LA MISE EN CAUSE D'UN CONFRERE PAR L'EXPERT
LE SECRET PROFESSIONNEL DE L'EXPERT
Colloque de la section Aix-en-Provence Bastia de la CNECJ – 8 décembre 2008

La tradition de brièveté de notre colloque me détermine à aller "*droit au but* ", selon la devise d'un club de football célèbre, ce qui me sera facilité par l'inventaire des principaux problèmes qu'a bien voulu proposer le Président Alain CHARNY.

Je n'esquive pas pour autant une règle méthodologique que m'a enseignée au jour le jour la pratique d'un *corpus juridicus* qui a pu ressembler jadis à un jardin à la française mais auquel la crainte du vide, les législations de circonstance et la mondialisation confèrent de plus en plus l'allure d'une forêt vierge. Elle tient en trois mots : *revenir aux fondamentaux* et c'est ce que je vais vous proposer.

Les problèmes pour lesquels je tenterai d'esquisser des solutions sont de trois ordres : la mise en cause du travail d'un confrère par l'expert et le respect du serment, le périmètre du secret professionnel et l'acquisition de soupçons de blanchiment par l'expert dans le contexte de sa mission judiciaire.

*

Ier problème ou série de problèmes : la mise en cause du travail d'un confrère par l'expert et le respect du serment.

Constat fondamental : l'expert judiciaire commis par un juge, civil ou pénal, pour l'éclairer sur des travaux comptables utilise les techniques comptables et la science de la comptabilité mais, pour autant, n'exerce alors ni l'expertise comptable ni le commissariat aux comptes.

Il n'est donc pas tenu des règles spécifiques à ces modes d'exercice professionnel et il accomplit sa mission expertale sous le sceau d'un seul serment : celui qu'il a prêté pour cette mission.

Mais au fait ce serment d'expert quel est-il ?

L'article 6 de la loi n° 71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires prévoit que ceux-ci prêtent serment, devant la cour d'appel du lieu où ils demeurent, ***d'accomplir leur mission, de faire leur rapport et de donner leur avis en leur honneur et conscience***. (À noter que cette formule est réitérée par l'article 22 du décret d'application n° 2004-1463 du 23 décembre 2004 qui rajoute "d'apporter son concours à la justice").

Procédant d'un texte législatif et étant spécifique à la mission d'expert, ce serment prime nécessairement celui que l'expert-comptable a pu prêter ou le commissaire aux comptes, cela par l'effet de la hiérarchie des normes du droit (le serment de l'expert judiciaire est législatif) ou encore par la spécialité même du serment d'expert judiciaire qui le fait déroger à un serment professionnel général (adage *specialia generalibus derogant*).

Notons au passage que le Code de procédure pénale, de nature législative, renvoie au même serment par l'article 160 et que le Code de procédure civile, de nature réglementaire, ne dit rien du serment précisant simplement par l'article 237 que "*le technicien commis doit accomplir sa mission avec conscience, objectivité et impartialité* " ce qui, fors l'honneur, nous dit pratiquement la même chose et n'apparaît qu'une démultiplication du serment initial, et nous sommes sauvés.

Ajoutons, pour être complet, que les experts pénalistes, s'ils comparaissent à l'audience réitéreront alors, par l'effet des dispositions de l'article 168 du Code de procédure pénale, le même serment d'apporter leur concours à la justice en leur honneur et en leur conscience. L'édifice est donc cohérent.

Toutes les déontologies de professions libérales et réglementées prévoient peu ou prou l'interdiction de dénigrer un confrère, pratique assimilable à une concurrence déloyale.

Mais l'expert, commis par justice, n'est plus, nous l'avons dit, dans l'exercice de sa profession d'origine mais dans l'accomplissement d'une mission judiciaire.

J'ai pour ma part particulièrement goûté la définition lumineuse donnée au 18ème congrès des experts judiciaires à Bordeaux par le philosophe moraliste André COMTE-SPONVILLE :
"*Le juge cherche la justice, l'avocat la victoire et l'expert la vérité. C'est le juge qui doit s'assurer de la victoire de la justice en s'appuyant sur la vérité*".

Il est clair que si la vérité dont l'expert, en son honneur et sa conscience, est débiteur envers le juge qui l'a commis passe par l'appréciation négative des travaux d'un confrère, il devra le dire.

Aucune confraternité n'autorise l'expert à dissimuler au juge et aux parties une réalité technique car il est dans sa mission civile ou pénale l'organe sensoriel de la justice et ne peut garder, sans faillir à cette mission, l'oeil aveugle, l'oreille sourde, le nez anosmique, le toucher insensible et la bouche muette.

Ceci posé, l'appréciation négative doit demeurer technique et nécessaire et, s'il en est ainsi, le juge protégera l'expert, sauf à scier la branche sur laquelle ce juge est assis.

Pour illustrer mon propos, j'indique que la chambre que je préside, a été amenée dans un autre domaine, celui des assurances, a dire que "*si, au visa de l'article L. 124-2 du Code des assurances, la police souscrite rend inopposable à l'assureur une reconnaissance de responsabilité de l'assuré elle ne peut en revanche priver l'assuré de la liberté d'avouer des circonstances de fait. S'il en allait autrement, la garantie de l'assureur serait subordonnée au mensonge éventuel de l'assuré ce qui constituerait alors une clause illicite et immorale nécessairement réputée non écrite* ".

Si donc nous jugeons blâmable qu'un assuré soit invité à taire une réalité, nous le jugerions de plus fort au sujet d'un expert.

Dans ce contexte, la question du dépaysement de l'expertise apparaît pertinente. Il n'y a pas de règle écrite en la matière mais le devoir du juge qui commet l'expert est de ne pas placer celui-ci en position délicate, susceptible de fragiliser sa mission ou de perturber son indépendance.

Là encore je ne puis que relater notre pratique professionnelle de chambre de cour d'appel.

Deux types de contentieux entre les professionnels du chiffre et leurs clients sont les plus fréquents : la contestation d'honoraires et l'imputation d'un manquement au devoir de conseil.

La première est assez simple s'il y a eu une pratique suivie entre les parties et le concours de l'expert se bornera alors à quantifier les travaux contestés. La seconde amène, en revanche, à porter directement un jugement sur le conseil donné. Dans ce deuxième cas, nous apprécions le degré de tension entre les parties et la complexité de la cause et recourons souvent à un expert d'une autre cour d'appel et surtout d'une autre compagnie professionnelle du chiffre. Mais nous n'avons pas de politique systématique pour autant, l'objectif étant d'avoir un expert qui ne se sente pas en porte-à-faux.

Notons aussi que l'étendue du ressort de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence nous permet aussi de

délocaliser en interne, entre Nice et Marseille par exemple afin d'éviter que l'expert choisi par la cour et le confrère ne soient en situation de concurrence territoriale sur leur pratique professionnelle.

Deux précautions sont d'ailleurs systématiquement prises :

-d'abord dans la rédaction de la mission, qui est aussi précise que possible, afin que l'expert sente bien que le juge ne lui a pas délégué la solution de l'affaire mais lui pose des questions techniques de sa spécialité. Toutefois, à la fin de cette mission encadrante nous introduisons aussi une marge de souplesse par une formule du type "*plus généralement faire toute observation utile à la solution du litige*". Elle va d'ailleurs dans le sens de l'article 244 du Code de procédure civile qui dispose que "*le technicien doit faire connaître dans son avis toutes les informations qui apportent un éclaircissement sur les questions à examiner*", mais qui dit aussi qu' "*il lui est interdit de révéler les autres informations dont il pourrait avoir connaissance à l'occasion de sa mission*".
-la seconde précaution consiste, pour le magistrat, à appeler personnellement l'expert pour lui décrire la configuration de la mission et lui demander s'il se sent de l'accomplir ou s'il préfère passer la main, sachant qu'un expert réticent ne sera pas indépendant.

*

IIème problème : le secret professionnel

L'article 226-13 du Code pénal définit l'atteinte au secret de fonction comme "*la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire, soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire*."

L'expert-comptable et le commissaire aux comptes passent du secret professionnel, qui ne concerne que les dossiers qu'ils traitent en clientèle, au secret de mission lorsqu'ils sont investis d'une expertise judiciaire qui, par définition, sera étrangère à leurs dossiers de clientèle. Ils ont donc changé de secret.

Observons que le secret de l'expert judiciaire possède un périmètre variable dans trois configurations distinctes :

-celle de l'expertise civile (des articles 232 et suivants du Code de procédure civile) où le secret se partage avec le juge et les parties et leurs conseils, voire aussi de l'expert privé qui les assiste. L'article 247 du Code de procédure civile précise à cette fin que "*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*". **Il s'agit donc d'un secret spécifique à l'instance et partagé avec ceux qu'elle concerne.**
-autre configuration, celle de l'expertise de gestion prévue par les articles L. 223-37 du Code de commerce pour les sociétés à responsabilité limitée et L. 225-231 du même code pour les sociétés anonymes qui prévoient une liste de destinataires institutionnels du rapport d'expertise.
-dernière configuration, enfin, celle de l'expertise pénale où l'expert a, selon l'article 161 du Code de procédure pénale, pour seul interlocuteur le magistrat instructeur ou bien le président de la formation pénale qui l'a commis.

*

IIIème problème : l'apparition incidente, en cours d'expertise, d'un soupçon de blanchiment

À l'évidence les experts-comptables et les commissaires aux comptes font partie des personnes astreintes à la déclaration de soupçon puisqu'ils figurent sur la liste dressée par l'article L. 562-1 du Code monétaire et financier.

L'article L. 562-2 du même code distingue deux hypothèses : la présence de sommes douteuses inscrites dans leurs livres et les opérations qui porteraient sur de telles sommes.

L'emploi par le texte de l'expression "*dans leurs livres*" et en particulier de l'adjectif possessif "*leurs*" **permet d'emblée d'exclure l'hypothèse d'une expertise judiciaire puisque les professionnels du chiffre, experts judiciaires que vous êtes, n'expertisent par définition que des comptabilités qu'ils n'ont pas tenues**.

Reste la dernière hypothèse, celle où l'expert judiciaire repère des opérations soupçonnables de blanchiment.

Ma réponse tient en une maxime latine "*cedant arma togae*", **les armes cèdent le pas à la toge, autrement dit, le juge mandant passe avant TRACFIN**.

Cela m'apparaît absolu en matière d'expertise pénale en application de l'article 161 du Code de procédure pénale, texte législatif, d'une valeur normative égale au Code monétaire et financier mais qui prévaut dans le cas d'espèce par la spécificité du cadre institutionnel qui a amené le recueil du renseignement.

Cela m'apparaît relatif en matière civile mais cependant de bonne loyauté envers le juge qui vous investit de sa confiance, étant entendu que le deuxième alinéa de l'article 244 du Code de procédure civile n'a que valeur réglementaire et que la prohibition de révélation qu'il édicte cède alors le pas aux injonctions législatives du Code monétaire et financier.

Enfin, dans l'expertise de gestion, le procureur de la République étant à la fois l'un des destinataires institutionnels du rapport et l'autorité pertinente de poursuite il m'apparaît d'évidence de l'aviser discrètement et par priorité. Il choisira alors soit de contacter lui même TRACFIN, soit vous recommandera de le faire.

Christian CADIOT
Président de la Chambre commerciale de la cour d'appel d'Aix-en-Provence