

Je voudrais dire d'abord que le vocabulaire est riche en cette matière, car la notion de secret couvre des réalités multiples dont la rigueur va croissant : de la discrétion à la confiance, au secret des affaires, au secret professionnel, au secret défense, sans parler du secret d'État.

Mais c'est au seul titre d'expert judiciaire que j'interviens ici et mon propos est plus modeste, il n'est ni doctrinal, ni même principalement juridique : il est pratique et vise à rappeler les problèmes rencontrés et les solutions qu'il paraît raisonnable d'adopter.

Nous sommes en effet confrontés dans nos expertises à deux types de secret qui, au-delà du jeu de mots qui peut les définir, correspondent à deux facettes de notre activité judiciaire celle de nos obligations et celle de nos difficultés.

- le secret qui nous est imposé, c'est une de nos obligations - et le secret qui nous est opposé, c'est là une de nos difficultés.

Sous un autre angle, je soulignerai que le premier cas correspond à des obligations dont le respect dépend de l'expert lui-même, ce qui est plus facile à maîtriser, et que dans le second cas, les choses ne dépendent pas de lui mais des parties et des tiers, ce qui en rend le respect plus difficile et plus aléatoire.

## I - LE SECRET IMPOSÉ A L'EXPERT JUDICIAIRE

### LES TEXTES :

#### **- En matière civile (NCPC)**

Art. 244 - Le technicien doit faire connaître dans son avis toutes les informations qui apportent un éclaircissement sur les questions à examiner.

Il lui est interdit de révéler les autres informations dont il pourrait avoir connaissance à l'occasion de l'exécution de sa mission.

Il ne peut faire état que des informations légitimement recueillies.

Art. 247 - L'avis du technicien dont la divulgation porterait atteinte à l'intimité de la vie privée ou à tout autre intérêt légitime ne peut être utilisé en dehors de l'instance si ce n'est sur autorisation du juge ou avec le consentement de la partie intéressée.

On observe que ces dispositions figurent parmi les dispositions communes aux mesures d'instruction exécutées par un technicien et qu'elles s'appliquent donc non seulement à l'expertise, mais aussi à la constatation et à la consultation.

### **- En matière pénale (CPP)**

Art. 11 - Sauf dans le cas où la loi en dispose autrement et sans préjudice des droits de la défense, la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète.

Toute personne qui concourt à cette procédure est tenue au secret professionnel dans les conditions et sous les peines des articles 226-13 et 226-14 du Code pénal.

Il ne fait pas de doute que l'expert commis dans une procédure pénale entre dans la catégorie des personnes qui concourent à cette procédure, et qu'à ce titre, il serait susceptible d'encourir les sanctions prévues s'il venait à enfreindre le secret de l'instruction.

## **LEUR INTERPRÉTATION**

Les textes qui viennent d'être rappelés sont clairs et ne donnent guère lieu, à ma connaissance, à de réelles difficultés pour l'expert, et ce, d'autant plus que leur respect dépend de lui seul.

La règle demeure la prudence : l'expert en référera au juge si une personne ou une autorité autre que le juge mandant lui demande une copie de son rapport. (ex.: un administrateur judiciaire).

## II - LE SECRET OPPOSÉ A L'EXPERT JUDICIAIRE

### LES TEXTES

#### - Code civil

Art. 10: "Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité.

Celui qui, sans motif légitime, se soustrait à cette obligation lorsqu'il en a été légalement requis, peut être contraint d'y satisfaire, au besoin à peine d'astreinte ou d'amende civile, sans préjudice de dommages et intérêts."

#### - NCPC

Art. 242 : "Le technicien peut recueillir des informations orales ou écrites de toutes personnes, sauf à ce que soient précisés leurs noms, prénoms, demeure et profession ainsi que, s'il y a lieu, leur lien de parenté ou d'alliance avec les parties, de subordination à leur égard, de collaboration ou de communauté d'intérêts avec elles.

Art 243 : "Le technicien peut demander communication de tous documents aux parties et aux tiers, sauf au juge à l'ordonner en cas de difficulté.

Ces textes représentent le principe qui est celui de la communication, toute restriction ou tout refus de celle-ci ne constituant qu'une exception.

De ce point de vue, les liens antagonistes entre le contradictoire et le secret ont conduit notre Compagnie à consacrer, lors du Congrès national du 5 octobre 2001 à Rennes dont le thème était le principe de la contradiction, deux rapports au problème du secret:

- le principe de la contradiction et le secret professionnel, par Sylvain CHAUMET

- le principe de la contradiction et le secret des affaires, par Didier FAURY

Je renvoie à la lecture de ces deux textes toujours d'actualité, ce qui me permet d'alléger le présent propos des aspects théoriques ou doctrinaux, pour le centrer sur les aspects pratiques.

Les investigations de l'expert sont souvent entravées par l'une ou l'autre des parties qui invoque le secret ou le caractère confidentiel d'un document soit pour refuser de le verser aux débats, soit pour tenter d'en limiter la communication à l'expert et à lui seul.

## CONCERNANT LE SECRET PROFESSIONNEL

L'expert doit d'abord s'interroger sur le bien-fondé du recours au secret professionnel dont on sait qu'il est d'usage restreint, car, même si ce sont des personnes qui y sont soumises, ce secret ne couvre pas toutes les informations détenues par ces personnes.

Le cas classique est celui de l'expert-comptable ou du commissaire aux comptes qui se retranche derrière le secret professionnel pour refuser à l'expert judiciaire les pièces qui lui sont demandées.

Ici, il faut distinguer :

- pour la mise en cause de sa responsabilité comme pour sa propre défense, le professionnel doit communiquer son dossier

- quant aux expertises mettant en cause une tierce personne, société cliente, par exemple, bon nombre de pièces ne sont pas couvertes par le secret : comptes annuels, déclarations fiscales, procès-verbaux d'assemblées etc.

Si l'expert estime le secret non fondé et qu'il parvient, en évitant toute pression (car les pièces pourraient être considérées comme illégitimement recueillies), à obtenir les pièces, elles feront l'objet d'une communication normale au titre du contradictoire.

Si la communication lui est refusée, son seul recours sera d'en rendre compte au juge, en expliquant l'intérêt des pièces demandées pour l'accomplissement de la mission.

Le juge pourra alors apprécier ce bien-fondé et, soit ordonner la communication sous astreinte, soit passer outre et en tirer les conséquences dans sa décision.

Si la communication a lieu sous réserve d'être limitée au seul expert, le recours au juge apparaît encore nécessaire pour fixer les modalités et limites de cette communication.

Il ne faudrait surtout pas que l'expert, au nom d'une efficacité mal comprise, diffuse des informations qu'il aurait reçues sous une telle réserve, car elles auraient été recueillies sans légitimité, ce qui l'exposerait aux sanctions de l'article L 226-13 du Code pénal.

## CONCERNANT LE SECRET DES AFFAIRES

Par opposition au secret professionnel, qui couvre un intérêt général lié à l'ordre public, le secret des affaires protège des intérêts particuliers ; on a pu dire de ce secret non défini qu'il était une nébuleuse à géométrie variable et que certaines parties avaient tendance à qualifier abusivement de secrètes des informations dont la communications leur était seulement défavorable.

De façon générale, le secret des affaires est souvent invoqué pour des informations dont la diffusion pourrait être préjudiciable en matière de concurrence, ce qui vise soit des données originales (savoir-faire, des secrets de fabrication), stratégiques (clientèle, tarifs) ou des informations confidentielles portant sur la situation économique de l'entreprise (prix de revient ou projets de croissance externe, d'ouverture ou fermeture de succursales etc..)

## DE QUELQUES CAS CONCRETS CONCERNANT

- Le personnel : l'expert demande à la partie demanderesse de verser aux débats les bulletins de salaires du personnel de Direction

- Les fournisseurs : l'expert demande la communication d'un contrat de fourniture exclusif comportant des conditions exceptionnelles liées aux quantités commandées ou donnant lieu à des contreparties secrètes

- Les clients : l'expert demande le tarif particulier réservé à certains clients

- L'activité : l'expert demande l'état des commandes d'un produit déterminé à telle date (ou plusieurs dates dans l'année pour apprécier le caractère saisonnier, par exemple)

- Les prix de revient : l'expert demande la communication d'une comptabilité analytique dégageant les prix de revient d'un secteur névralgique de l'entreprise

Dans ces divers cas, il se voit opposer un refus au titre du secret

## LES SOLUTIONS QUI S'OFFRENT À L'EXPERT

Dans certains cas, le refus peut n'être que momentané, le secret n'étant invoqué qu'en raison de l'actualité de l'information demandée : quelques mois après, le secret est levé et la pièce est diffusée.

Que cette observation tirée de l'expérience ne soit pas une cause de retard dans vos missions pour attendre une hypothétique levée du secret: il faut trouver d'autres voies !

Dans d'autres cas, le refus de communiquer certains documents estimés stratégiques conduit le demandeur à renoncer à un ou plusieurs de ses chefs de demande, l'intérêt de ceux-ci lui apparaissant moindre que le risque de la communication.

Que l'expert ne compte pas non plus sur une telle issue pour résoudre son problème !

Alors, comment, dans une expertise civile, obtenir des pièces que refusent à l'expert des parties ou des tiers en invoquant le secret des affaires ?

Il appartiendra à l'expert de rappeler les textes précités, notamment l'article 10 du Code civil et l'exigence d'un motif légitime pour se soustraire à la communication, qui traduisent le caractère dérogatoire du refus de communiquer et de signaler, que la persistance du refus donnera nécessairement lieu à un compte-rendu au juge qui tranchera et tirera éventuellement dans sa décision les conséquences du refus.

Ce rappel doit être fait sans pression, car l'expert ne doit pas tenter de « passer en force » ni par ruse ; dans les deux cas, les pièces seraient considérées comme recueillies de façon illégitime (art 244 NCPC) : il a été jugé à ce sujet que la fin ne justifie pas les moyens.

La pratique connaît certains accommodements si la communication est consentie sous réserve de non diffusion il arrive que les parties s'accordent sur une communication restreinte à l'expert et à des représentants des parties spécialisés et tenus eux-mêmes au

secret. Le rapport précité de Didier FAURY présentait deux exemples d'un tel assouplissement : les actions en concurrence déloyale pour la communication des listes de clientèle et les évaluations de préjudice nécessitant des analyses de prix de revient, avec la particularité paradoxale d'un secret invoqué par le demandeur lui-même.

Mais ce mode opératoire n'est concevable qu'avec l'accord exprès des parties adverses, qui peuvent toujours s'y opposer au nom du principe de la contradiction. Dans ce cas, la solution est ici comme chaque fois que l'expert ne peut résoudre une difficulté sous sa seule autorité, le recours au magistrat mandant ou à celui du contrôle.



Les fréquentes difficultés rencontrées par l'expert dans ces problèmes de secret appellent de sa part une prudence toute particulière. Elles justifient pleinement le choix du thème de ce jour par votre Section de la Cour d'appel de Bordeaux.

Bordeaux 27 janvier 2006

**André GAILLARD**