette situation est en effet difficile et complexe d'autant que certains cas n'ont pas été tranchés par la jurisprudence.

Merci beaucoup pour toutes ces informations. C'est vrai que le sujet pourrait faire l'objet d'un colloque à lui seul, tout particulièrement pour le secret des affaires et le secret professionnel.

Merci encore de vos interventions.

(Applaudissements)

LA VALEUR PROBANTE DES PIÈCES PRÉSENTÉES LORS D'UNE EXPERTISE

Table ronde animée par Monsieur

Alain NUÉE

PREMIER PRÉSIDENT DE LA COUR D'APPEL DE VERSAILLES

M. **FOURNIER**.- Maintenant, nous allons aborder avec la troisième table ronde, la variété et de la validité des éléments de preuve recueillis lors d'une expertise.

Cette troisième table ronde sera animée et présidée par M. Alain Nuée, Premier Président de la Cour d'appel de Versailles.

Parmi les intervenants, nous compterons :

- Me Etienne Papin avocat au Barreau de Paris et spécialisé en nouvelles technologies,
- M. Samy Kodia, expert informatique près la Cour d'appel de Douai,
- M. Jean-François Baloteaud, un de nos confrères, expert près la Cour d'appel de Paris,
- Mlle Bautista qui détient un Master 2 de droit ; c'était une élève de M. Vigneau que nous avons accueilli ce matin, Premier Vice-Président du Tribunal de Grande Instance de Nanterre. Lorsque ce dernier m'avait communiqué son mémoire de Master II en matière de droit de l'Internet et de la preuve, j'avoue que j'ai été un peu subjugué par la qualité de ce travail. Aussi, nous avons souhaité que Mlle Bautista intervienne au cours de cette table ronde. Nous sommes toujours prêts à avoir de jeunes intervenants au sein de nos tables rondes.

Monsieur le Premier Président, je vous laisse la parole.

M. NUÉE.- Merci beaucoup, Monsieur le Rapporteur.

Nous avons entendu beaucoup de choses et des rappels importants sur les règles de droit dont j'avais prévu de faire la synthèse. Je vais donc alléger cette dernière, mais en m'étendant quand même un peu sur certains points et en rappelant pour commencer que l'expertise est un mode de preuve parmi d'autres qui n'est pas défini en procédure pénale, mais qui l'est en procédure civile, comme la désignation par le juge d'une personne de son choix pour l'éclairer sur une question de fait requérant les lumières d'un technicien. Cela nous a été redit ce matin.

L'expertise étant un mode de preuve en elle-même, il peut paraître curieux d'examiner la valeur des preuves présentées lors de l'expertise, alors que nous sommes dans le domaine du fait et de la technique dans lequel la preuve est généralement libre. Or, l'originalité de l'expertise comptable réside en ce qu'il s'agit d'une mesure d'instruction dans laquelle, plus que dans d'autres, l'expert est confronté aux preuves d'actes juridiques, sans pour autant exclure les témoignages ou les expertises privées, l'expert se voyant généralement confier la mission et être autorisé par le juge à consulter tout document, mais également à entendre tout sachant.

En effet, la comptabilité étant la traduction chiffrée d'actes juridiques, de contrats, de commandes, de bons de livraison et constituant entre commerçants une preuve intrinsèque de ces derniers, l'expert est conduit à s'interroger sur la légalité, la validité ou la loyauté de la preuve et l'intégrité des preuves qui lui sont fournies, dès lors qu'il doit s'assurer de la sincérité de cette comptabilité.

Revisiter aujourd'hui, comme nous l'avons fait le domaine de la preuve, comme l'a fait elle-même la Cour de cassation dans son rapport annuel 2012 auquel il y a lieu de renvoyer pour avoir un panorama complet de sa jurisprudence, apparaît d'autant plus nécessaire que l'ère du numérique renouvelle l'approche de la matière, tant sur le plan juridique, que sur le plan de la comptabilité, prise à la fois comme traduction des actes juridiques et comme mode de preuve intrinsèque. Nous songeons bien sûr aux contrats dont la conclusion et la preuve sont de plus en plus souvent le résultat d'échanges électroniques, ainsi qu'à la dématérialisation des livres de comptes.

Nous devons également prendre en considération le fait que l'ère du numérique renouvelle la preuve du fait en favorisant le développement de statistiques établies grâce à la puissance des ordinateurs et en facilitant la corrélation de données, dont l'expert et à sa suite le juge, pourront éventuellement tirer la preuve de l'étendue d'un dommage ou même d'un lien de causalité entre le fait et le dommage. Toutefois, avant d'examiner l'ère du numérique et ses apports au domaine de la preuve, nous allons procéder à quelques rappels de principes gouvernant ce droit de la preuve, ou tout du moins préciser quelques aspects peut-être plus proches de l'expertise comptable. Bien entendu, nous n'évoquons pas ici le problème de la charge ou du risque de la preuve, puisque nous partons de l'hypothèse que l'expertise a déjà été ordonnée.

a) Légalité de la preuve :

Sur le principe de la légalité -on vous l'a déjà dit-, deux thèmes coexistent : celui de la liberté de la preuve qui gère généralement le domaine du fait et celui de la légalité qui gère le domaine des actes juridiques. Chaque domaine, que ce soit celui du fait ou celui des actes juridiques, connaît néanmoins de multiples exceptions à ces principes de liberté et de légalité qui sont notamment dus à la nécessité de respecter des valeurs supérieures comme celle de la vie privée. Par ailleurs, des entraves sont apportées par les textes et la jurisprudence à la liberté de la preuve dans le domaine du fait alors que, parallèlement, des assouplissements sont apportés au principe de légalité dans le domaine des actes.

Parfois, la frontière est fort ténue entre les actes soumis au principe de légalité de la preuve et le fait pouvant être librement établi. Je cite ainsi l'exemple de la preuve du paiement qui peut être considérée comme un fait avec le versement d'une somme d'argent, mais aussi comme un acte juridique avec la volonté du créancier de tenir un versement pour satisfaisant. Or, ce n'est que

le 6 juillet 2004 que la Cour de cassation, rompant avec sa jurisprudence antérieure, a affirmé que le paiement était un problème de fait et qu'il pouvait donc s'établir par tous moyens. Il y a donc bien là une atténuation au principe de légalité.

Comme cela a déjà été dit, le Code civil institue un régime légal des preuves en distinguant la force probante des actes authentiques de celle des actes sous seing privé, des actes domestiques, des témoignages, mais également des présomptions, de l'aveu et du serment. Il institue surtout une hiérarchie des preuves et nous renvoie à l'article 1341 qui indique que l'on ne peut pas se prévaloir d'un témoignage comme d'un écrit. Toutefois, ce code tempère aussi cette hiérarchisation, puisqu'il admet la possibilité matérielle et morale de se procurer un écrit et le commencement de preuve par écrit permettant ensuite d'utiliser un témoignage.

En revanche, en matière commerciale, la preuve est en général libre pour les actes juridiques et, en application de l'article L.121-23 du Code de commerce, les livres de commerce font preuve entre commerçants. Un commerçant peut donc se prévaloir de sa comptabilité à l'égard d'un autre commerçant si celle-ci est régulière. Le juge conserve toutefois le pouvoir d'apprécier cette régularité et la valeur probante de ces documents en application de l'article L.110-3 du Code de commerce.

Ainsi, des listings informatiques relatant des mouvements comptables entre deux sociétés ont été tenus pour preuve dans un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 20 mai 2008, la Cour d'appel ayant également pris en compte les relations d'affaires ayant existé entre les parties.

Une mention particulière doit être faite pour les factures qui sont assujetties à des formes précises par l'article L.441-3 du code de commerce et qui sont l'équivalent d'un acte sous seing privé lorsqu'elles auront été acquittées ou signées, mais qui sont abandonnées à la prudence des juges dans le cas contraire.

Cette opposition entre un régime de légalité de la preuve en matière civile et un régime de liberté de la preuve en matière commerciale a dû être résolue dans les litiges opposant les commerçants aux non-commerçants. La résolution de l'opposition est passée par une distribution asymétrique de la charge de la preuve, le non-commerçant ayant la liberté de la preuve contre le commerçant et ce dernier devant respecter le principe de légalité de la preuve contre le non-commerçant.

Cette opposition entre le régime de la preuve en matière commerciale et en matière civile doit cependant être fortement nuancée dans la mesure où le législateur est intervenu au fil du temps pour imposer aux commerçants l'établissement d'actes écrits très précis pour des situations importantes (vente de fonds de commerce, contrats de sociétés), comme il l'avait fait pour le droit cambiaire.

De plus, comme nous le verrons dans quelques instants, l'ère du numérique génère un puissant mouvement de rapprochement des modes de preuve. Face à ces rapprochements des régimes des preuves en matière civile et commerciale, il est même permis de se demander si l'expertise comptable ne constitue pas une voie supplémentaire pour réduire les oppositions entre ces deux régimes et contourner la hiérarchisation des preuves en matière civile, tout comme les règles de preuve entre commerçants et non-commerçants.

L'application du principe de contradiction qui conditionne la validité des opérations d'expertise permet en effet à l'expert de tenir pour preuves suffisantes, sans avoir à mettre en œuvre les règles complexes qui vous ont été exposées sur la légalité et la hiérarchie des preuves, les différentes pièces produites par les parties, dès lors qu'elles ne sont pas contestées par l'adversaire.

En revanche si une contestation est soulevée devant lui sur la légalité, la validité, la loyauté et l'intégrité des preuves produites, la prudence devra le conduire à réserver l'appréciation de la difficulté au juge et à formuler deux propositions avec son avis suivant que la preuve sera ou ne sera pas admise par le juge. Une question se pose alors à ce stade : quel juge ? A ce stade, certainement pas celui du contrôle de l'expertise qui n'en a pas la capacité. En revanche, le juge du référé et le juge du fond seront ceux qui devront trancher la validité, la loyauté et la légalité de la preuve.

b) Loyauté de la preuve :

Ce thème vous a été largement été exposé par le Doyen de la Chambre Commerciale, je n'y reviens pas. Je rappelle juste que, s'agissant de la validité, il y a deux points à retenir :

- l'encadrement de l'objet de la preuve ; nous avons vu tout ce qui concerne le respect de la personne (le secret médical, le secret des correspondances, le secret des affaires) qui faisait obstacle à la liberté de la preuve, étant précisé que le droit à la preuve s'est développé dans ce courant jurisprudentiel et que, devant ces obstacles, c'est au juge qu'il appartiendra de trancher et de dire si le plaideur peut franchir ces derniers en prenant en compte le critère de la proportionnalité entre l'atteinte de ces valeurs supérieures et le droit au procès équitable.

  Sur ce terrain des nouvelles technologies, il est clair que de nouvelles questions se posent et la jurisprudence a répondu en partie. Quid au regard du secret des correspondances, de l'interception, de la saisie et de la production en justice des SMS, de la saisie des données sur disque dur de l'ordinateur d'un salarié appartenant à l'entreprise à l'occasion d'une action de l'employeur, de l'atteinte au secret des affaires que constitue une saisie de ces mêmes données faite avec l'autorisation du juge dans une saisie-contrefaçon donnant mission à l'expert de recueillir tous les éléments permettant de chiffrer le préjudice et autorisant l'expert, sinon le demandeur, à accéder à tous les fichiers clients.

- l'encadrement des procédés probatoires ; nous avons longuement parlé de l'article 427 et de la prohibition faite à l'intrusion chez autrui sans autorisation du juge. Je n'y reviendrai pas.

Le troisième point qui n'a pas été abordé et qui prend un relief tout à fait particulier sous l'ère du numérique, c'est celui de l'intégrité de la preuve.

c) L'intégrité de la preuve

Sur ce thème, la question n'est pas nouvelle, puisque faux matériels, faux intellectuels, fausses factures, fausses comptabilités, faux témoignages, altération des preuves matérielles sont des moyens que, de tout temps, certains plaideurs n'ont pas hésité à utiliser pour obtenir gain de cause en trompant la religion du juge et de l'expert. Nous verrons dans quelques instants à quel point le numérique facilite les falsifications et exige de la part des experts une vigilance accrue.

En tout cas, la gravité de ces agissements, de tout temps, dans la mesure où elle porte directement atteinte à la crédibilité de la justice, a fait l'objet de sanctions essentiellement d'ordre pénal, puisque l'on a institué tout un arsenal pénal pour lutter contre ces

agissements (faux et usage de faux, faux témoignages, altération d'un document public ou privé ou encore un objet, de nature à faciliter la découverte d'un crime ou d'un délit – article 434-4 du Code pénal).

Enfin, signalons le délit d'escroquerie au jugement. A cet égard, on peut renvoyer à la présentation à un expert judiciaire de documents comptables falsifiés pour les besoins de la cause. C'est déjà un arrêt de la Chambre Criminelle du 14 mars 1972. Ce délit est caractérisé par l'emploi de pièces fausses pour tromper le tribunal ou l'expert. Il faut toutefois noter dans ce domaine que, pour entrer en voie de condamnation, le juge pénal doit caractériser l'existence de manœuvres frauduleuses et que celles-ci ne soient pas caractérisées par la production d'une pièce dont le juge civil a précisément pour mission de déterminer le sens exact et la valeur probante.

Ainsi, la production par un plaideur d'un état des dettes qu'il affirme à tort avoir payées ne suffit pas à caractériser une manœuvre frauduleuse. Il faut que s'y ajoutent des manœuvres de nature à donner force et crédit à cet état. On peut renvoyer à cet égard à un arrêt du 6 septembre 2000. En l'espèce, la manœuvre frauduleuse était caractérisée par une substitution d'étiquettes destinée à conduire l'expert à n'imputer qu'à une seule partie en cause l'origine de la contamination d'un lot de marchandises.

Ce bref rappel étant fait, voyons avec nos intervenants quels sont les apports de l'ère du numérique au droit de la preuve en nous référant d'abord aux trois critères de légalité, de loyauté validité et d'intégrité. Nous les interrogerons ensuite sur la manière dont l'expert-comptable doit recevoir ces nouvelles preuves et les précautions qu'il doit prendre.

Nous verrons enfin ce que l'ère du numérique peut apporter à l'expert par le développement des statistiques et la production des échanges numériques, notamment dans le cadre de l'expertise elle-même pour faciliter et alléger le coût de ces expertises.

Madame Bautista, pourriez-vous nous faire un point sous l'angle de légalité de la preuve ? Qu'est-ce qu'apporte le numérique ? Quelles sont les règles et notamment celle de l'équivalence entre l'écrit numérique et l'écrit papier ? A quelle condition peut-on accepter cette preuve numérique comme étant l'équivalent d'un écrit papier ?

Mademoiselle BAUTISTA

Merci, Monsieur le Président.

Jusqu'à présent nous avons parlé du droit de la preuve, mais celui-ci présente encore d'autres difficultés quand il est confronté à l'ère du numérique. Je vais, si ce n'est les éclairer, du moins tenter de les mettre en lumière.

Il est constant que le développement des nouvelles technologies et de l'informatique a entraîné une dématérialisation des documents et une transmission de ceux-ci par voie électronique. Or, lors d'une expertise, les parties peuvent présenter de tels éléments.

Je vais me restreindre à décrire le cadre légal de la preuve numérique, essayer de dégager l'état de la jurisprudence en la matière et évoquer brièvement le cas de la facture électronique.

Il est constant que le développement des nouvelles technologies et de l'informatique a entraîné une dématérialisation des documents et une transmission de ceux-ci par voie électronique. Or, lors d'une expertise, les parties peuvent présenter de tels éléments.

Je vais me restreindre à décrire le cadre légal de la preuve numérique, essayer de dégager l'état de la jurisprudence en la matière et évoquer brièvement le cas de la facture électronique.

1) La légalité de la preuve numérique

a) L'équivalence de l'écrit papier et de l'écrit électronique

Les nouveaux supports d'écriture ont été reconnus légalement par une loi du 13 mars 2000[1]. Mais, auparavant, la jurisprudence avait déjà reconnu que la télécopie notamment permettait d'établir « *la preuve écrite dès lors que son intégrité et l'imputabilité de son contenu à l'auteur désigné, ont été vérifiées ou ne sont pas contestées* »[2].

La loi du 13 mars 2000 a donc officialisé les choses en consacrant ces nouveaux modes de preuve par l'introduction d'un article 1316[3] dans le code civil qui définit la preuve littérale en reconnaissant l'indépendance au support et en respectant le principe de neutralité technologique. L'écrit électronique entre donc dans la catégorie des preuves parfaites et peut servir de preuve à un acte juridique tel un contrat.

La loi reconnaît la même recevabilité (C. civ., art. 1316-1[4]) et la même force probante (C. civ., art. 1316-3[5]) entre l'écrit papier et l'écrit électronique. En cas de conflit de preuve, le juge déterminera par tous moyens le titre le plus vraisemblable quel qu'en soit le support, ce qui démontre l'absence de hiérarchie (C. civ., art. 1316-2[6]). Bien sûr, le juge est souverain dans l'appréciation de la vraisemblance mais il est tenu par le principe de neutralité juridique. Il peut également être tenu par des conventions de preuve prévues par les parties, sur lesquelles je ne reviendrai pas.

En outre, pour être un écrit électronique, le document doit être signé, c'est ainsi que l'article 1316-4 du code civil[7] a défini la notion de signature et a introduit le concept de signature électronique.

1 Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique.

2 Cass. com., 2 déc. 1997, pourvoi n° 95-14251 : « L'écrit (…) peut être établi et conservé sur tout support, y compris par télécopies, dès lors que son intégrité et l'imputabilité de son contenu à l'auteur désigné ont été vérifiées, ou ne sont pas contestées ». NB : il s'agissait ici pourtant de la matière commerciale (acceptation d'une cession de créance) régie par la liberté de la preuve.

3 C. civ., art. 1316 : « La preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission ».

4 C. civ., art. 1316-1 : « L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité ».

5 C. civ., art. 1316-3 : « L'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier ».

6 C. civ., art. 1316-2 : « Lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes, et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable, quel qu'en soit le support ».

7 C. civ., art. 1316-4 : « La signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte. Lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat ».

b) L'équivalence conditionnée à l'identification et l'intégrité

On remarque cependant très rapidement que cette équivalence légale est conditionnée à 2 conditions cumulatives : l'identification de l'auteur et l'intégrité de l'écrit sous forme électronique qui doit être assurée pendant tout son cycle de vie, de son établissement à sa conservation.

Alors comment remplir ces conditions de sécurité ?

Le code civil ne l'indique pas explicitement. Cependant, en analysant un peu les textes, on observe :

- qu'une signature électronique est nécessaire car sans signature, l'acte sous seing privé n'est pas parfait.

  Encore faut-il que cette signature électronique soit fiable. L'article 1316-4 parle d'un « *procédé fiable d'identification* » sans pour autant le définir. L'article évoque également la signature électronique sécurisée qui bénéficie d'une présomption de fiabilité car elle répond à un certain nombre d'exigences posées par décret. En réalité, seule cette deuxième signature rend l'écrit électronique légalement équivalent de l'écrit papier.

- qu'à côté de la question de la signature qui répond à l'exigence d'« identification », il y a la question de l'archivage. Bien que la loi ne le mentionne pas, la conservation intègre nécessite d'archiver les écrits électroniques, et ce de manière sécurisée. En ce domaine, ce sont surtout les règles de l'art, les normes techniques, notamment les normes AFNOR[8] et les processus de certification[9] qui permettent à l'expert et au juge d'apprécier l'intégrité des données, leur intangibilité et donc la valeur des preuves recueillies ou présentées. A noter cependant que les normes n'ont pas de force juridique contraignante, le juge pouvant toujours écarté un document électronique archivé conformément aux normes.

c) L'état de la jurisprudence

Après avoir étudié les textes légaux, on peut se demander quel est l'état de la jurisprudence, et s'il s'est dégagé véritablement une tendance des juges en la matière.

La majorité de la jurisprudence tient au courrier électronique. La Cour de cassation s'est en effet prononcée dans quelques arrêts sur la valeur probatoire des mails.

- **La valeur probante du courrier électronique dans le système de preuve légale**

=> Le cas de la dénégation du courrier électronique

Dans un arrêt du 30 septembre 2010[10], la Première chambre civile s'est prononcée sur la valeur probante d'un courriel lorsque celui à qui on l'oppose dénie en être l'auteur. Dans ce cas, le juge doit procéder à la vérification d'écriture prévue aux articles 287 et suivants du code de procédure civile et vérifier si les conditions posées par les articles 1316-1 et 1316-4 du code civil sont satisfaites.

Il ne devrait pas en être de même dans un domaine où la preuve est libre, puisque la procédure de vérification n'est, en principe, applicable que pour les actes sous seing privé. La Chambre sociale dans un arrêt récent du 25 septembre 2013[11], a rappelé que « *ces dispositions* (invoquées par le moyen) *ne sont pas applicables au courrier électronique produit pour faire la preuve d'un fait, dont l'existence peut être établie par tous moyens de preuve, lesquels sont appréciés souverainement par les juges du fond* ».

Valeur probante d'un courrier électronique ne valant pas preuve littérale

A défaut de valoir preuve littérale, le courrier électronique pourra tout de même être pris en compte par les tribunaux à plusieurs titres. En effet, le code civil énonce plusieurs exceptions à l'exigence d'une preuve littérale.

=> il pourra valoir commencement de preuve par écrit (C. civ., art. 1347[12])

Il nécessitera alors un complément de preuve extérieur[13].

=> (L'impossibilité morale ou matérielle de se procurer une preuve électronique littérale d'un acte juridique (C. civ., art. 1348 al. 1[14])

On peut également imaginer, bien que je n'aie pas d'exemple jurisprudentiel sur ce point, que des liens de parenté soient retenus pour justifier une impossibilité morale de produire un écrit électronique. Pour l'impossibilité matérielle, on pourrait alléguer que des défaillances informatiques ou du serveur de messagerie aient provoqué la suppression des courriels ou empêchent leur lecture.

=> Un autre fondement juridique se trouve dans l'existence **d'une copie du courrier original** puisque le second alinéa de l'article 1348 du code civil[15] permet dans le cas où l'original n'a pas été conservé, de produire à sa place une copie « fidèle et durable ».

Dans un arrêt du 4 décembre 2008[16], la deuxième chambre civile a censuré une cour d'appel pour n'avoir pas vérifié notamment si la copie était la reproduction fidèle et durable de l'original. En l'espèce, la copie informatique était revêtue d'un logo différent de celui utilisé lors de l'envoi du courrier papier original.

Au contraire, dans un arrêt du 1er juillet 2010[17], la même 2ème Chambre civile a rejeté le pourvoi cette fois-ci en jugeant que bien que l'en-tête et le pied figurant sur la lettre n'étaient pas ceux qu'utilisait l'émetteur à l'époque, cette copie faisait preuve car il y avait également un accusé de réception signé qui correspondait à un commencement de preuve.

On peut dès lors en déduire que l'exigence de fidélité n'est pas nécessairement l'exigence d'une stricte identité entre l'original et la copie.

8 Telle que la norme NF Z42-013 étendue à l'international par la norme ISO 14641-1.
9 La signature électronique sécurisée est fondée sur un processus de certification
10 Cass. 1ère civ., 30 sept. 2010, pourvoi n° 09-68555.
11 Cass. ch. soc. 25 sept. 2013, pourvoi n° 11-25884.

12 C. civ., art. 1347 : « Les règles ci-dessus reçoivent exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. On appelle ainsi tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué. Peuvent être considérées par le juge comme équivalant à un commencement de preuve par écrit les déclarations faites par une partie lors de sa comparution personnelle, son refus de répondre ou son absence à la comparution ».
13 Cass. 1ère civ., 20 mai 2010, pourvoi n° 09-65854.
14 C. civ., art 1348 al. 1 : « Les règles ci-dessus reçoivent encore exception lorsque l'obligation est née d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit, ou lorsque l'une des parties, soit n'a pas eu la possibilité matérielle ou morale de se procurer une preuve littérale de l'acte juridique, soit a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit ou d'une force majeure ».
15 C. civ., art. 1348 al. 2 : « Elles reçoivent aussi exception lorsqu'une partie ou le dépositaire n'a pas conservé le titre original et présente une copie qui en est la reproduction non seulement fidèle mais aussi durable. Est réputée durable toute reproduction indélébile de l'original qui entraîne une modification irréversible du support ».
16 Cass. 2ème civ., 4 déc. 2008, pourvoi n° 07-17622.
17 Cass. 2e civ., 1er juill. 2010, pourvoi n° 09-14685.

=> c'est vrai que **la copie pose cette question de la « rematérialisation »** : or le code civil ne traite pas le cas d'un écrit qui passerait d'un support à un autre.

A l'évidence, on peut considérer que l'écrit électronique a une valeur plus forte que ses tirages papiers puisqu'il constitue lui-même l'original. Et donc finalement, comme le souligne certains auteurs, l'impression d'un écrit électronique ne peut pas donner naissance à un écrit sur support papier[18], sauf à signer *a posteriori* le document imprimé.

Cependant, la Cour de cassation a jugé à plusieurs reprises que la copie telle une impression d'écran[19] par exemple ne peut pas être écartée par principe et que sa force probante doit être appréciée par les juges.

- **La valeur probante du courrier électronique dans le système de preuve libre**

Dans un système de preuve libre, pour rappel, tous les modes de preuve sont en principe recevables, sauf cas de la preuve déloyale[20].

Néanmoins, le courrier électronique peut ne pas valoir preuve aux motifs de sa non fiabilité, des possibilités d'usurpation d'identité de l'émetteur, des éventuelles manipulations et altérations dans son contenu.

Avant de faire appel aux techniciens experts qui peuvent effectuer des investigations plus poussées, le juge a recours aux faisceaux d'indices et aux présomptions pour vérifier la fiabilité de la preuve : la mention de l'adresse électronique d'une personne sur un courriel ou de son nom laissera supposer que cette personne est l'émetteur. Des attestations aussi[21]. Même le fait que la sincérité d'une partie ne puisse être suspectée[22].

Cependant, on remarque que même dans un système de preuve libre, en cas de contestation, la valeur de la preuve est atténuée. Par exemple, dans une décision de la CA de Versailles du 29 janvier 2004[23], en matière de divorce, les courriers électroniques litigieux qui étaient contestés ont été considérés comme non-probants, eu égard à l'absence de justificatif d'identité lors de la création d'une adresse électronique.

Dans tous les cas, on peut toujours douter notamment de l'identité de l'expéditeur d'un courriel. La Cour d'appel de Paris[24] a ainsi rejeté la preuve de la faute grave invoquée à l'encontre d'un salarié, en jugeant que les faits qui lui étaient reprochés n'étaient pas établis dès lors « qu'un doute subsiste sur l'imputabilité de l'envoi du courriel incriminé ».

Le juge a donc une liberté d'appréciation de la valeur probante des éléments électroniques qui sont produits devant lui. La chambre sociale[25] a approuvé la cour d'appel de Paris en confirmant son appréciation souveraine. Celle-ci avait estimé que le courriel, unique document produit, avait été « recueilli dans des circonstances impropres à en garantir l'authenticité et selon un cheminement informatique qui n'était pas clairement explicité, ne permettant pas l'identification de son auteur ».

=> Ainsi finalement, même dans les matières où la preuve est libre, il faut convaincre le juge de l'imputabilité et de l'intégrité du courrier électronique.

d) le cas de la facture électronique

Il est intéressant d'étudier brièvement le cas de la facture électronique qui est un exemple assez illustratif de la place qu'a pris la dématérialisation de nos jours et de la valeur probante qui peut être donnée aux documents dématérialisés en matière fiscale.

Le point intéressant par rapport au thème de la preuve est relatif aux modalités de conservation, car les factures doivent être stockées sous la « *forme originelle, papier ou électronique, sous laquelle elles ont été transmises ou mises à disposition* » (L 102C). On évite ainsi l'écueil de la « rematérialisation » notamment par une impression papier qui n'aurait qu'une valeur de copie[26].

Le Livre des Procédures Fiscales prévoit par ailleurs expressément plusieurs cas dans lesquels les factures ne seront pas ou plus considérées comme des factures d'origine[27].

Bien évidemment, ces dispositions sont spécifiques à la matière fiscale. Il n'y a rien de comparable pour les documents électroniques « traditionnels » pour lesquels il est parfois difficile de dissocier un original et sa copie, mais je n'en dirais pas plus à ce sujet.

Je laisse désormais la parole à Maître Papin qui va nous parler de la validité et de l'obtention de la preuve numérique.

(Applaudissements)

M. NUÉE.- Je tiens à vous remercier. Vous trouverez le texte de Mme Bautista dans les actes du colloque. Vous verrez qu'il est extrêmement riche. Elle a essayé d'en faire la synthèse, mais c'est quand même une matière très technique et nous lui devons un grand merci, car c'est un véritable apport que cette synthèse sur ces nouveaux aspects de la légalité de la preuve numérique.

Nous allons passer au problème de loyauté qui se pose de manière un peu spécifique avec Me Papin, et notamment pas tellement sur l'objet de la preuve, mais plutôt sur les procédés probatoires, puisque ces nouvelles techniques de gestion de l'information font que, très vite, grâce à eux, on peut sortir hors du champ du litige et même hors du champ territorial. Le juge national a ordonné une mesure. En fait, on s'aperçoit que les informations circulent dans

18 Thierry Piette-Coudol, « Rematérialisation de l'écrit électronique et administration de la preuve (à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 25 juin 2009) », comm. sous Cass. 2ème civ., 25 juin 2009, pourvoi n° 08-12248, RLDI 2009/53, act. 47.

19 Cass. 2e civ., 25 juin 2009, pourvoi n° 08-12248 ; Voir aussi Cass. 2e civ., 23 sept. 2010, pourvoi n° 09-68367.

20 Le principe de la loyauté de la preuve conditionnant la recevabilité de la preuve passe par un principe de transparence dans la collecte de la preuve et par le respect des libertés individuelles au premier rang duquel se trouve la vie privée.

21 Cass. soc., 2 juin 2004, pourvoi n° 03-45269 : « Mais attendu que la cour d'appel, répondant aux conclusions et analysant l'ensemble des éléments de preuve soumis à son appréciation, et notamment l'historique des envois électroniques de la société et plusieurs attestations, a constaté qu'il était établi que M. Z... était bien l'auteur du courriel incriminé ; que les moyens, qui ne tendent qu'à remettre en cause cette appréciation souveraine, sont sans fondement ».

22 Cass. com., 4 oct. 2005, pourvoi n° 04-15195 : «rien ne permettant de suspecter la sincérité du représentant des créanciers»; que l'arrêt en déduit que (…)"

23 CA Versailles, 2ème ch., 29 janv. 2004, n° 03/01521 : « force est de considérer que ces pièces qui sont constituées par des copies d'écran soit de courriers électroniques, soit de dialogues sur Internet, ne sont pas probantes ; Qu'en effet, lors de la création de boîte aux lettres sur une messagerie Internet (…), il n'est demandé aucun justificatif d'identité de la personne qui les crée ; que dans ces conditions, monsieur Y... ne peut contester l'argument opposé par son épouse selon lequel il a pu créer lui-même des adresses Internet au nom de JANEEN 78, tout en faisant croire que ce pseudonyme appartenait à son épouse"

24 CA Paris, 22e ch. A, 9 nov. 2005, n° 04-36631.

25 Cass. soc., 24 juin 2009, pourvoi n° 08-41087.

26 Thierry Piette-Coudol, dans Revue Lamy Droit de l'Immatériel 2013, « Un chantier de dématérialisation exemplaire : la facture électronique au 1er janvier 2013 ».

27 - LPF, art. L 13 E : « En cas d'impossibilité d'effectuer la vérification prévue à l'article L. 13 D ou si les contrôles mentionnés au 1° du VII de l'article 289 du code général des impôts ne permettent pas d'assurer l'authenticité de l'origine, l'intégrité du contenu et la lisibilité des factures, ces dernières ne sont pas considérées comme factures d'origine ».

- LPF, art. L80FA al. 3 : « A l'expiration de ce délai et en l'absence de justification ou de régularisation, les factures électroniques ne sont plus considérées comme documents tenant lieu de factures d'origine ».

le monde entier et que l'on peut très vite dépasser le cadre national pour aller chercher des informations qui n'ont pas été prévues par le juge, pas plus que par les parties. Me Papin, vous qui avez cette expérience, vous allez pouvoir nous donner quelques exemples.

En vous remerciant.

Monsieur PAPIN

Merci, Monsieur le Président.
Le thème de mon intervention s'appelle : « La validité de la preuve numérique. » Je vais me permettre de la rebaptiser très légèrement et de vous parler plutôt de ce que j'appelle : « La pertinence de la preuve numérique » ou de « L'opportunité de la preuve numérique. » Je vais rebondir ou peut-être redonder sur certains propos tenus au cours de la table ronde précédente, en essayant de vous apporter mon éclairage de praticien. Je suis un avocat spécialisé dans le droit des technologies pour lequel le quotidien de la procédure est aussi fait de recherches, d'investigations et de traitement de preuves numériques.

Je crois que nous sommes sur un sujet absolument fondamental et qu'il me semble être tout à fait opportun de mettre à l'ordre du jour d'un débat comme celui dans lequel j'interviens aujourd'hui, parce qu'il est certain que la question de la preuve est centrale, dans un état de droit et dans l'organisation du procès civil. Si l'on prend un peu de hauteur, on peut même considérer que ce qui fonde la procédure civile, c'est le droit à avoir un juge impartial en face de soi et la nécessité d'apporter à ce dernier des preuves irréfutables.

Or, c'est peut-être un lieu commun que de le dire aujourd'hui, mais on assiste, en tout cas depuis une grosse décennie, à une dématérialisation des modes de preuve et des preuves présentées devant les juges. J'en suis le témoin tous les jours dans mon cabinet d'avocat. Je pense que cela est de nature à modifier de manière considérable l'organisation et le déroulement du procès civil, en tout cas du procès commercial, pour parler des matières que je pratique qui sont essentiellement les litiges commerciaux en propriété intellectuelle et en concurrence déloyale. Je pense que cela peut aussi modifier la procédure d'une manière fondamentale et, de manière encore plus essentielle, la matière litigieuse elle-même, puisqu'un procès, un litige que l'on soumet à un juge n'est jamais que ce que l'on est capable de prouver.

Aujourd'hui, je constate que la preuve numérique s'obtient avec une grande facilité. Les entreprises sédimentent dans leurs systèmes d'information, de messagerie électronique, des quantités de preuves, des téraoctets de preuves qui vont être, pour leur potentiel adversaire, mais aussi et surtout pour les autorités de contrôle comme le fisc ou l'autorité de la concurrence, une sorte de réservoir de preuves quasiment inépuisable dans lequel ces autorités ou ces adversaires se lancent avec avidité.

L'autre caractéristique de ce phénomène de la preuve numérique, c'est aussi sa quantité, la facilité avec laquelle elle va se constituer et sa quantité. On parle aujourd'hui de *big data* pour désigner le fait que l'on est submergé d'informations.

Je crois que nous devons tous, vous en temps qu'experts, les magistrats, mais également nous en tant que conseils, de sombrer dans la facilité de cet accès à la preuve numérique et à la quantité de preuves, car elle peut être trompeuse et je me propose de l'illustrer avec quelques exemples issus de ma pratique. Elle peut être trompeuse, mais aussi et surtout dévoyée. Ce peut être un instrument. Nous en avons parlé lors de la précédente table ronde avec l'instrumentalisation de la justice, non pas à des fins d'obtenir justice, mais la disparition de son concurrent.

L'illustration de mon propos se fait facilement avec aujourd'hui le succès que l'article 145 du Code de procédure civile obtient devant les tribunaux. Les litiges informatiques ou les contentieux pour concurrence déloyale sont quasiment tous précédés au fond d'une expertise *in futurum,* avant dire droit, au fondement de cet article. Cette procédure permet à un juge saisi en référé ou sur requête de désigner un expert et un huissier de justice afin de réaliser ce que la pratique appelle de manière dévoyée « des saisies » au sein d'un système d'information d'une autre entreprise.

Rien ne semble devoir résister à cet article145. Je pense que cela peut devenir, en tout cas dans ma matière, l'alpha et l'oméga de la recherche de la preuve numérique. Rien ne semble lui résister et je voudrais vous illustrer cela très brièvement. Déjà, l'article 146 du Code de procédure civile n'y a pas résisté. Cet article 146 nous explique que les mesures d'instruction ne peuvent pas suppléer la carence d'une partie dans l'administration de la preuve. La Cour de cassation a décidé à plusieurs reprises que cet article 146 ne pouvait pas trouver application dans le cadre d'une mesure d'instruction *in futurum* de l'article 145.

Les procédures spéciales d'expertise avant dire droit n'ont pas non plus résisté à cet article 145. Par exemple, dans le Code de commerce, il existe des procédures qui permettent aux minoritaires d'obtenir des expertises sur les actes de gestion des dirigeants sociaux de l'entreprise. Nonobstant l'existence de cette procédure, la Cour de cassation, a considéré que l'on pouvait néanmoins avoir recours à l'article 145 du Code de procédure civile pour aller rechercher des preuves sur des actes de gestion réalisés dans une entreprise.

Nous en avons également parlé tout à l'heure, l'intimité de la vie privée n'a pas non plus résisté à cet article. C'est un moyen extrêmement puissant qui est utilisé de manière régulière par les plaideurs. On veut rechercher la preuve d'un acte de concurrence déloyale. Un salarié a démissionné, a quitté l'entreprise et cette dernière s'aperçoit qu'une nouvelle société concurrente arrive sur le marché, fondé par son ancien salarié, et qu'un certain nombre de ses clients disparaît. C'est un cas d'école, mais très fréquent devant les tribunaux.

Comment va-t-on alors rechercher la preuve de la concurrence déloyale ? Au moyen de l'article 145 sur requête, en allant demander l'autorisation devant un juge qu'un expert et un huissier aillent investiguer sur l'ordinateur personnel de l'ex-salarié en question, afin d'y trouver les preuves des comportements de concurrence déloyale.

En tant qu'avocat, cette facilité m'interpelle. Certes, il est tout à fait normal de lutter contre une concurrence exacerbée et déloyale, mais on sait aujourd'hui que beaucoup d'informations privées, très personnelles cohabitent dans un ordinateur se trouvant au sein du domicile d'une personne. Doit-on alors sacrifier le secret de celles-ci à la recherche d'une preuve dans le cadre d'un litige commercial ? C'est ce que pensent les dernières jurisprudences de la Cour de cassation. Je crois qu'il faut entrer dans cette jurisprudence-là de manière très circonspecte.

On l'a également rappelé, le secret des affaires n'a pas non plus résisté à cet article 145 du Code de procédure civile. Là aussi, il me semble qu'il faut être extrêmement circonspect et prudent dans l'usage que l'on peut faire de ce dernier pour aller rechercher les preuves du comportement qu'on lui reproche sur le système d'information de l'adversaire. Dans l'une des procédures que j'ai suivies, j'ai été témoin de l'instrumentalisation de ce type de procédure pour tuer une société concurrente.

Lorsque vous faites une procédure d'expertise sur le fondement de l'article 145 et que vous allez dans le système d'information d'une entreprise pour y saisir des copies, des documents, des mails, des fichiers numériques. Après une journée de copie sur ces systèmes, se retrouvent entre les mains de l'huissier des quantités gigantesques de données que celui-ci séquestre pour éviter une éventuelle communication de secrets des affaires au bénéfice de la partie ayant obtenu ces opérations d'expertises.

Cela nous oblige à entrer dans des expertises extrêmement compliquées. L'expert et l'huissier sont les séquestres de la preuve. Il faut alors accéder à cette preuve, avec parcimonie, dans le respect de la confidentialité. Ce sont des expertises très longues et très coûteuses pour les entreprises. Un de mes clients n'a pas résisté à cette procédure en termes financiers. Lorsque vous êtes en expertise 145 durant trois ans, vous ne pouvez pas développer votre activité commerciale. Vous attendez avec impatience la décision au fond. Lorsque cette dernière arrive et déboute votre adversaire, il est malheureusement trop tard pour l'entreprise qui a dû subir cette procédure pendant de longues années.

Voilà la pratique aujourd'hui telle qu'elle est faite dans le monde du numérique, en tout cas, lorsqu'on recherche sur les systèmes d'information d'un adversaire les preuves de comportements délictuels au fondement de cet article 145. Je souhaitais m'exprimer plus particulièrement sur cet article devant vous, parce que c'est aujourd'hui extrêmement utilisé devant les tribunaux et je crois qu'il faut avoir une réflexion et agir avec prudence quand on est juge ou expert et que l'on est saisi au fondement de cet article, pour ne pas risquer de tomber dans ces risques d'instrumentalisation.

Pour rebondir et terminer sur les propos de M. le Président Gentin de la première table ronde qui expliquait que, souvent ou parfois en tout cas, après des expertises 145, les parties n'allaient pas au fond, ce qu'il m'a été donné de constater, c'est que bien souvent, ce n'est pas parce que ces entreprises ont trouvé un accord, mais tout simplement parce qu'après avoir subi pendant plusieurs années les affres et les coûts d'une telle expertise, elles considèrent qu'il vaut mieux s'arrêter là et que le jeu n'en vaut plus la chandelle. Justice n'a pas été rendue, aucune des deux parties n'a trouvé une réponse devant le juge, mais ne souhaite pas porter l'affaire au fond, compte tenu de la lourdeur, des risques et des coûts de ces expertises.

M. NUÉE. – Merci

Maître. Nous allons donc aborder le problème de l'intégrité de la preuve numérique. Nous avons demandé à M. Kodia de nous faire un peu peur dans les délais impartis pour nous montrer tous les dangers du numérique et nous donner un petit échantillonnage de toutes les falsifications possibles de comptabilités partielles ou complètes, car c'est un problème auquel l'expert-comptable peut être confronté.

Monsieur KODIA

Merci, Monsieur le Premier Président.

Il n'est pas rare que, dans le cadre d'une instance, une partie produise des pièces numériques dont la valeur probante s'avère discutable. Je dirais même : « L'intégrité de la preuve serait discutable. » A ce titre, je citerai Platon qui dit que : « la conscience que nous avons du monde aboutit à nous laisser croire que nous connaissons ce dont nous avons conscience, alors que nous sommes dans l'illusion. » Allégorie de la caverne.

En effet, il nous semble parfois être en face d'une pièce authentique et intègre, car elle est censée être issue de l'informatique qui est supposée être fiable. Or, plus les semaines et les mois passent, plus je suis sollicité par des parties ou des conseils pour m'assurer de la validité ou l'intégrité d'une preuve numérique versée par la partie adverse. A ce titre, je vais vous dresser un aperçu d'un certain nombre de cas qui m'ont semblé être assez édifiants.

Le premier cas porte sur l'évaluation d'un fonds de commerce de pharmacie. L'usage exige que le prix de vente du fonds de commerce représente un pourcentage du chiffre d'affaires annuel. De même, le chiffre d'affaires réalisé avec des institutions ou des collectivités, comme un Conseil Général ou un hôpital, doit faire l'objet d'un regroupement à part. A cet égard, certaines manœuvres consistent à saisir des libellés volontairement équivoques ou faux et à leur associer des codes de regroupement erronés.

Dans le cas que j'expose dans ce *slide*, vous voyez par exemple que la Clinique du Parc est référencée par le code 4112004, qui est bien celui qui normalement lui est attribué. Elle est également référencée avec un code de regroupement « I » qui désigne une instituTion. Or, le chiffre d'affaires consolidé établi à partir de ce plan comptable relatif à la pharmacie exclut celui réalisé avec la clinique du Parc. Or, le praticien en question a créé un code 4112007 que j'ai appelé : « Client X » dans lequel il a saisi son chiffre d'affaires réalisé avec certains clients institutionnels. De ce fait, cela lui a permis de majorer le chiffre d'affaires de son établissement et donc de le vendre plus cher.

Deuxième cas de figure : le détournement de fonds.

Madame X est la responsable de la paye. Chaque fin de mois, elle fait signer à son patron le bordereau de transfert bancaire. Son patron vérifie le détail des salaires et plus particulièrement celui de Madame X. Effectivement, dans le document soumis par cette dernière, on a bien un montant total de 12.450 euros qui correspond à l'ensemble des salaires à virer. A la colonne correspondant à son salaire on constate que la somme est de 1.400 euros, ce qui correspond réellement à son salaire. Quelques années plus tard, Mme Rapetout a été mise en cause pour détournement de fonds portant sur plus de 300 000 euros. En fait, dans le logiciel de paye, Mme Rapetout a créé deux sociétés : une société A et une société B. Le bordereau qui est réellement transmis à la banque correspond à la société B. Quand le chef d'entreprise regarde le relevé bancaire, il voit effectivement que 12.450 euros ont été débités et que cela correspond au montant qui lui a été préalablement soumis par la responsable de paye. Mais, quand on regarde le bordereau réel, la ventilation des euros a été effectuée d'une manière complètement différente par rapport à ce qui a été préalablement soumis au chef

d'entreprise. Madame Rapetout avait ajouté cinquante euros à chacun des salariés de la société sur le bordereau soumis à son patron et elle a fait glisser ce surplus sur son salaire sur le bordereau soumis à la banque.

Troisième cas de figure : l'altération des données.

Il s'agit ici d'une altération malveillante, parce qu'on peut éventuellement parler d'une altération naturelle, notamment en matière de conservation des supports numériques. Pour vous donner un ordre d'idée, un disque dur peut s'altérer naturellement à partir de cinq ans. Pour une clé USB, il faut compter environ 10.000 cycles de lecture ou d'écriture. Il peut donc y avoir une altération naturelle pour laquelle je peux donner quelques exemples : quand on demande aux comptables de restaurer une sauvegarde, il se peut que la bande magnétique ne soit plus exploitable dans la mesure où sa durée de vie excède très difficilement 10 ans. La durée de vie d'une disquette est de cinq ans environ. Pour les bandes numériques telles que DAT ou DLT qui sont très utilisées chez les experts-comptables, cela dépend de la durée d'utilisation. Elle varie entre 2.000 et 30.000 heures suivant la qualité et le modèle.

Pour revenir à l'altération malveillante des données, cela consiste à accéder directement à la base de données en contournant l'application associée en procédant à la modification des valeurs. Théoriquement, pour un débit ou un crédit, on passe par l'interface Homme/machine, donc par le logiciel Sage ou Koala ou par toute autre application de comptabilité et on saisit des débits et des crédits. Or, il existe de plus en plus de moyens pour accéder directement à la base de données et procéder à des modifications difficilement décelables. Ensuite, quand on édite un grand-livre ou une balance, voire même un compte de résultat, on se retrouve avec des données altérées par modification des fichiers.

Quatrième cas de figure que l'on rencontre de plus en plus et pas seulement en matière informatique : le mot « Fake » qui signifie : « faux » :

Tout à l'heure, Maître Papin parlait de l'article 145 qui me renvoie à une affaire pour laquelle j'ai été désigné dans le cadre d'une ordonnance sur requête. En effet, ma mission consistait à vérifier l'intégrité d'une correspondance électronique, car l'avocat d'une des parties qui était aussi avisé que Maître Papin, s'est rendu compte qu'une partie avait produit un e-mail datant de 2008 ou de 2009 et qu'en bas de page, la signature de l'intéressé apparaissait avec la mention suivante : *www.quelquechose.com*. Or, cette mention a été attribuée par l'AFNIC[28], qui est l'autorité de tutelle en matière d'attribution des noms de domaines, deux ou trois ans après. Dans un premier temps, même la partie adverse ne s'est pas doutée que ce mail était un faux. J'ai exposé là le cas d'un éditeur de texte qui permet d'aller modifier des mails sous forme html, msg ou eml, soit les formats standards de correspondance électronique.

J'irai même plus loin. Aux Etats-Unis, il existe un site intitulé : « *Fake SMS* » sur lequel on peut adresser un SMS en mentionnant le numéro que l'on veut faire apparaître sur le téléphone du destinataire. En matière de menaces ou d'accord ou de validation d'un compte ou d'un bilan, une personne peut dire : « J'ai reçu un SMS ». Tout à l'heure, Mme Bautista parlait de garantie de l'intégrité de la preuve. Je dirai que, plus le temps passe, plus je doute de cela. De plus, j'ai moi-même des doutes, bien que je sois expert en informatique, sur le fait de pouvoir déceler cette fraude tant les outils existant actuellement sont perfectionnés et leurs moyens de détection sont relativement difficiles.

28 Association française pour le nommage Internet en coopération.

M. NUÉE.- Vous avez développé les aspects négatifs du numérique dans l'expertise. Voyons donc un peu maintenant avec M. Baloteaud les aspects positifs du numérique. Qu'apporte-t-il à l'expert ?

Monsieur BALOTEAUD

Il apporte tout d'abord une facilité dans la communication des pièces et c'est vrai que, dans le cadre des expertises, les communications sont de plus en plus souvent faites sous format dématérialisé ou, quand ce n'est pas dématérialisé, sous forme de photocopies. Si on se souvient de l'affaire Parmalat par exemple, scandale financier de portée quasiment planétaire, le détournement était considérable puisque l'on avait parlé de 1,7 milliards d'euros. Il avait été masqué par une falsification grossière d'un fax sur la base d'une photocopie. On était en 2003. Depuis lors, les techniques, tant matérielles que numériques, ont considérablement évolué et les faussaires potentiels ont à leur disposition des imprimantes de bureau performantes et surtout des outils aisément disponibles sur Internet, lesquels leur permettent de reproduire à l'identique avec des logiciels de reconnaissance de style, les logos des entreprises ou le contenu de pièces justificatives par exemple. Ce qui veut dire qu'au cours d'une expertise, l'expert peut se trouver, sans même l'imaginer, en présence de pans entiers de comptabilités refaites, alors que des libellés, des dates et des montants auront été modifiés, ou encore en face de factures erronées, de relevés de banque n'ayant rien à voir avec la réalité, etc.

L'expert doit, non pas imaginer à tout instant qu'il est susceptible de travailler sur la base de faux documents -car ce cas d'espèce est heureusement relativement rare- mais conserver malgré tout une forme de vigilance constante. Un bon moyen pour ce faire consiste à faire respecter parfaitement la contradiction, en s'assurant que l'ensemble des documents versés aux débats a bien subi l'examen critique de la ou des parties adverses. Ainsi, si une pièce n'est pas contestée, l'expert n'a pas de raison particulière d'imaginer qu'elle est fausse, sauf si la vraisemblance ou la cohérence des éléments le conduit à penser qu'il y existe un doute sur son intégrité. Si le doute existe ou si la pièce est contestée, il est évident –vous le disiez tout à l'heure, Monsieur le Premier Président - que l'expert doit chercher à démêler le vrai du faux et de tenter par les moyens à sa disposition de savoir si la pièce s'avère réellement contestable ou pas. Pour ce faire, il peut essayer de se procurer un original, mais sait-on aujourd'hui distinguer un original d'une copie ? Il peut aussi s'adresser à un sachant, afin de recueillir un témoignage susceptible d'authentifier le document ou son contenu. Un sachant ou un tiers à l'expertise peut également, dans certains cas, fournir un document complémentaire permettant de corroborer les éléments et, par-là même d'écarter une pièce si elle était considérée comme fausse.

A défaut, l'expert peut se tourner vers le juge chargé du contrôle –je ne vais pas reprendre les arguments donnés tout à l'heure, ni les éléments du discours de M. le Premier Président Degrandi-, mais il n'entre pas dans les attributions de ce dernier de décider qu'une pièce est pertinente ou pas, ni qu'elle est fausse ou pas. En revanche, il entre dans ses prérogatives de prendre une ordonnance d'injonction de communiquer à l'égard d'un tiers, par exemple s'agissant d'un contrat dont on pourrait douter de l'intégrité. En effet, il peut demander au cocontractant de fournir son exemplaire du contrat, ce qui permettra, le cas échéant, de lever un doute. C'est une possibilité.

Il est bien évident qu'il convient pour l'expert d'écarter toute pièce qu'il sait être fausse.

A défaut d'avoir une certitude, une solution se présentant à l'expert, à supposer que le cas d'espèce le permette, consiste à mener deux calculs différents –par exemple pour l'évaluation d'un préjudice- en expliquant très précisément dans son rapport pourquoi il existe une alternative au calcul. Ainsi, le moment venu les juges du fond disposeront à la fois d'une information complète pour décider s'ils retiennent pour valable telle ou telle pièce, et des éléments chiffrés pour trancher, par exemple sur le montant du préjudice.

Je ne vais pas développer davantage à ce thème-là, le temps nous étant compté.

M. NUÉE.- Merci beaucoup.

Autre rapport : le projet Opalexe va être déployé à la Cour de Versailles. Vous savez que celui-ci répond à des attentes de la Chancellerie, à savoir :

- améliorer la qualité de l'expertise en matière de délais et de coûts, notamment par la réduction des coûts du transfert de documents,
- faire entrer l'expertise de la justice dans le monde numérique,
- participer à la dématérialisation du processus judiciaire avec la perspective de la mise en place d'une chaîne civile entièrement dématérialisée qui serait la chaîne Portalis.

Je ne sais pas si vous avez vu dans le rapport du Sénat sur les justices du premier degré, mais c'est une des recommandations que porte ce dernier à savoir d'accélérer le développement de cette chaîne qui permettrait peut-être d'assurer une meilleure distribution de l'information sur l'ensemble du réseau des juridictions et de créer des guichets uniques de greffes qui permettraient à chaque citoyen, à partir de n'importe quelle juridiction, de faire des actes dans une autre juridiction ou de se renseigner sur des procédures pendantes devant une autre juridiction.

Bien sûr, ce projet nous intéresse au plus haut point, tout comme les experts. L'idée est de faciliter le contradictoire par des échanges numériques et surtout de s'affranchir des nombreuses photocopies, mais également des volumes documentaires très importants en diffusant par un simple clic tous ces documentations à l'égard des parties. Tout cela a un cadre, en l'espèce, une convention passée entre les experts et la Chancellerie. Ce système se présente sous la forme d'un espace sécurisé, une sorte de coffre-fort numérique accessible à partir du réseau privé virtuel justice pour l'institution judiciaire et du RPVA pour les avocats et les parties via ces derniers.

Tous les documents relatifs à l'expertise sont donc stockés dans cet espace sécurisé. Seul l'expert a la maîtrise avec clé de ce dernier pour pouvoir l'ouvrir aux parties au fur et à mesure qu'elles rentrent dans la procédure, ainsi qu'au juge lorsque cela devient nécessaire. C'est lui qui pilote les entrées et assure la sécurité. Tous les documents sont stockés dans cet espace. Ensuite, la diffusion se fait à la diligence de l'expert, mais de manière automatique, tant en direction des parties et de leurs Conseils, que de la juridiction.

Nous sommes donc très intéressés. Vous avez à l'écran l'espace final quand toutes les mailles seront mises en place. C'est déjà très avancé. A la Cour de Versailles, nous en sommes à la formation des greffiers et des magistrats à l'utilisation de l'outil, ainsi qu'à la mise en place et à l'utilisation de la signature numérique, puisque ce système suppose que toutes les parties se dotent des moyens de signature numérique. Nous en attendons donc beaucoup. Bordeaux l'a déjà expérimenté une première fois. Nous sommes la deuxième cour ou dans les toutes premières après Bordeaux à nous lancer dans l'expérimentation. Pour cela, il nous faut bien évidemment des experts et des avocats volontaires, notamment dans ce domaine de la comptabilité où des documents très volumineux sont échangés. Je pense que cela peut être un outil qui accélère les échanges et qui facilite le travail de tout un chacun de la communauté des juges, des avocats et des experts.

Monsieur Baloteaud, vous avez encore un ou deux mots à nous dire sur l'aide que peuvent vous apporter les statistiques, tant sur le plan du lien de causalité faits/dommages, que l'évaluation du dommage.

M. BALOTEAUD.- Tout à fait. En matière d'évaluation de préjudice, l'expert est, le plus souvent, confronté à la production par les parties de données qu'elles présentent comme étant des statistiques.

Il se pose systématiquement le problème de savoir si la preuve statistique existe réellement et si on peut déduire des données disponibles les deux éléments fondamentaux du préjudice, c'est-à-dire le principe et donc le lien de causalité, et le quantum.

L'expert doit tout d'abord s'assurer que les données dont il dispose sont fiables et peuvent être véritablement qualifiées de statistiques, c'est-à-dire qu'il ne s'agit pas simplement de simples observations chiffrées, collectées de manière parcellaire et non rigoureuse, car il est fondamental de savoir sur quel support il va travailler.

Ensuite, il ne doit pas faire de l'observation d'une généralité une loi pour apprécier un cas particulier, puisqu'en expertise on apprécie un cas d'espèce. En matière de détermination du lien de causalité, il existe un certain nombre de décisions de jurisprudence, en particulier de la Cour de cassation, notamment en matière de recherche de responsabilité médicale. Par exemple, concernant le lien de causalité pouvant exister pour certains malades entre la vaccination contre l'hépatite B et la survenance de la sclérose en plaques, plusieurs décisions de Cour de cassation dont les détails vous seront fournis dans le cadre des actes du colloque, écartent les décisions des Cours d'appel lorsqu'elles sont basées sur des rapports d'expertise et une approche statistique probabiliste par rapport au relevé du nombre de malades ou de maladies qui se sont déclenchées. Chaque fois, la Cour de cassation est très attentive à l'application de l'article 1353 du Code Civil qui impose aux magistrats de n'admettre que des présomptions graves, précises et concordantes. Autrement dit, en matière de lien de causalité, on ne peut pas se contenter d'un simple pourcentage statistique, mais bien évidemment s'assurer que d'autres éléments permettent de considérer que ce lien est constitué.

Pour revenir au quantum du préjudice, la matière est un peu plus simple. En effet, lorsque le principe est établi, il importe peu qu'il le soit sur la base de statistiques ou différemment. S'agissant d'évaluer un préjudice, l'expert peut aisément se rapporter à la statistique, à condition d'être en mesure de démontrer que les données fournies sont applicables au cas d'espèce. Pour donner un exemple, j'ai moi-même été saisi d'une demande d'évaluation de préjudice introduite par l'exploitant d'un multiplex de salles de cinéma, dont les espaces avaient été fermés du fait dommageable d'un tiers. Le principe du préjudice était établi, le lien de causalité ne posait pas de problème. Or, cet exploitant de cinémas avait versé aux débats le relevé du nombre d'entrées au plan national dans les salles de cinéma, pour une période de deux ans avant le sinistre

puis pendant toute la période de fermeture du multiplexe. Il avait pu communiquer les mêmes données pour le réseau commercial auquel il appartient. Ces données, fournies sur une période suffisamment longue avant le sinistre et pendant la période préjudicielle, m'avaient permis d'établir qu'avant le sinistre, il existait une corrélation sinon parfaite, en tout cas très grande, entre le nombre d'entrées dans les salles du complexe ayant subi des dommages à indemniser et les données nationales. Fort du constat de cette corrélation et partant du principe qu'aucun événement autre que celui lié au préjudice à indemniser n'était de nature à remettre en cause la corrélation au titre de la période de préjudice, il m'a été possible d'extrapoler les données nationales de la période de préjudice, connues et indiscutables, pour déterminer le manque à gagner dudit complexe.

Au-delà de cet exemple vécu, on trouve un certain nombre de décisions de jurisprudence acceptant parfaitement qu'un expert se fonde sur les statistiques, à supposer bien évidemment qu'elles soient fiables et que la corrélation soit établie, pour établir le quantum d'un dommage.

La manipulation des données statistiques peut s'avérer complexe sur le plan technique. A tel point que, dans certaines circonstances, l'expert devra s'adjoindre un sapiteur statisticien, car pour des données très saisonnières, par exemple, il est nécessaire de mettre en œuvre un ensemble d'opérations mathématiques délicates pour que l'extrapolation aux données de l'espèce soit pertinente (désaisonnalisation puis resaisonnalisation par exemple). Dans ces cas-là, l'expert peut avoir recours à un sapiteur, technicien d'une spécialité différente de la sienne. Simplement, lorsqu'il écrira son rapport, il devra s'attacher à une rédaction tout à fait claire, de telle sorte que la description des travaux du sapiteur soit compréhensible par les parties et, ultérieurement, par les magistrats, afin que personne n'ait l'impression que l'expert parle le latin des médecins de Molière.

Juste pour conclure puisque je cite Molière et parce que nous avons fait beaucoup de citations aujourd'hui, j'avais moi-même prévu de citer Boileau qui écrivait : « *Ce que l'on conçoit bien s'énonce clairement et les mots pour le dire arrivent aisément* ». S'agissant des rapports des experts-comptables de justice, j'espère qu'il s'agit d'une maxime applicable, Monsieur le Premier Président.

(Applaudissements).

PRATIQUE DU DÉBAT CONTRADICTOIRE ET DU CONTRE-INTERROGATOIRE

Maître Christophe AYELA

AVOCAT AU BARREAU DE PARIS

Monsieur Jacques MESTRE

SÉMIOLOGUE, FORMATEUR AU BARREAU DE PARIS

M**. FOURNIER**.- Merci beaucoup pour vos interventions.

Je vous propose que nous ne fassions pas de pause, parce que nous avons pris du retard dans le déroulement de cette journée. Nous allons donc passer directement à la dernière intervention sur la pratique du débat contradictoire et du contre-interrogatoire.

Nous allons démarrer par une courte vidéo avec l'intervention de Madame la Bâtonnière de Paris, Me Féral-Schuhl et notre confrère Olivier Péronnet.

Cette vidéo sera alors suivie par les interventions de Me Christophe Ayela, avocat et l'auteur d'un ouvrage sur la *cross-examination* et de Jacques Mestre qui coache les avocats au Barreau de Paris. Formateur de talent, il va vous expliquer comment il est possible de déstabiliser un expert « en trois coups de cuiller à pot ».

Nous autres experts, avons besoin de pouvoir justifier ce qu'il y a dans nos rapports et nous pouvons être amenés à le faire à la demande du juge, ou dans le cadre d'arbitrages.

Me AYELA.- Merci, Jean-Luc, pour cette présentation.

En effet, nous allons entrer dans un univers un peu différent qui est celui de la pratique de l'expertise judiciaire en sortant un peu de son cadre juridique et légal ou de la recherche d'informations. Nous allons effectivement regarder un petit film de cinq minutes.

Avant cela, je voudrais juste positionner le sujet dans l'univers qui est le vôtre et, finalement, lui donner son actualité et son acuité.

En tant qu'experts judiciaires, vous avez des occasions nombreuses et variées de pratiquer la *cross examination*, mais peut-être que vous ne le savez pas, parce qu'on en fait parfois sans le savoir. On en fait quand on conduit une réunion d'expertise, lorsqu'on reçoit des personnes en situation de conflit. On en fait aussi lorsqu'on regarde le Code de procédure civile qui, à quelques occasions, le prévoit de façon très claire. Ce n'est pas encore extrêmement pratiqué, mais c'est prévu.

L'article 237 prévoit une impartialité impérative pour l'expert judiciaire. Autrement dit, l'expert doit conduire ses opérations en impartialité tout en questionnant.

L'article 242 prévoit que l'expert peut être entendu comme témoin, pas simplement par écrit, mais aussi à l'oral.

L'article 245 prévoit une déposition de l'expert.

L'article 283 prévoit une possible audition de l'expert pour éclaircir certains points.

Tous ces textes ne sont pas très pratiqués pour l'instant. A partir de demain matin, cela va changer, ils le seront beaucoup plus puisque tout le monde aura été informé que cela existe et que l'on peut s'en servir. Sauf que, sachant cela, il va falloir intégrer cette dimension de l'oralité de l'échange, de l'influence de l'oralité et de son impact dans la conduite de la mission de l'expert judiciaire. Pour cela, Jacques, je te passe la parole pour quelques mots sur ce sujet.

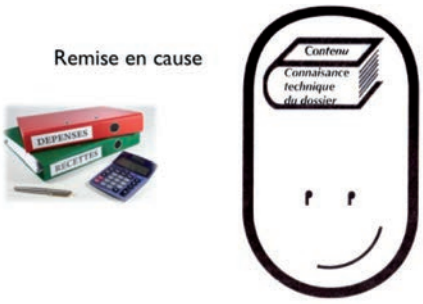
M. MESTRE. – Bonjour. Il s'agit de montrer au travers de ce petit film comment on peut chercher à vous déstabiliser malgré un rapport bien rédigé.

Place à un film de 4 minutes qui permet de centrer le débat.

(Projection du film)

Comme le montre ce film, Votre rapport peut être remis en cause -et Christophe en tant qu'avocat- va vous expliquer comment ne pas se faire manipuler et surtout ne pas perdre vos moyens. Vous pouvez perdre le contrôle de vous-même. Or, comment rester zen et surtout ne pas se faire déstabiliser ?

« Déstabilisé », c'est le maître mot. Ce qui veut dire que vous pourriez perdre le bon ordre de marche de votre esprit face à une salve de questions pouvant vous empêcher de savoir où vous en êtes.



Il faut donc s'entraîner dépasser le cap de cette déstabilisation. Toujours est-il que, devant une opposition constante contre votre vérité –comme le disait Mme le Bâtonnier dans le film : « Il y a peut-être plusieurs vérités »-, c'est donc perturbant et déstabilisant. Christophe peut tu nous donner certains secrets pour déstabiliser un expert ?

Me ALEYA.- Un ou deux.

M. MESTRE.- Il y a des manières de déstabiliser. Est-ce juste ou injuste ? Doit-on le faire ou pas ?

Me AYELA.- En réalité, c'est sain. On n'a pas trouvé mieux que la contradiction pour trouver une vérité ou crédibiliser une thèse ou une opinion.

M. MESTRE.- Il y a des vérités. Il y a la vôtre, mais aussi… C'est peut-être un effet un peu pervers. Non ?

Me AYELA.- Je ne crois pas, parce que justement, on a un peu cette image de manipulation, d'agressivité, alors que la *cross-examination* est avant tout l'école de l'humilité et de la courtoisie, car il y a une façon de faire.

M. MESTRE.- Qui n'est toutefois pas toujours appliquée.

Vous avez deux vérités qui s'affrontent. Avec Christophe, nous avons voulu faire des schémas très simples pour tenter d'expliquer -tout en restant dans le timing imposé des 30 minutes- quelque chose d'excessivement complexe.

Comment faire passer les bonnes informations ?

Me AYELA.- Le passage de l'écrit à l'oral peut être parfois très déstabilisant. Pendant cette intervention très brève, je voudrais que nous mettions en place une réflexion sur nous-mêmes, sur ce que nous faisons de cette parole que l'on nous donne, comment nous allons la mettre en place et comment nous allons l'utiliser de façon efficace, objective et impartiale.

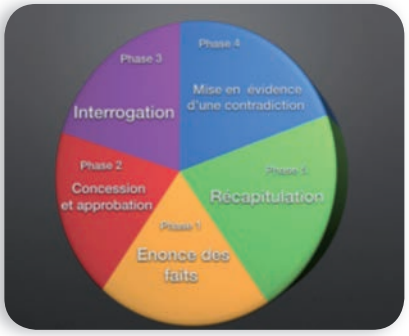
M. MESTRE.- Il y a des techniques. Nous avons vu que cette déstabilisation avait lieu, qu'en fonction de cela, vous pouviez avoir plusieurs attaques qui vont de la remise en cause de vous-même à celle du rapport, mais également des conditions et de la mission.

Avec Christophe, nous avons essayé de faire simple pour pouvoir, sur 30 minutes, vous dire : surtout quand vous êtes déstabilisé, en s'appuyant sur notre expérience de préparation de la *cross-examination*, même si nous vous disons quelque chose qui peut paraître un peu gadget, sur les 30 minutes qui vont nous occuper, gardez votre calme, apprenez à respirer abdominalement. C'est simplement parce qu'on cherche à vous faire sortir de vos gonds, que vous risquez d'aller trop loin. Dans ce cas, apprenez à respirer, comme dans les arts martiaux.

Me AYELA.- C'est ce que j'ai eu la chance d'apprendre en étant médiateur, parce que les techniques sont à peu près les mêmes. Les médiateurs apprennent à conduire une discussion, un débat avec le calme et l'à-propos nécessaires pour le faire avancer sans devenir lui-même partie prenante au conflit qu'il va essayer de régler. C'est tout un art.

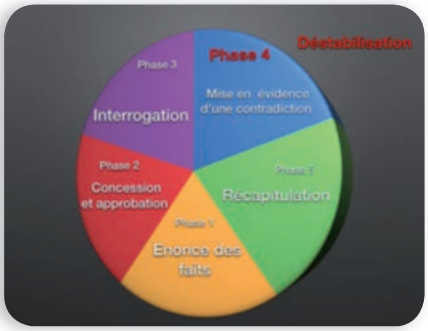
M. MESTRE.- Justement, comme dans la médiation, il y a des étapes. La médiation est une technique qui doit réconcilier. La *cross-examination* est une technique hostile. J'espère que le mot « hostile » est bien compris, c'est-à-dire qu'il y a des phases, plusieurs étapes et, si on les respecte, cela peut être assez terrible. Il y a une entrée, une sortie des étape et lorsque votre contradicteur sait opérer d'une manière très stratégique, vous pouvez perdre le sens logique de votre pensée et c'est le but.

Quelles sont ces phases ?



Il y a d'abord ce qui est factuel, c'est-à-dire l'énonce des faits – Le but est de vous faire dire : « oui » Cette phase a pour but de vous faire adhérer à des éléments qui sont finalement neutres. Le but étant surtout de ne pas vous remettre en cause immédiatement.

Dans cette phase 4, on peut immédiatement chercher à vous déstabiliser. Quelques exemples, Christophe.



Me AYELA.- Si on va directement à la phase 4, on peut effectivement être soumis à des attaques ou à des reproches en tant qu'expert, avocat ou magistrat. Ce sont des reproches directs qui, pour le coup, ne seront pas extrêmement déstabilisants ou productifs, mais qui vont simplement conduire à une situation un peu bloquée, agressive et qui ne produira finalement aucun effet pour personne.

Il faut vraiment bien comprendre que, dans la *cross-examination*, c'est tout le cycle complet qui compte avec une phase de mise en place, d'introduction.

M. MESTRE.- Nous pouvons les prendre une par une.

Enonce des faits : Qu'est-ce que cela veut dire ?

Me AYELA.- Si vous êtes un expert interrogé, si l'avocat fait son travail de façon efficace, il va commencer par vous parler de vous, vous dire qui vous êtes, ce que vous avez fait, puis vous demander si vous estimez :

- avoir été parfaitement en phase avec vos compétences dans cette mission,
- avoir fait un travail de qualité,
- avoir tout fait pour faire un travail de qualité,
- n'avoir aucun doute sur le caractère absolument indiscutable de votre rapport et de vos conclusions.

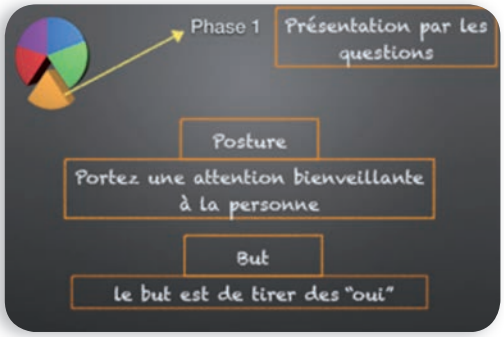
En général, vous allez répondre « oui » à tout cela. A la phase d'introduction, vous allez créer un socle qui vous paraît extrêmement robuste et solide de certitudes.

M. MESTRE.- Ensuite, le questionnement met en branle des concessions et approbations. C'est-à-dire qu'il y a d'abord l'énonce des faits. Si vous relisez bien « La négociation raisonnée », cela consiste, comme vous le dit Christophe, à vous faire dire des « oui ».

Concessions et approbations : Cela veut dire que l'on est d'accord et, plus explicitement, vu par l'avocat, cela nous amène à penser quoi, Christophe ?

Me AYELA.- Cela veut dire que l'on va essayer de vous mettre en position de rigidité. Quand on est expert, que l'on a un statut -même les avocats sont comme cela-, on a tendance à vouloir avoir raison. On va donc vous mettre en situation d'affirmer que vous avez raison et donc de ne pas avoir la souplesse préalable pour admettre qu'il y avait peut-être une marge d'erreur. On va vous mettre en situation de vous concéder un total crédit sur la qualité de votre travail.

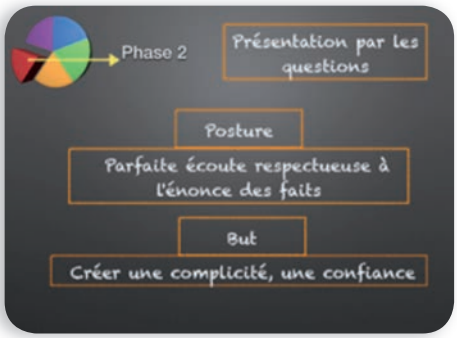
M. MESTRE.- Ce que la médiation dit, c'est que l'on **est en accord sur le désaccord**, ce qui crée un faux climat de confiance qui va être vu de la part de l'interviewer, de l'avocat. Vous allez être en confiance. Le but est de vous faire dire des « oui ». « Si j'entends bien, vous êtes ceci et cela, vous êtes un expert reconnu. » Vous dites « oui » et vous levez vos propres barrières. A ce moment-là, on va s'interroger et vous savez bien ce que dit Ignace de Loyola concernant l'ordre des jésuites : « Il faut prêcher par persuasion et non par conviction. » Rappelons-nous, la conviction est l'argument juridique scientifique, technique de quelque chose et la persuasion c'est la valeur affective. Autrement dit, on va faire une fausse alliance.



Me AYELA.- Ou pas. Cela peut être aussi une légère évolution de l'état d'esprit de la justice, des justiciables, des magistrats, des avocats et des experts. Pourquoi est-ce que je dis cela ? Parce que cela peut être une façon d'aller sur le chemin du doute et de sortir du chemin de la vérité, de l'affirmation d'une vérité, d'une certitude. Cela peut-être aussi, surtout en matière pénale, un système différent qui est celui du doute raisonnable qui nous fait totalement sortir de l'intime conviction. Cela paraît peut-être un peu technique ou théorique comme cela, mais cela change tout dans la façon d'être, mais aussi de plaider et peut-être de juger.

On est sur un aspect assez nouveau, mais je crois que l'on y vient petit à petit, par petites touches. On incruste dans notre procédure des petits morceaux d'accusatoire et de doute raisonnable.

M. MESTRE.- Christophe l'a dit, c'est par petites touches. Quand les aspects 1, 2, 3 sont respectés, des propos comme : « *vous êtes un expert reconnu* », « *vous rapports sont toujours excellents* », sont destinés à vous mettre en confiance. Une fois cette étape passée de tirer deux trois « oui », brutalement, une question a pour but de mettre deux éléments de votre rapport en contradiction. En vérité c'est « un trompe-l'œil », votre rapport et cohérent, mais on vous fait penser qu'il ne l'est pas.



Me AYELA.- Oui, c'est assez difficile. Etre questionné, c'est être en position de fragilité. Celui qui questionne est celui qui a le pouvoir. Ce n'est pas pour rien que les avocats ont attendu très longtemps avant d'avoir ce droit d'interroger dans le Code de procédure pénale, pour ne parler que de lui. Tout à l'heure, je vous ai toutefois parlé aussi du civil. La dimension de l'oralité, de l'interrogatoire oral pénètre aussi la sphère civile et les avocats vont être de plus en plus demandeurs de cela, parce qu'ils comprennent que cela leur donne des possibilités de tester, mais aussi de retourner un rapport d'expertise. Il faut être prêt à cela et donc à faire face à des questions très déstabilisantes d'un avocat qui va simplement, en vous disant qu'il ne comprend pas, vous déstabiliser. Il ne s'agit pas de dire qu'il n'est pas d'accord avec vous, car cela ne vous déstabilisera pas du tout, car vous allez dire : « Je ne suis pas d'accord, vous n'êtes pas d'accord. Nous ne sommes pas d'accord. Ok. » Or, celui qui va vous dire : « M. ou Mme l'expert, j'imagine que vous avez passé beaucoup de temps à faire ce travail. Pensez-vous qu'il soit parfait ? Pensez-vous que ce travail contienne des failles ou des risques ? » Celui qui va répondre pense qu'il est parfait et qu'il n'y a pas de risque, pas de marge d'erreur. Celui qui répond qu'il n'y a pas de marge d'erreur est automatiquement en difficulté. C'est un peu le jeu et la façon de tester la crédibilité de tout cela. Si on dit qu'il n'y a pas de marge d'erreur et qu'en face on vous répond : « Très bien. Vous ne vous trompez donc jamais »…

M. MESTRE.- Dans l'exercice imposé par Jean-Luc, vous pensez bien que nous avons voulu des choses concrètes et pragmatiques, puisque Christophe et moi-même préparons des arbitrages. Nous avons donc essayé de vous donner des points de repères, compte tenu du fait qu'un des premiers outils essentiels est de respirer.

Me AYELA.- Là, nous sommes bien dans un scénario de *cross-examination* en audience, car cela peut aussi se produire dans le cadre d'une réunion d'expertise au cours de laquelle c'est vous qui pratiquerez l'interrogatoire. Ce n'est pas vous qui serez interrogé. C'est vous qui interrogerez. Si vous comprenez comment cela marche là, vous comprendrez aussi comment vous allez pouvoir interroger efficacement. De quelle façon l'avocat va-t-il mettre en place son travail d'interrogatoire ? Il va vous poser des questions sur vous. Qui vous êtes, ce que vous avez

fait. Il peut aussi vous interroger sur la question de savoir si vous avez déjà eu affaire à telle ou telle partie, si vous êtes plus ou moins impartial, notamment dans les expertises médicales. Il y a énormément de jurisprudence sur le fait que tel ou tel expert a un rapport avec tel laboratoire et qu'il ne peut donc forcément pas être expert. Vous êtes experts-comptables de justice, ce qui est différent, mais attendez-vous à ce qu'on vous pose des questions sur ce point. On peut aussi vous demander si vous êtes expert de partie et combien on vous a rémunéré, qui, pourquoi et comment. Parfois des choses auxquelles on ne s'attend pas. Il faut pourtant répondre à ces questions en n'étant pas déstabilisé.

Garder son calme, être capable d'admettre une certaine marge d'appréciation, voire d'erreur, car dans ces cas-là, la rigidité vous met forcément en difficulté. Comme je le disais tout à l'heure, personne ne peut être parfait. Le fait de vouloir défendre et assumer une perfection vous met automatiquement en instabilité et en difficulté. L'humilité est donc de mise. D'ailleurs, si l'avocat fait bien son travail, lorsqu'il vous interrogera, il fera lui-même preuve d'humilité. Vous aurez plus affaire à Colombo qu'à Don Quichotte. Si vous avez Colombo face à vous, méfiez-vous, car il gagne toujours à la fin. Avec son côté un peu idiot, simple, sympa, qui ne comprend jamais rien et qui pose toujours beaucoup de questions, plus on répond, moins il comprend, plus il pose de questions et ainsi de suite. Finalement, on est pris dans un engrenage dans lequel on est complètement phagocyté et, au bout d'un moment, on se sent extrêmement mal à l'aise.

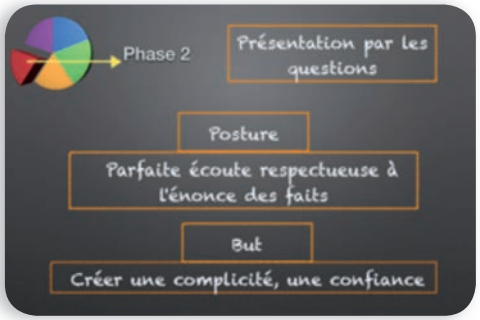
M. MESTRE.- Comment faire sortir l'expert « de ses gonds » ?

Me AYELA.- C'est très facile, en réalité, d'être désagréable sans être agressif.

Je reprends le cas de figure qui est de dire à un expert au bout d'un moment, en posture Colombo, très calme, très respectueux : « Pensez-vous avoir fait un travail de qualité ? » En général, on répond « oui ». « Pensez-vous qu'il y a une marge d'erreur dans votre rapport ? » En général, on répond « non ». « J'en déduis que vous êtes parfait et que vous ne commettez jamais d'erreur. Vous êtes quelqu'un d'exceptionnel, car vous ne faites pas d'erreur. » C'est quelque chose de très agaçant, car ce n'est pas du tout ce que l'on a envie de dire quand on est expert, mais c'est aussi une façon de voir comment tout cela va réagir.

Quant à admettre d'emblée une marge d'erreur possible, c'est aussi très difficile, parce que l'on va s'engouffrer dans cette brèche : « D'accord. Vous admettez qu'il y a peut-être une marge d'erreur. Quelle serait-elle selon vous ? Est-elle importante ou pas ? Jusqu'où peut-elle conduire ? Finalement, peut-on vraiment croire ce que vous avez écrit si vous dites vous-mêmes que vous pouvez vous tromper ? »

Dans les deux cas, si vous mettez en place cette option, sachez qu'elle est perdante pour l'expert et gagnante pour l'avocat. N'oubliez pas une chose : si on met en place ce système et qu'on le fait bien, vous aurez un autre interrogatoire d'un autre avocat qui sera là pour montrer un autre éclairage de votre travail. En système français, on voit aussi parfois que le juge interroge un expert avec un autre éclairage et une autre façon de faire. Tout cela fait que, mis dans cette contrainte, multiple, mais avec des angles et des objectifs très différents, il ressort quelque chose qui peut vous renforcer et vous crédibiliser, à condition que vous soyez efficace durant cette épreuve.



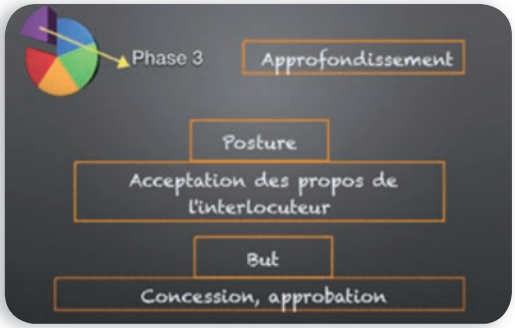
M. MESTRE.- Veux-tu dire par là que l'avocat est un ami et un ennemi ?

Me AYELA.- Pour l'avocat, oui, je suis d'accord sur l'expression. L'expert est l'homme clé du procès. L'expert est celui qui est déterminant dans tout cela. Aujourd'hui, on veut de plus en plus d'experts. Tant mieux. Il est au cœur de la tempête et de l'enquête. Il a un double rôle avant un procès.

M. MESTRE.- Le premier conseil que l'on donne à un avocat, c'est de ne jamais « se frotter » à un expert.

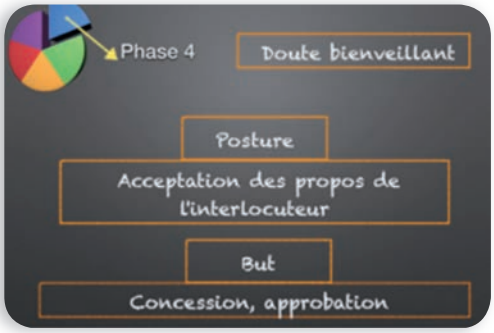
Me AYELA.- On dit aussi aux avocats de ne jamais poser de question s'ils n'ont pas la réponse. Il va falloir évoluer là-dessus. Je pense que l'on doit poser des questions, interroger tout le monde et les experts en premier avec un savoir-faire qui s'apprend.

M. MESTRE.- Ces techniques s'apprennent.



Me AYELA.- Vous pouvez le faire aussi et c'est très utile pour vous. En réunion d'expertise, approfondir c'est vraiment chercher à comprendre sans juger, sans critiquer, mais interroger factuellement, de façon parfaitement objective. Conduire un interrogatoire avec des questions brèves, un certain rythme et ne pas montrer d'opinion, ce qui vous permettra d'aller plus loin dans la prise d'informations. Vous ne serez pas bloquant, ni mal perçu. La technique est de poser des questions très courtes, d'y mettre du rythme, mais également de l'écoute active. Il faut bien montrer que l'on est en phase avec ce que la personne répond et que l'on a très envie de comprendre ce qu'elle dit. Il faut bien la regarder et bien acquiescer avec les techniques que Jacques maîtrise très bien.

M. MESTRE.- Justement, concernant les postures de l'expert, que peut-on dire à ce moment-là quand on attaque ? Vous avez bien compris l'utilité du rythme des questions, et méfiez-vous de trois questions courtes. C'est terrible, car cela veut dire que vous avez quelqu'un de très puissant en face de vous qui sait où il veut aller. A ce moment-là, que peut-on conseiller pour les postures de l'expert ?



Me AYELA.- On a du mal avec les questions courtes. Les personnes ont tendance à faire des questions très longues et beaucoup d'avocats ne savent pas très bien faire cela. Du coup, ce n'est pas un réel interrogatoire. Si les questions sont longues, on a le temps de réfléchir aux réponses. Dans ce cas, on ne met pas de rythme, il ne se passe rien. Il n'y a pas vraiment de pression.

En revanche, si vous êtes confronté à un interrogatoire avec des questions courtes et rythmées, la seule façon de faire c'est de reformuler vous-même. D'ailleurs on peut le faire souvent. Quand on est expert et en position de la personne interrogée, pensez à reformuler. On vous pose une question, vous la reformulez. De plus, si ce n'est pas vraiment une question, mais quelque chose qui vous semble un peu agressif, reformulez la fin de la phrase qui vient d'être prononcée comme un perroquet. Cela marche très bien. Cela ne donne pas un air extrêmement intelligent, mais cela permet de gagner du temps.

M. MESTRE.- Christophe, vous dites là quelque chose de très important : « cela ne donne pas un air très intelligent. » Justement, c'est cette difficulté que l'on a de pouvoir baisser son côté « sachant » et de faire simplement ce que vous dites. C'est une excellente posture, mais cela fait affront, à ce moment-là, à notre pertinence intellectuelle.

Vous pouvez avoir à faire également à la « théâtralité » de certains avocats

Me AYELA.- Je pense que vous subissez cela aussi durant vos opérations d'expertise. J'en parlais il n'y a pas longtemps. Qui n'a jamais eu de réunion qui ne se passe pas très bien avec des personnes très nerveuses, agressives, qui ne laissent pas parler, qui ne s'écoutent pas ? C'est compliqué d'être au cœur de tout cela. Quand on est un expert, que ressentez-vous à ce moment-là ? Vous sentez-vous à l'aise ou pas dans ce moment-là ? Dans ce type de réunions, êtes-vous capable d'être celui qui va garder la tête froide et qui va faire avancer les choses avec quand même une force, une autorité bienveillante qui canalise les personnes sans devenir partie au litige et cet amas d'agressivité ? Là, c'est quand c'est vous qui interrogez.

Quand vous êtes interrogé à la barre, si vous êtes soumis à l'agressivité d'un avocat, ce n'est pas normal et vous ne devez pas laisser faire cela.

M. MESTRE.- Peux-tu donner une posture si quelqu'un est un peu théâtral ou agressif ? Qu'est-ce qu'on peut dire ?

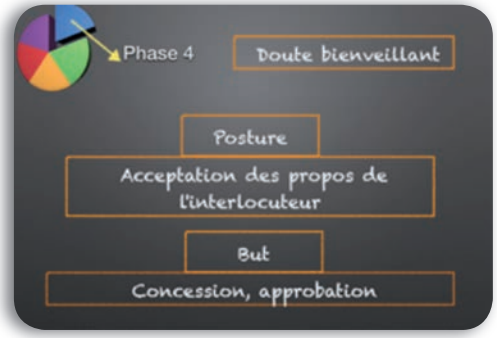
Me AYELA.- Si vous avez un magistrat en face, vous pouvez demander son aide. En France, on n'a jamais réglementé tout cela, mais on peut dire : « Objection. Je ne me sens pas à l'aise avec la façon que vous avez de m'interroger, pourriez-vous faire différemment ? » Avouer le fait que l'on ne se sent pas à l'aise avec une façon de faire, c'est aussi une façon d'apaiser le climat.

M. MESTRE.- Ensuite, vous pouvez avoir une remise en cause de la mission. Là, on est vraiment sur des techniques d'investigation des valeurs, c'est-à-dire : « Comment avez-vous pu accepter ? N'étiez-vous pas en conflit d'intérêts ? » C'est une phase où on va vous faire douter de vous-même encore.

C'est une technique insidieuse, perverse. Christophe, quelques mots sur les techniques d'investigation des valeurs.

Me AYELA.- Nous l'avons vécu il n'y a pas très longtemps, puisque nous avons préparé deux experts pour un gros arbitrage international. Ils allaient être *cross-examinés* par énormément de monde (des avocats et même par le Procureur Général du pays concerné puisque c'était un contrat d'Etat). Lorsque nous les interrogions sur leurs valeurs, leur statut d'expert, nous avons très vite vu que cela devenait quelque chose de très déstabilisant pour eux, car ils n'étaient pas habitués à cela. Ils n'avaient pas prévu tout cela, comme le fait d'avoir à justifier le fait qu'ils ont ce statut, ces valeurs. Nous l'avons donc préconisé. C'est quelque chose que vous pouvez faire aussi : chaque fois que vous êtes en difficulté, faites référence à ce statut ou à ces valeurs. Sous le feu de questions un peu agressives ou inappropriées, vous pouvez dire : « En tant qu'expert, voilà ce que j'ai fait. » « En tant qu'expert judiciaire, voilà quelle a été ma mission. » « En tant qu'expert, voilà ce que j'ai cru devoir faire. »

Quand vous dites cela, cela véhicule tout un environnement légal qui vous légitime dans votre mission et votre travail.



M. MESTRE.- Effectivement, dans cette mission pour laquelle nous avons collaboré, c'était : « Combien avez-vous été payé pour cette expertise ? » Voilà le genre de choses sur lesquelles il faut être capable d'être au clair. Cela a été chaque fois très intéressant parce que nous connaissons votre droiture et que, quand on semble remettre en cause cette qualité c'est uniquement pour vous déstabiliser. Tout à coup, ce qui est simple, évident, lucide, vous apparaît comme brouillé, ce qui est alors à l'avantage de la partie adverse pour brouiller votre rapport.

M. MESTRE.- Passons-nous aux questions ? La mission de Jean-Luc était que nous soyons le plus précis possible en 30 minutes, mais que nous puissions réussir cet exercice. Nous sommes dans les temps et nous espérons deux ou trois questions pour respecter « le côté interactif ».

M. MILON.- Je m'appelle Blaise Milon. Je ne suis pas expert-comptable de justice, mais membre du Comité Départemental Olympique de la Seine-Saint-Denis. J'ai un dossier sportif assez lourd avec une commission rogatoire, des plaintes pour faux et usage de faux, escroquerie, etc. Je sais qu'un expert a été désigné par le juge d'instruction –je ne donnerai pas de noms et ne rentrerai pas dans le détail-. Je me suis servi de toutes les pièces que j'avais obtenues sur l'action disciplinaire. Nous n'avons pas beaucoup parlé de l'action disciplinaire. On évoque l'action pénale et l'action civile, mais le disciplinaire va très vite. J'ai aussi attaqué le commissaire aux comptes que j'accusais de commissariat de complaisance. Le magistrat chargé du ministère public m'a donné entièrement raison.

Vous dites : « déstabiliser ». Pour moi, il y a des bons et des mauvais dossiers. Quand vous avez un dossier avec des fraudes dans tous les sens, vous aurez beau m'expliquer que je dois respirer de manière abdominale, me demander si je suis bon ou pas, je sais qu'il y a des fraudes factuelles, que j'ai un rapport à faire -je me mets dans la peau de l'expert- et qu'à partir du moment où les fraudes sont établies et reconnues par le magistrat chargé du ministère public ou par les syndics de la Compagnie Régionale des Commissaires aux Comptes qui m'a entièrement donné raison, si je suis expert-comptable de justice, je vous réponds, cher Maître, que j'ai essayé de faire mon rapport de la manière la plus honnête possible. Si vous voulez essayer de me faire respirer abdominalement, libre à vous. Je pense que j'ai rendu un rapport en mon âme et conscience et qu'il y a des bons et des mauvais dossiers.

La question est la suivante : si vous avez un dossier béton qui établit des fraudes dans tous les sens, vous n'avez pas à craindre l'avocat, aussi déstabilisateur puissiez-vous être, Maître.

Me AYELA.- C'était un témoignage.

M. MILON.- Imaginez un seul instant que vous vouliez déstabiliser l'expert-comptable. Si celui-ci dit qu'il a fait un travail honnête, pourquoi cherchez-vous en l'occurrence à le déstabiliser ?

M. MESTRE.- Oui, vous avez raison, sauf que, imaginez que vous ayez raison à 99 % et qu'il reste 1 % (une pièce), sur lequel on ne sait pas. A ce moment-là, on peut faire le cheval de Troie, c'est-à-dire que l'on peut rentrer par ce biais pour vous déposséder de votre crédibilité.

M. MILON.- Il y avait effectivement un avocat général près de la Cour d'appel de Versailles qui était un homme remarquable. Maintenant, on sait où il est parti. Toutes les pièces que j'ai pu découvrir par rapport à l'action disciplinaire, je m'en suis servi au pénal. Pas une seule pièce ne vient infirmer cela.

Me AYELA.- Je crois que je n'ai pas été assez clair et je m'en excuse.

Je fais vraiment la différence entre l'écrit et l'oral. Il y a des rapports écrits, des dossiers écrits, des pièces écrites. On sait qu'on aime bien l'écrit en France.

Avec Jacques Mestre, nous vous avons parlé de l'oralité. On vous donne la parole, Monsieur, qu'en faites-vous ? Vous pouvez l'utiliser pendant une réunion d'expertise, parce que vous êtes amené à témoigner devant un tribunal, comment faites-vous ? Que faites-vous avec cette parole-là ? Dans beaucoup de pays, on n'a pas trouvé mieux que cela comme garantie fondamentale de bonne justice. On ne sait pas faire autrement. Je viens de publier un article chez Dalloz sur le sujet. Il n'y a que la France à peu près où on est encore un peu à cheval sur deux systèmes. Tous les autres pays ont basculé.

Me de MAISON ROUGE. – Merci pour vos lumières.

Je vais vous faire un retour d'expérience concernant ma pratique du métier. Je pense que vous devez être un confrère redoutable et je n'aimerais pas devoir vous affronter au sein d'une audience, mais je vous ai parlé tout à l'heure de collecte de l'information et dit que le droit n'était pas une fin en soi, mais bien un moyen et un procès permet d'acquérir de l'information. Justement, il faut savoir utiliser l'audience et l'expertise et là, on n'est plus des juristes, mais des manipulateurs mentaux. Je vous recommande un ouvrage intitulé : « Le petit traité de manipulation à l'usage des honnêtes gens » que nous sommes dans lequel on parle clairement du cerveau. Didier Cardon nous a dit tout à l'heure que l'on n'avait pas deux cerveaux, mais nous avons quand même deux hémisphères : un qui travaille sur le mode de la raison et l'autre sur le mode de l'émotion.

Quand on s'adresse à la raison, on arrive à un débat serein au cours duquel tout se passe normalement, mais on ne renverse pas la situation.

Quand on s'attaque à l'émotion et donc à l'intelligence émotionnelle, on arrive à déstabiliser et à acquérir une information nécessaire, stratégique et c'est ce que l'on utilise aujourd'hui quand on veut, toujours par des moyens légaux, obtenir des informations stratégiques chez l'ennemi, c'est-à-dire dans l'entreprise cible, l'adversaire, le concurrent, en interrogeant des secrétaires, des experts-comptables, etc. sous couvert tout à fait normal et légal. On rejoint alors ce type de manipulation. C'est une arme tout à fait redoutable.

M. FOURNIER.- Merci beaucoup chers amis.

(Applaudissements)

Je suis un peu désolé, car vous étiez plein d'allant et j'ai l'impression que les interventions de Me Ayela et Jacques Mestre vous ont complètement interpellés.

Je pense qu'il faut relativiser les choses. Nous avons voulu faire cette petite séquence pour vous montrer que l'évolution de l'expertise peut nous conduire vers ce type de situation. Les experts comptables ne sont pas habitués à expliquer et à se justifier dans un prétoire.

Nous voulions juste vous apporter ce témoignage. Je tiens à les remercier, parce qu'ils ont fait un travail fantastique en organisant des interviews.

Mon confrère, Patrick Le Teuff, va vous présenter la synthèse du congrès avant la clôture de nos travaux par Didier Faury.

RAPPORT DE SYNTHÈSE

de Monsieur

Patrick LE TEUFF

RAPPORTEUR GÉNÉRAL, EXPERT PRÈS LA COUR D'APPEL DE PARIS,
AGRÉÉ PAR LA COUR DE CASSATION

M. LE TEUFF.- Tout le monde connaît le jugement de Salomon qui nous est conté dans le Premier livre des Rois (chapitre 3, versets 16 à 28). J'en rappelle rapidement le récit : un différend oppose deux femmes ayant chacune mis au monde un enfant à trois jours d'intervalle. L'un des enfants est mort étouffé et les deux femmes se disputent l'enfant survivant, prétendant en être la mère. Il n'y a pas de témoin. Pour régler le désaccord qui paraît insoluble, Salomon réclame une épée et ordonne de partager l'enfant vivant en deux et d'en donner la moitié à chacune des plaignantes. L'une d'elles dit se satisfaire de cette solution tandis que l'autre déclare alors préférer renoncer à l'enfant plutôt que de le voir sacrifié. Salomon reconnaît en cette dernière la véritable mère et lui fait remettre le nourrisson.

Si je m'en rapporte à ce récit, c'est qu'il introduit, de manière plaisante, au moins deux points fondamentaux de notre propos d'aujourd'hui :

- le premier point est que, quelles que soient les circonstances, le juge doit rendre une décision : il doit, c'est le cas de le dire : « trancher le litige ». Le juge est donc bien le juge du fait, autant que celui du droit, point qu'il ne faut pas perdre de vue, même si l'on dit souvent -mais c'est un raccourci excessif- que l'expert est le juge du fait ;

- le second point est l'apport de l'expertise dans la décision de justice : on peut en effet considérer que le roi Salomon s'est livré lui-même à une des premières expertises judiciaires de l'histoire, en l'occurrence une expertise psychologique, qui lui a permis de révéler lequel des deux discours était sincère.

Permettez-moi de revenir un instant sur chacun de ces points fondamentaux au regard des enseignements de cette journée.

Le juge ayant l'obligation de rendre une décision, il doit, dans certains cas, se contenter de ce que l'on appelle « la vérité judiciaire », c'est-à-dire une vérité contingente et relative que l'on oppose souvent à la vérité scientifique, considérée comme idéale. Toutefois, avec les progrès de la science, on voit apparaître une exigence grandissante des justiciables à l'égard de l'institution judiciaire et, comme nous l'a indiqué Mme Fricero, la consécration d'un droit à la preuve. C'est sans doute un environnement favorable pour les experts, appelés à intervenir de plus en plus fréquemment dans la résolution des litiges, puisque ce droit à la preuve débouche sur un droit à l'expertise.

Il convient également de rappeler, comme nous l'a enseigné notamment Gaston Bachelard, que les sciences ne sont elles-mêmes qu'une suite d'erreurs, le processus scientifique étant, selon ses termes : « un processus de rectification indéfinie ». Même en sciences, le fait brut n'existe pas ; tout fait est interprété.

Par ailleurs, pour paraphraser Pascal : « La justice, qui a une fonction éminemment sociale, a ses raisons que la raison ne connaît pas. » La décision judiciaire ne se résume pas à l'application mécanique d'une règle de droit à une situation de fait scientifiquement prouvée, mais doit également conduire à une solution juste. Pour reprendre une formule que j'ai empruntée à M. Mustapha Mekki, professeur à l'université de Paris 13 : « *la preuve scientifique propose et le juge dispose* ». Il n'en reste pas moins, bien entendu, que l'apport des sciences et de l'expertise est considérable.

Aujourd'hui, le roi Salomon pourrait remettre l'épée dans son fourreau, puisqu'il disposerait, par l'intermédiaire d'une expertise ADN, d'un moyen fiable et indiscutable pour asseoir sa décision. Les sciences et les techniques permettent de consolider la vérité judiciaire et d'atteindre un degré d'objectivité toujours croissant, mais peut-on en attendre moins d'une vérité dont les effets, au travers de l'autorité de la chose jugée, ne peuvent être remis en cause ? Aussi l'appel à l'expertise est-il un phénomène universel et M. Hervé Lecuyer nous a décrit à ce sujet quelles étaient les évolutions et tendances respectives dans les pays de droit anglo-américain, d'une part et dans ceux de culture européenne d'autre part. Il semble qu'il apparaisse une certaine convergence entre la tradition purement accusatoire en vigueur dans les premiers et le modèle inquisitoire de l'Europe continentale, pour un objectif commun d'exigence en matière de vérité judiciaire. Nul ne s'en plaindra.

Quelles sont les conditions que l'expertise doit remplir pour pouvoir légitimement prospérer et atteindre ses objectifs et quels sont les principes directeurs qui doivent animer l'expert de justice ? La première condition semble aller de soi, mais son importance est telle qu'il nous paraît indispensable de la souligner : il s'agit de la compétence de l'expert.

Notre première table ronde de la matinée a souligné l'importance de la formation des experts. Elle nous a signalé également l'évolution vers une coopération toujours plus étroite entre les juridictions et les compagnies d'experts dans l'appréciation des candidatures à l'inscription ou à la réinscription sur les listes. Nous avons bien noté que cette coopération était désormais matérialisée dans le code justice administrative depuis le décret du 13 août 2013 par la participation d'experts dans la commission chargée d'examiner les candidatures pour chaque Cour administrative d'appel.

L'inscription sur une liste n'est cependant pas une condition suffisante pour garantir une expertise de qualité. Il revient à chacun de nous, chères consœurs et chers confrères, de rester humble et exigeant envers nous-mêmes et chaque nouvelle mission doit donner lieu de notre part, avant acceptation, à un autodiagnostic préalable qui pourrait se résumer comme suit :

- disposons-nous bien de toutes les compétences requises pour l'affaire considérée ?

- sommes-nous bien indépendants des parties ? Peut-on certifier notre impartialité dite « objective », c'est-à-dire, celle que le justiciable est porté à apprécier au regard de notre situation et de notre parcours professionnel ?

Les différents intervenants de notre première table ronde ont évoqué toute la subtilité et la complexité de cette question.

Une deuxième condition tout aussi importante : l'écoute, l'ouverture et le respect du dialogue. Dès l'antiquité, les anciens avaient compris l'importance de la contradiction qui est aujourd'hui, au-delà d'une obligation procédurale, une vraie méthode scientifique de portée universelle qui s'applique aussi en matière pénale. En ce domaine, les intervenants de la première table ronde nous ont rappelé les vertus du document de synthèse en introduction de la phase conclusive des opérations d'expertise. Cette méthodologie développée par les praticiens est maintenant officialisée dans les règles de bonnes pratiques issues des conventions tripartites récemment signées par les juridictions, les avocats et les compagnies d'experts du ressort des Cours d'appel de Paris et Versailles. Tous les intervenants au procès s'accordent sur les avantages de ce mode opératoire : sécurisation et traçabilité des conclusions de l'expertise, participation du justiciable au débat technique et assurance pour le juge d'une clôture effective de celui-ci, ceci à condition, bien entendu, que la prise en compte des dernières observations des parties soit réelle et pas seulement affectée.

Parmi les principes directeurs qui doivent animer l'expert de justice dans sa quête des éléments probants, nous avons notamment retenu aujourd'hui la nécessité pour l'expert de rester dans son rôle d'assistant scientifique parfaitement indépendant, devant s'impliquer dans sa mission, mais pas dans le contentieux qui lui est soumis. Ce principe est sans doute plus facile à énoncer qu'à respecter scrupuleusement dans la pratique. Ainsi, comme nous l'ont rappelé notamment les intervenants de notre deuxième table ronde :

- l'expert ne doit pas se substituer aux parties dans la recherche des éléments probants et doit prendre garde à ne pas être instrumentalisé ;

- par ailleurs, l'expert est un technicien et non un enquêteur ; pour reprendre une formule que j'emprunte au président Drummen : « *La justice est œuvre commune* ». Les parties et leurs conseils doivent aussi, en application de l'article 10 du Code civil, participer à la manifestation de la vérité ;

- enfin, l'expert ne doit pas verser dans le perfectionnisme et rester dans une juste mesure entre une investigation nécessaire et une quête utopique d'une vérité indémontrable. La revendication de la preuve absolue, qui est une chimère, est parfois un piège tendu à un expert idéaliste par des parties espérant ainsi échapper à la sanction d'une cause indéfendable.

Il nous a également été rappelé que la preuve des actes juridiques est légalement hiérarchisée, tandis que celle des faits juridiques est libre. Le domaine du droit étant l'apanage du juge, l'expert pourra, par exemple :

- exposer l'interprétation des clauses contractuelles ou des principes jurisprudentiels qui lui seront présentés par les parties, avec les réserves d'usage ;

- donner le cas échéant un avis technique sur la vraisemblance de faits ou de données et les diverses hypothèses possibles lorsque c'est le cas ;

- mais il évitera soigneusement d'exprimer des avis de nature juridique qui n'auraient pour objet que de pallier les limites de ses investigations et encore moins, bien entendu, -M. le Président Vigneau nous l'a rappelé-, trancher le droit.

Enfin, notre deuxième table ronde nous a également précisé les conditions de recevabilité des preuves dans le procès, une exigence de loyauté probatoire s'ajoutant aux règles de légalité des preuves elles-mêmes. Nous avons bien noté qu'une distinction devait être opérée à cet égard entre le procès civil et la matière administrative qui s'en rapproche, où la loyauté probatoire est impérative et la matière pénale, où seuls les représentants de l'Etat, du moins en l'état de la jurisprudence, sont soumis à ce principe.

Confronté aux faits juridiques pour lesquels, nous l'avons dit, le système de la preuve est libre et pour lesquels donc l'expert a tout pouvoir d'appréciation, celui-ci doit savoir faire preuve de discernement et de vigilance, notamment face aux nouvelles technologies dans un contexte où la numérisation des données devient la règle.

Notre troisième table ronde nous a sensibilisés à l'extrême complexité de l'appréciation des preuves numériques dont l'authentification suppose le respect de conditions cumulatives portant à la fois sur l'identification de l'auteur de l'écrit numérique et sur l'assurance de conservation de l'intégrité de cet écrit depuis son établissement, jusqu'à sa restitution.

Elle nous a également alertés sur les multiples possibilités de fraude : usurpation d'identité, destruction ou altération des données, création ou modification frauduleuse d'échanges électroniques.

Cette complexification croissante impose à l'expert l'application d'une méthodologie rigoureuse soumettant les faits et documents rapportés à l'épreuve de la contradiction en faisant, au besoin appel, à des sachants dignes de confiance ou à un sapiteur ad hoc.

La troisième table ronde a également évoqué le délicat sujet de la preuve par la statistique, soulignant notamment la nécessité de vérifier la représentativité des échantillons, l'adaptation de leur taille à la précision recherchée, la comparabilité des données de référence avec le cas objet du litige et la pertinence des analyses et interprétations présentées.

Notre journée d'étude a enfin été l'opportunité d'attirer votre attention sur l'importance de la maîtrise des techniques de l'interrogatoire et du contre-interrogatoire, quelles que soient les qualités de l'expert et de sa technique, encore faut-il que celles-ci s'inscrivent dans le cadre d'un comportement irréprochable à tous les stades de la procédure, depuis la mise en œuvre des opérations d'expertise jusqu'à la restitution des conclusions. Méditons donc les enseignements de Me Christophe Ayela et de M. Jacques Mestre sur les bonnes postures de l'expert qui, à la panoplie de ses talents, doit ajouter le « savoir communiquer ».

En conclusion, nous soulignerons que, pour être admise, la solution judiciaire doit d'abord être comprise. L'autorité scientifique des conclusions techniques appuyée sur un rapport d'expertise clair et documenté apporte une justification indéniable et une garantie d'objectivité à la décision rendue.

Pour terminer notre propos sur une touche lyrique, nous formerons le vœu que cette journée d'étude contribue à l'établissement de rapports d'expertise qui seront, non pas des fonds sablonneux susceptibles d'enliser les dossiers objet de leurs conclusions, mais les socles d'airain sur lesquels les juges pourront sereinement asseoir leurs décisions.

(Applaudissements)

RAPPORT DE SYNTHÈSE

par Monsieur

Didier FAURY

EXPERT PRÈS LA COUR D'APPEL DE PARIS, AGRÉÉ PAR LA COUR DE CASSATION
PRÉSIDENT DE LA COMPAGNIE NATIONALE DES EXPERTS-COMPTABLES DE JUSTICE

M. **FAURY**.- Je vous rassure, je ne vais pas faire la synthèse de la synthèse ou la conclusion de la conclusion. Juste quelques mots pour féliciter chaleureusement nos deux rapporteurs généraux et notre commissaire général pour la très belle organisation de cette journée.

(Applaudissements)

Mes très sincères remerciements à tous nos orateurs qui, par la qualité de leurs interventions, ont donné une très haute dimension à cette journée d'étude, très haute dimension que ce centenaire méritait.

(Applaudissements)

Mes chers confrères, vous retiendrez à l'évidence, comme moi, beaucoup de choses de cette journée. Je me contenterai de relever un point qui flatte notre orgueil à tous : ce sont les propos de M. le Premier Président ce matin, dont je retiens un mot. Pour notre Compagnie, il a parlé d'estime. Egalement un mot du discours de M. le Premier Président de la Cour d'appel de Paris qui, toujours concernant notre Compagnie, a parlé d'incontestable légitimité au sein des compagnies d'experts. J'en tire une profonde satisfaction que je partage naturellement avec tous ceux qui font vivre, qui ont fait vivre et qui continuent à faire vivre cette Compagnie.

(Applaudissements)

J'ai également une pensée pour un confrère qui a tout récemment disparu (Edouard Salustro) qui était expert agréé par la Cour de cassation et qui a marqué notre profession.

Voilà je vous remercie, toutes et tous pour votre présence. Je nous engage tous à prendre la route pour notre 101ème année et j'espère que tous ensemble nous irons le plus loin possible vers le bicentenaire.

La séance est levée à 18 heures.

Photo © Jean-René Tancrède. Téléphone 01 42 60 36 35

Patrick LE TEUFF, Didier FAURY et Jean-Luc FOURNIER

Impression : Louyot 01 46 70 16 40 • www.louyot.fr

commerciale de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Pierre DARROUSEZ, expert près la Cour d'appel de Douai, agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire et les infractions boursières.

30ème Congrès national : Paris, octobre 1991. Sous les présidences de M. Pierre DRAI, premier président de la Cour de cassation, et de M. Pierre BEZIO, procureur général près la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Jean CLARA, expert près la Cour d'appel de Douai, agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire et les droits des justiciables, vingt ans après.

29ème Congrès national : Aix-en-Provence, 5 octobre 1990. Sous la présidence de M. Pierre BEZIO, procureur général près la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Claude BREVAL, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
La comptabilité dans la nouvelle législation sur la banqueroute.

28ème Congrès national : Pau, 6 octobre 1989. Sous la présidence de M. R. DEFONTAINE, président de la chambre commerciale de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. André DANA, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire et l'application des clauses de garantie de passif.

27ème Congrès national : Rouen, 7 octobre 1988. Sous la présidence de M. Jean LEONNET, directeur des affaires civiles et du sceau. Rapporteur général, M. Pierre FEUILLET, expert près la Cour d'appel de Rouen, agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire et la quête documentaire.

26ème Congrès national : Bordeaux, 16 octobre 1987. Sous la présidence de M. Jean-Marie GUTH, conseiller à la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Francis WINDSOR, expert près la Cour d'appel de Caen.
L'expert judiciaire face à la responsabilité civile des professionnels.

25ème Congrès national : Lyon, 7 novembre 1986. Sous la présidence de M. R. DEFONTAINE, conseiller à la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Jean BELOU, expert près la Cour d'appel de Toulouse.
L'expertise en diagnostic d'entreprise.

24ème Congrès national : Douai, 4 octobre 1985. Sous la présidence de M. R. DEFONTAINE, conseiller à la Cour de cassation. Rapporteur général, M. André HENROT, expert près la Cour d'appel de Metz.
L'image fidèle et l'application des nouveaux textes répressifs visant la présentation des comptes sociaux.

23ème Congrès national : Colmar, 5 octobre 1984. Sous la présidence de Mme Simone ROZES, premier président de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Pierre FEUILLET, expert près la Cour d'appel de Rouen, agréé par la Cour de cassation.
L'expert judiciaire dans les pays de la Communauté européenne.

22ème Congrès national : Palais des Papes, Avignon, 28 octobre 1983. Sous la présidence de M. ESCANDE, conseiller à la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Claude BREVAL, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
L'expert judiciaire face aux problèmes posés par la notion de cessation des paiements.

21ème Congrès national : Angers, 5 novembre 1982. Sous la présidence de M. Michel OLIVIER, conseiller à la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Jean CLARA, expert près la Cour d'appel de Douai, agréé par la Cour de cassation.
L'expert judiciaire face aux problèmes posés par l'informatique.

20ème Congrès national : Nancy, 16 octobre 1981. Sous la présidence de M. Roger VIENNE, président de la chambre commerciale de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Pierre FEUILLET, expert près la Cour d'appel de Rouen, agréé par la Cour de cassation.
L'intervention de l'expert judiciaire en comptabilité en cas de mise en oeuvre de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967

19ème Congrès national : Toulouse, 3 octobre 1980. Sous la présidence de M. Pierre CHABRAND, conseiller à la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Pierre HEME, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
L'expert judiciaire en comptabilité face à certaines dispositions du nouveau code de procédure civile.

18ème Congrès national : Versailles, 26 octobre 1979. Sous la présidence de M. Pierre BELLET, premier président de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Félix THORIN, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire face aux problèmes posés par les groupes de sociétés.

17ème Congrès national : Caen, 3 novembre 1978. Sous la présidence de M. Guy CHAVANON, procureur général près la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Pierre DUCOROY, expert près la Cour d'appel de Montpellier, agréé par la Cour de cassation.
L'expertise judiciaire en matière d'abus de droit de majorité.

16ème Congrès national : Reims, 4 novembre 1977. Sous la présidence de M. Albert MONGUILAN, premier président de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Jean CLARA, expert près la Cour d'appel de Douai.
Les problèmes posés à l'expert-comptable judiciaire devant les irrégularités commises en vue du maintien en activité des entreprises en difficulté.

15ème Congrès national : Nice, 15 octobre 1976. Sous la présidence de M. CENAC, président de la chambre commerciale de la Cour de cassation. Rapporteur général, Mlle Simone DOYEN, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
La mission de l'expert en cas de poursuites du chef de majoration frauduleuse des apports.

14ème Congrès national : Grenoble, 21 novembre 1975. Sous la présidence de M. Adolphe TOUFFAIT, procureur général près la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Robert FOURNIER, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
Les infractions en matière immobilière.

13ème Congrès national : La Baule, 4 octobre 1974. Sous la présidence de M. Michel OLIVIER, premier vice-président du Tribunal de grande instance de Paris. Rapporteur général, M. Gérard AMEDEE-MANESME, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
La nouvelle réglementation de l'expertise judiciaire en matière civile.

12ème Congrès national : Angers, 16 novembre 1973. Sous la présidence de M. BELLET, président de la 1ère chambre civile de la Cour de cassation.
L'évaluation du préjudice de l'individu et de l'entreprise en cas d'accident corporel et de rupture de contrat.

11ème Congrès national : Toulouse, 24 novembre 1972. Sous la présidence de M. FONADE, conseiller à la Cour de cassation.
La notion de bilan inexact.

10ème Congrès national : Paris, 25 et 26 novembre 1971. Sous les présidences de M. Adolphe TOUFFAIT, procureur général près la Cour de cassation et M. AYDALOT, premier président de la Cour de cassation. Rapporteur général, M. Pierre GARNIER, expert près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation.
L'expert-comptable judiciaire et les droits des justiciables.

Liste des actes des congrès épuisés : années 1972, 1973, 1976, 1981, 1984, 1985, 1986, 1987, 1988, 1989, 1990, 1991, 1993, 1996 et 1997.