



Compagnie  
Nationale des  
Experts  
Comptables  
Judiciaires

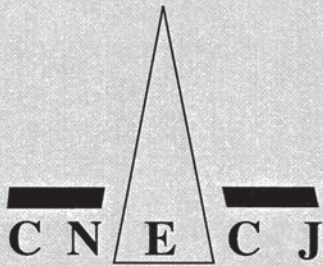


LE CHATEAU D'IF

CONGRÈS CNECJ : MARSEILLE  
29-30 SEPTEMBRE ET 1<sup>ER</sup> OCTOBRE 2005







Compagnie  
Nationale des  
Experts  
Comptables  
Judiciaires

**SOMMAIRE**

**BULLETIN N° 63 - JUILLET 2005**

<input type="checkbox"/>	COMPOSITION DU CONSEIL NATIONAL POUR L'ANNEE 2005	2
<input type="checkbox"/>	LA PAGE DU PRESIDENT - Marc ENGELHARD	3
<input type="checkbox"/>	L'AGENDA DE LA PRESIDENCE	5
<input type="checkbox"/>	CONGRES NATIONAUX	6
	o Congrès de Marseille 29, 30 septembre et 1 <sup>er</sup> octobre 2005	
	Note du rapporteur général Pierre LOEPER	
	Programme et bulletin d'inscription	
<input type="checkbox"/>	FORMATION	12
	o La formation de l'expert comptable judiciaire	
	Note de Bruno DUPONCHELLE	
<input type="checkbox"/>	LE STATUT DE L'EXPERT JUDICIAIRE après la réforme de la Loi du 11 février 2004	13
	o Conférence d'André GAILLARD	
<input type="checkbox"/>	LE CARACTERE ABSOLU DU SECRET PROFESSIONNEL DES EXPERTS COMPTABLES	42
	Cour de cassation – février 2005	
	Avis de l'Avocat Général Maurice-Antoine LAFORTUNE (Article paru dans la gazette du palais)	
<input type="checkbox"/>	EXTRAITS DE JURISPRUDENCE ET SELECTION D'ARTICLES DE DOCTRINE	43
<input type="checkbox"/>	NOMINATIONS – DISTINCTIONS	98
<input type="checkbox"/>	LA VIE DES SECTIONS	99

## CNECJ - BUREAU DU CONSEIL NATIONAL

Le Conseil national de la Compagnie  
réuni le 9 octobre 2003  
a procédé à l'élection des membres de son bureau  
dont la composition est la suivante

<b>Présidents d'honneur</b>	Pierre DUCOROY Félix THORIN Madeleine BOUCHON Jean CLARA André DANA André GAILLARD Anne-Marie LETHUILLIER FLORENTIN Rolande BERNE LAMONTAGNE Pierre DARROUSEZ	- MONTPELLIER - NIMES - PARIS - VERSAILLES - PARIS - VERSAILLES - AMIENS - DOUAI - REIMS - PARIS - VERSAILLES - PARIS - VERSAILLES - ROUEN - CAEN - PARIS - VERSAILLES - AMIENS - DOUAI - REIMS
<b>Président</b>	Marc ENGELHARD	- AIX-EN-PROVENCE - BASTIA
<b>Vice-présidents</b>	Henri ESTEVE Henri LAGARDE Pierre LOEPER	- LYON - CHAMBERY - GRENOBLE - TOULOUSE - AGEN - PAU - PARIS - VERSAILLES
<b>Secrétaire général</b> <b>Secrétaire général adjoint</b>	Sylvain CHAUMET Bruno DUPONCHELLE	- ORLEANS - POITIERS - AMIENS - DOUAI - REIMS
<b>Trésorier national</b> <b>Trésorier national adjoint</b>	Michel PITIOT Didier KLING	- LYON - CHAMBERY - GRENOBLE - PARIS - VERSAILLES
<b>Chargé des publications</b>	Didier FAURY	- PARIS - VERSAILLES

Le siège de la Compagnie est statutairement fixé au Palais de justice à Paris  
La correspondance doit être adressée chez le président, Marc ENGELHARD

88, rue Grignan – 13001 Marseille

Tel. 04 91 15 16 20 – Fax 04 91 54 02 10 - e-mail : [info@cophotri.com](mailto:info@cophotri.com)

Le siège administratif est fixé à la MAISON DE L'EXPERT

10 Rue du Débarcadère 75017 -PARIS



## LA PAGE DU PRESIDENT - Marc ENGELHARD

Dans le cadre plus général des réformes engagées par le gouvernement en matière de justice, l'année 2005 doit être considérée comme une période de transition en ce qui concerne l'activité d'expertise judiciaire.

Le fait marquant du premier semestre 2005 est sans aucun doute la mise en œuvre, quelque peu précipitée de l'avis de beaucoup, des dispositions de la loi du 11 février 2004 et de son décret d'application ; elle s'est traduite pour certains d'entre-nous par l'obligation de constituer dans l'urgence un dossier de réinscription sur les listes d'experts, tâche rendue d'autant plus délicate que des incertitudes subsistaient en ce début d'année, et subsistent à ce jour, en matière de nomenclature.

Sur ce point, il est à noter que l'on s'oriente vers un retour à une nomenclature simplifiée, selon laquelle la notion de rubrique -, pour les experts comptables judiciaires, rubrique "comptabilité" -, prévaudrait sur celle de spécialité, en espérant qu'il soit possible, comme cela a été le cas par le passé, de demander son inscription sous deux rubriques.

Sur la vie de notre Compagnie et des actions qu'elle engage dans différents domaines, de nombreux points sont à signaler ; deux d'entre eux peuvent plus particulièrement être évoqués à ce jour :

- la création en juin 2005 d'un site Internet, décision longuement mûrie mais qu'il convenait de ne pas différer plus longtemps ; dénommé [www.expertcomptablejudiciaire.org](http://www.expertcomptablejudiciaire.org) , il devrait être opérationnel d'ici la fin de l'année. Son objectif est, bien entendu, de mieux faire connaître notre Compagnie et ses membres. Il est aussi de collecter et permettre la consultation et la diffusion des actions de formation et autres travaux réalisés aussi bien par les sections qu'à l'initiative du Bureau National.
- la tenue du 44<sup>ème</sup> Congrès National le 30 septembre 2005 à Marseille, qui sera présidé, comme l'an dernier, par Monsieur Daniel TRICOT, Président de la Chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation.

En ce qui concerne le deuxième point, les membres de la CNECJ ont d'ores et déjà été destinataires du programme de cette journée d'étude, dont le thème, "l'expert comptable judiciaire et la notion de valeur", déjà effleuré lors du congrès de Grenoble, ne manquera pas de susciter un intérêt tout particulier auprès de nos confrères et de tous les participants. Il a aussi été adressé à chacun un dépliant indiquant le déroulement de l'ensemble de cette manifestation, du jeudi 29 septembre (tenue du Conseil National à Aix-en-Provence et élection d'un nouveau bureau) au samedi 1<sup>er</sup> octobre 2005 (journée récréative).

Je tiens à remercier chaleureusement tous ceux qui consacrent temps et énergie à la préparation de ce 44ème Congrès : notre confrère Pierre LOEPER, rapporteur général, et nos autres confrères qui interviendront en qualité de rapporteurs, ainsi que Pierre Henri COMBE, Président de la Section Aix / Bastia, chargée de l'organisation de la manifestation, et nos confrères qui le secondent. Votre satisfaction sera leur meilleure récompense.

Dans l'attente du plaisir de vous accueillir bientôt nombreux en Provence et en espérant que les conditions météorologiques nous soient favorables, je vous souhaite à tous d'excellentes vacances.

Votre Président

Marc ENGELHARD



AGENDA DU PRESIDENT  
(à compter de février 2005)

*Sont mentionnées ci-après les principales diligences exercées par le président dans l'exercice de ses fonctions ; mais il faut souligner le fait que, grâce aux diligences des membres du bureau, la CNECJ est toujours représentée par l'un ou plusieurs d'entre eux auprès de toutes instances et à l'occasion de toutes rencontres et manifestations où cela s'avère nécessaire.*

Février	1 <sup>er</sup>	Matinée : bureau de la CNECJ. Après-midi, rendez-vous avec les informaticiens de la revue Experts et son Directeur en vue de la création d'un site Internet.
	7	Participation à l'assemblée générale de la section de Lyon / Chambéry Grenoble.
Mars	1 <sup>er</sup>	Participation à l'assemblée générale de la section de Orléans / Poitiers au Futuroscope.
	9	Réunion commission d'organisation du 44 <sup>ème</sup> Congrès de la CNECJ.
	14	Matin : participation au Bureau de la CEACC à Paris. Après-midi : avec notre confrère Pierre LOEPER, rencontre de Monsieur CANIVET, dans le cadre de la préparation du 44 <sup>ème</sup> congrès de la CNECJ
Avril	6	Matinée : bureau de la CNECJ.
	18	Participation à l'assemblée générale de la CEACC.
Mai	9	Réunion commission d'organisation du 44 <sup>ème</sup> congrès de la CNECJ.
	13	Conseil National de la CNECJ à Paris.
Juin	9	Avec notre confrère Pierre LOEPER, rendez-vous avec Monsieur le Président TRICOT, dans le cadre de la préparation du 44 <sup>ème</sup> congrès de la CNECJ.
	20	Réunion commission d'organisation du 44 <sup>ème</sup> Congrès de la CNECJ.
	21	Avec notre confrère Bruno DUPONCHELLE, séance de travail avec Monsieur Christian ISAAC, pour la création du site Internet de la CNECJ.
Juillet	4	Réunion commission d'organisation du 44 <sup>ème</sup> Congrès de la CNECJ.
	6	Matin : participation au Bureau de la CEACC à Paris.

## CONGRES DE MARSEILLE

30/09/2005

### L'EXPERT COMPTABLE JUDICIAIRE ET LA NOTION DE VALEUR

*Note rédigée par le rapporteur général Pierre LOEPER*

La problématique de la valeur se présente en 2005 pour les professionnels du chiffre avec une actualité nouvelle dans le contexte des normes IFRS qui ont, à certains égards, renouvelé la réflexion comptable en matière d'évaluation. Notre XXXIV<sup>ème</sup> Congrès s'inscrit donc dans la suite logique de celui de l'an dernier, consacré aux normes IFRS. Il s'agira en particulier de chercher à préciser ce qu'il faut entendre par juste valeur, valeur d'usage, valeur de marché, et d'approfondir notre connaissance des méthodes d'évaluation.

Cependant, aujourd'hui comme hier, la question de la valeur interpelle l'expert judiciaire, lorsque celui-ci est confronté aux problèmes que posent les marchés qui deviennent volatils ("bulles" successives de l'immobilier, des télécommunications, et des nouvelles technologies). Il est apparu que le temps était peut être venu de tenter de tirer des leçons de ces expériences.

C'est dans cette double perspective que notre Congrès doit permettre de préciser ce que la justice et le justiciable attendent de l'expert-comptable judiciaire dans les affaires civiles ou pénales qui mettent en cause la valeur, et comment, notamment en matière de formulation de son opinion, celui-ci peut répondre à ces attentes.

Enfin une décision de justice récente a souligné la responsabilité de l'expert évaluateur de l'article 1592 du Code civil. Il sera possible de débattre des conséquences à tirer de cette décision sous la direction de Monsieur Daniel TRICOT, Président de la Chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation, qui présidera notre journée d'études, et avec la participation de Monsieur le Professeur Jacques MESTRE et de nombreux magistrats invités.

L'équipe des rapporteurs (Dominique MAHIAS, Jacques KALPAC, Henri LAGARDE, Patrick LE TEUFF, Pierre LOEPER et Olivier PERONNET) espère que ces axes de réflexion et de travail en commun retiendront votre intérêt et que vous serez nombreux à participer à ce congrès dont l'organisation matérielle, confiée à Pierre-Henri COMBES et à son équipe, devrait également vous satisfaire en vous permettant de mieux connaître la ville de Marseille et ses environs.



**XLIVème CONGRES  
DE LA COMPAGNIE NATIONALE DES  
EXPERTS COMPTABLES JUDICIAIRES**

✉

**Monsieur Marc ENGELHARD**  
Expert près la Cour d'appel d'Aix-en-Provence  
Agréé par la Cour de cassation  
Président de la Compagnie Nationale des Experts Comptables Judiciaires  
et les Membres du Conseil National

**Monsieur Pierre-Henri COMBE**  
Expert près la Cour d'appel d'Aix-en-Provence  
**Président de la Section Autonome Aix-en-Provence - Bastia**  
**de la Compagnie Nationale des Experts Comptables Judiciaires**  
**et les membres de la chambre**

*Vous prient de bien vouloir honorer de votre présence la*

**JOURNEE D'ETUDE**  
**du XLIVème CONGRES NATIONAL**  
*qui se tiendra au*  
*World Trade Center, Immeuble CMCI le*

**VENDREDI 30 SEPTEMBRE 2005**

*Le matin à partir de 9 heures et l'après-midi à partir de 14 heures 30*  
*sous la présidence de*

**Monsieur Daniel TRICOT**  
Président de la Chambre commerciale, financière et économique de la  
**Cour de cassation**

*en présence de*

Monsieur le Premier Président  
de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence  
et de Monsieur le Procureur Général  
près la Cour d'appel d'Aix-en-Provence

Cette journée aura pour thème :

**" L'EXPERT COMPTABLE JUDICIAIRE  
ET LA NOTION DE VALEUR "**

**Programme du XLIV<sup>ème</sup> Congrès de la Compagnie Nationale des Experts Comptables Judiciaires  
MARSEILLE le 30 SEPTEMBRE 2005**  
*sous la présidence de*

**Monsieur Daniel TRICOT**

Président de la Chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation

*et avec la participation de*

Monsieur Jacques MESTRE - Professeur de droit à la Faculté d'Aix-en-Provence

**L'expert comptable judiciaire et la notion de valeur**

*Matin à partir de 9 heures :*

Allocation de Monsieur le Président  
de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence

Allocation de Monsieur Marc ENGELHARD  
Expert près la Cour d'appel d'Aix-en-Provence  
Agrégé par la Cour de cassation  
Président national de la Compagnie

**Ouverture de la journée d'étude par**

Monsieur Daniel TRICOT

Président de la Chambre commerciale, financière et économique  
de la Cour de cassation

**Introduction**

par Monsieur Pierre LOEPER

Expert près la Cour d'appel de Paris  
Agrégé par la Cour de cassation

**La valeur, le droit et le chiffre**

par Monsieur Henri LAGARDE

Expert près la Cour d'appel de Toulouse

**Méthodes actuelles d'évaluation des biens et des entreprises**

Par Messieurs Patrick LE TEUFF et Olivier PERONNET

Experts près la Cour d'appel de Paris

*Après-midi à partir de 14 heures 30*

**L'expert comptable judiciaire  
face aux valeurs contingentes ou volatiles**

par Madame Dominique MAHIAS

Expert près la Cour d'appel de Paris  
et Monsieur Pierre LOEPER

**Spécificités de l'évaluation dans un cadre judiciaire**

par Monsieur Jacques KALPAC

Expert près la Cour d'appel d'Aix-en-Provence  
Agrégé par la Cour de cassation

**DISCUSSION**

Rapport de synthèse présenté par  
Monsieur Pierre LOEPER

**Conclusion**

présentée par Monsieur Daniel TRICOT

Président de la Chambre commerciale,  
financière et économique de la Cour de cassation



44<sup>e</sup>

## L'EXPERT COMPTABLE JUDICIAIRE ET LA NOTION DE VALEUR

Le thème de la valeur (des parts sociales, des sociétés et des actifs) se présente en 2005 avec une actualité nouvelle dans le contexte des normes IFRS qui ont, à certains égards, renouvelé la réflexion comptable en matière d'évaluation.

Notre XLIV<sup>e</sup> Congrès s'inscrit donc dans la suite logique de celui de l'an dernier.

Aujourd'hui comme hier, la question de la valeur interpelle l'expert judiciaire, en particulier lorsque celui-ci est confronté aux problèmes que posent les marchés qui deviennent volatils («bulles» successives de l'immobilier, des télécommunications et des nouvelles technologies). Il est également apparu que le temps était venu de tenter de tirer des leçons de ces expériences.

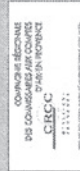
C'est dans cette double perspective que notre Congrès doit permettre de préciser ce que la justice et le judiciaire attendent de l'expert-comptable judiciaire dans les affaires civiles ou pénales qui mettent en cause la valeur, et comment, notamment, en matière de formulation de son opinion, celui-ci peut répondre à ces attentes.



Organisé par



en partenariat avec



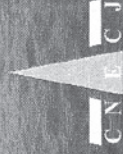
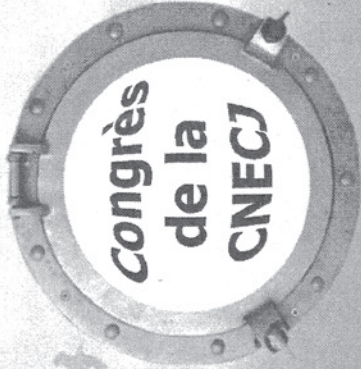
Conception graphique : Triformat 05 25 73 33 60

### RENSEIGNEMENTS ET INSCRIPTIONS



**PROMO SCIENCES**  
Viviane BERNADAC, Muriel WAGNER  
7 Impasse Roqueplan, 13002 Marseille  
Tél. 04 91 91 24 89 - Fax 04 91 91 76 83  
Email : [info@promosciences.com](mailto:info@promosciences.com)  
web : [www.promosciences.com](http://www.promosciences.com)

du 29 septembre  
au 1er octobre 2005  
[www.ucecaap.com/cnecj](http://www.ucecaap.com/cnecj)





JEUDI  
29  
SEPT

44<sup>e</sup>

Congrès National  
des Experts Comptables  
Judiciaires

**10h30** Réunion de la Commission Formation  
Cour d'appel d'Aix-en-Provence  
20, Place de Verdun 13616 Aix-en-Provence

**12h** Accueil par la Mairie d'Aix-en-Provence  
Apéritif et déjeuner Salle des Etats de  
Provence

**14h** Réunion du Conseil National de la CNECJ  
Cour d'appel d'Aix-en-Provence

**20h** Dîner au Sofitel Vieux Port de Marseille



PROGRAMME  
DES ACCOMPAGNANTS

**11h30 - 18h**

**Visite d'Aix-en-Provence**

Depart en bus de Marseille vers la Mairie d'Aix-en-Provence. Déjeuner en Mairie Salle des Etats de Provence.

Visite guidée de la ville : circuit pédestre pour découvrir le célèbre Cours Mirabeau, la Place de la Mairie, la Place des Cardoux, la Cathédrale Saint Sauveur et le quartier Mazarin. Retour vers Marseille en bus.

VENDREDI  
30  
SEPT

44<sup>e</sup>

Congrès National  
des Experts Comptables  
Judiciaires

JOURNÉE D'ETUDE SOUS LA PRÉSIDENCE  
DE MONSIEUR DANIEL TRIGOT  
"L'EXPERT COMPTABLE JUDICIAIRE  
ET LA NOTION DE VALEUR"

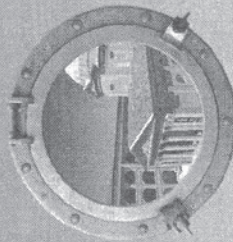
**9h** Ouverture  
Accueil des congressistes  
World Trade Center, Immeuble C/MCI,  
2 rue Henri Barbusse - 13001 Marseille

**12h30** Déjeuner  
Restaurant de l'Hôtel Mercure  
Centre Bourse de Marseille

**14h30** Reprise des Travaux

**17h30** Clôture du Congrès

**20h** Dîner de Gala  
Oustau Calendal - Port de Cassis



PROGRAMME  
DES ACCOMPAGNANTS

**10h - 18h**

**Visite de Marseille**

Visite de la Vieille Charité et de l'Abbaye de Saint Victor. Déjeuner au Restaurant des Arceneaux Cours d'Estienne d'Ouves.

Depart en bus vers le Musée de la faïence et retour par le bord de mer avec découverte et commentaires sur les principaux sites qui font le charme de Marseille : Callelongue, les Goudes, Notre Dame de la Garde...

SAMEDI  
1ER  
OCT

44<sup>e</sup>

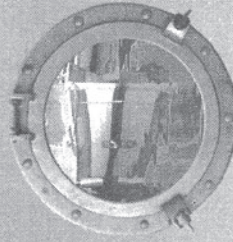
Congrès National  
des Experts Comptables  
Judiciaires

JOURNÉE DE DÉTENTE  
POUR LES CONGRESSISTES  
ET LES ACCOMPAGNANTS

**10h** Départ en bus de Marseille par la route des crétes jalonnée de belvédères offrant des points de vue spectaculaires sur le golfe de Cassis, les calanques et le Cap Canaille, l'une des plus hautes falaises maritimes d'Europe.

Découverte du Vieux-Port de La Ciotat, dont le centre ancien, riche d'une architecture préservée descend en pente douce jusqu'à la mer.

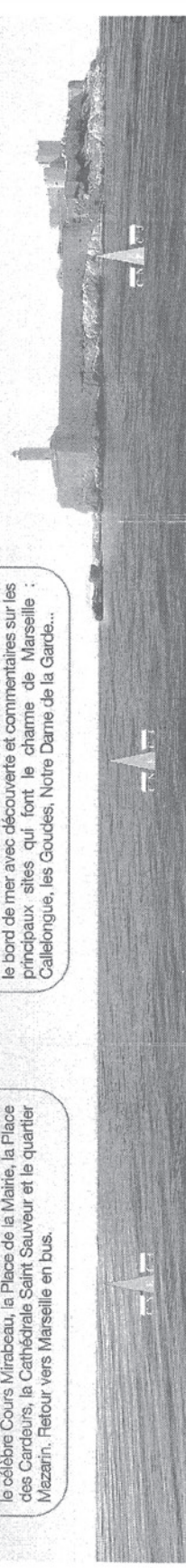
Déjeuner au Golf de la Frégate à Saint-Cyr sur Mer dans un cadre magnifique dominant la baie des Lecques.



**14h30**

Halte au Moulin de Saint Côme qui révélera quelques secrets de la fabrication de l'huile d'olive.

Visite commentée du Village Médiéval du Castellet qui surplombe les vignobles et regroupe de nombreuses boutiques d'artisanat.



**44<sup>ème</sup> CONGRES NATIONAL DE LA CNECJ**  
**MARSEILLE 29, 30 SEPTEMBRE ET 1<sup>ER</sup> OCTOBRE 2005**

**COUPON REPONSE**

		BULLETIN REPONSE				
Participant <input type="checkbox"/> Monsieur <input type="checkbox"/> Madame		Frais d'inscription	Prix unitaire	Nb congressistes	Nb accompagnants	Total dû
Nom.....	Prénom.....	<b>29/09/05 : Déjeuner Buffet</b>	<b>40</b>	.....	.....	..... €
Cour d'appel.....		29/09/05 : Diner	50	.....	.....	..... €
Fonction dans la Section Autonome .....		<b>29/09/05 : Visite Aix-en-Provence</b>	<b>25</b>	.....	.....	..... €
Adresse .....		30/09/2005 : Inscription au congrès	200	.....	.....	..... €
Code Postal .....	Ville .....	<b>30/09/05 : Déjeuner</b>	<b>40</b>	.....	.....	..... €
Tél.....	Portable.....	30/09/05 : Diner de Gala	100	.....	.....	..... €
Fax.....		<b>30/09/05 : Visite de Marseille *</b>	<b>80</b>	.....	.....	..... €
Email.....		01/10/05 : Journée touristique *	80	.....	.....	..... €
Présence : <input type="checkbox"/> 29 sept. (Aix en Provence)		<b>* déjeuner inclus</b>				
<input type="checkbox"/> 30 sept (Marseille)		<b>Total frais d'inscription à reporter</b>				..... €
Accompagnants :		<b>Conditions d'annulation</b>				
Nom .....	Prénom.....	Inscription : toute demande d'annulation doit nous parvenir par écrit :				
Nom .....	Prénom.....	* avant le 1/9/05 : remboursement intégral				
		* entre le 1/9/05 et le 15/9/05 : remboursement moins frais de dossier estimés à 75 €				
		* après le 15/9/05 : aucun remboursement ne pourra être effectué				
		<b>Hébergement : toute demande d'annulation doit nous parvenir par écrit</b>				
		* avant le 15/9/05 : remboursement intégral des arrhes				
		* après le 15/9/05 : aucun remboursement ne pourra être effectué				

					BULLETIN REPONSE	
<b>Hébergement : Je souhaite réserver l'hébergement suivant</b>						
	Single	Double Lits séparés	Double Grand lit	Arrhes A verser	Date d'arrivée	/.../.../ 05
Hôtel ****	<input type="checkbox"/> 264 €	<input type="checkbox"/> 274 €	<input type="checkbox"/> 274 €	<input type="checkbox"/> 264 €	Date de départ	/.../.../ 05
Hôtel ***	<input type="checkbox"/> 112 €	<input type="checkbox"/> 122 €	<input type="checkbox"/> 122 €	<input type="checkbox"/> 112 €	Nombre de nuits	/.../
Hôtel **	<input type="checkbox"/> 70 €	<input type="checkbox"/> 70 €	<input type="checkbox"/> 70 €	<input type="checkbox"/> 70 €	Transport :	<input type="checkbox"/> TRAIN
						<input type="checkbox"/> VOITURE
						<input type="checkbox"/> Souhaite recevoir un fichet réduction SNCF
Prix par chambre, par nuit, petit déjeuner et taxes locales non inclus. Les hôtels sélectionnés se trouvent au centre ville. Les chambres seront attribuées au fur et à mesure des inscriptions. Aucune réservation ne sera effectuée sans réception des arrhes (voir "règlements à joindre").						
<b>Règlements à joindre (Inscription + hébergement : attention deux règlements séparés)</b>						
Total frais d'inscription :		..... €	<input type="checkbox"/> Chèque (à l'ordre de CNECJ 44e Congrès)			
Hébergement 1 nuit d'arrhes à verser :		..... €	<input type="checkbox"/> Chèque (à l'ordre de PROMO SCIENCES)			
<input type="checkbox"/> Hôtel 4 étoiles : 264 €						
<input type="checkbox"/> Hôtel 3 étoiles : 112 €						
<input type="checkbox"/> Hôtel 2 étoiles : 70 €						
Places limitées - merci de retourner ce bulletin, accompagné de vos règlements, dans les plus brefs délais à PROMO SCIENCES Impasse Roqueplan, 13002 Marseille - Tél : 04 91 91 24 89 - Fax : 04 91 91 76 83 - Email : info@promosciences.com						



## FORMATION DES EXPERTS-COMPTABLES JUDICIAIRES

Au congrès de Grenoble, Michel TUDEL, président de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes, avait proposé de mettre à la disposition de la CNECJ, les formations conçues par la CNCC relatives aux nouvelles normes d'information financière, IFRS. Cette proposition s'est concrétisée lors d'une réunion de travail qui s'est tenue à la CNCC le 20 décembre 2004.

Cinq sessions ont été organisées, en mars et avril 2005, avec le concours de deux animateurs de la CNCC, Stéphane x et Hervé LOHIER, sur « les nouvelles normes d'information financière, IFRS, le référentiel de l'IASB » à Lille, Lyon, Marseille, Paris et Toulouse, réunissant quelque 70 experts-comptables judiciaires. Il résulte, des fiches d'évaluation de cette formation, une grande satisfaction des participants.

Il vous est proposé de participer, **au cours du troisième quadrimestre 2005**, à une nouvelle formation traitant de « **l'évaluation des PME non cotées – méthodes actuelles** ».

Nous devons la conception de cette formation au cabinet de Jean-François PANSARD. Ce dernier préside, avec Daniel MANON, la commission « évaluation » de la Compagnie des conseils et experts financiers – CCEF, qui approfondit, depuis plusieurs années, les méthodes d'évaluation des PME, dans le cadre de la transmission des entreprises. Les sessions de formation seront animées par Aude BISIAUX, consultante, qui a une grande pratique de ces méthodes.

Nous avons voulu que cette formation soit axée sur les aspects pratiques de l'application des méthodes d'évaluation. Leur mise en œuvre fait appel à l'utilisation de logiciels qui seront remis aux participants. Il est donc fortement recommandé qu'ils se munissent de leur ordinateur portable. La formation comprendra des séquences d'exposés alternées avec des exercices simplifiés d'application dont le but est de montrer la sensibilité des paramètres pris en compte.

Six sessions sont organisées à Lille, Bordeaux, Marseille, Lyon, Rennes et Nancy. Une session sera également organisée à Paris, dont la date n'est pas encore fixée. Vous trouverez dans ce bulletin, une fiche de présentation de la formation et un bulletin d'inscription.

En **2006**, il vous sera proposé une formation conçue par Jean-Pierre GRAMET, expert près la cour d'appel de Paris, sur « **l'évaluation des préjudices économiques** ». Une démarche d'expertise vous sera proposée, avec la mise en évidence des écueils à éviter.

D'autres thèmes de formation sont prévus, pour les années à venir. Des **concepteurs** ayant une bonne pratique des missions sont attendus (les conceptions de formations sont rémunérées, le comité d'évaluation saura être exigeant sur la qualité des présentations) :

- **application des clauses de garantie d'actif et de passif**
- **état de cessation des paiements**
- **éléments constitutifs du délit d'abus des biens sociaux**
- **éléments constitutifs du délit de présentation de comptes annuels inexacts**

**Bruno DUPONCHELLE**

*Président de la commission de formation de la CNECJ*

**LE STATUT DE L'EXPERT JUDICIAIRE  
APRES LA REFORME DE LA LOI DU 11 FEVRIER 2004**

**CONFERENCE PRONONCEE PAR ANDRE GAILLARD  
EXPERT HONORAIRE – AGREE PAR LA COUR DE CASSATION  
PRESIDENT D'HONNEUR DE LA CNECJ**

**LORS DE L'ASSEMBLEE GENERALE DE LA SECTION AUTONOME  
DES COURS D'APPEL D'ORLEANS ET DE POITIERS**

*Nota : Les textes mentionnés dans l'article figurent en annexe de celui-ci à l'exception du décret du 23 décembre 2004 déjà publié dans notre bulletin n° 62.*

*Est ajouté en annexe, le texte très récent de l'arrêté du Ministre de la Justice du 10 juin 2005 (extrait) relatif à la nouvelle nomenclature.*

## SOMMAIRE - PLAN DE L'ÉTUDE

---

<b>AVANT-PROPOS : LES NOUVEAUX TEXTES</b>	1
1 - La loi du 11 février 2004	1
2 - Le décret du 23 décembre 2004	2
3 - L'arrêté relatif à la nouvelle nomenclature	2
<b>I - L'INSCRIPTION INITIALE</b>	3
1 - Durée de l'inscription initiale	3
2 - Conditions de l'inscription	3
3 - Procédure d'inscription	3
<b>II - LA RÉINSCRIPTION</b>	5
1 - Durée de l'inscription renouvelée	5
2 - Conditions des réinscriptions	5
3 - Procédure de réinscription	5
4 - Contenu de la demande	6
5 - Commission consultative de réinscription	
6 - Délibération et décision de réinscription	7
7 - Refus de réinscription et recours	7
<b>III - MESURES DISCIPLINAIRES</b>	8
<b>IV - L'HONORARIAT</b>	9
<b>V - LA PRESCRIPTION</b>	9
<b>VI - COMPTE-RENDU ANNUEL DES MISSIONS TERMINÉES ET EN COURS</b>	10
<b>VII - LES LISTES ET LA NOMENCLATURE</b>	11
1 - Principes	11
2 - Historique et motivation	11
3 - Structure générale de la nomenclature des rubriques expertales	12
4 - Particularités et évolution de la branche D	12
5 - Les difficultés rencontrées dans la mise en oeuvre de la nomenclature	13
6 - Informations récentes sur la nomenclature	14
<b>VIII - LES SPÉCIFICITÉS DE LA LISTE NATIONALE</b>	15
1 - Particularités résultant de la loi	15
2 - Particularités relevant du décret	15
<b>QUELQUES MOTS DE CONCLUSION</b>	17

---



## LES MODIFICATIONS RÉCENTES DU STATUT DE L'EXPERT

Il est sans doute paradoxal d'avoir fait appel à un expert *honoraire* pour l'exposé de l'actualité brûlante de l'expertise judiciaire ... Je ferai de mon mieux, ayant été informé de cette actualité et associé par les diverses instances expertales auxquelles j'appartiens aux réponses et avis demandés par la Chancellerie et par les hauts magistrats. Je n'en serai, j'espère, que plus objectif, plus *distancié* comme on dit aujourd'hui.

Il n'est pas question de redéfinir ici les liens de la Justice et de l'expertise, mais de souligner que ces réformes témoignent de l'importance de l'expertise au sein du processus judiciaire.

La période récente caractérisée par une soif de justice ou plus simplement par une judiciarisation à l'extrême, a vu se succéder des réformes touchant la justice et l'expertise n'a pas été oubliée :

- Loi du 11 février 2004
- Décret du 23 décembre 2004
- Arrêté relatif à la nomenclature

Ces réformes sont en cours de mise en oeuvre et ne sont sans doute pas parvenues à leur terme, si l'on en juge par la poursuite de la réflexion notamment les propositions du *Rapport Magendie*, l'interview à la presse du *Président CANIVET* et l'abondante littérature à laquelle ces réformes et le rapport MAGENDIE ont déjà donné lieu.

Ces constatations incitent à la prudence, mais sans *langue de bois*, dans l'exposé qui va suivre.

Je rappellerai en avant-propos les textes nouveaux.

Je reprendrai ensuite successivement chacune des principales dispositions nouvelles concernant l'expertise, l'abondance du sujet m'interdisant l'exhaustivité.

### AVANT-PROPOS : LES NOUVEAUX TEXTES

#### **1 - La loi du 11 février 2004 réformant le statut de certaines professions judiciaires ou juridiques, des experts judiciaires, des conseils en propriété industrielle et des experts en ventes aux enchères publiques.**

Soulignons au passage que le titre d'*expert judiciaire* qui n'est pas en lui-même protégé se trouve ici confirmé.

Les dispositions relatives à l'expertise judiciaire ne constituent qu'une partie très minoritaire de ce texte dont la portée est beaucoup large.

Je vous fais grâce des péripéties de son élaboration, qui a donné lieu à la consultation des associations d'experts, même si la prise en compte de ces avis n'a été que modeste.

Pour ce qui nous concerne, ses articles 46 à 56 ont eu pour objet de modifier notre loi de base dont l'intitulé demeure " *Loi n° 71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires modifiée par la loi n° 2004-130 du 11 février 2004* "

C'est ce nouveau texte qui vous a été distribué.

## 2 - Le décret du 23 décembre 2004

Le décret n° 2004-1463 du 23 décembre 2004 est, selon son titre, spécifiquement "*relatif aux experts judiciaires*".

Il est dont pris en application de la loi précitée à laquelle il fait expressément référence. Il comporte 41 articles.

Il abroge le décret n° 74-1184 du 31 décembre 1974 qui régissait jusqu'alors le statut de l'expert. Il est applicable au 1er janvier 2005.

Sans entrer dans le détail constatons que son élaboration, qui a elle aussi appelé l'avis les compagnies d'experts, a été plus rapide que pour la loi de 1971, dont le décret d'application s'était fait attendre trois ans.

Le texte de ce décret vous a également été diffusé.

## 3 - L'arrêté relatif à la nouvelle nomenclature

L'existence d'une nomenclature est officiellement prévue par l'article 1er du décret, sous forme d'un *arrêté du garde des sceaux*.

On sait en effet qu'une nouvelle nomenclature des branches, rubriques et spécialités expertales a déjà vu le jour et a même été mise en oeuvre, c'est celle qui vous a été remise, mais à notre connaissance, l'arrêté prévu n'est toujours pas publié et il devrait comporter des différences par rapport à cette version qui n'est d'ailleurs pas la première.

---

Au terme de ce bref rappel du nouveau dispositif textuel en son état actuel, je reprendrai successivement les dispositions nouvelles par rapport aux textes anciens. En bref, quelles sont les principales dispositions nouvelles ?

Je ne traiterai en pratique que du statut de *l'expert près la cour d'appel*, qui constitue le cas général, me réservant d'indiquer brièvement les particularités du statut de *l'expert agréé par la Cour de cassation*.

---

## **I - L'INSCRIPTION INITIALE**

L'expert était jusqu'alors inscrit sur une liste de cour d'appel pour une année indéfiniment renouvelable sauf omission ou radiation.

### **1 - Durée de l'inscription initiale**

Après avoir précisé qu'il était établi (art. 2-I) *pour l'information des juges* une liste nationale et une liste dressée par chaque cour d'appel, la loi modifiée dispose en son article 2-II :

*" L'inscription initiale en qualité d'expert sur la liste dressée par la cour d'appel est faite, dans une rubrique particulière, à titre probatoire pour une durée de deux ans."*

### **2 - Conditions de l'inscription**

L'article 2 du décret précise huit conditions que doit remplir le candidat à l'inscription comme d'ailleurs à la réinscription. Je les résume :

- 1 - N'avoir pas été l'auteur de faits contraires à l'honneur, à la probité et aux bonnes moeurs, alors qu'auparavant, l'exigence était *l'absence de condamnation*, ce qui était plus précis, plus juridique et plus respectueux de la présomption d'innocence
- 2 - N'avoir pas été l'auteur de faits sanctionnés de destitution, radiation, révocation etc.
- 3 - N'avoir pas été frappé de faillite personnelle
- 4 - Exercer ou avoir exercé pendant un temps suffisant une profession ou une activité
- 5 - Avoir acquis par cette profession ou activité une qualification suffisante
- 6 - N'exercer aucune activité incompatible avec l'indépendance nécessaire
- 7 - Être âgé de moins de 70 ans
- 8 - Exercer son activité principale ou, pour ceux qui n'exercent plus d'activité professionnelle, avoir leur résidence dans le ressort de la cour.

Des conditions particulières sont exigées des personnes morales candidates à l'inscription.

### **3 - Procédure d'inscription (art. 6 à 9 du décret)**

L'inscription procède comme par le passé d'une demande adressée avant le 1er mars au procureur de la République du ressort.

Outre les mentions usuelles des diplômes, des publications, des fonctions remplies, des qualifications *justifiées*, la demande doit indiquer la *rubrique* et la ou les *spécialités* sollicitées. On constate aussitôt que cet article fait référence à la *nomenclature* dont l'arrêté n'est pas encore publié.

Le procureur de la République instruit la demande et la transmet au procureur général, qui saisit le premier président. La candidature est examinée par l'assemblée générale de la cour où sont représentés avec voix consultative les diverses juridictions du ressort.

On note que, contrairement à ce qui sera décrit pour la réinscription, il n'est pas fait appel à l'avis d'une *commission*.



Selon l'article 9 du décret, en cas de décision favorable, l'inscription est faite dans la *rubrique particulière* prévue au II de l'article 2 de la loi du 29 juin 1971 susvisée.

Si l'inscription est faite dans la *rubrique*, alors pourquoi une *rubrique particulière* ?

Arrêtons-nous un instant sur le sens quelque peu ambigu de cette formulation de *rubrique particulière* au regard de la nomenclature. Est-ce bien la *rubrique*, c'est-à-dire la catégorie immédiatement inférieure à la branche (exemple D1 pour les comptables) ?

Est-ce au contraire la *spécialité*, catégorie encore inférieure, sous-classe de la *rubrique* ?

La question n'est pas mince ; en effet, l'inscription au niveau de la *rubrique* ouvre un champ nécessairement plus large que la *spécialité* dont le caractère est plus restrictif.

Elle n'est pas non plus théorique : les renseignements dont on dispose montrent que, sur ce point, les cours d'appel ont à l'heure actuelle des interprétations divergentes et que des propositions se font jour pour des modifications simplificatrices de la version actuelle de la nomenclature, au moins dans la branche qui est la nôtre.

Une clarification s'impose sur ce point.

## **II - LA RÉINSCRIPTION**

### **1 - Durée de l'inscription renouvelée**

L'article 2-II al. 2 et 3 de la loi modifiée dispose qu'à l'issue de la période probatoire de deux ans, l'expert peut être réinscrit pour des durées successives de cinq années.

L'article 38 du décret prévoit que les experts inscrits sur une liste de cour d'appel au 31 décembre 2004 - donc, pour certains depuis moins de cinq ans - peuvent solliciter leur réinscription sur une liste pour une durée de cinq ans : la procédure d'inscription initiale ne leur est pas applicable.

### **2 - Conditions des réinscriptions**

La loi fixe ici des conditions nouvelles, qu'il s'agisse de la première réinscription ou des réinscriptions ultérieures :

- l'avis motivé d'une commission associant des représentants des juridictions et des experts,
- L'évaluation de l'expérience de l'intéressé
- et celle de la connaissance qu'il a acquise des principes directeurs du procès et des règles de procédure applicables aux mesures d'instruction confiées à un technicien, ces deux conditions se résumant en *formation*, d'une part de *technique technicienne*, d'autre part de *technique expertale*.

### **3 - Procédure de réinscription**

C'est le décret qui fixe les modalités de la réinscription (art 10 à 16).

Les demandes de réinscription doivent être adressées au procureur de la République du ressort.

L'art. 16 du décret précise que l'expert qui change de ressort de cour d'appel formulera auprès de la nouvelle cour une demande de réinscription pour cinq ans et non une demande d'inscription initiale de deux ans.

L'art. 38 dispose qu'à titre transitoire, pour les cinq premières années de fonctionnement à compter du 1er janvier 2005, les demandes de réinscription formulées avant le 1er mars seront examinées dans l'année par *branche* de la nomenclature et par *cinquième* des effectifs dans l'ordre alphabétique à partir d'une lettre tirée au sort par le président de la commission. Il s'agit donc d'un cinquième par branche.

Ainsi, seuls les experts anciens visés par la lettre tirée au sort se voient appelés à présenter un dossier de réinscription.

A l'issue de ces cinq premières années, la demande de réinscription, toujours formulée avant le 1er mars, sera examinée dans l'année.

#### **4 - Contenu de la demande**

L'article 10 du décret précise que la demande doit être accompagnée de tous documents permettant d'évaluer :

- 1 - L'expérience acquise par le candidat, tant dans sa spécialité que dans la pratique de la fonction d'expert depuis sa dernière inscription ;*
- 2 - La connaissance qu'il a acquise des principes directeurs du procès et des règles de procédure applicables aux mesures d'instruction confiées à un technicien ainsi que les formations qu'il a suivies dans ces domaines.*

Il paraît donc prudent de joindre à la demande la copie de tous documents justificatifs des formations suivies ; ceci va dans le même sens que l'obligation de mentionner les formations suivies dans l'état annuel des expertises terminées et en cours qui sera rappelée plus loin.

#### **5 - Commission consultative de réinscription**

La nouveauté de cette commission appelle un développement détaillé.

##### **- Textes relatifs à la commission**

La loi (art. 2-II al. 2) prévoit seulement *l'avis motivé d'une commission associant des représentants des juridictions et des experts.*

C'est le décret (art. 12 à 15) qui en développe les dispositions.

##### **- Composition de la commission (décret art 12)**

###### **- En ce qui concerne les magistrats :**

- . deux de la cour d'appel (siège et parquet général)
- . huit des TGI du ressort (six du siège et deux du parquet)
- . un juge consulaire et un conseiller prud'homme

Les magistrats du siège sont désignés par le premier président et ceux du parquet par le procureur général.

###### **- En ce qui concerne les experts, et ici je cite :**

*. cinq experts inscrits sur la liste dans des branches différentes de la nomenclature depuis au moins cinq ans et désignés conjointement par le premier président et le procureur général après avis des compagnies d'experts judiciaires ou d'union de compagnies d'experts judiciaires ou, le cas échéant, de tout organisme représentatif.*

Les membres de la commission sont désignés pour un mandat *de trois ans*, renouvelable une fois.

Si l'un des membres cesse ses fonctions ou n'est plus inscrit sur la liste six mois au moins avant l'expiration de son mandat, il est *remplacé* pour la durée restant à courir.



La *présidence* est assurée par le magistrat du siège de la cour, et le *secrétariat* par un magistrat du parquet général.

Ces dispositions sont intéressantes à plus d'un titre.

D'abord, elles associent officiellement les experts à l'avis consultatif sur la réinscription et, par le biais de leurs compagnies, à la composition de la commission. On sait que les juridictions sollicitaient les compagnies d'experts sur certaines candidatures, mais ces demandes d'avis étaient jusqu'alors purement facultatives et officieuses. On est donc en présence à la fois d'une reconnaissance des experts et de la représentativité de leurs compagnies, ce qu'il fallait souligner.

Ensuite, comme le montre la composition de la commission, il s'agit d'une représentation assez étoffée, dépassant donc le caractère symbolique.

#### **- Fonctionnement et pouvoirs de la commission (décret art. 13 à 16)**

La commission examine la situation de chaque candidat au regard des critères d'évaluation définis par la nouvelle loi.

Elle peut entendre ou faire entendre le candidat par l'un de ses membres.  
Elle émet un avis motivé.  
En cas de partage des voix, le président a voix prépondérante.

Avant le 1er septembre, la commission transmet ses avis au procureur général qui saisit le premier président aux fins d'examen par l'assemblée générale des magistrats du siège de la cour ou de sa formation restreinte.

#### **6 - Délibération et décision de réinscription**

Elles sont de la compétence de l'assemblée générale précitée.  
Les magistrats membres de la commission ne peuvent participer à la délibération.

Le premier président désigne un ou plusieurs magistrats du siège à titre de rapporteurs ; ceux-ci peuvent entendre le candidat.

La décision est prise par l'assemblée après avoir entendu le rapporteur et le ministère public.

Elle est adressée au candidat, comme pour l'admission ou le refus d'une inscription initiale, par lettre recommandée avec avis de réception (Art. 19 du décret).

#### **7 - Refus de réinscription et recours**

En application de l'article 2-IV de la loi, la décision de refus de réinscription sur une liste doit être *motivée*.

Les décisions d'inscription et de réinscription ou, plus vraisemblablement, de refus de l'une ou de l'autre, peuvent donner lieu à un *recours devant la Cour de cassation* (Art. 20 du décret), étant rappelé que le recours ne porte pas sur le fond : c'est un contrôle de régularité et non d'opportunité.

### **III - LES MESURES DISCIPLINAIRES**

Elles étaient jusqu'alors réduites en pratique à deux : la radiation et l'omission de la liste.

Le nouveau dispositif élargit et module les éventuelles sanctions.

La radiation demeure (Loi art. 5-II) : elle est prononcée par l'autorité qui a prononcé l'inscription :

- . en cas d'incapacité légale
- . en cas de faute disciplinaire

La radiation de la liste nationale emporte de plein droit la radiation de celle de la cour d'appel et réciproquement.

L'article 6-2 de la loi dispose :

*" 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 sont confiées, expose l'expert qui en serait l'auteur à des poursuites disciplinaires."*

Il n'était auparavant question que de *manquement à ses obligations*, ce qui paraît traduire une plus grande exigence.

Les peines disciplinaires sont :

- 1° L'avertissement.
- 2° La radiation temporaire pour une durée maximale de trois ans ; si l'expert demande une nouvelle inscription, il sera de nouveau soumis à la période probatoire.
- 3° La radiation définitive du droit d'être inscrit sur une liste ou le retrait de l'honorariat.

La commission de discipline est l'autorité qui a procédé à l'inscription.

Ses décisions sont, suivant la nature de cette autorité, susceptibles d'un recours devant la Cour de cassation ou la cour d'appel.

Le décret consacre à la discipline ses articles 24 à 32 ; je les résume.

Le procureur général saisi de plaintes contre un expert fait procéder à une enquête au cours de laquelle l'expert sera entendu.

S'il engage des poursuites, l'expert sera convoqué en commission de discipline, il peut prendre connaissance de son dossier.

La commission de discipline peut procéder à toutes auditions. Ses débats sont publics en principe, mais peuvent avoir lieu en chambre du conseil à la demande de l'intéressé. Elle statue par décision motivée après audition du ministère public et de l'expert.

En cas d'urgence, une mesure de *suspension provisoire* peut être prise par le premier président qui peut aussi y mettre fin ; la suspension cesse dès que l'action pénale est éteinte ou la procédure disciplinaire achevée.

Il s'agit ici d'une mesure plus souple que l'ancienne *radiation temporaire*. Elle s'accompagne d'ailleurs de l'audition de l'expert et de voies de recours.

Les sanctions disciplinaires, la suspension provisoire ou la fin de celle-ci sont portées à la connaissance des magistrats du ressort.

Un recours est ouvert devant la cour d'appel contre la sanction disciplinaire ou la suspension provisoire.

#### **IV - L'HONORARIAT**

Il était acquis jusqu'à présent au terme de l'année au cours de laquelle l'expert avait atteint l'âge de 70 ans.

L'article 33 du décret assouplit la règle : l'âge de principe demeure 70 ans, mais l'expert peut solliciter son admission à l'honorariat à *65 ans* révolus à condition d'avoir figuré pendant *15 ans* sur une liste de cour d'appel ou *10 ans sur la liste nationale*.

Certains confrères m'ont fait part de leur intention d'user de cette faculté, mais il ne semble pas que cette intention soit majoritaire.

#### **V - LA PRESCRIPTION**

L'article 6-3 de la loi comporte le texte suivant :

*" L'action en responsabilité contre un expert pour des faits se rapportant à l'exercice de ses fonctions se prescrit par dix ans à compter de la fin de sa mission".*

Ce texte constitue pour l'expert, voire pour ses héritiers, un soulagement certain, car, même si la responsabilité de l'expert est assez rarement mise en jeu, la prescription trentenaire demeurerait une menace très longue à l'échelle d'une vie et même au-delà.

Il convient toutefois de cerner de façon précise les conséquences de cette disposition.

Selon les informations reçues de la chancellerie (lettre du 21/07/04 à la FNCEJ), il faut distinguer selon le principe suivant découlant de l'article 2 du Code civil interprété par la Cour de cassation (1ère Ch. civ. 28/11/73) :

*"... lorsque la loi réduit la durée d'une prescription, la prescription réduite commence à courir du jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, sans que la durée totale puisse excéder le délai prévu par la loi antérieure."*

En résumé :

- les missions achevées après la publication de la loi nouvelle, c'est-à-dire après le 12 février 2004, donnent lieu à la prescription de dix ans.
- les missions terminées à une date antérieure demeurent soumises à la prescription trentenaire avec une date butoir le 13 février 2014, dix ans après la nouvelle loi.

Ainsi, une mission dont le rapport a été déposé en 1985 ou en 2003 ne sera couverte par la prescription qu'en 2014 ...



## **VI - COMPTE-RENDU ANNUEL DES MISSIONS TERMINÉES ET EN COURS**

Compte tenu de la date de ce jour, cette disposition pratique revêt aujourd'hui un caractère d'urgence ... dépassé depuis hier !

En effet, jusqu'à présent, les experts adressaient ces états annuels au premier président avant le 1er septembre.

L'article 23 du décret apporte à cet *état des missions*, dont la forme demeure libre et les mentions usuelles inchangées, les modifications suivantes :

- . la date de cette obligation, désormais fixée *avant le 1er mars*
- . la période couverte qui devient *l'année civile précédente*, ce qui, pour la présente année correspond à la période écoulée de l'arrêté précédent, le plus souvent le 31 août 2004, au 31 décembre 2004.
- . les destinataires, qui sont désormais *le premier président et le procureur général*
- . le contenu de l'envoi, qui devra indiquer *les formations suivies* dans l'année écoulée et *les organismes* qui les ont dispensées.

Sur ce dernier point, il pourra être utile de joindre à la liste des formations suivies les éventuelles attestations délivrées, qui mentionnent les sujets traités.

Il est précisé dans le décret que le premier président porte ces informations à la connaissance de la commission de réinscription.

## **VII - LES LISTES ET LA NOMENCLATURE**

### **1 - Principes**

Les listes sont annuelles (décret art. 1).

Elles sont tenues à la disposition du public dans les locaux du secrétariat-greffe des juridictions du ressort (décret art. 21).

Les listes sont dressées conformément à *une nomenclature établie par arrêté du garde des sceaux* (décret art. 1).

C'est de cette nomenclature qu'il est ici question.

### **2 - Historique et motivation**

Il faut se souvenir qu'avant la réforme, dont je rappelle qu'elle n'est pas encore à son terme puisque l'arrêté du garde des sceaux n'est pas publié à ce jour, les listes présentaient une structure assez disparate :

. plus ou moins détaillées, ainsi pour nos métiers, certaines cours regroupaient les rubriques *comptabilité* et *finance*, tandis que d'autres les distinguaient.

. plus ou moins complètes suivant les nécessités régionales : on comprend, par exemple, que certains ressorts dépourvus de façade maritime n'aient pas inscrit d'experts en construction navale ...

L'intention qui a présidé à la réforme semble ici avoir été double :

. d'abord, *clarifier et actualiser* les rubriques et spécialités en fonction d'une évolution technologique rapide et sensible, pour faciliter le choix de l'expert par le juge,

. et à cette occasion, *uniformiser* la grille d'inscription, c'est-à-dire les rubriques sous lesquelles seront inscrits les experts, ce que nous appelons *la nomenclature*, cette démarche unificatrice allant aussi dans le sens de la commodité du magistrat, dont la carrière est appelée à se dérouler dans plusieurs cours d'appel et qui peut être amené à *dé-localiser* une expertise pour des raisons de notoriété locale des parties ou du mis en examen. J'ajoute que cette uniformisation des rubriques peut aussi être utile à l'expert commis lorsqu'il recherche un *sapiteur* dans un ressort extérieur au sien.

Cette démarche, dont le principe est dans l'air depuis dix ans, a été entreprise par la Chancellerie depuis environ cinq ans, ou du moins, c'est depuis lors que le milieu expertal a été appelé à y participer, car l'avis des associations d'experts, a été sollicité pour son élaboration.

Je ne m'étendrai pas sur cette lente élaboration, pour en venir à l'état actuel de la réforme.

### 3 - Structure générale de la *nomenclature* des rubriques expertales

La structure générale est organisée en trois niveaux :

#### . Les branches, au nombre de huit :

- A - Agriculture - Agroalimentaire - Animaux - Forêts
- B - Arts, Culture, Communication et Médias
- C - Bâtiments - Travaux publics -Gestion immobilière
- D - Économie et Finance
- E - Industries
- F - Santé
- G - Criminalistique et sciences criminelles
- H - Interprétariat - Traduction

#### . Les rubriques

Chaque branche est subdivisée en *rubriques*.  
C'est le niveau de principe d'inscription de l'expert sur la liste.  
Leur nombre est divers selon les branches.

#### . Les spécialités

Elles constituent le sous-détail de chaque rubrique.

### 4 - Particularités et évolution de la branche D

La branche D, telle qu'elle figure actuellement sur le site internet de la Fédération Nationale des Compagnies d'Experts, comporte la structure suivante :

D. - ECONOMIE ET FINANCE.....	114
D.1. - COMPTABILITE .....	114
D.1.1. - AUDIT, APPRECIATION DU CONTROLE INTERNE ET DU SYSTEME DE GESTION.....	123
D.1.2. - CONTROLE DE L'INFORMATION FINANCIERE DES SOCIETES COMPTES CONSOLIDES ET GROUPE DE SOCIETE.....	123
D.1.3. - ETABLISSEMENT, ANALYSE, CONTROLE APPRECIATION DES COMPTES ET DE L'ORGANISATION COMPTABLE.....	123
D.1.4. - EVALUATION D'ENTREPRISES ET DE DROITS SOCIAUX : FUSIONS, SCISSIONS ET APPORTS.....	123
D.1.5. - EVALUATION DE PREJUDICES - PERTES D'EXPLOITATION - COMPTES PREVISIONNELS.....	123
D.1.6. - OPERATIONS DE BANQUE ET DE CREDIT .....	123
D.1.7. - QUESTIONS ECONOMIQUES, FINANCIERES, SOCIALES ET FISCALES.....	123
D.2. - FINANCES .....	123
D.2.1. - ACTUARIAL ET ANALYSE FINANCIERE DES CONTRATS D'ASSURANCE .....	124
D.2.2. - CONTROLE DE L'INFORMATION FINANCIERE DES SOCIETES: COMPTES CONSOLIDES ET GROUPE DE SOCIETE.....	124
D.2.3. - EVALUATION D'ENTREPRISES ET DE DROITS SOCIAUX - FUSIONS, SCISSIONS ET APPORTS.....	124
D.2.4. - EVALUATION DE PREJUDICES - PERTES D'EXPLOITATION - COMPTES PREVISIONNELS.....	124
D.2.5. - OPERATIONS DE BANQUE, DE CREDIT .....	124
D.2.6. - OPERATIONS DE BOURSE.....	124
D.2.7. - OPERATIONS DE FINANCEMENT INTERNATIONAL.....	124
D.2.8. - QUESTIONS ECONOMIQUES, FINANCIERES, SOCIALES ET FISCALES.....	124
D.3. - GESTION D'ENTREPRISE .....	125
D.3.1. - ACTES NORMAUX ET FAUTES DE GESTION.....	127
D.3.2. - ANALYSE ET GESTION FINANCIERE.....	127
D.3.3. - CONTREFACONS, CONCURRENCE DELOYALE.....	127
D.3.4. - DISTRIBUTION COMMERCIALE.....	127
D.3.5. - ETUDE DE MARCHES.....	127
D.3.6. - EVALUATION DE PREJUDICE.....	127
D.3.7. - FRANCHISES - CONCESSIONS.....	127
D.3.8. - STRATEGIE ET POLITIQUE GENERALE D'ENTREPRISE.....	127
D.4. - GESTION SOCIALE (conflits sociaux).....	127
D.5. - DIAGNOSTIC D'ENTREPRISE.....	128
D.5.1. - MANDATS AD HOC ET EXPERTISES ARTICLES L611.3 DU CODE DE COMMERCE.....	131
D.5.2. - EXPERTISES ARTICLE L813.1 DU CODE DE COMMERCE.....	131



## 5 - Les difficultés rencontrées dans la mise en oeuvre de la nomenclature

Lors des travaux préparatoires, il avait été admis que l'inscription aurait lieu au niveau de la *rubrique*, les *spécialités* n'étant indiquées que comme un inventaire indicatif et non exhaustif des compétences et savoir-faire des experts inscrits sous la rubrique concernée.

L'article 3 al. 2 de la loi dispose "*La dénomination peut être suivie de l'indication de la spécialité de l'expert*", ce qui ne constitue donc pas une obligation.

Les textes de la loi (art. 2-I) et du décret (art. 9) adoptent le terme de "*rubrique particulière*", qui n'ajoute pas à la clarté mais engendre au contraire l'ambiguïté ; en effet, chaque rubrique est en elle-même *particulière*.

Cette ambiguïté semble avoir créé un embarras dans certaines cours d'appel, car on a constaté, lors des appels à l'inscription ou à la réinscription des experts, que toutes les cours n'avaient pas la même interprétation des textes. Certaines ont proposé aux experts de solliciter leur inscription ou réinscription dans la *rubrique*, d'autres ont demandé aux experts d'opter pour une, deux ou trois des *spécialités* composant la rubrique, ce qui est peut être considéré comme restrictif, en particulier pour des experts chevronnés, habitués à remplir des missions à la satisfaction des magistrats sur toute les spécialités de la rubrique, et même parfois sur l'étendue de deux rubriques, par exemple, *comptabilité et finance*.

Cette interprétation restrictive peut avoir elle-même des conséquences sur les désignation d'experts : le juge civil ou pénal commettra-t-il deux ou plusieurs experts si la mission couvre plusieurs spécialités d'une même rubrique ?

Les textes eux-mêmes font de la résistance : prenons l'article 278 du NCPC , toujours en vigueur :

*" L'expert peut prendre l'initiative de recueillir l'avis d'un autre technicien, mais seulement dans une spécialité distincte de la sienne."*

L'application ce texte ne souffrait d'aucune ambiguïté sous les anciennes dispositions. Qu'en sera-t-il si l'expert est inscrit sous une *spécialité* ? Pourra-t-il faire appel à titre de sapiteur à un confrère inscrit sous la même rubrique, mais dans une spécialité voisine ?

On se trouve ainsi en présence d'une divergence d'interprétation entre les cours d'appel, c'est-à-dire entre les instances judiciaires chargées au premier chef d'appliquer une réforme qui se voulait unificatrice.

C'est cette difficulté dont s'est saisie la Chancellerie : attendons les directives que prendra l'arrêté du garde des sceaux.

\* Nota : L'arrêté du Ministère de la Justice a été publié le 28 juin 2005 au J.O. et figure en annexe du présent texte.

## 6 - Informations récentes sur la nomenclature

Selon les plus récentes informations, **la nomenclature** est toujours en cours d'élaboration et peut encore réserver des surprises ...

Rappelons seulement, pour nous limiter à la rubrique **D1 Comptabilité** qui nous est la plus proche, que nous sommes partis d'une proposition initiale de 8 spécialités, qui étaient alors interprétées comme une simple illustration des savoir-faire de la rubrique.

On est passé ensuite à une première officialisation de la liste comprenant 7 spécialités ; c'est celle-ci sur laquelle les experts de plusieurs cours d'appel, dont celle de Paris, ont été appelés à se déterminer, l'inscription devant se faire sur une, deux, ou trois spécialités.

Devant les difficultés rencontrées lors de la mise en oeuvre du premier projet, la Chancellerie a préconisé une simplification de celui-ci et demandé aux experts en décembre 2004 de nouvelles propositions.

La Fédération des Compagnies d'experts, sollicitée de donner un avis à la Chancellerie, proposait une rubrique D1 composée seulement de 5 spécialités.

Simultanément notre Compagnie, soucieuse de répondre au souhait de simplification de la Chancellerie dressait une rubrique D1 de 4 spécialités :

### D1 - Comptabilité

- D.1.1 - Exploitation de toute donnée chiffrée (comptable, financière, sociale, fiscale) de toute structure économique et organisation comptable.
- D.1.2 - Toutes opérations patrimoniales commerciales ou privées, évaluation de droits sociaux et fonds de commerce.
- D.1.3 - Éléments de détermination des préjudices économiques et pertes d'exploitation
- D.1.4 - Comptabilités spéciales (comptabilité publique, banques, assurances etc..)

Et nous voici à présent face un dernier projet officiel de la Chancellerie de février 2005 ne comportant plus que 3 spécialités. Je précise aussitôt que s'il porte bien mention de *l'évaluation des entreprises*, il ne fait état nulle part, même dans la rubrique D2 Finances, *d'évaluation des préjudices économiques*, ce qui est pour nous une sérieuse lacune.

L'expert et le juge se sentiront-ils plus à l'aise dans une rubrique ainsi simplifiée ? A combien de ces spécialités l'expert pourra-t-il postuler ? Ne devrait-on pas revenir à une inscription au niveau de la rubrique ?

Voici où nous en sommes, à la veille de l'arrêté du garde des sceaux.

\* Nota : Cf. note page précédente.

## **VIII - LES SPÉCIFICITÉS DE LA LISTE NATIONALE**

Je n'ai développé jusqu'ici que les nouveautés statutaires des experts près les cours d'appel, qui concernent tous les experts inscrits, puisque selon l'article 2-III de la loi, "*Nul ne peut figurer sur la liste nationale des experts judiciaires, s'il ne justifie de son inscription sur une liste dressée par une cour d'appel pendant trois années consécutives.*"

Les particularités de la liste nationale se résument comme suit.

### **1 - Particularités résultant de la loi**

. La liste est dressée par le bureau de la Cour de cassation (Loi art 2-II)

. Loi art. 2-III : "*nul ne peut figurer sur la liste nationale des experts judiciaires s'il ne justifie de son inscription sur une liste dressée par une cour d'appel pendant trois années consécutives*"; cette disposition législative paraît s'opposer désormais à toute inscription directe sur la liste nationale.

. L'inscription est d'une durée de *sept ans* (Loi art 2-III) . Les compagnies d'experts avaient souhaité une inscription de dix ans, elles n'ont obtenu qu'une satisfaction partielle ... Il paraît établi par ailleurs que l'inscription pour sept ans sur la liste nationale ne dispense pas l'expert de la procédure quinquennale de réinscription près la cour d'appel.

. Le retrait d'un expert de la liste nationale peut être prononcé par le premier président de la Cour de cassation et sa radiation par le bureau de la Cour (art. 5).

. Les poursuites disciplinaires sont exercées devant le bureau de la Cour statuant en commission de discipline (art. 6-2).

. L'expert radié à titre temporaire ne pourra être réinscrit sur la liste nationale qu'après une période de trois ans sur une liste de cour d'appel (art. 6-2).

. L'inscription sur la liste nationale procède des mêmes principes que pour la cour d'appel. Seule l'inscription des experts en diagnostic d'entreprise appelle l'avis d'une commission ad hoc.

### **2 - Particularités relevant du décret**

. Inscription et réinscription : selon les articles 17 et 18 du décret, la demande d'inscription ou de réinscription doit être adressée avant le 1er mars au procureur général près la Cour de cassation, qui vérifie que la condition de durée d'inscription sur une liste de cour d'appel est remplie au 1er janvier de l'année suivant celle de présentation de la demande. Il est cependant précisé qu'à titre exceptionnel le bureau peut prononcer l'inscription d'un candidat ne remplissant pas la condition d'âge, c'est-à-dire de plus de 70 ans.



. Le bureau de la Cour se prononce sur le rapport d'un de ses membres, le procureur général entendu, mais il siège hors la présence du procureur général et du premier avocat général.

. le recours contre ces décisions aura lieu devant la Cour de cassation (art. 20).

. La liste nationale est adressée à toutes les juridictions, le public pouvant en prendre connaissance dans les secrétariats-greffes.

. Il m'a été indiqué que, pour nombre d'experts, les *spécialités* pour lesquelles ils sont inscrits sur la liste nationale sont différentes de celles que leur a reconnues la cour d'appel.

. L'état annuel des expertises terminées et en cours doit être adressé chaque année avant le 1er mars avec mention des formations suivies au premier président et au procureur général de la Cour de cassation (décret art. 23).

. La discipline est assurée dans des conditions comparables à celles instaurées dans les cours d'appel, par le premier président, le procureur général et le bureau de la Cour de cassation, celui-ci statuant en formation disciplinaire.

. Il est rappelé que la radiation de la liste nationale emporte de plein droit radiation de la liste de la cour d'appel et réciproquement (décret art. 30).

. Selon l'art 31 du décret, la suspension provisoire contre un expert qui fait l'objet de poursuites disciplinaires ou pénales est du ressort du premier président, qui peut aussi mettre fin à cette suspension.

. Article 32 : si un expert est frappé d'une sanction disciplinaire ou d'une suspension, le procureur général près la Cour de cassation en informe les procureurs généraux qui en donnent connaissance aux magistrats du ressort.

. Concernant l'honorariat, l'âge de principe (70 ans) et l'âge dérogatoire (65 ans), sont les mêmes que pour les cours d'appel, sous réserve d'une durée de 15 ans sur la liste de cour d'appel et de 10 ans sur la liste nationale.

. En ce qui concerne la procédure de réinscription, et de la commission de l'article 12 du décret, on note qu'elle ne vise que les cours d'appel et non la Cour de cassation.

Une mention toute particulière et très récente doit être signalée à ce sujet.

Nos confrères en activité inscrits sur la liste nationale viennent de recevoir, successivement et dans un délai très rapproché l'avis des rubriques et spécialités sous lesquelles ils sont inscrits sur cette liste et l'appel à formuler avant le 1er mars 2005, délai de rigueur, leur demande de réinscription pour la durée de sept ans accompagnée de pièces justificatives et en particulier de l'état des expertises des trois dernières années, suivant un modèle à respecter impérativement.

## QUELQUES MOTS DE CONCLUSION

Un nouveau dispositif existe et, même si certaines mesures ne répondent pas aux souhaits des experts, même si les textes n'est pas encore complets ou définitifs quant à la nomenclature, ces nouvelles dispositions sont applicables.

La Cour de cassation, les cours d'appel et leurs experts s'attachent courageusement à cette mise en oeuvre délicate, qui va entraîner un surcroît de travail pour une Justice déjà surchargée.

Des mesures positives ont été adoptées :

- une *sélection renforcée* lors de l'inscription par la liste d'épreuve de deux ans,
- la *participation officielle des experts* aux commissions de réinscription des cours d'appel (et non de la Cour de cassation),
- la *modularité des sanctions disciplinaires*,
- l'obligation de *formation* sous ses deux aspects essentiels :
  - . à la procédure, c'est le contrôle de la connaissance des principes directeurs du procès,
  - . à la technique propre de l'expert, puisque celui-ci devra rendre compte annuellement des formations suivies.
- la *prescription ramenée à dix ans*, sous réserve des missions terminées avant le 13 février 2004, qui ne seront prescrites qu'en 2014.

Devant les exigences de compte-rendu et de délai qu'imposent les nouveaux textes aux experts, quelques regrets subsistent, en particulier :

- le maintien sans décision motivée des désignations *hors liste* en matière civile, alors que la motivation est de règle en matière pénale, ce qui fait dire à certains que les contraintes de la loi ne s'appliquent pas aux experts *hors liste*,
- le caractère encore incomplet des dispositions attendues sur *la nomenclature* en matière de publication et de clarification.
- la limitation du rôle de la commission mixte à la *seule réinscription* et non à l'inscription initiale.
- le refus de donner à l'expert judiciaire le statut de *collaborateur occasionnel du service public de la Justice* qui lui est attribué par les juridictions administratives.

Quelques doutes, aussi : face au délai de deux ans de la liste d'épreuve, certains auteurs en soulignent la brièveté, estimant qu'il sera difficile en si peu de temps de confier des missions au nouveau venu, de lui laisser le temps de les accomplir et de déposer ses rapports, puis d'en apprécier la valeur à la lumière de l'audience.

---

Au terme de cet exposé sans doute trop long et trop réglementaire, (mais n'était-ce pas la loi du genre ?) je pense que nous aurons avancé dans la voie de la connaissance, mais peut-être moins dans celle des certitudes ...

Merci de votre patiente attention

**Publication au JORF du 30 juin 1971**

**Loi n°71-498 du 29 juin 1971**

**Loi relative aux experts judiciaires**

**version consolidée au 1 mars 2003 - version JO initiale**

Article 1

*Modifié par Loi n°2004-130 du 11 février 2004 art. 46 (JORF 12 février 2004).*

Sous les seules restrictions prévues par la loi ou les règlements, les juges peuvent désigner pour procéder à des constatations, leur fournir une consultation ou réaliser une expertise, une personne figurant sur l'une des listes établies en application de l'article 2. Ils peuvent, le cas échéant, désigner toute autre personne de leur choix.

Article 2

*Modifié par Loi n°2004-130 du 11 février 2004 art. 47 I (JORF 12 février 2004).*

I. - Il est établi pour l'information des juges :

1° Une liste nationale des experts judiciaires, dressée par le bureau de la Cour de cassation ;

2° Une liste des experts judiciaires dressée par chaque cour d'appel.

II. - L'inscription initiale en qualité d'expert sur la liste dressée par la cour d'appel est faite, dans une rubrique particulière, à titre probatoire pour une durée de deux ans.

A l'issue de cette période probatoire et sur présentation d'une nouvelle candidature, l'expert peut être réinscrit pour une durée de cinq années, après avis motivé d'une commission associant des représentants des juridictions et des experts. A cette fin sont évaluées l'expérience de l'intéressé et la connaissance qu'il a acquise des principes directeurs du procès et des règles de procédure applicables aux mesures d'instruction confiées à un technicien.

Les réinscriptions ultérieures, pour une durée de cinq années, sont soumises à l'examen d'une nouvelle candidature dans les conditions prévues à l'alinéa précédent.

III. - Nul ne peut figurer sur la liste nationale des experts s'il ne justifie de son inscription sur une liste dressée par une cour d'appel pendant trois années consécutives. Il est procédé à l'inscription sur la liste nationale pour une durée de sept ans et la réinscription, pour la même durée, est soumise à l'examen d'une nouvelle candidature.

IV. - La décision de refus de réinscription sur l'une des listes prévues au I est motivée.

V. - Un décret en Conseil d'Etat fixe les conditions d'application du présent article et détermine la composition et les règles de fonctionnement de la commission prévue au II.

Article 3

*Modifié par Loi n°2004-130 du 11 février 2004 art. 48 (JORF 12 février 2004).*



Les personnes inscrites sur l'une des listes instituées par l'article 2 de la présente loi ne peuvent faire état de leur qualité que sous la dénomination : "d'expert agréé par la Cour de cassation" ou "d'expert près la cour d'appel de ...".

La dénomination peut être suivie de l'indication de la spécialité de l'expert.

Les experts admis à l'honorariat pourront continuer à utiliser leur titre, à la condition de le faire suivre par le terme "honoraire".

#### Article 4

Toute personne, autre que celles mentionnées à l'article 3, qui aura fait usage de l'une des dénominations visées à cet article, sera punie des peines prévues par l'article 259 du code pénal .

Sera puni des mêmes peines celui qui aura fait usage d'une dénomination présentant une ressemblance de nature à causer une méprise dans l'esprit du public avec les dénominations visées à l'article 3.

#### Article 5

*Modifié par Loi n°2004-130 du 11 février 2004 art. 49 (JORF 12 février 2004).*

I. - Le retrait d'un expert figurant sur l'une des listes mentionnées au I de l'article 2 peut être décidé, selon le cas, par le premier président de la cour d'appel ou le premier président de la Cour de cassation soit à la demande de l'expert, soit si le retrait est rendu nécessaire par des circonstances telles que l'éloignement prolongé, la maladie ou des infirmités graves et permanentes.

II. - La radiation d'un expert figurant sur l'une des listes mentionnées au I de l'article 2 peut être prononcée par l'autorité ayant procédé à l'inscription :

1° En cas d'incapacité légale, l'intéressé, le cas échéant assisté d'un avocat, entendu ou appelé à formuler ses observations ;

2° En cas de faute disciplinaire, en application des dispositions de l'article 6-2.

La radiation d'un expert de la liste nationale emporte de plein droit sa radiation de la liste de cour d'appel. La radiation d'un expert d'une liste de cour d'appel emporte de plein droit sa radiation de la liste nationale.

Un décret en Conseil d'Etat détermine les conditions dans lesquelles un expert susceptible d'être radié peut être provisoirement suspendu.

#### Article 6

*Modifié par Loi n°2004-130 du 11 février 2004 art. 50 (JORF 12 février 2004).*

Lors de leur inscription initiale sur une liste dressée par une cour d'appel, les experts 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.

Le serment doit être renouvelé en cas de nouvelle inscription après radiation.

Les experts ne figurant sur aucune des listes prêtent, chaque fois qu'ils sont commis, le serment prévu au premier alinéa.

#### Article 6-1

*Modifié par Loi n°2004-130 du 11 février 2004 art. 51 (JORF 12 février 2004).*

Sous réserve des dispositions de l'article 706-56 du code de procédure pénale, sont seules habilitées, en matière judiciaire, à procéder à l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques, les personnes inscrites sur les listes instituées par l'article 2 de la présente loi et ayant fait l'objet d'un agrément dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.

#### Article 6-2

*Créé par Loi n°2004-130 du 11 février 2004 art. 52 (JORF 12 février 2004).*

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, expose l'expert qui en serait l'auteur à des poursuites disciplinaires.

Le retrait ou la radiation de l'expert ne fait pas obstacle aux poursuites si les faits qui lui sont reprochés ont été commis pendant l'exercice de ses fonctions.

Les peines disciplinaires sont :

1° L'avertissement ;

2° La radiation temporaire pour une durée maximale de trois ans ;

3° La radiation avec privation définitive du droit d'être inscrit sur une des listes prévues à l'article 2, ou le retrait de l'honorariat.

Les poursuites sont exercées devant l'autorité ayant procédé à l'inscription, qui statue en commission de discipline. Les décisions en matière disciplinaire sont susceptibles d'un recours devant la Cour de cassation ou la cour d'appel, selon le cas.

L'expert radié à titre temporaire est de nouveau soumis à la période probatoire s'il sollicite une nouvelle inscription sur une liste de cour d'appel. Il ne peut être inscrit sur la liste nationale qu'après une période d'inscription de trois années sur une liste de cour d'appel postérieure à sa radiation.

Un décret en Conseil d'Etat fixe les conditions d'application du présent article, notamment les règles de procédure applicables à l'instance disciplinaire.

Article 6-3

*Créé par Loi n°2004-130 du 11 février 2004 art. 52 (JORF 12 février 2004).*

L'action en responsabilité dirigée contre un expert pour des faits se rapportant à l'exercice de ses fonctions se prescrit par dix ans à compter de la fin de sa mission.

Article 7

Les conditions d'application de la présente loi sont fixées par des décrets qui détermineront notamment les modalités des conditions d'inscription sur les listes, celles relatives à la prestation de serment, à la limite d'âge et à l'honorariat.

Article 8

*Modifié par Ordonnance n°2003-166 du 27 février 2003 art. 15 (JORF 1er mars 2003).*

La présente loi est applicable dans la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon. Pour son application à cette collectivité, les attributions dévolues à la cour d'appel sont exercées par le tribunal supérieur d'appel.

La présente loi est applicable à Mayotte, en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française et à Wallis et Futuna sous réserve des adaptations suivantes :

1° Pour son application à Mayotte, les attributions dévolues à la cour d'appel sont exercées par le tribunal supérieur d'appel ;

2° Au dernier alinéa de l'article 6, les mots : "celui prévu à l'article 308 du code de procédure civile" sont remplacés par les mots : "celui prévu par les dispositions de procédure civile applicables localement en matière de prestation de serment".

Le président de la République : GEORGES POMPIDOU.

Le Premier ministre, JACQUES CHABAN-DELMAS.

Le garde des sceaux, ministre de la justice, RENE PLEVEN.

TRAVAUX PREPARATOIRES : " Loi n° 71-498

Assemblée nationale :

Proposition de loi n° 91 ;



EXTRAITS DE LA LOI

**LOI n° 2004-130 du 11 février 2004 réformant le statut de  
certaines professions judiciaires ou juridiques, des experts  
judiciaires, des conseils en propriété industrielle et des experts  
en ventes aux enchères publiques (1)**

---

NOR : JUSX0200190L

---

L'Assemblée nationale et le Sénat ont adopté,

Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

TITRE VII

DISPOSITIONS RELATIVES

AUX EXPERTS JUDICIAIRES

Article 46

L'article 1er de la loi no 71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires est ainsi rédigé :

« Art. 1er. - Sous les seules restrictions prévues par la loi ou les règlements, les juges peuvent désigner pour procéder à des constatations, leur fournir une consultation ou réaliser une expertise, une personne figurant sur l'une des listes établies en application de l'article 2. Ils peuvent, le cas échéant, désigner toute autre personne de leur choix. »

Article 47

I. - L'article 2 de la loi no 71-498 du 29 juin 1971 précitée est ainsi rédigé :

« Art. 2. - I. - Il est établi pour l'information des juges :

« 1° Une liste nationale des experts judiciaires, dressée par le bureau de la Cour de cassation ;

« 2° Une liste des experts judiciaires dressée par chaque cour d'appel.

« II. - L'inscription initiale en qualité d'expert sur la liste dressée par la cour d'appel est faite, dans une rubrique particulière, à titre probatoire pour une durée de deux ans.

« A l'issue de cette période probatoire et sur présentation d'une nouvelle candidature, l'expert peut être réinscrit pour une durée de cinq années, après avis motivé d'une commission associant des représentants des juridictions et des experts. A cette fin sont évaluées l'expérience de l'intéressé et la connaissance qu'il a acquise des principes directeurs du procès et des règles de procédure applicables aux mesures d'instruction confiées à un technicien.

« Les réinscriptions ultérieures, pour une durée de cinq années, sont soumises à l'examen d'une nouvelle candidature dans les conditions prévues à l'alinéa précédent.

« III. - Nul ne peut figurer sur la liste nationale des experts s'il ne justifie de son inscription sur une liste dressée par une cour d'appel pendant trois années consécutives. Il est procédé à l'inscription sur la liste nationale pour une durée de sept ans et la réinscription, pour la même durée, est soumise à l'examen d'une nouvelle candidature.

« IV. - La décision de refus de réinscription sur l'une des listes prévues au I est motivée.

« V. - Un décret en Conseil d'Etat fixe les conditions d'application du présent article et détermine la composition et les règles de fonctionnement de la commission prévue au II. »

II. - L'article L. 111-4 du code de l'organisation judiciaire est ainsi rédigé :

« Art. L. 111-4. - Ainsi qu'il est dit au I de l'article 2 de la loi no 71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires, "il est établi pour l'information des juges une liste nationale des experts judiciaires, dressée par le bureau de la Cour de cassation. »

Article 48

Dans l'article 3 de la loi no 71-498 du 29 juin 1971 précitée, les mots : « ou par l'article 157 du code de procédure pénale » sont supprimés.

Article 49

L'article 5 de la loi no 71-498 du 29 juin 1971 précitée est ainsi rédigé :

« Art. 5. - I. - Le retrait d'un expert figurant sur l'une des listes mentionnées au I de l'article 2 peut être décidé, selon le cas, par le premier président de la cour d'appel ou le premier président de la Cour de cassation soit à la demande de l'expert, soit si le retrait est rendu nécessaire par des circonstances telles que l'éloignement prolongé, la maladie ou des infirmités graves et permanentes.

« II. - La radiation d'un expert figurant sur l'une des listes mentionnées au I de l'article 2 peut être prononcée par l'autorité ayant procédé à l'inscription :

« 1° En cas d'incapacité légale, l'intéressé, le cas échéant assisté d'un avocat, entendu ou appelé à formuler ses observations ;

« 2° En cas de faute disciplinaire, en application des dispositions de l'article 6-2.

« La radiation d'un expert de la liste nationale emporte de plein droit sa radiation de la liste de cour d'appel. La radiation d'un expert d'une liste de cour d'appel emporte de plein droit sa radiation de la liste nationale.

« Un décret en Conseil d'Etat détermine les conditions dans lesquelles un expert susceptible d'être radié peut être provisoirement suspendu. »

## Article 50

L'article 6 de la loi no 71-498 du 29 juin 1971 précitée est ainsi rédigé :

« Art. 6. - Lors de leur inscription initiale sur une liste dressée par une cour d'appel, les experts 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.

« Le serment doit être renouvelé en cas de nouvelle inscription après radiation.

« Les experts ne figurant sur aucune des listes prêtent, chaque fois qu'ils sont commis, le serment prévu au premier alinéa. »

## Article 51

Au début de l'article 6-1 de la loi no 71-498 du 29 juin 1971 précitée, sont insérés les mots : « Sous réserve des dispositions de l'article 706-56 du code de procédure pénale, ».

## Article 52

Après l'article 6-1 de la loi no 71-498 du 29 juin 1971 précitée, sont insérés deux articles 6-2 et 6-3 ainsi rédigés :

« Art. 6-2. - 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, expose l'expert qui en serait l'auteur à des poursuites disciplinaires.

« Le retrait ou la radiation de l'expert ne fait pas obstacle aux poursuites si les faits qui lui sont reprochés ont été commis pendant l'exercice de ses fonctions.

« Les peines disciplinaires sont :

« 1° L'avertissement ;

« 2° La radiation temporaire pour une durée maximale de trois ans ;

« 3° La radiation avec privation définitive du droit d'être inscrit sur une des listes prévues à l'article 2, ou le retrait de l'honorariat.

« Les poursuites sont exercées devant l'autorité ayant procédé à l'inscription, qui statue en commission de discipline. Les décisions en matière disciplinaire sont susceptibles d'un recours devant la Cour de cassation ou la cour d'appel, selon le cas.

« L'expert radié à titre temporaire est de nouveau soumis à la période probatoire s'il sollicite une nouvelle inscription sur une liste de cour d'appel. Il ne peut être inscrit sur la liste nationale qu'après une période d'inscription de trois années sur une liste de cour d'appel postérieure à sa radiation.

« Un décret en Conseil d'Etat fixe les conditions d'application du présent article, notamment les règles de procédure applicables à l'instance disciplinaire.

« Art. 6-3. - L'action en responsabilité dirigée contre un expert pour des faits se rapportant à l'exercice de ses fonctions se prescrit par dix ans à compter de la fin de sa mission. »

## Article 53

I. - Le chapitre III du titre Ier du livre VIII du code de commerce est ainsi modifié :

1° La division « Section 1 » et son intitulé sont supprimés ;



« Chaque cour d'appel procède à l'inscription des experts de cette spécialité selon les dispositions de l'article 2 de la loi no 71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires. Leur inscription sur la liste nationale des experts judiciaires est faite après avis de la commission nationale créée à l'article L. 812-2. » ;

3° La section 2 et l'article L. 813-2 sont abrogés.

II. - Le même code est ainsi modifié :

1° Dans l'article L. 812-2-2, les mots : « et de l'article L. 813-2 » sont supprimés ;

2° Dans le dernier alinéa de l'article L. 950-1, la référence : « L. 813-2 » est remplacée par la référence : « L. 813-1 ».

Article 54

Les deux premiers alinéas de l'article 157 du code de procédure pénale sont remplacés par un alinéa ainsi rédigé :

« Les experts sont choisis parmi les personnes physiques ou morales qui figurent sur la liste nationale dressée par la Cour de cassation ou sur une des listes dressées par les cours d'appel dans les conditions prévues par la loi no 71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires. »

Article 55

L'article 160 du code de procédure pénale est ainsi modifié :

1° Le premier alinéa est supprimé ;

2° Dans la première phrase du second alinéa, les mots : « de ces listes prêtent, chaque fois qu'ils sont commis, le serment prévu à l'alinéa précédent » sont remplacés par les mots : « des listes mentionnées à l'article 157 prêtent, chaque fois qu'ils sont commis, le serment prévu par la loi no 71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires ».

Article 56

Au deuxième alinéa de l'article 162 du code de procédure pénale, les mots : « au deuxième alinéa de » sont remplacés par le mot : « à ».

---

TITRE XIII

DISPOSITIONS TRANSITOIRES

---

Article 79

Les experts figurant, à la date de publication de la présente loi, sur une liste d'experts judiciaires continuent à y figurer jusqu'à ce qu'il soit statué sur leur inscription éventuelle sur les listes mentionnées à l'article 2 de la loi no 71-498 du 29 juin 1971 précitée dans sa rédaction issue de l'article 47 de la présente loi. Les conditions dans lesquelles ces experts pourront être inscrits sur les nouvelles listes, dont l'établissement se fera sur une période de cinq ans, sont déterminées par décret en Conseil d'Etat.

## ARRETE DU MINISTERE DE LA JUSTICE DU 10 JUIN 2005 (EXTRAIT)

28 juin 2005

JOURNAL OFFICIEL DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Texte 12 sur 78

- C.1.2. Architecture – ingénierie.
- C.1.3. Architecture d'intérieur.
- C.1.4. Ascenseur – monte-charges, escaliers mécaniques – remontées mécaniques.
- C.1.5. Assainissement.
  - \* *Déchets industriels et urbains.*
  - \* *Epuration des eaux potables.*
  - \* *Traitement des eaux usées.*
- C.1.6. Economie de la construction.
- C.1.7. Electricité.
  - \* *Courants forts.*
  - \* *Electronique, automatismes, domotique.*
  - \* *Sécurité (alarme, protection incendie).*
- C.1.8. Enduits.
  - \* *Enduits et revêtements extérieurs, carrelage, ravalement.*
  - \* *Enduits intérieurs (plâtres, staff, stucs).*
- C.1.9. Explosion – incendie.
- C.1.10. Génie civil.
  - \* *Aéroports, barrages, ouvrages d'art, ponts, ports, tunnels, voies ferrées.*
- C.1.11. Gestion de projet et de chantier.
  - \* *Coordination, ordonnancement, pilotage.*
  - \* *Coordination et sécurité.*
- C.1.12. Gros œuvre – structure.
  - \* *Béton armé, charpentes bois et métalliques, coffrages, fondations, maçonnerie.*
- C.1.13. Hydraulique.
- C.1.14. Marbrerie.
- C.1.15. Menuiseries.
  - \* *Bois, métalliques, plastiques.*
- C.1.16. Miroiterie, vitrerie.
- C.1.17. Monuments historiques.
- C.1.18. Murs rideaux. – Bardages.
- C.1.19. Piscines.
- C.1.20. Polluants du bâtiment.
  - \* *Amiante, parasites du bois, plomb.*
- C.1.21. Plomberie, sanitaire, robinetterie, eau, gaz.
- C.1.22. Revêtements intérieurs.
  - \* *Peinture, tapisserie, vernis.*
  - \* *Revêtements de sols et murs, carrelage.*
- C.1.23. Réseaux publics.
  - \* *Eaux, égouts, électricité, gaz.*
- C.1.24. Routes, voiries et réseaux divers.
- C.1.25. Sols.
  - \* *Géologie, géotechnique, hydrologie.*
- C.1.26. Thermique.
  - \* *Génie thermique (chauffage, four, fumisterie, ventilation).*
  - \* *Génie climatique (climatisation, traitement de l'air, salles blanches).*
  - \* *Génie frigorifique (production et transport frigorifique).*
  - \* *Isolation (thermique, frigorifique).*
- C.1.27. Toiture.
  - \* *Couverture. charpente, zinguerie, étanchéité.*
- C.1.28. Topométrie.
  - \* *Contrôles de stabilité.*
  - \* *Levés topographiques.*
- C.1.29. Travaux sous-marins.
- C.1.30. Urbanisme et aménagement urbain.
- C.2. **Gestion immobilière.**
  - C.2.1. Bornage, délimitation, division de lots.
  - C.2.2. Estimations immobilières.
    - \* *Loyers d'habitation.*
    - \* *Loyers commerciaux.*
    - \* *Fonds de commerce, indemnités d'éviction.*
    - \* *Terrains non agricoles, bâtiments.*
  - C.2.3. Gestion d'immeuble. – Copropriété.

### D. – ÉCONOMIE ET FINANCE

- D.1. **Comptabilité.**

- D.1.1. Exploitation de toutes données chiffrées. – Analyse de l'organisation et des systèmes comptables.
- D.1.2. Comptabilités spéciales (comptes consolidés, banques, comptabilité publique, assurances...).
- D.2. **Evaluation d'entreprise et de droits sociaux.**
- D.3. **Finances.**
  - D.3.1. Finance d'entreprise.
  - D.3.2. Marchés financiers et produits dérivés.
  - D.3.3. Opérations de banque et de crédit.
  - D.3.4. Opérations d'assurance et de gestion des risques.
  - D.3.5. Opérations financières internationales.
- D.4. **Gestion d'entreprise.**
  - D.4.1. Analyse de gestion.
  - D.4.2. Contrefaçons, concurrence déloyale.
  - D.4.3. Distribution commerciale, franchises, concessions.
  - D.4.4. Etude de marchés.
  - D.4.5. Stratégie et politique générale d'entreprise.
- D.5. **Gestion sociale** (conflits sociaux).
- D.6. **Fiscalité.**
  - D.6.1. Fiscalité personnelle.
  - D.6.2. Fiscalité d'entreprise.
- D.7. **Diagnostic d'entreprise.**  
*Mandats ad hoc et expertises (art. L. 611-3 du code de commerce). – Expertises (art. L. 813-1 du code de commerce).*

#### E. – INDUSTRIES

- E.1. **Electronique et informatique.**
  - E.1.1. Automatismes.
  - E.1.2. Internet et multimédia.
  - E.1.3. Logiciels et matériels.
  - E.1.4. Systèmes d'information (mise en œuvre).
  - E.1.5. Télécommunications et grands réseaux.
- E.2. **Energies et utilités.**
  - E.2.1. Electricité.
    - \* *Electro-mécanique.*
    - \* *Génie électrique.*
  - E.2.2. Energie solaire.
  - E.2.3. Nucléaire.
  - E.2.4. Pétrole, gaz et hydrocarbures.
  - E.2.5. Utilités (air, eau, vapeur).
- E.3. **Pollution.**
  - E.3.1. Air.
  - E.3.2. Déchets.
  - E.3.3. Eau.
  - E.3.4. Sols.
- E.4. **Mécanique.**
  - E.4.1. Mécanique générale (matériaux et structures).
  - E.4.2. Machines.
  - E.4.3. Ingénierie mécanique.
- E.5. **Métallurgie.**
  - E.5.1. Métallurgie générale.
  - E.5.2. Assemblage (soudage, brassage...).
  - E.5.3. Chaudronnerie.
  - E.5.4. Activités annexes (analyses, essais, contrôles...).
- E.6. **Produits industriels.**
  - E.6.1. Chimie.
    - \* *Corrosion.*
    - \* *Industrie, agro-alimentaire.*
    - \* *Industrie chimique : minérale, organique.*
    - \* *Génie chimique.*
  - E.6.2. Filière bois et plasturgie.
    - \* *Emballage et conditionnements.*
    - \* *Imprimerie et industrie papetière.*



**ARTICLE PARUS DANS LA GAZETTE DU PALAIS**

( et reproduit avec l'aimable autorisation de Monsieur le Rédacteur en Chef de la revue)

**CARACTERE ABSOLU DU SECRET PROFESSIONNEL DES EXPERTS  
COMPTABLES**

COUR DE CASSATION – FEVRIER 2005

AVIS DE MONSIEUR L'AVOCAT GENERAL MAURICE-ANTOINE LAFORTUNE

Gazette du Palais  
25, 26 mars 2005  
n° 84 à 85

# Jurisprudence

**COUR DE CASSATION (CH. COM.)  
8 FÉVRIER 2005 ET 8 MARS 2005 (ARRÊT  
RECTIFIÉ)  
PRÉSIDENTE DE M. TRICOT**

## **SECRET PROFESSIONNEL**

**Experts-comptables – Caractère absolu du secret – Licenciement d'un salarié sur la base d'un rapport d'audit et de contrôle – Demande de communication forcée du rapport – Communication se heurtant à un empêchement légitime**

Un salarié, licencié pour faute au vu notamment de conclusions de rapports d'audit et de contrôle dressés par une société d'experts-comptables, a sollicité en référé, sur le fondement de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile, la communication forcée de ces rapports par la société d'experts-comptables.

Doit être cassé l'arrêt qui, pour accueillir cette demande, retient, par motifs adoptés, que le salarié justifie d'un motif légitime, la comparaison des deux rapports pouvant s'avérer particulièrement utile dans la perspective d'une instance prud'homale, nonobstant le secret professionnel, l'injonction constituant une mesure légalement admissible, dès lors que ce rapport d'audit et de contrôle a concerné la délégation départementale dont le salarié assurait les fonctions de secrétaire général et dont, par conséquent, il connaissait parfaitement l'organisation et le fonctionnement, par motifs propres, que si l'expert-comptable est tenu au secret professionnel, celui-ci n'a pas la même valeur selon la mission confiée, qu'une mission relevant de la compétence exclusive de l'expert-comptable est soumise à un secret absolu, alors que celles pouvant être exécutées par un professionnel non expert-comptable ne sont soumises qu'à une obligation de discrétion, que l'expert-comptable ne peut pas invoquer de secret professionnel constitutif d'un motif légitime à l'égard de l'intéressé, et que le fait que la communication aurait pu être demandée directement à son employeur n'interdit pas au salarié d'en demander la production à l'expert-comptable, de façon à en obtenir copie intégrale.

En statuant ainsi, alors que, quel que soit l'objet de la mission dont il est chargé par contrat, l'expert-comptable est tenu à un secret professionnel absolu à raison des faits qu'il n'a pu connaître qu'en raison de la profession qu'il exerce, ce dont il résulte que la communication sollicitée se heurtait à un empêchement légitime, la Cour d'appel a violé les articles 2 et 21 de

l'ordonnance du 19 septembre 1945 et l'article L. 226-13 du Code pénal <sup>(1)</sup>.

Cassation sans renvoi

SA Ernst & Young Audit c/ M. X

## **AVIS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL MAURICE-ANTOINE LAFORTUNE**

Le secret auquel la loi astreint l'expert-comptable en raison de sa profession est un « empêchement légitime » à l'obligation qui lui est faite par un juge civil d'apporter, en tant que tiers au litige, son concours à la manifestation de la vérité, nonobstant l'existence d'un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'une instance en justice.

### **I. Faits et procédure**

Au mois de juin 2000 la délégation nationale de la Croix-Rouge française a confié à la société Ernst & Young Audit une mission d'audit et de contrôle de sa délégation de la Côte-d'Or dont M. X était le secrétaire général.

Par la suite la délégation nationale a fait réaliser un audit interne par ses propres professionnels. Au vu du deuxième rapport elle a procédé en avril 2001 au licenciement de M. X pour faute.

M. X a demandé à la société Ernst & Young Audit de lui communiquer son rapport.

Par ordonnance du 6 juillet 2001 le juge des référés du Tribunal de grande instance de Nanterre a ordonné à la société Ernst & Young Audit de communiquer à M. X sous astreinte, le rapport d'audit et de contrôle réalisé en juin 2000.

La société Ernst & Young Audit a interjeté appel de cette décision en faisant valoir essentiellement que le secret professionnel de l'expert-comptable est opposable à M. X qui est un tiers dans les relations qui se sont établies entre la Croix-Rouge française et elle.

Elle a soutenu également qu'il appartenait à M. X de solliciter la communication de la pièce litigieuse par son adversaire potentiel, à savoir la Croix-Rouge française destinataire du rapport.

M. X a conclu notamment à la confirmation de l'ordonnance en estimant qu'un rapport d'audit ne figure pas parmi les actes effectués par un expert-comptable sous le couvert du secret professionnel.

Par son arrêt du 21 avril 2001, la Cour d'appel de Versailles a confirmé l'ordonnance entreprise dans les termes suivants :

(1) Se saisissant d'office en rectification d'une erreur matérielle, la chambre commerciale de la Cour de cassation a dit, par arrêt du 8 mars 2005 transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé sans renvoi, « que le premier paragraphe de l'arrêt n° 204 du 8 février 2005 doit être dactylographié de la façon suivante : « Attendu qu'en statuant ainsi, alors que, quel que soit l'objet de la mission dont il est chargé par contrat, l'expert-comptable est tenu à un secret professionnel absolu à raison des faits qu'il n'a pu connaître qu'en raison de la profession qu'il exerce, ce dont il résulte que la communication sollicitée se heurtait à un empêchement légitime, la Cour a violé les textes susvisés ». Cass. com., 8 mars 2005 – Pourvoi n° 02-11.044, arrêt n° 661 – Rectification d'erreur matérielle – M. Séméria, cons. rapp. ; M. Jobard, av. gén. – SCP Pivnica et Moliné, av.

« Attendu que le pouvoir du juge résultant de l'application des articles 10 du Code civil et 11 du nouveau Code de procédure civile, d'ordonner à un tiers de produire tout document qu'il estime utile à la manifestation de la vérité n'est limité que par l'existence d'un motif légitime tenant notamment au secret professionnel ;

Qu'il appartient au juge d'apprécier la force de celui-ci ;

Attendu d'abord qu'il n'est pas contesté que le rapport d'audit établi par la société Ernst & Young Audit est un document qui sera utile à la manifestation de la vérité dans l'instance prud'homale que M. X pourra engager contre son employeur pour contester son licenciement ;

Attendu ensuite que si l'expert-comptable est tenu au secret professionnel, celui-ci n'a pas la même valeur selon la mission confiée à l'expert-comptable ;

Qu'une mission relevant de la compétence exclusive de l'expert-comptable est soumise à un secret absolu alors que celles pouvant être exécutées par un professionnel non expert-comptable ne sont soumises qu'à une obligation de discrétion ;

Attendu qu'en l'espèce la société Ernst & Young Audit n'était pas investie d'une mission d'organisation de la comptabilité de la Croix-Rouge française mais devait seulement analyser et contrôler la délégation départementale de la Côte-d'Or ;

Qu'il en résulte qu'à l'égard de M. X, directement concerné par cet audit, la société Ernst & Young Audit ne peut pas invoquer de secret professionnel constitutif d'un motif légitime lui permettant de ne pas produire le rapport qu'elle a établi ;

Et attendu que le fait que la communication de ce rapport aurait pu être demandée directement à la Croix-Rouge française n'interdisait pas à M. X d'en demander la production à la société Ernst & Young de façon à en obtenir la copie intégrale ;

Que l'ordonnance sera confirmée en ce qu'elle a ordonné la production du rapport d'audit et de contrôle... ».

Cet arrêt est attaqué par la société Ernst & Young Audit par un pourvoi en cassation comportant un moyen unique divisé en trois branches :

« 1 (...) Le secret professionnel de l'expert-comptable est général, absolu et indivisible ; que ce secret s'attache à tous les faits dont il a connaissance dans l'exercice de ses fonctions ; que cette obligation concerne non seulement les missions de révision et d'appréciation des comptabilités des entreprises qu'il peut accomplir, mais aussi, aux termes de l'article 2 de l'ordonnance du 19 septembre 1945, l'analyse de leur fonctionnement « sous leurs différents aspects économique, juridique et financier » ; qu'en considérant que le secret professionnel de l'expert-comptable était divisible et ne s'appliquait pas à la mission d'audit portant sur le fonctionnement de la délégation départementale de la Côte-d'Or de la Croix-Rouge française, la Cour

d'appel a violé les dispositions des articles 10 du Code civil, 11 et 145 du nouveau Code de procédure civile, 2 et 21 de l'ordonnance du 19 septembre 1945 et 226-13 du Code pénal ; »

« 2 (...) L'expert-comptable n'est délié de son obligation de secret que dans le cas où une procédure pénale est ouverte à son encontre ou lorsque sa responsabilité civile professionnelle est mise en cause ; qu'en retenant que la société Ernst & Young ne pouvait invoquer le secret professionnel auquel elle est tenue pour s'opposer à la production du rapport d'audit litigieux, sans constater l'existence d'une action de nature à justifier légalement une entorse au secret, la Cour d'appel a de nouveau méconnu les dispositions des articles 10 du Code civil, 11 et 145 du nouveau Code de procédure civile, 2 et 21 de l'ordonnance du 19 septembre 1945 et 226-13 du Code pénal ; »

« 3 (...) L'expert-comptable qui, à la suite d'une mission confidentielle d'audit, rédige, pour le compte de son client, un rapport relatif à des faits dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions, ne peut être astreint, dans un litige opposant son client à l'un de ses salariés, à produire ce document ; que seul son client, propriétaire du document, peut, le cas échéant et dans les conditions prévues à l'article 145 du nouveau Code de procédure civile, se voir ordonner une telle communication ; que cette solution est seule de nature à concilier les impératifs du secret professionnel et la possibilité, s'il existe un motif légitime, de demander une mesure d'instruction ; qu'en considérant que la possibilité de solliciter directement à la Croix-Rouge française le rapport d'audit litigieux n'interdisait pas d'en demander la production à la société Ernst & Young, la Cour d'appel a violé l'article 145 du nouveau Code de procédure civile ».

## II. Discussion

L'arrêt attaqué a confirmé l'ordonnance qui a décidé la production du rapport d'audit et de contrôle établi par la société Ernst & Young Audit.

Cependant la Cour d'appel de Versailles, pour statuer comme elle a fait, ne dit pas qu'elle adopte les motifs de l'ordonnance rendue par le juge des référés du Tribunal de grande instance de Nanterre. Sa décision est fondée sur des motifs propres qui ne critiquent pas ceux du premier juge. Cependant les moyens du pourvoi rendent nécessaires l'examen, au regard des pouvoirs du juge civil en matière de preuves et du régime du secret auquel l'expert-comptable est tenu, aussi bien les motifs de l'ordonnance implicitement adoptés (article 955 du nouveau Code de procédure civile) que ceux propres à la Cour d'appel.

### 1 - Observations critiques sur les motifs du premier juge implicitement adoptés par l'arrêt confirmatif

Le motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige n'est pas un fait justificatif de l'obligation de l'expert-comptable de communiquer, dans le cadre de mesures d'instruction légalement



admissibles, des informations recueillies lors de l'exécution de ses missions et, dans ces conditions, protégées par le secret auquel, par profession, il est tenu.

Pour ordonner sous astreinte à la société Ernst & Young Audit de communiquer à M. X le rapport d'audit et de contrôle réalisé sur la délégation de la Croix-Rouge française en Côte-d'Or, l'ordonnance rendue le 6 juillet 2001 par le juge des référés du Tribunal de grande instance de Nanterre énonce notamment :

« (...) Aux termes de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile, s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé.

Il résulte de la combinaison des articles 10 du Code civil, 11 et 145 du nouveau Code de procédure civile, qu'il peut être ordonné à des tiers de produire tous documents qu'ils détiennent s'il existe un motif légitime au sens de l'article 145.

En l'espèce, M. X, qui a été licencié pour faute au mois d'avril 2001 à la suite du dépôt d'un rapport d'audit interne à la délégation nationale de la Croix-Rouge française, justifie d'un motif légitime d'obtenir la communication du rapport d'audit et de contrôle établi en juin 2000 par la société Ernst & Young Audit, la comparaison des deux rapports, qui ont tous deux nécessairement porté sur la manière dont il a exercé ses fonctions, pouvant s'avérer particulièrement utile dans la perspective d'une instance prud'homale.

Nonobstant le secret professionnel auquel les experts-comptables sont tenus, l'injonction faite sous astreinte de produire un tel document constitue une mesure légalement admissible, dès lors que ce rapport d'audit et de contrôle a concerné la délégation départementale dont M. X assurait les fonctions de secrétaire général et dont, par conséquent, il connaissait, parfaitement l'organisation et le fonctionnement.

Il y a donc lieu d'ordonner la mesure sollicitée (...).

Il résulte donc de cette motivation, que la perspective d'une instance prud'homale intentée par M. X à l'encontre de son ancien employeur constitue « un motif légitime » de production dudit rapport par la société d'expertise comptable en dépit du secret professionnel invoqué par celle-ci pour s'y opposer.

L'article 145 du nouveau Code de procédure civile institue une procédure autonome tendant à la conservation et à la recherche de preuves de faits avant tout procès lorsqu'un motif légitime la justifie.

Les dispositions prévues par ce texte donnent ainsi au juge civil le pouvoir d'apprécier l'intérêt et la qualité légitimes du demandeur à agir « en conservation ou en établissement de preuve » (Michel Jeantin, Les mesures d'instruction *in futurum*, D. 1980, chr. p. 205 et s.).

Le pouvoir du juge civil d'ordonner, même d'office, toutes les mesures d'instruction légalement admissibles (article 10 du nouveau Code de procédure civile) découle également du droit du plaideur d'accès au juge et de son « droit juridique à la preuve ». Aussi d'éminents magistrats ont souligné que les juges « entendent demeurer neutres mais certainement pas passifs » (Paucot, *Gaz. Pal.*, Rec. 1972, jur., p. 285), ou encore que « dans le domaine de la recherche de la vérité le juge peut prendre des initiatives et procéder lui-même à cette recherche » (JCP 1964, II, n° 13489, sous Cass. 2° civ., 3 décembre 1963, note Lindon).

Le juge des référés trouve matière à justifier, en l'espèce, ses pouvoirs en matière de preuve en se référant aussi aux articles 10 du Code civil et 11 du nouveau Code de procédure civile. Chacun en effet étant tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité, le juge civil peut ainsi, à la requête d'un plaideur, demander ou ordonner, au besoin à peine d'astreinte, la production de tous documents détenus par des tiers.

C'est donc de la combinaison des articles 10 du Code civil, 11 et 145 du nouveau Code de procédure civile que le juge des référés du Tribunal de grande instance de Nanterre a décidé la communication du document établi par la société d'expertise comptable en estimant que le secret professionnel auquel elle est tenue par son statut n'est pas un obstacle dès lors qu'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'une instance prud'homale entre M. X et son ancien employeur.

Cette motivation de l'ordonnance confirmée par l'arrêt du 21 novembre 2001 de la Cour d'appel de Versailles ne peut être accueillie car, s'il est vrai que le juge civil peut ordonner à un tiers de produire tout document qu'il estime utile à la manifestation de la vérité, ce pouvoir est cependant limité lorsque la personne légalement requise a un motif légitime de se soustraire à l'obligation d'apporter son concours à la justice.

Cette limite est prévue tant à l'article 10, alinéa 2 du Code civil qu'à l'article 11, alinéa 2 du nouveau Code de procédure civile. Par ailleurs il résulte d'une jurisprudence constante que le secret professionnel notamment est un motif légitime de limitation des pouvoirs du juge civil en matière de preuves (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 juillet 1987, *Bull. civ. I*, 1987, n° 248). C'est ainsi que le secret professionnel auquel est tenu un établissement de crédit constitue un empêchement légitime opposable au juge civil (Cass. com., 13 juin 1995, *Bull. civ. IV*, 1995, n° 172, 25 février 2003, *Bull. civ. IV*, 2003, n° 26, 10 décembre 2002, *Gaz. Pal.* du 17 décembre 2002, n° 251, p. 10 et s., concl. M.-A. Lafortune).

Ainsi c'est avec pertinence que la société Ernst & Young Audit s'était opposée à la mesure d'instruction demandée en invoquant sa qualité de tiers au futur litige et le secret auquel elle est tenue par profession.

En conséquence la motivation de l'ordonnance entreprise ne pouvait être reprise ou adoptée par l'arrêt confirmatif au regard ensemble des articles 10,

alinéa 2 du Code civil, 11, alinéas 2 et 145 du nouveau Code de procédure civile ainsi que de la jurisprudence de la Cour de cassation utilement rappelée sur ce point.

Mais la motivation propre énoncée par la Cour d'appel pour confirmer l'ordonnance de communication, sous astreinte, du rapport d'audit et de contrôle rendue par le premier juge, est également critiquable.

## **2. Observations critiques sur les motifs propres de l'arrêt confirmatif de l'ordonnance entreprise**

Le secret auquel est légalement tenu l'expert-comptable par profession est pour lui un motif légitime de se soustraire, lorsque, comme tiers au procès civil, il lui est demandé d'apporter son concours à la manifestation de la vérité en produisant des informations recueillies dans le cadre des missions qui lui sont confiées.

Pour confirmer l'ordonnance entreprise, la Cour d'appel rappelle exactement le principe selon lequel l'existence d'un motif légitime tenant notamment au secret professionnel est une limite au pouvoir du juge civil d'ordonner à un tiers la production de documents en justice.

Mais l'arrêt confirmatif encourt néanmoins la censure lorsqu'il décide qu'il appartient au juge d'apprécier la « force » du secret professionnel invoqué par le tiers pour se soustraire à l'obligation d'apporter son concours à la justice et déduit qu'en l'espèce ce secret est absolu seulement lorsque les missions relèvent, par leur nature, de la compétence exclusive de l'expert-comptable alors que celui-ci n'est astreint qu'à « une obligation de discrétion » lorsqu'il exerce des fonctions qui ne sont que des travaux d'analyse et de contrôle de la gestion d'un organisme et n'entrent pas, à ce titre, dans le champ du monopole légal de l'expertise comptable.

Il s'ensuit, selon la Cour d'appel, que le rapport établi à la suite de l'audit effectué par la société Ernst & Young Audit n'est pas couvert par le secret professionnel et doit être en conséquence communiqué quand bien même « la communication de ce rapport aurait pu être demandée directement à la Croix-Rouge française par M. X ».

En usant de son pouvoir en matière de preuves pour déterminer le périmètre du secret professionnel auquel est tenu l'expert-comptable et statuer en confirmant l'ordonnance entreprise, la Cour d'appel a violé les dispositions de l'ordonnance n° 45-2138 du 19 septembre 1945 qui porte institution de l'Ordre des experts-comptables et régit le titre et la profession d'expert-comptable. Ce texte a été modifié par l'article 5 de l'ordonnance n° 2004-279 du 25 mars 2004.

L'article 2 stipule : « Est expert-comptable ou réviseur comptable au sens de la présente ordonnance celui qui fait profession habituelle de réviser et d'apprécier les comptabilités des entreprises et organismes auxquels il n'est pas lié par un contrat de travail. Il est également habilité à attester la régularité et la sincérité des bilans et des comptes de résultats.

*L'expert-comptable fait aussi profession de tenir, centraliser, ouvrir, arrêter, surveiller, redresser et*

*consolider les comptabilités des entreprises et organismes auxquels il n'est pas lié par un contrat de travail.*

*L'expert-comptable peut aussi organiser les comptabilités et analyser par les procédés de la technique comptable la situation et le fonctionnement des entreprises et organismes sous leurs différents aspects économique, juridique et financier.*

*Il fait rapport de ses constatations, conclusions et suggestions.*

*L'expert-comptable peut aussi accompagner la création d'entreprise sous tous ses aspects comptables ou à finalité économique et financière (...).*

L'activité d'expertise comptable peut également être exercée au sein d'association de gestion et de comptabilité (article 7 ter 1, alinéa 1).

De même, l'article 22 précise que les experts-comptables, les associations de gestion et de comptabilité, ainsi que leurs salariés visés aux articles 83 ter et 83 quater : « (...) peuvent également donner des consultations, effectuer toutes études et tous travaux d'ordre statistique, économique, administratif, juridique, social ou fiscal et apporter leur avis devant toute autorité ou organisme public ou privé qui les y autorise mais sans pouvoir en faire l'objet principal de leur activité et seulement s'il s'agit d'entreprises dans lesquelles ils assurent des missions d'ordre comptable de caractère permanent ou habituel ou dans la mesure où lesdites consultations, études, travaux ou avis sont directement liés aux travaux comptables dont ils sont chargés (...) ».

Mais l'article 21 du même texte prévoit, sans faire de distinction entre les missions qui relèvent de la compétence exclusive notamment des personnes habilitées à exercer la profession d'expert-comptable avec celles qu'elles peuvent exercer sans détenir un monopole légal, que :

« Sous réserve de toute disposition législative contraire, les experts comptables, les salariés mentionnés à l'article 83 ter et à l'article 83 quater et les experts comptables stagiaires sont tenus au secret professionnel dans les conditions et sous les peines prévues à l'article 378 du Code pénal.

*Sont astreints aux mêmes obligations, pour les affaires dont ils ont à connaître à l'occasion de leurs fonctions, les membres des organismes juridictionnels ainsi que les membres des autres organismes de l'ordre sauf pour les questions purement administratives dont ils sont tenus de rendre compte à leurs mandants.*

*Les membres de la commission d'inscription mentionnée à l'article 42 bis et de la commission de discipline mentionnée à l'article 49 bis, ainsi que les personnes mentionnées au cinquième alinéa du I de l'article 7 ter, sont tenus au secret professionnel dans les mêmes conditions.*

*Les personnes visées aux alinéas précédents sont toutefois déliées du secret professionnel dans les cas d'information ouverte contre elles ou de poursuites engagées à leur encontre par les pouvoirs publics ou dans les actions intentées devant les chambres de discipline de l'ordre (...).*



L'article 226-13 du Code pénal punit d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 15.000 € « la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui est dépositaire soit par son état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire ».

Par ailleurs les peines complémentaires de l'article 226-25 du même Code sont encourues et en particulier, outre l'interdiction des droits civiques, civils et de famille, celle d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise.

Le législateur n'a pas repris la liste des professionnels tenus au secret (article 378 de l'ancien Code pénal) compte tenu de la définition générale du secret retenu dans l'article 226-13 du Code pénal.

Mais le régime du secret protégé, tant dans sa nature qu'en ce qui concerne les personnes tenues, conserve sous l'empire du texte actuel toute sa vigueur.

Il convient de rappeler en effet, qu'en imposant à certaines personnes, sous peine de sanction pénale, l'obligation du secret comme devoir de leur état, le législateur a voulu assurer la confiance qui s'impose dans l'exercice de certaines professions. La révélation de faits couverts par le secret n'est punissable que si ceux-ci sont liés à l'exercice de certaines professions. La loi a voulu garantir la sécurité des confidences qu'une personne est dans la nécessité de faire à une autre dont l'état et la profession, dans un intérêt général et d'ordre public, font d'elle un confident nécessaire (Cass. crim., 15 décembre 1885, DP 1886. I. 347 ; 19 novembre 1985, Bull. crim., n° 364).

L'article 378 du Code pénal ne visait que les faits parvenus à la connaissance d'une personne dans l'exercice d'une profession ou d'une fonction aux actes de laquelle la loi, dans un intérêt général et d'ordre public, a imprimé le caractère confidentiel, ou dans le cas où les mêmes faits lui ont été confiés sous le sceau du secret en raison d'une semblable profession ou fonction (Cass. crim., 7 mars 1957, Bull. crim., n° 241 ; 9 octobre 1978, Bull. crim., n° 263).

Par ailleurs les dispositions de l'article 378 du Code pénal étaient générales et absolues. Elles devaient recevoir application même s'il s'agissait d'un fait connu dans son ensemble lorsque l'intervention du dépositaire du secret entraînait la divulgation de précisions qu'il était seul à connaître (Cass. crim., 25 janvier 1968, Bull. crim., n° 25, D. 1968. 153, rapp. Costa ; 7 mars 1989, Bull. crim., n° 109).

L'article 378 du Code pénal s'appliquait donc à tous ceux auxquels leur état ou leur profession impose l'obligation du secret des faits dont la connaissance leur est parvenue en exerçant leurs activités ou leurs missions (Cass. crim., 12 avril 1951, Bull. crim., n° 103 ; 24 janvier 1957, Bull. crim., n° 86).

C'est ainsi que les dispositions de l'article 378 du Code pénal ont été effectivement appliquées aux membres de l'ordre des experts : Cass. crim., 24 janvier 1957, Bull. crim., n° 86, D. 1957. 298, Gaz. Pal., Rec.

1957, p. 412 ; 17 juin 1991, Dr. pénal, 1991. 316, Gaz. Pal., Rec. 1992, p. 660, note Marchi ; C. Paris, 29 mars 1990, Gaz. Pal., Rec. 1990, p. 511, note Marchi.

En conséquence, au regard des textes qui réglementent la profession d'expert-comptable et de la jurisprudence pénale issue de l'article 378 de l'ancien Code pénal, l'impératif du secret est lié à la profession de l'expert-comptable et la Cour d'appel de Versailles ne pouvait distinguer les missions qui relèvent de la compétence exclusive de celui-ci et qui doivent être remplies sous le sceau d'un secret absolu de « celles pouvant être exécutées par un professionnel non expert-comptable qui ne sont soumises qu'à une obligation de discrétion (...) » lorsqu'elles le sont par un expert-comptable, l'audit effectué en l'espèce, relevant, selon les juges d'appel, de cette dernière catégorie.

De même la Cour d'appel, pour justifier sa décision de communication de ce rapport, ne pouvait se fonder ni sur le fait que M. X est directement concerné par l'audit effectué, et donc aurait ainsi un intérêt ou un motif légitime d'agir dans l'instance probatoire qu'il a engagée, ni que ce requérant aurait pu demander directement ce document à la Croix-Rouge, son ancien employeur, qui en a été le destinataire.

Ainsi les griefs invoqués à l'encontre de l'arrêt confirmatif de la Cour d'appel de Versailles par la société Ernst & Young Audit doivent être accueillis.

### III. Conclusion

Cette société invoquait, tant devant le juge des référés que devant la Cour d'appel, sa qualité de tiers au procès et l'obligation du secret à laquelle elle est tenue du fait de l'exercice de la profession d'expert-comptable.

Ce secret professionnel tel qu'il vient d'être analysé est « un motif légitime » (article 10, alinéa 2 du Code civil) ou « un empêchement légitime » (article 11, alinéa 2 du nouveau Code de procédure civile) qui doit permettre à cette société, de se soustraire à l'obligation « d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité (...) », nonobstant l'intérêt pour une personne de sauvegarder des preuves avant tout procès.

Mais plus encore, s'agissant d'une instance diligentée en référé sur le fondement de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile en l'espèce, le problème de savoir si le juge civil peut « ordonner les mesures qui lui sont demandées » relève d'une question de pouvoir (L. Cadiet, Droit judiciaire privé, 3<sup>e</sup> édit., n° 1284). Or en cas d'excès de pouvoir la règle violée par le juge est toujours une règle d'ordre public (J. Boré et L. Boré, La cassation en matière civile, n° 7323).

Il s'ensuit que le juge des référés comme les juges de la Cour d'appel de Versailles ont, semble-t-il, excédé leurs pouvoirs en matière de preuves. Ils ont transgressé, en statuant comme ils ont fait, les règles d'ordre public qui limitent ceux-ci lorsqu'un tiers requis par eux pour concourir à la manifestation de la vérité dans un procès civil invoque comme empêchement légitime le secret professionnel auquel il est tenu.



À cette occasion, il faut aussi rappeler, pour être complet, qu'il résulte d'une jurisprudence de la chambre commerciale financière et économique de la Cour de cassation (Cass. com., 19 juin 1990, *Bull. civ. IV*, 1990, n° 179) qu'un établissement bancaire peut être enjoint de communiquer divers documents dès lors que la demande a été dirigée contre lui non pas en sa qualité de tiers confident, mais en celle de partie au procès intenté contre lui par les bénéficiaires du secret bancaire invoqué.

Mais il ne peut être fait référence, en l'espèce, à cette jurisprudence pour justifier l'arrêt attaqué car il n'est pas contesté que la société Ernst & Young Audit est, en l'état, étrangère au litige qui oppose M. X à son ancien employeur et donc à l'instance prud'homale susceptible d'être engagée.

Le secret professionnel présente incontestablement un aspect social fondamental. Il est institué pour protéger les intérêts patrimoniaux de ceux qui ont recours aux prestations notamment des experts-comptables. Lié au « secret des affaires », le secret auquel sont tenus ces professionnels garantit la confiance et la sécurité des confidences qu'ils reçoivent dans l'exécution des missions qui leur sont confiées. Il s'ensuit que doivent être protégés les secrets concernant tous les faits, actes ou informations dont les experts-comptables ont pu connaître par et pour l'exercice de la profession (Vouin, *Droit pénal spécial*, par M. L. Rassat, *D.* 1988, n° 250). Aussi « le secret n'existe qu'en fonction de la qualité professionnelle du confident » (Mireille Delmas-Marty, À propos du secret professionnel, *D.* 1982, chr. p. 270).

Ces remarques conclusives sur le fondement et le domaine du secret professionnel de l'expert-comptable viennent compléter utilement les observations critiques présentées et sont de nature à justifier, mieux encore, cet avis tendant à l'annulation et la cassation, au besoin sans renvoi, de l'arrêt attaqué par le présent pourvoi.

Pourvoi en cassation n° 02-11.044 c. C. Versailles, 21 novembre 2001

F5828

#### La Cour (...),

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu les articles 2 et 21 de l'ordonnance du 19 septembre 1945, ensemble l'article L. 226-13 du Code pénal ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, qu'au vu notamment des conclusions de rapports d'audit et de contrôle dressés par la société d'experts-comptables Ernst & Young, la délégation nationale de la Croix-Rouge française a licencié M. X, pour faute ; que ce dernier a sollicité en référé, sur le fondement de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile, la communication forcée de ces rapports par la société Ernst & Young ;

Attendu que pour accueillir cette demande, l'arrêt retient, par motifs adoptés, que M. X jus-

tifie d'un motif légitime, la comparaison des deux rapports pouvant s'avérer particulièrement utile dans la perspective d'une instance prud'homale, nonobstant le secret professionnel, l'injonction constituant une mesure légalement admissible, dès lors que ce rapport d'audit et de contrôle a concerné la délégation départementale dont M. X assurait les fonctions de secrétaire général et dont, par conséquent, il connaissait parfaitement l'organisation et le fonctionnement, et, par motifs propres, que si l'expert-comptable est tenu au secret professionnel, celui-ci n'a pas la même valeur selon la mission confiée, qu'une mission relevant de la compétence exclusive de l'expert-comptable est soumise à un secret absolu, alors que celles pouvant être exécutées par un professionnel non expert-comptable ne sont soumises qu'à une obligation de discrétion, que la société Ernst & Young ne peut pas invoquer de secret professionnel constitutif d'un motif légitime à l'égard de M. X, et que le fait que la communication aurait pu être demandée directement à la Croix-Rouge n'interdit pas à M. X d'en demander la production à la société Ernst & Young, de façon à en obtenir copie intégrale ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que, quel que soit l'objet de la mission dont il est chargé par contrat, l'expert-comptable est tenu, sauf stipulation contraire, à un secret professionnel absolu à raison des faits qu'il n'a pu connaître qu'en raison de la profession qu'il exerce, de sorte que la demande contraire à ce principe ne peut être légitime, la Cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Et attendu qu'en application de l'article 627, alinéa 2 du nouveau Code de procédure civile, la Cour de cassation peut, en cassant l'arrêt sans renvoi, mettre fin au litige en appliquant la règle de droit appropriée ;

#### Par ces motifs,

et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs : Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 21 novembre 2001, entre les parties, par la Cour d'appel de Versailles ; Dit n'y avoir lieu à renvoi ; Infirme l'ordonnance entreprise ; (...).

M. Sémériva, cons. rapp. ; M. Lafortune, av. gén. - SCP Piwnica et Molinié, av.

**NOTE** ■ L'arrêt rendu par la chambre commerciale le 8 février 2005 dans les termes reproduits ci-dessus a fait ultérieurement l'objet d'un arrêt en rectification d'erreur matérielle (arrêt n° 661 du 8 mars 2005, v. *infra*, p. 12, note n° 1).

**RESUME SUCCINT DES DECISIONS ET SELECTION D'ARTICLES PUBLIES  
DANS :  
LA GAZETTE DU PALAIS ET LES ANNONCES DE LA SEINE**

(avec l'aimable autorisation de la revue concernée)

La sélection des décisions a été faite par :

André GAILLARD, expert honoraire près la Cour d'appel de Paris, agréé par la Cour de cassation,

et

Fabrice OLLIVIER-LAMARQUE, expert près la Cour d'appel de Paris.

Fabrice OLLIVIER-LAMARQUE a rédigé les résumés de celles-ci.

RESUME SUCCINCT DES DÉCISIONS et COMMENTAIRES PUBLIÉES  
DANS LA GAZETTE DU PALAIS, LES ANNONCES DE LA SEINE  
ET REPRODUITES CI-APRÈS

- |  | Date de parution                     |
|--|--------------------------------------|
| <p>1. <i>Les preuves</i></p> <p>La charge de la preuve du paiement indu incombe au demandeur en restitution</p> <p>(Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 16 novembre 2004 - gr. N°1650 P+B)</p>  | Gazette 1 <sup>er</sup> , 3 mai 2005 |
| <p><i>Expertise des articles 1592 et 1843-4 du code civil</i></p>  |                                      |
| <p>2. Un éminent juriste revient sur l'arrêt du 4 février 2004 de la chambre commerciale, économique et financière de la Cour de Cassation signalé au point 3 page 47 du Bulletin Précédent. Sous le titre « La responsabilité du comptable estimateur », il critique l'arrêt de la Cour qui aboutit à ce qui s'apparenterait à un diallèle.</p> | Gazette 22, 23 avril 2005            |
| <p>3. Les contractants font de la décision de l'expert désigné en application de l'article 1834-4 du Code civil leur loi et, à défaut d'erreur grossière, il n'appartient pas au juge de remettre en cause le caractère définitif de cette décision.</p> <p>(Cass. Com. 19 avril 2005 - gr. N°663PBR)</p>  | Gazette 12, 14 juin 2005             |
| <p><i>Expertise article 145 du NCPC</i></p>  |                                      |
| <p>4. Une Cour d'appel ne peut ordonner en référé d'étendre une nouvelle décision d'expertise alors qu'une contre-expertise avait été ordonnée par la juridiction saisie de l'instance au fond</p> <p>(Cass. 2<sup>ème</sup> civ. 23 septembre 2004 - gr. N°1458 P+B)</p>  | Gazette 8, 9 avril 2005              |
| <p>5. Décision de rejet d'une demande d'expertise qui tendait à suppléer la carence des parties dans l'administration de la preuve</p> <p>(Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 2 mars 2004 - gr. N° 349 P+B)</p>  | Gazette 26, 28 juin 2005             |



### ***Désignation***

6. La motivation spéciale pour la désignation en matière pénale de deux experts non inscrits est suffisamment établie dès lors que le juge d'instruction a fait référence à leurs compétences particulières pour répondre aux questions techniques posées Gazette 23,24 mars 2005
- Ce n'est pas parce que les experts ont relevé des similitudes avec ce qu'ils ont pu constater au cours de l'enquête préliminaire que cela implique qu'ils se soient montrés partiaux dans l'accomplissement de leur mission
- (Cass.crim., 27 octobre 2004)
7. N'étant pas un tiers dans une action en récusation à son encontre, l'expert n'a en conséquence pas qualité pour former tierce opposition à la décision prise. Gazette 13, 14 avril 2005
- (Cass. 2<sup>ème</sup> civ. 24 juin 2004 - Pourvoi n° 02-10.200)
8. Analyses in concreto d'un doute pouvant exister quant à l'impartialité objective d'un expert Gazette 5, 7 juin 2005
- (C. Versailles, 19 janvier 2005- sarl Labati c. SDC Hôtel de Marine)
9. (C. adm.app. Lyon1<sup>ère</sup> ch. 12 octobre 2004 Marque n°04LY00429) Gazette 17, 18 juin 2005

### ***Principe de la contradiction***

10. Le juge ne peut écarter des débats des conclusions et pièces déposées avant l'ordonnance de clôture, sans préciser les circonstances particulières qui ont empêché de respecter le principe de la contradiction. Gazette 13, 15 mars 2005
- (Cass. 2<sup>ème</sup> civ. 15 janvier 2004- gr. N° 39P+B)
11. Le Haut Conseiller Olivier revient Gazette 13, 14 avril 2005  
sur l'arrêt du 24 juin 2004 de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation signalé au point 18 page 50 du Bulletin précédent à propos de l'applicabilité de l'article 177 du NCPC autorisant le juge à intervenir pour régulariser les opérations d'expertise.

*Exécution de la mission*

12. La prestation de serment des experts visée à l'article 168 du CPP ne s'applique pas lorsqu'ils sont appelés à être entendus par la chambre de l'instruction. Gazette 30 jan, 1<sup>er</sup> fevr. 2005  
(Cass. crim. 23 juin 2004 - pourvoi n° 03-84.587)
13. Un mandataire apparent de l'une des parties peut se voir ordonner la communication de pièces sollicitées par les experts. Gazette 8, 9 avril 2005  
(Cass. 2<sup>ème</sup> civ. 23 septembre 2004 - gr. N° 1487P+B)
14. « Peut-on juger avec objectivité ? », article de Monsieur Henry Helfre, Magistrat Gazette 15, 16 juin 2005
15. Le pouvoir du juge d'ordonner à un tiers de communiquer à l'expert les documents nécessaires à l'accomplissement de sa mission se heurte, en l'absence de disposition législative spécifique, au secret professionnel invoqué légitimement par le tiers. An d.I. Seine 10 janvier 2005  
À rapprocher de l'article 10 alinéa 2 du code civil.  
(Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 15 juin 2004- pourvoi n° 01-02.338)
16. « La cessation des paiements: une notion stable » : alors que la notion est juridique, Le Président Tricot montre l'attachement de la Cour à ce que soient exactement appréciés les faits par les juridictions inférieures. Gazette 29, 30 avril 2005

*Rémunération de l'Expert*

17. En matière d'aide juridictionnelle, les frais occasionnés par les mesures d'instruction sont avancés par l'État, en ce compris les consignations. Gazette 6, 8 mars 2005  
(Cass. 2<sup>ème</sup> civ. 8 juillet 2004- gr. n°1364P+B)
18. À propos de computation de délai en matière de notification la Haute Juridiction rappelle que la date de réception d'une lettre recommandée avec avis de réception est celle apposée par l'administration des postes lors de la remise de la lettre à son destinataire Gazette 1<sup>er</sup>, 3 mai 2005  
(Cass. 2<sup>ème</sup> civ. 10 mars 2005 - gr. n°404PBRI)

19. S'agissant de fixer la rémunération de l'expert, l'appréciation de la qualité du travail fourni relève de la compétence du 1<sup>er</sup> Président et pas seulement des juges du fond.

Gazette 20, 21 mai 2005

(Cass. 2<sup>ème</sup> civ. 24 mars 2005 - gr. n°404PBRI)



**REPETITION DE L'INDU****Conditions.- Charge de la preuve du paiement indu.**

La charge de la preuve du paiement indu incombe au demandeur en restitution.

Viola l'art. 1315 C. civ., ensemble l'art. 1376 du même Code la Cour d'appel qui, pour condamner une personne à restituer à son neveu des sommes que celui-ci prétendait lui avoir versées à titre d'avance sur une rente viagère à constituer, retient qu'il n'est pas prouvé que les parties aient envisagé de contractualiser une rente viagère ou que le versement correspondait comme le soutenait le débiteur au prix de vente de matériel agricole et qu'ainsi en l'absence d'éléments probants le débiteur doit rembourser au créancier la somme qu'il lui a versée sans contrepartie.

**C. cass. 1<sup>re</sup> civ. 16 novembre 2004** : Grimaud c. Athéhour – Pourvoi n° 01.17.182 X – Cassation (C. app. Grenoble, 10 septembre 2001) – gr. n° 1650P+B. 051471

## La responsabilité du comptable estimateur

Alain BERNARD  
Agrégré des Facultés de droit  
Professeur à la Faculté pluridisciplinaire de Bayonne,  
Anglet, Biarritz  
Membre du Laboratoire interdisciplinaire  
d'études de la norme (LIEN)

L'harmonie sociale suppose un monde en ordres. Blaise Pascal le disait bien : « *La tyrannie est de vouloir avoir par une voie ce qu'on ne peut avoir que par une autre* », « *elle consiste au désir de domination universelle et hors de son ordre* ». Au nom de la séparation des ordres, on aura déploré une forme d'hégémonie de l'économie à l'époque contemporaine qui se traduit, par exemple, par l'invasion des terres du droit par les professionnels du chiffre (1). La réciproque mérite pourtant d'être explorée. Ne faut-il pas réserver une sphère de compétence exclusive aux comptables dans laquelle les juristes, les juges particulièrement, ne pénétreraient qu'avec d'infinies précautions ?

La question du domaine réservé, ou plus exactement protégé, peut se présenter lorsque le juge doit connaître de la qualité du travail comptable effectué par l'expert du chiffre, à l'occasion d'une action en responsabilité par exemple.

Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 4 février 2004 fournit l'occasion de cette réflexion. En l'espèce, le soin de fixer le prix d'une cession de parts sociales se trouve confié par les parties à un collège d'experts en application de l'article 1592 du Code civil. Alléguant des irrégularités et des erreurs à l'origine d'une sous-évaluation du prix, le cédant demande réparation de son préjudice, la différence entre le prix estimé et la « valeur véritable des parts », aux tiers évaluateurs. Par application de la jurisprudence traditionnelle, la Cour d'appel de Paris le déboutait en jugeant que la responsabilité du tiers estimateur, par dérogation aux règles du mandat, « *ne peut être recherchée que sur le fondement d'une erreur grossière commise dans l'exécution de sa mission* ». En tout état de cause, disait l'arrêt, le préjudice « *ne consiste pas dans la différence entre le prix fixé par le tiers et le prix qui aurait dû être retenu si les erreurs n'avaient pas été commises, mais dans les conséquences financières découlant de ce que, la vente n'aurait pas été parfaite ou du retard qui aurait affecté la conclusion définitive de celle-ci* ». Au visa des articles 1592 et 1992 du Code civil, la Cour de cassation casse : « *L'erreur grossière est une condition de la remise en cause de la détermination du prix et non de la responsabilité du mandataire chargé de celle-ci* ». Au visa des articles 1147 et 1149, la Cour juge, s'agissant de la répa-

ration du préjudice, que « *le vendeur est en droit d'obtenir réparation du préjudice que lui cause la sous-évaluation fautive de la chose vendue* ».

Cet arrêt rendu en matière de responsabilité d'un professionnel, l'expert-comptable estimateur, paraît tout à fait classique tant il repose sur deux normes unanimement enseignées. Le professionnel assume une obligation contractuelle de moyens. En cas de faute prouvée, il doit réparer l'intégralité du préjudice causé à son cocontractant. Pourtant, la doctrine n'approuve pas l'arrêt de façon unanime, loin de là. Certes, une partie des auteurs dit sa satisfaction sans réserve (2). Mais d'autres fournissent les moyens de tourner cette nouvelle jurisprudence, par la stipulation dans le contrat de mandat de clauses d'exonération ou de limitation de responsabilité (3). Voire se montrent franchement critiques. Jean Moury, tout en approuvant le principe de l'arrêt, craint que la Cour de cassation n'ouvre « une – petite – boîte de Pandore » (4). Quant à Pierre-Yves Gautier, il souligne l'incohérence logique de la décision – permettant à la partie déçue d'obtenir d'un tiers ce qu'elle ne pourrait pas obtenir de son co-contractant – ce qui lui permet de conclure que « *quelque chose ne va pas dans le raisonnement de l'arrêt commenté* » (5).

Sans méconnaître les contraintes du champ doctrinal – avec la multiplication des publications, il faut bien se distinguer ce qui conduit à accroître les occasions d'opinions divergentes et critiques, surtout dans un domaine aussi concurrentiel que le droit des affaires – sans éprouver de tendresse particulière pour les hommes du chiffre, le fait même que les conséquences de la décision puissent inquiéter, conduit à s'interroger de façon très large sur les rapports de la comptabilité et du droit à propos des estimations effectuées dans les cessions des droits sociaux et, plus hors sujet encore, à propos de toutes les évaluations des comptables.

La Cour de cassation juge, dans un attendu de principe, que la présente décision ne remet pas directement en cause, que les contractants font de la décision du tiers évaluateur « *leur loi et qu'à défaut d'erreur grossière, il n'appartient pas aux juges, en modifiant le prix, d'imposer aux par-*

(1) Cf. Alain Bernard, À propos de la guerre du chiffre et du droit, comment les comptables étendent leur territoire professionnel, D. 2004, 1580.

(2) Hervé Le Nabasque, Bull. Joly, § 163 ou Henri Hovasse, Droit des sociétés, avril 2004, n° 63, p. 31.

(3) Laurent Leveneuer, Contrats-Concurrence-Consommation, avril 2004, p. 23.

(4) Rev. des soc., p. 863.

(5) RTD Civ. 2004, p. 310.



ties une convention différente de celle qu'elles avaient entendu établir » (6). La solution évite, ainsi que l'écrit Daniel Cohen, « du point de vue pratique, une remise en cause trop facile de l'évaluation par la partie non satisfaite et évite de placer le juge devant un pouvoir qui ne lui a pas été confié et pour lequel il n'a pas la compétence technique nécessaire » (7).

Or l'arrêt du 4 février 2004 conduit exactement à ces résultats. Il transforme l'obligation de l'estimateur en obligation de résultat, alors que l'article 1992 du Code civil imposerait une obligation de moyens au mandataire. Le seul fait de ne pas fixer l'estimation au « montant véritable » pourrait constituer une faute de l'expert. Du même coup, le juge devrait estimer lui-même cette « valeur véritable » qui constituerait la mesure de l'indemnisation due au contractant déçu. Autrement dit, les experts financiers de tout poil dont le cauchemar mais aussi la raison d'être, réside dans la fixation de valeurs indécidables, celle des entreprises, vont enfin disposer d'un étalon de valeur officiel. Mieux que la bourse, dont chacun sait le caractère imparfait et le comportement erratique, le tribunal arbitrera de l'inestimable.

Du côté de l'expert et pour comparer avec l'obligation de moyens du médecin, la Cour lui impose d'être le médecin qui guérit à tout coup le malade. Si le traitement s'avère infructueux, le juge du fond devra lui-même assumer l'obligation médicale et s'emparer du bistouri pour estimer la « valeur véritable ». Or l'art du comptable semble aussi empreint d'aléa que la science du médecin. La fixation de la « valeur véritable » d'une part sociale, d'une entreprise voire même de tout autre bien, semble un objectif aussi réaliste que de vouloir mener l'humanité à l'immortalité.

Si les juges doivent souvent donner une expression monétaire à des préjudices non économiques et donc difficilement chiffrables – il suffit de songer au préjudice moral - la prudence traditionnelle de notre droit évite ce casse-tête au juge en matière de vente. Comment s'explique la solution alors même que la société de marché donne un prix à tout ? Il se pourrait bien que la thèse, a priori provocatrice, de Jean Baudrillard, soutenue dans *Pour une critique de l'économie politique du signe*, trouve un écho inconscient dans la sphère du droit. Il affirmait que les choses en soi ne valent rien, mais qu'elles s'inséraient dans un « système d'échange signe ».

En soi, les choses ne valent rien, comment le croire dans une société matérialiste ? Pourtant il suffit d'imaginer le musée du Louvre transporté

dans une société primitive pour constater que ces biens sacrés de l'art, au sommet de la hiérarchie des biens, se trouveraient soudain privés de toute valeur. La reconnaissance de la valeur de l'art fait même la civilisation de l'un et l'archaïsme de l'autre. Le système de signes réside là, permettre l'accomplissement d'un travail symbolique, fournir aux hommes (ou aux sociétés dans mon exemple) les modes de preuve de leur valeur. Comment ne pas reconnaître la supériorité d'une société qui fait du musée un temple sacré, comment ne pas reconnaître la valeur de l'homme qui roule carrosse et loge dans un palais entouré d'œuvres d'art ?

La structure même de nos sociétés démocratiques et individualistes expliquerait le phénomène, en apparence surprenant pour qui adhère aux représentations de notre civilisation d'objets. Alors que les sociétés traditionnelles figent les existences dans des statuts définitifs que chacun reconnaît, la société moderne, société de mobilité sociale, contraindrait les individus à fournir la preuve continue et tangible de leur valeur sociale. Comme le langage, système dans lequel les mots en soi ne valent rien, le système des biens permettrait l'échange et la hiérarchie, dans une production continue de signes. Pris dans un mouvement perpétuel, l'estimation de la valeur des biens devient impossible car elle suppose un minimum de stabilité.

La dématérialisation de l'économie moderne fournirait une illustration inattendue à cette théorie a priori tellement éloignée de nos pratiques sociales. Pour ne prendre que l'exemple bien connu d'Enron, en une seule journée, la plus forte capitalisation boursière aura disparu sans laisser une trace à la surface de la planète. Rien. Pas même une friche industrielle à décontaminer. Rien, vous dis-je. Imaginons l'embarras d'un tribunal saisi par un cédant mécontent de l'estimation faite par un expert sur le fondement de l'article 1592 du Code civil français et qui tiendrait son délibéré pendant l'effondrement du château de sable.

Une longue tradition de méfiance à l'égard de l'argent d'origine religieuse et philosophique – Pascal et Domat entretenaient une longue amitié et partageaient les valeurs jansénistes – contribue à protéger les magistrats français contre ce genre de situation inconfortable. Mais, en même temps, le juge doit bien répondre à la question de la valeur des biens quand elle se pose. Garant de l'ordre social, il peut difficilement nier la religion de la valeur quand la société dans laquelle il vit repose justement sur ce dogme.

Bien sûr, avec Enron je prends un exemple *ad hoc* qui ne reflète pas le cours habituel des choses. Mais il montre bien ce qui me gêne le plus dans l'arrêt de la Cour de cassation, contraindre le juge

(6) Cass. com., 4 novembre 1987, JCP éd. E 1988, II, 15 212, note Alain Viandier.

(7) Note sous Cass. com., 6 juin 2001, JCP éd. E 2002, II, 1 229.



à rechercher, comme le disait le demandeur en l'espèce, « la valeur véritable des parts », alors que tout le droit de la vente évite ce piège, comme le droit des sociétés, d'ailleurs, où les occasions d'évaluer la valeur des titres foisonnent. Or une des façons les moins polémogène d'évacuer les questions religieuses consiste à instituer un ordre de clercs dont la mission consiste à se coller avec le sacré et préserver la justice de ces choses dangereuses. La séparation de l'Église et de l'État n'interdit pas au juge de poursuivre le religieux coupable de pédophilie ou d'escroquerie, mais de se prononcer sur la vérité du mystère de l'eucharistie ou de la métempsychose. De même, la séparation du chiffre et du droit devrait conduire à limiter les intrusions dans le domaine propre du comptable, l'estimation, non par amour des célébrants du culte de la valeur, mais afin de protéger la rationalité propre du droit. Les incertitudes du chiffre (I) expliquent et justifient la méfiance du droit (II).

## I. LES INCERTITUDES DU CHIFFRE

Les opérations d'estimation des entreprises ou des titres sociaux reposent sur les documents comptables. Les juristes, le plus souvent mauvais mathématiciens, prêtent à la comptabilité une vertu de précision et d'exactitude que les comptables eux-mêmes, du moins les plus lucides, lui dénie(n)t<sup>(8)</sup>. L'estimation de l'arrêt de la Cour de cassation suppose de prendre conscience de la tâche que le juge s'assigne quand il se propose d'évaluer lui-même la « valeur véritable » de parts sociales. Or l'incertitude paraît constitutive de la comptabilité (A), incertitude qui s'accroît encore lorsque les comptables poursuivent la chimère de la juste valeur (B).

### A - La nature de la comptabilité

En quoi la comptabilité consiste-t-elle ? Selon l'article L. 123-12 du Code de commerce, tout commerçant doit établir des comptes annuels comprenant le bilan, le compte de résultat et une annexe. Le bilan décrit le patrimoine de l'entreprise, le compte de résultat retrace son activité économique, l'annexe complète et commente ces documents. Ces comptes, dit l'article L. 123-14, « doivent être réguliers, sincères et donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise ».

La comptabilité établit donc une relation entre deux « objets » abstraits : l'entreprise et son image

(8) Pierre Garnier intitulait sa thèse : *La comptabilité, algèbre du droit et méthode d'observation des sciences économiques* (Dunod, Paris, 1947). Ce titre entretient l'illusion d'une vérité comptable, aussi immuable, rigoureuse et incontestable que la mathématique. Cf., Jean-Louis Médus, *Conventions de portage et information des investisseurs*, *Rev. soc.* 1994, 735. V. également Jean Lacombe, *Régularité et sincérité de comptes et image fidèle de l'entreprise : la quadrature du cercle ?*, *Études dédiées à René Robiot*, *Aspect actuel de droit commercial français*, LGDJ 1984, p. 311.

traduite en chiffres. En effet, si la réalité se définit comme « des phénomènes que nous reconnaissons comme ayant une existence indépendante de notre propre volonté »<sup>(9)</sup>, il convient de reconnaître d'abord que l'entreprise apparaît comme un ensemble, une abstraction donc, d'éléments réels, comme des marchandises, et d'éléments impalpables, les éléments incorporels, comme les marques, par exemple. Mais dire de l'entreprise qu'elle relève de l'abstraction, de la construction par l'esprit humain, ne revient pas à affirmer qu'elle ne possède pas de réalité. L'interminable débat sur la fiction ou la réalité de la personne morale, gagnerait beaucoup en simplicité à constater que l'homme ne vit pas que dans monde de choses, mais aussi dans un monde de mots. Les mots comme les choses, font le réel humain : « *Le langage est non seulement capable de construire des symboles qui sont hautement abstraits de l'expérience quotidienne, mais aussi de rapporter ces symboles et de les présenter en tant qu'éléments objectivement réels dans la vie quotidienne* »<sup>(10)</sup>. L'entreprise rentre dans cette catégorie des fictions réelles, moins constatées que construites par le verbe, dont le droit, ou le chiffre.

Si le commerçant achète pour revendre, la représentation par les chiffres de son activité ne soulève guère de difficultés dans les hypothèses les plus simples : prix d'achat et prix de vente permettent de dégager un résultat. L'activité industrielle place le comptable devant des difficultés autrement redoutables : elle se compose d'un double flux de matière et de travail intégrés dans un processus plus ou moins long et de complexe. Mais tout comme le nom propre de l'entreprise permet de donner une consistance et une constance à ce mouvement perpétuel, la comptabilité joue aussi un rôle stabilisateur en dégagant un résultat, réalité hautement abstraite, image statique du mouvement. Rien d'étonnant à ce que la comptabilité ne fournisse « *qu'images partielles, partiales et floues* »<sup>(11)</sup>, fruit d'une multitude d'opérations conventionnelles et donc arbitraires. L'article 120-1 du Plan comptable dispose : « *La comptabilité est un système d'organisation de l'information financière permettant de saisir, classer, enregistrer des données de base chiffrées et présenter des états reflétant une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entité à la date de clôture* ».

Dès la toute première phase, celle de l'archivage, le caractère subjectif de la comptabilité apparaît. L'archivage se déroule en trois étapes : la saisie, le

(9) Peter Berger et Thomas Luckman, *La construction sociale de la réalité*, Armand Colin, Paris, 1996, p. 7.

(10) *Id.*, p. 60.

(11) Bernard Colasse, *Comptabilité générale*, Économica, 6<sup>e</sup> éd., p. 408.



classement puis l'enregistrement <sup>(12)</sup>. La saisie consiste à donner une expression monétaire à une opération économique concernant l'entreprise. Le rédacteur des comptes n'exerce, le plus souvent, aucune action véritable. L'opération, une vente par exemple, s'exprime déjà sous une forme chiffrée en unité monétaire. En revanche, les opérations comptables, celles qui n'ont d'existence que par rapport à la comptabilité, comme les provisions pour dépréciation des stocks, ne représentent aucune opération économique réalisée par l'entreprise. La saisie passe par un double calcul, celui de la valeur du stock et celui de l'éventuelle dépréciation. Elle fournit donc deux occasions à la subjectivité de s'exprimer. Le classement comptable suppose d'intégrer les données dans des ensembles plus vastes, les unités élémentaires de classement, les classes ou les sous-classes, qui supposent la mise en œuvre de critères d'utilisation. Enfin, la phase de l'enregistrement comptable est la phase matérielle de l'écriture comptable. Cet archivage n'aboutit qu'à la création d'une base de données, comme telle, inutilisable mais permettant de concevoir les messages financiers à partir d'une opération d'agrégation. Celle-ci consiste à construire les états financiers en regroupant les données par grandes catégories pour aboutir au bilan ou au compte de résultat. Là encore, là surtout, le comptable jouit d'une très grande liberté.

Pour couronner le tout, l'ensemble des opérations impose le recours à un formidable outil d'abstraction : l'unité monétaire qui permet l'agrégation d'objets très différents et donc de rendre homogène un tout hétérogène, l'entreprise. Mais la monnaie n'est pas un étalon de valeur universel. Certaines données, comme le climat social ou la qualité des hommes, lui échappent. De plus, l'instrument ne vaut pas partout. La coexistence de différentes monnaies oblige l'entreprise internationale à des conversions. Enfin, l'emprise du temps produit l'érosion de l'outil de mesure : la comptabilité agrège des valeurs exprimées en unités monétaires d'époques différentes. À cette source d'imprécision, s'ajoutent encore les erreurs, volontaires ou involontaires. Elles se regroupent en trois catégories : les inexactitudes matérielles, sous forme d'omission ou d'erreurs dans les écritures ; les inexactitudes dans la présentation comptable, par transfert d'un chiffre d'un poste à un autre, par exemple ; les erreurs dans les évaluations, par majoration d'actifs ou minoration de passifs, par exemple.

Ainsi, « *les images comptables obéissent à des postulats, des hypothèses, des choix et des conventions d'observation, de quantification et de*

(12) Cf. Jean-Louis Navarro, Guide technique et théorique du Plan comptable général, Montchrestien, Paris, 2000, n° 110 et s.

*saisie du réel très spécifiques* » <sup>(13)</sup>. Cette spécificité explique l'existence des « *principes de la comptabilité* » comme celui de l'image fidèle, déjà évoqué ; de la quantification monétaire ; des coûts historiques ou de prudence ; celui de la permanence des méthodes ; ou celui de la continuité de l'exploitation. Mais, forgés au fil du temps et de façon empirique, ces principes ne forment pas un ensemble hiérarchisé de règles. La comptabilité tout entière paraît même façonnée par la contradiction entre normes, contradiction qui pourrait aboutir au désordre le plus total, mais qu'encadre une culture partagée, un *habitus* longuement forgé par un stage pratique commun aux formations comptables de tous les pays. Ce noviciat permet l'acquisition des rites ouvrant au célébrant du culte de la valeur les portes de la congrégation.

Ainsi, le principe de l'image fidèle ne fait pas partie du fonds historique du droit de la comptabilité français. Il provient de la tradition comptable anglaise, « *true and fair view* », passé dans la quatrième directive communautaire, il a été transposé en droit interne par la loi du 30 avril 1983. Ce principe traduirait la nécessité de donner une image véridique et honnête de la réalité économique de l'entité. Il heurte de front un ensemble de principes traditionnels de la comptabilité en France, notamment ceux de prudence et de coût historique. Le principe de coût historique trouve son siège à l'article L. 123-18 du Code de commerce : « *À leur date d'entrée dans le patrimoine de l'entreprise, les biens acquis à titre onéreux sont enregistrés à leur coût d'acquisition, les biens acquis à titre gratuit à leur valeur vénale et les biens produits à leur coût de production* ». Pour les moins-values, le texte précise : « *Si la valeur d'un élément de l'actif devient inférieure à sa valeur nette comptable, cette dernière est ramenée à la valeur d'inventaire à la clôture de l'exercice, que la dépréciation soit définitive ou non* ». En revanche, « *la plus-value constatée entre la valeur d'inventaire d'un bien et sa valeur d'entrée n'est pas comptabilisée* ». Le coût historique, traduction comptable du principe juridique du nominalisme, postule la stabilité monétaire. Il constitue un principe important, mais pas absolu. En effet, quand la valeur d'un élément d'actif devient inférieure à sa valeur nette comptable, le Code de commerce prescrit de la ramener à la valeur d'inventaire à la clôture de l'exercice. Cette dernière se définit comme la « juste » valeur négociée sur un marché et, en l'absence de marché, comme la valeur d'utilité estimée avec la prudence nécessaire. Mais il n'y a pas d'application systématique d'appréciation des éléments du bilan à la juste valeur puisque, au nom du principe de prudence,

(13) Bernard Colasse, préc., p. 35.



les hausses de valeur ne sont constatées qu'au moment de leur réalisation : seul un bénéfice réévalué peut figurer en comptabilité.

L'enregistrement au coût historique fournit une règle simple d'évaluation des biens. Mais son usage conduit à contredire le principe de l'image fidèle. Un exemple permet de le comprendre en comparant la situation comptable de deux entreprises de valeur identique, mais dont l'une se développe par croissance interne et l'autre par croissance externe. La première entreprise, si elle n'opte pas pour une réévaluation d'ensemble, comptabilisera tous ses actifs au coût historique et les éléments incorporels créés au fil des années – marques, fonds de commerce, savoir-faire, investissements de recherche, par exemple – et dont la valeur peut s'avérer considérable, ne figureront pas au bilan. La deuxième entreprise, créée par croissance externe, voit l'essentiel de ses actifs réévalués à leur juste valeur lors de l'entrée dans son patrimoine. Temporairement au moins, les comptes s'approchent de la juste valeur <sup>(14)</sup>.

Dans ces circonstances, pourquoi ne pas laisser les dirigeants libres de procéder à des réévaluations périodiques ? Par crainte des manipulations – consistant à réévaluer certains postes et pas d'autres afin de dissimuler une situation difficile, par exemple – le droit français prescrit une réévaluation globale de tous les actifs d'une même catégorie et ne l'autorise que pour les immobilisations corporelles et financières. À supposer que les entreprises prises pour exemple soient des maisons productrices de vin de Bordeaux, elles pourront réévaluer les vignobles, mais ni le stock de vin en cours de vieillissement, ni les marques. Mais rien ne leur interdit de vendre ces stocks à la valeur de marché à une entité ad hoc et de les racheter immédiatement, dégageant une valeur de marché dans leur bilan et une plus-value comptable dans leur compte de résultat.

L'ingénierie financière n'est qu'une sophistication du mécanisme permettant de minimiser le coût fiscal et de rendre la manipulation moins visible : instruments dérivés de gré à gré, equity swaps, montages de defeasance, de titrisation ou de déconsolidation <sup>(15)</sup> permettent de réaliser ce toilettage comptable. Ces opérations, souvent dépourvues de toute justification économique, constituent une part importante de « l'industrie financière » destinée à embellir les bilans. Elles ne servent, de façon certaine, que les intérêts de ceux qui les prescrivent ou les réalisent, les banques d'affaires ou les sociétés d'audit, par exemple. De plus, elles permettent aux

dirigeants de « façonner » le résultat comptable. Ils peuvent jouer sur le passif, car les charges prévisibles ou les dépréciations non définitives d'actifs se fondent sur une appréciation subjective des risques. Inversement, en utilisant de façon opportuniste le concept de résultat de transaction, les dirigeants peuvent céder les actifs recelant des plus-values latentes, de préférence à des actifs grevés de moins-values potentielles, afin d'engendrer des bénéfices ou de « lisser » les résultats. Le commissaire aux comptes se doit de révéler cette politique comptable, notamment dans l'annexe du bilan. Contre-pouvoir bien modeste et souvent inefficace à considérer le nombre d'affaires récentes et leur ampleur. Pourtant, les contestations de la comptabilité risquent encore de s'accroître avec l'évolution de la comptabilité qui conduit à multiplier les recours à la « juste valeur ».

## B – La chimère de la juste valeur

Les instruments financiers et les dérivés exacerbent la question de l'évaluation. Leur comptabilisation constitue un enjeu majeur car ils représentent aujourd'hui un encours instantané estimé à plus de 130.000 Md de dollars qui, pour l'essentiel, ne figurent pas dans les bilans des entreprises <sup>(16)</sup>. Or ces instruments jouent une fonction économique ambiguë qui rend le traitement comptable délicat. Dans certains cas, ils constituent des opérations de réduction des risques financiers, on parle alors d'opérations de couverture. Dans d'autres, ils visent à « optimiser » les résultats, au prix d'un accroissement des risques et de l'accroissement de l'instabilité financière. De plus, ces produits dérivés mobilisent de faibles flux financiers lors de l'engagement initial, mais ils peuvent engendrer un risque ultérieur très important. L'activité d'une entreprise comme Enron permet d'en comprendre le mécanisme. Cette dernière vendait non seulement de l'énergie, mais aussi le prix de l'énergie à terme. Par un mécanisme comparable à l'assurance, elle garantissait un prix pour une somme modique. Pour un centime d'euro, par exemple, elle garantissait un prix d'un euro à l'échéance. Si le prix de l'énergie s'avérait inférieur, l'option était perdue. Mais si le prix s'élevait à un euro dix, la valeur de l'engagement initial se trouvait multipliée par dix. Cet « effet de levier » permettait des gains parfois considérables. Certains produits proposés par Enron ont vu leur valeur multipliée par mille. Comptabiliser ces instruments à leur coût historique ne permet pas de révéler leur valeur économique.

Aussi, à partir du début des années 1990, le concept de « juste valeur » (*fair value*) a été étendu à l'information sur les instruments financiers puis

(14) Cf. Philippe Danjou, *Réflexions à propos de la juste valeur : l'ambition des comptables n'est-elle pas démesurée*, *Revue d'économie financière*, 2003, n° 71, p. 179.

(15) Pour une description de ces opérations, cf. Jean Devèze, Alain Couret et Gérard Hirigoyen, *Lamy, droit du financement*, spéc. n° 1310 et s. et 1349 et s.

(16) Philippe Danjou, *préc.*, p. 182 et 183.



s'est généralisé dans des domaines très variés, non seulement comme principe d'évaluation initiale, mais aussi des valorisation, tant pour les actifs que pour les passifs. Sous l'impulsion de la SEC mais aussi des sociétés d'audit, la juste valeur se généralise dans la normalisation comptable aux États-Unis (17). De même, la norme IAS 32 de 1995 relative à l'information à fournir sur les instruments financiers, retient la juste valeur comme base d'évaluation. À partir de 1998, avec l'achèvement du plan de refonte de l'ensemble des normes IAS, l'IASC introduit la référence à la juste valeur dans toutes ses normes, couvrant des domaines aussi variés que les regroupements d'entreprises, les engagements sociaux, les actifs incorporels, le portefeuille des titres ou la réévaluation des immobilisations. De plus, la norme IAS 39, adoptée à la même date et relative à la comptabilisation et l'évaluation de certains instruments financiers, retient la juste valeur, sauf si l'entité décide de conserver ces actifs jusqu'à l'échéance, leur faisant produire leur effet de couverture contre le risque.

Le recours à la juste valeur ne présente, en théorie, mais en théorie seulement, que des avantages. Il permet de limiter le pouvoir de ceux qui dressent les comptes, il donne une mesure de l'exposition aux risques et fournit une image fidèle de l'entreprise. Pourtant le principe de l'évaluation à la juste valeur fait l'objet de multiples critiques.

Au plan de l'expérience historique, pour autant que l'argument puisse convaincre des idéologues, il faut savoir que la Grande-Bretagne, pour tenter de corriger les effets de l'inflation, avait adopté en 1980 le principe de l'évaluation en valeur courante. Dès 1985, la norme devient facultative et elle disparaît en 1988. Jean-François Casta écrit à ce propos : « *Aucune des nombreuses recherches empiriques qui ont été menées sur le sujet n'a pu établir que l'information élaborée sur la base du coût de remplacement avait un contenu informatif significativement supérieur pour le marché. Dès lors, l'absence d'identification réelle des besoins des utilisateurs par les normalisateurs, le surcoût supporté par les entreprises pour produire une information en valeur courante au regard de son caractère plus subjectif et facilement contestable, la vive opposition des auditeurs sont autant de causes – associées à l'impossibilité de mettre en évidence l'utilité de cette information – qui ont conduit à l'abandon rapide de ces normes dans un contexte de ralentissement de l'inflation* » (18). De même, l'évaluation en juste valeur n'a pas empêché un vaste mouvement de révision des comptes de la quasi totalité des

plus grandes entreprises cotées à la bourse de New York au lendemain de l'affaire Enron, scandale dans lequel la juste valeur trouve sa part de responsabilité (19) en permettant une forte surévaluation des actifs.

Cette épidémie aurait dû logiquement conduire les autorités communautaires à remettre en cause le principe de l'adoption de l'ensemble des normes IAS fondées sur des principes identiques, en décidant d'un moratoire, par exemple. Il n'en a rien été, le mouvement une fois lancé paraît inexorable. Malgré tout, le règlement de la Commission du 29 septembre 2003 retardait de l'intégration européenne les normes IAS 32 et 39 tant l'opposition qu'elles suscitent est unanime.

Les banques et les compagnies d'assurances d'abord, dont les actifs se composent pour l'essentiel de produits financiers, font valoir que le ratio prudentiel incorpore le risque lié à l'actif. Or, l'évaluation à la juste valeur accroît le risque de volatilité, alors que le coût historique présente l'avantage de lisser les résultats. Le passage à la juste valeur risque donc de ralentir fortement le rythme de financement de l'économie, d'accroître le caractère procyclique du crédit, autrement dit de restreindre encore plus l'offre de crédit en période de récession afin de respecter le ratio de solvabilité. Par ailleurs, les analystes financiers « *accueillent avec la plus grande réserve la juste valeur qui risque de brouiller la lecture à la fois du bilan et du compte de résultat... Louable dans son principe, le principe risque dans la pratique d'éroder davantage le crédit de la comptabilité et des entreprises auprès des investisseurs* » (20). Le chef de service des affaires comptables de la COB écrit : « *Il n'est pas à mon avis encore démontré que l'actionnaire souhaite lire, directement dans un bilan la valeur réelle de l'entreprise et, cela fut-il le cas, il n'est pas certain que cet objectif soit réalisable, en raison notamment de l'incapacité de la comptabilité à bien traduire les incorporels générés par l'entreprise* » (21).

Le président de l'IFAC (*International Federation of Accountants*), qui a pourtant promu l'évaluation à la juste valeur, René Ricol, affirme qu'il « est indispensable de reconnecter le marché et les comptes de l'entreprise ». Mais il constate aussi que « *la mise en sommeil de la norme IAS 39 est une bonne chose, la communauté financière n'est certainement pas mûre pour pouvoir être considéré comme une référence systématiquement fiable et*

(17) Jean-François Casta, La comptabilité en « juste valeur » permet-elle une meilleure représentation de l'entreprise ?, Revue d'économie financière, 2003, n° 71, p. 24.

(18) Id. p. 21.

(19) Cf. Le rapport du Sénat américain, in Marie-Anne Frison-Roche, Les leçons d'Enron, Autrement, Paris, 2003, p. 88 et s.

(20) Commission comptabilité et analyse financière de la SFAF, Comment les analystes financiers accueillent-ils la juste valeur ?, Revue d'économie financière, 2003, n° 71, p. 155.

(21) Philippe Danjou, préc., p. 192.



*incontournable en matière d'évaluation* » (22). Enfin, le président de l'IASB lui-même reconnaît que si « *la généralisation de la juste valeur aurait de nombreux avantages* », il n'en demeure pas moins « *qu'elle entraînerait de nouveaux problèmes et aspects à prendre en compte, le plus important étant sans doute les inquiétudes relatives à la fiabilité* » (23).

L'épisode soulève deux questions, celle des raisons de l'hostilité quasi-générale à la juste valeur et celle des causes qui pourraient expliquer pourquoi un système aussi mauvais a pu voir le jour et s'imposer dans de si nombreux domaines. L'hostilité à ce système s'explique par l'insécurité qu'il génère. Les juristes le savent bien, le débat sur le « juste prix » est un débat insoluble. Aussi une sagesse séculaire conduit à limiter la rescision pour lésion à des hypothèses marginales. Au total, le prix se négocie ou le prix s'arbitre, l'expression signale bien la part d'arbitraire inhérente à l'opération. Parfois, mais très rarement, le prix se constate lorsqu'il existe un marché véritable. Le prix relève plus de la volonté que de la connaissance, de la magie sociale plus que de la science.

S'agissant de l'entreprise, un exemple permet de prendre conscience de la difficulté. La Banque de France, à partir d'un échantillon de sociétés non cotées, a procédé à une évaluation en utilisant différentes méthodes. Pour prendre les extrêmes, en considérant les fonds propres à leur valeur comptable, on obtient 664 milliards d'euros, avec la méthode du revenu courant, le résultat obtenu s'élève à 3 659 milliards d'euros (24).

S'agissant d'objets aussi volatils que des instruments financiers, la question devient insoluble. En effet, la théorie économique fait dépendre la valeur des biens des attentes des revenus futurs qu'ils sont supposés générer. Autrement dit, ce mode d'évaluation présente un caractère subjectif puisqu'il établit un lien entre l'évaluation et les anticipations de l'évaluateur. Le recours à la valeur d'usage ou aux revenus futurs attendus conduit à des « *spéculations hypothétiques relatives à des revenus futurs sujets à tous les aléas de la subjectivité des évaluateurs* » (25). Pour estimer les revenus des instruments financiers, le recours à des modèles s'impose qui établissent des hypothèses de taux d'actualisation et de taux de croissance future. Ces modèles, en apparence très séduisants, parce que très sophistiqués – ça « fait » science – reposent sur des fictions ; ils sont des constructions d'équations à

inconnues multiples, bâties sur le sable d'hypothèses invérifiables. La comptabilité ne reflètera jamais la « véritable valeur » de l'entreprise car elle n'existe pas. Il ne faut donc pas s'étonner que la juste valeur s'avère aussi polémogène. Ainsi, l'IASB a du créer un comité de mise en œuvre de l'IAS 39 (*Implementation Guidance Committee*) chargé d'apporter des réponses aux problèmes de mise en œuvre de la norme. Il siège en permanence et a déjà publié des centaines de pages d'interprétation. Si le juge doit estimer la « valeur véritable » d'une entreprise, il ne pourra pas se dispenser d'en prendre connaissance.

Comment les comptables ont-ils pu faire admettre cette grande illusion aux organismes nationaux chargés de la réglementation comptables et aux institutions européennes ? La très large délégation de pouvoirs, sans contrôle ni contre-pouvoir, consenties aux organes de régulation explique le phénomène. Seuls les grands cabinets d'audit, placés aujourd'hui en situation d'oligopole, disposent des moyens financiers d'entretenir des ambassadeurs permanents au sein des instances chargées d'adopter et d'interpréter les règles comptables (26). Cette délégation aveugle, et la complicité entre la SEC et les sociétés d'audit explique une propagation du virus de la full fair value. Les cabinets d'audit, seuls capables de mettre en œuvre les modèles sophistiqués nécessaires, disposent non seulement d'une source de revenus conséquente – ils conseillent les entreprises dans les montages, les inscrivent dans les comptes qu'ils contrôlent et soutiennent les solutions devant des autorités de régulation boursière peuplées d'anciens collègues – mais aussi du moyen d'exclure du marché tous les concurrents potentiels ne disposant pas du même capital économique et social.

La situation présente donc quelque chose de paradoxal. Alors que les comptables réalisent que la « juste valeur » les précipite dans un beau guépier, voilà que la Cour de cassation semble vouloir plonger les juges dans la même panade en leur imposant d'estimer la « véritable valeur » de parts sociales. Il serait dommage d'oublier la longue tradition de prudence de notre droit qui contient la tâche d'estimer dans des limites sûres.

(22) René Ricol et Sonia Bonnet-Bernard, La juste valeur : un serpent de mer depuis bientôt quinze ans, *Revue d'économie financière*, 2003, n° 71, p. 63 et s.

(23) David Tweedie, Le rôle de la juste valeur dans la comptabilisation des instruments financiers.

(24) Cité par Claude Picard, L'estimation d'une valeur de marché d'une société non cotée, *Économie et statistique*, n° 366, 2003, p. 99.

(25) Maurice Nussenbaum, Juste valeur et actifs incorporels, *Revue d'économie financière*, 2003, n° 71, p. 74.

(26) La commission des Communautés européennes réalise – mais un peu tard, après avoir adopté en bloc les normes IAS, présentées, un temps, comme les « meilleures normes au monde » (note au Conseil EcoFin informel des 12 et 13 avril 2002 à Oviedo, p. 2) – que le travail de normalisation de l'IAS « est essentiellement mené par et pour les professionnels de l'audit » (Communication de la commission du 21 mai 2003 Renforcer le contrôle légal des comptes dans l'Union européenne, p. 7). Les normes IAS sont les meilleures normes au monde pour les sociétés d'audit.



## II. LA PRUDENCE DU DROIT

L'idéologie sous-jacente à l'économie de marché fait de la liberté individuelle et du risque le fondement et la justification de la fortune. Il ne faut pas une énorme dose de cynisme pour constater plutôt un transfert des risques sur autrui et une captation des profits. En voilà un nouvel exemple. Des acteurs de l'économie du risque s'avèrent incapables d'estimer par eux-mêmes le prix de leurs propres affaires. Ils transfèrent soit à un tiers rémunéré, l'évaluateur – pourquoi pas ? – soit à la collectivité toute entière en la personne du service public de la justice – est-ce vraiment acceptable ? – la charge et le risque d'évaluer la « véritable valeur » des titres et des entreprises (27). Car l'arrêt de la Cour de cassation conduit bien là : transférer sur le juge judiciaire l'exécution d'une obligation d'estimation impossible (A).

Les opérations de cession et de restructuration des entreprises, à l'occasion desquelles les parties recourent à l'article 1592 du Code civil, montrent bien cette psychose de la prise de risque dans des contrats multipliant les clauses de garantie. Pourtant rien n'oblige le juge à prêter la main à cette opération de transfert des charges alors qu'il se trouvera toujours l'une des parties pour critiquer les conclusions des experts, ce qui conduira inéluctablement à la multiplication des procès. Il suffirait de renvoyer à un principe bien connu du droit des contrats, l'autonomie de la volonté, particulièrement adapté au fonctionnement de l'économie de marché, nous dit-on (B).

### A – La nature de l'obligation d'estimation

Dans ces affaires, les magistrats se trouvent dans une situation inconfortable, pris entre deux logiques, celle du respect de la spécificité de la tâche des estimateurs et celle de ne pas laisser sans secours la victime d'une erreur, au risque d'attiser les contestations. Dès lors, l'équilibre s'avère difficile à trouver et remis en cause au gré de chaque espèce.

Outre l'établissement des comptes sociaux, la question de l'estimation des titres par experts (28) se pose en deux circonstances, pour l'essentiel.

D'une part, comme en l'espèce, en cas de cession volontaire de droits sociaux. En vertu de l'article 1591 du Code civil, relatif à la vente, les parties doivent déterminer le prix. Mais l'article 1592 dispose : « *Il peut cependant être laissé à l'arbitrage*

*d'un tiers ; si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente* ».

D'autre part, le droit des sociétés recourt à l'agrément dans la cession des droits sociaux (29). Par exemple, dans les sociétés à responsabilité limitées et en vertu de l'article L. 223-14 du Code de commerce, les parts sociales ne peuvent être cédées à des tiers qu'avec le consentement des associés. Par exemple encore, dans les sociétés anonymes, l'article L. 228-23 autorise les statuts à stipuler une clause d'agrément. En cas de désaccord sur le prix de rachat, l'article 1843-4 dispose : « *Dans tous les cas où sont prévus la cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible* ».

Deux questions se posent, celle de la qualification de l'expert et celle de la nature de son obligation.

Les textes du Code civil montrent les difficultés de la qualification du tiers estimateur et, faut-il souligner par parenthèse, les incertitudes du droit. L'un évoque le contrat d'arbitrage, l'autre parle d'expert. Mais ces qualifications ne lient pas l'interprète. S'agissant de l'expert de l'article 1592, notre arrêt le qualifie de mandataire et vise l'article 1992 du Code civil qui dispose : « *Le mandataire répond non seulement de son dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion* ». Pourtant, la qualification de mandat prête à discussion dans la mesure où le tiers ne conclut pas, à proprement parler, d'acte juridique pour autrui, mais il contribue à la perfection de celui-ci. Par ailleurs, l'essentiel de la mission du tiers consiste en une prestation d'ordre intellectuel, l'investigation matérielle sur les documents comptables et, par des calculs, l'estimation d'un prix. Aussi, une partie de la doctrine propose de retenir la qualification de contrat complexe, mêlant mandat et entreprise (30).

En revanche, la qualification d'arbitre, utilisée par l'article 1592, irait assez bien à l'homme de l'article 1843-4, qui parle pourtant « d'expert », puisqu'il tranche une contestation (31). D'ailleurs, le statut de l'expert s'alignerait sur celui de l'arbitre

(29) Cf. par exemple, Paul Le Cannu, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 2002, n° 1054 et s.

(30) V. par exemple, Jean Moury, *Des ventes et des cessions de droits sociaux à dire de tiers* (Étude des articles 1592 et 1843-4 du Code civil), *Rev. sociétés*, 1997, p. 445, spécialement n° 14 et 15 ; cf. également Laurent Leveneur, *préc.*

(31) Cf. par exemple, Alain Viandier, note sous *Cass. com.* 4 novembre 1987, *JCP* 1988, II, 21 050 ; Loïc Cadet, *Arbitre, Arbitrator, Glosses et post-glosses* sous l'article 1843-4 du Code civil, *Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Da. 2003, p. 153.

(27) En forçant le trait, on pourrait observer que les affaires privées de l'économie de marché devraient échoir à la justice privée, et payante, l'arbitrage.

(28) De façon générale, sur l'estimation de la valeur des droits sociaux, et notamment en matière fiscale, voir l'important article d'Alain Couret et al., *Les contestations portant sur la valeur des droits sociaux*, *Bull. Joly*, 2001, § 242.



puisque la Cour de cassation exige de l'estimateur indépendance et impartialité <sup>(32)</sup>.

Quelle que soit la qualification retenue, le débat reste passablement académique puisque les interprètes s'accordent sur la nature de l'obligation assumée par l'estimateur, une simple obligation de moyens. Le régime de la responsabilité des experts du chiffre – experts-comptables, commissaires aux comptes ou estimateurs – se fonde, en effet, sur ce type d'obligation. Si le critère de répartition entre les deux grandes catégories d'obligations, moyens ou résultat, repose sur l'aléa, la nature même de l'opération d'estimation explique la qualification.

La jurisprudence relative aux commissaires aux comptes fournit un intéressant point d'appui à l'analyse. Car la loi impose la certification des comptes, mais elle ne fournit pas de critère ou de méthode garantissant la régularité et la sincérité des comptes. L'incertitude des règles comptables et la relativité de cet art condamneraient toute tentative législative dans ce sens. Même un contrôle de la plus extrême qualité, réalisé par un expert omniscient et impartial, ne pourrait pas aboutir à la certitude que l'image obtenue correspond absolument à la réalité. Or l'article L. 225-241 du Code de commerce dispose que « les commissaires aux comptes sont responsables, tant à l'égard de la société que des tiers, des conséquences dommageables des fautes et négligences par eux commises dans l'exercice de leurs fonctions ». Mais cette obligation du commissaire porte sur la diligence de son contrôle, certainement pas sur le résultat de sa mission <sup>(33)</sup>.

Certes, certaines missions relèvent de l'obligation de résultat, comme la certification de l'exactitude du montant des rémunérations les plus importantes (art. L. 225-115, 4<sup>o</sup> du Code de commerce). Mais la mission essentielle – celle de contrôle des comptes et de la vie sociale aboutissant à l'expression de son opinion sur la régularité et la sincérité des comptes et des informations délivrées – relève de l'obligation de moyens. La faute ou la négligence ne résultera pas d'une erreur dans les chiffres, mais d'une différence entre ce que le commissaire a fait et ce qu'il aurait dû faire, tenir le comportement d'un professionnel normalement prudent, diligent et actif.

Pourtant, il arrive que, comme dans l'arrêt du 4 février 2004, la Cour de cassation semble céder à la tentation de l'obligation de résultat. Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 17 octobre 1984 en fournit l'illustration. En l'espèce,

(32) Cf. en dernier lieu, Cass. com., 5 octobre 2004, Bull. July 2005, § 44, note Giulio Cesare Giorgini.

(33) Cf., par exemple, Dominique Vidal, Le commissariat aux comptes dans la société anonyme, LGDJ 1985. Mais aussi l'article très éclairant de Jean-François Barbiéri, Quelques observations sur le fondement, la nature et le domaine de la responsabilité civile des commissaires aux comptes, Bull. July 2004, § 123, p. 617.

une société souscrit à une augmentation de capital d'une autre au vu des comptes établis par le comptable et vérifiés par le commissaire aux comptes. Une insuffisance d'actif apparaît par la suite. Le souscripteur engage la responsabilité des hommes du chiffre mais la Cour d'appel rejette l'action en jugeant que le comptable n'avait pas commis de faute et que le préjudice invoqué ne présentait pas de lien de causalité avec le fait du commissaire aux comptes. La Cour de cassation casse l'arrêt en jugeant : « Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'elle constatait que les comptes établis par le comptable et vérifiés par le commissaire aux comptes, ne correspondaient pas à la réalité, la Cour d'appel n'a pas tiré de ses constatations les conséquences légales qui en découlent » <sup>(34)</sup>. L'arrêt semble reprocher à la Cour d'appel de ne pas avoir déduit la faute de la seule inexactitude des comptes. Sous cette forme, Alain Viandier critique la solution en écrivant « l'approche est simple, mais elle évoque fâcheusement le raccourci ; si l'infidélité des comptes est un indice sérieux de la responsabilité de l'expert, ce n'est aucune-ment une présomption absolue ». Mais l'arrêt autorise aussi une autre lecture, sur le terrain du lien de causalité puisque la cassation est prononcée sur un moyen unique « pris en ses deux branches », la faute et le lien de causalité. Il demeure donc difficile de déceler la cause de la cassation : la faute ou le lien de causalité ?

Quoiqu'il en soit, la jurisprudence postérieure ne laisse aucun doute sur la religion de la Cour de cassation. L'inexactitude des bilans ne suffit pas pour induire la faute du commissaire. Seule l'insuffisance des diligences permet de qualifier la conduite de fautive <sup>(35)</sup>. La solution semble raisonnable car adaptée aux incertitudes de la comptabilité. Elle dispense le juge d'avoir à apprécier la qualité du travail proprement comptable de l'expert.

En matière d'expertise du prix, l'obligation se trouvait encore allégée. L'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation, rendu sur le fondement de l'article 1843-3 du Code civil le 4 novembre 1987 <sup>(36)</sup>, marque le point de départ de la lignée jurisprudentielle. L'arrêt de la Cour d'appel refuse de modifier le prix fixé par l'expert. Le demandeur au pourvoi critique la solution en affirmant que l'article 1134 du Code civil interdirait de reconnaître un pouvoir discrétionnaire à l'homme de l'art désigné comme expert et non comme arbitre. La Cour de cassation choisit le terrain de la force obligatoire du contrat pour rejeter l'argument « en se remettant, en cas de désaccord sur le prix de cession d'actions, à l'estimation d'un expert, les

(34) JCP 1985, II, 20 458, note Alain Viandier.

(35) Cass. com., 9 février 1988, Bull. civ. IV, n° 68 ; Cass. com., 27 octobre 1992, Rev. sociétés 1993, p. 86, note Dominique Vidal.

(36) JCP 1988, II, 21 050, note Alain Viandier.



contractants font de celui-ci leur loi ». La Cour tire ensuite les conséquences de cette affirmation en jugeant « à défaut d'erreur grossière, il n'appartient pas aux juges, en modifiant le prix, d'imposer aux parties une convention différente de celle qu'elles avaient entendu établir ». L'erreur ordinaire de l'obligation de moyens ne suffit pas. Pour déclencher le contrôle proprement comptable, le demandeur doit démontrer l'erreur grossière.

Par la suite, la Cour de cassation confirme sa position <sup>(37)</sup> que la doctrine approuve en observant que la solution évite une remise en cause trop facile de l'évaluation de l'expert et « de placer le juge devant un pouvoir qui ne lui a pas été confié et pour lequel il n'a pas la compétence technique nécessaire » <sup>(38)</sup>.

Le débat se déplace alors sur le terrain de la définition de l'erreur grossière, ce qui conduit peu à peu les interprètes à perdre de vue les justifications de l'arrêt de 1987. La Cour de cassation retient, par exemple, que le non-respect par l'expert de la méthode d'évaluation définie par les parties constituerait une erreur d'une telle gravité <sup>(39)</sup>. La meilleure doctrine définit l'erreur grossière de façon si large <sup>(40)</sup> qu'elle se confond avec la faute commune de l'obligation de moyens.

Dans cette mesure, l'arrêt de la Cour de cassation du 6 février 2004 ne constitue pas véritablement une surprise. Il achève une évolution qui ramène la responsabilité de l'évaluateur dans la sphère de droit commun du professionnel. Pourtant les raisons justifiant l'arrêt du 4 novembre 1987 demeurent : la remise en cause trop facile des évaluations conduit au procès et, de plus, elle place le juge dans la situation infernale d'avoir à estimer la « véritable valeur » des titres. Le retour à l'autonomie de la volonté la plus classique permettrait de corriger ces vilains défauts.

## **B – Retour à l'autonomie de la volonté ou les contraintes de la liberté ?**

Un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux, censuré par la Cour de cassation le 9 avril 1991, retenait une motivation séduisante pour écarter l'action du mécontent contre un expert de l'article 1592 <sup>(41)</sup>. À en croire l'arrêt de cassation, la Cour d'appel jugeait « que les parties ayant choisi de s'en remettre à

un tiers pour fixer le prix de cession, il y avait lieu d'appliquer la loi des parties en retenant pour prix des parts sociales la somme déterminée par l'expert ». Cassation : il fallait rechercher « si les griefs allégués par les demandeurs à l'encontre des opérations d'expertise constituaient ou non des erreurs grossières ». L'arrêt de la Cour d'appel présente l'intérêt d'indiquer une piste, celle du principe de l'autonomie de la volonté, pour tenter de délimiter le rôle respectif des parties et du juge.

S'agissant des parties, le contrat de « mandat d'intérêt commun » présente pour les évaluateurs de précieuses ressources. D'abord, l'article 1592 du Code civil leur offre l'arme absolue du refus d'évaluation, dans ce cas, dit le texte, « il n'y a point de vente ». Par ailleurs, le tiers, professionnel le plus souvent, ne manquera pas de tenter d'obtenir l'insertion dans le mandat d'une clause d'exonération de responsabilité parfaitement valable en cas de faute légère, inefficace pour la faute lourde, ce qui ramènerait à la situation antérieure à l'arrêt de 2004.

Pour le contrat de vente, la situation au lendemain de l'arrêt conduit à un paradoxe. Il revient à appliquer de façon distributive et indépendante les règles de la vente et du mandat. Le visa de l'arrêt réunit les articles 1592 et 1992. Or, cela mène à mépriser les règles de la vente. Le demandeur obtient l'équivalent de la rescision pour lésion ou de l'erreur sur la valeur à la condition d'agir contre le tiers. Qui ne voit pourtant que l'intervention du tiers estimateur constitue une étape dans le processus de formation du contrat de vente. La place du texte dans le Code civil, à la suite de l'article 1591 qui dispose que « le prix de vente doit être déterminé et désigné par les parties », constitue un indice fort en ce sens. Il ne paraît pas déraisonnable d'envisager de regrouper les effets de la situation dans l'orbite de ce qui reste le contrat principal, la cession des titres. Après tout, l'accessoire suit le principal.

D'autant que la pratique des affaires révèle la difficulté de l'estimation du bien cédé. Ainsi Jean Paillassou constate, évoquant sa pratique des conventions de cession, que ces contrats prévoient un audit des comptes et il écrit : « Or un auditeur ne sera presque jamais d'accord avec le commissaire aux comptes, ni évidemment le commissaire aux comptes avec l'auditeur, et ni l'un ni l'autre avec l'expert-comptable de la société ». L'auteur ajoute : « La comptabilité est loin d'être une science exacte. Les options de comptabilité sont nombreuses et très ouvertes. Et un très grand nombre d'appréciations sont essentiellement subjectives ».

(37) Cf. par exemple, Cass. com., 6 juin 2001, JCP éd. E, 2002, II, 1292, note Daniel Cohen.

(38) Daniel Cohen, note préc. V. également la note d'Alain Viandier.

(39) Cass. com., 6 juin 2001, préc.

(40) Cf., par exemple, Maurice Cozian, Alain Viandier et Florence Deboissy, Droit des sociétés, Litec, 16<sup>e</sup> éd., n° 917, qui écrivent : « on pourrait poser que la faute ou erreur grossière est celle qu'un technicien normalement soucieux de ses fonctions ne saurait commettre. C'est donc par rapport au comportement d'un appréciateur avisé et consciencieux qu'il y aurait lieu d'apprécier l'erreur grossière ». Le comportement d'un professionnel tenu d'une simple obligation de moyens s'apprécie de façon identique.

(41) Bull. civ. IV, n° 139.



ves » (42). Dans ces circonstances, la qualification « d'arbitre » utilisée par le Code se justifierait assez.

Quoiqu'il en soit, cette indétermination explique et justifie le pouvoir abandonné à la volonté des parties. Celles-ci doivent fixer le montant du prix ou choisir les éléments objectifs de référence permettant de le rendre déterminable. La vente à prix indéterminé encourt la nullité absolue, faute d'un élément essentiel du contrat (43). Le juge ne pourrait pas estimer lui-même le prix ou établir les éléments permettant de le rendre déterminable (44). Ces règles du droit commun de la vente s'appliquent à la cession d'action ou de parts (45).

Dans les faits, les modalités varient d'une opération à l'autre et les parties jouissent d'une grande liberté. Le plus souvent les cessions requièrent l'établissement d'un bilan et d'un compte de résultat. Or « les parties sont déliées de toutes les dispositions légales et peuvent adopter, dans leurs relations, toutes stipulations qu'elles estiment opportunes, notamment pour les évaluations des différents postes de l'actif du bilan » (46) La négociation se transforme en querelle d'experts, chacun défendant les intérêts de son client. Ne reste alors que le recours à un expert commun, véritable arbitre, nommé et rémunéré par chaque partie, pour dénouer la situation.

En prévision d'un désaccord probable, les parties doivent prendre la précaution de désigner cet expert, faute de quoi le prix serait considéré comme indéterminé. La Cour de cassation sanctionne une Cour d'appel pour avoir jugé le prix déterminable alors que la fixation du prix supposait l'établissement contradictoire d'un bilan. L'arrêt juge que « la détermination du prix définitif nécessitait l'établissement contradictoire du bilan à la veille de la régularisation de la cession, sans que les parties, seules habiles à le faire, aient prévu la désignation, en cas de désaccord, d'un expert chargé de faire l'estimation, ce dont il résultait la nécessité d'un nouvel accord de volonté » (47). Or la nécessité d'un nouvel accord de volonté rend le prix indéterminé et le contrat nul.

Cette règle explique l'office du juge. L'arrêt de la 1<sup>re</sup> chambre civile de la Cour de cassation du

25 novembre 2003 (48) fournit une bonne illustration des règles applicables. En l'espèce, un compromis d'arbitrage chargeait un expert d'estimer la valeur des parts d'une société civile professionnelle. La Cour d'appel avait écarté l'estimation de l'expert. Ce dernier aurait commis une erreur en s'écartant des termes de sa mission. La Cour nommait donc un nouvel expert. Au visa de l'article 1843-4 du Code civil, la Cour de cassation sanctionne la Cour d'appel pour avoir elle-même désigné le nouvel expert. Exigeant un strict respect du texte, la Cour de cassation considère que la mission devait revenir, ainsi que le prévoit l'article 1843-4 au président du tribunal statuant en référé. Par ailleurs, et toujours au visa du même texte, la Cour juge « qu'il appartient au seul expert désigné en application de cet article de déterminer la valeur des droits sociaux ; d'où il suit qu'en procédant elle-même à cette évaluation, la Cour d'appel a encore violé le même texte ». La Cour casse l'arrêt sans renvoi. La procédure s'achève donc, mais pas le litige. Tout repart, négociation, arbitrage, expertise, recours aux juges. La doctrine relève donc l'extrême légalisme de la Cour de cassation, au nom du respect de la volonté des parties. La solution risque de produire un effet pervers. Elle conduira le contractant déçu à engager la responsabilité de l'expert, professionnel assuré, sans doute, plutôt que de respecter les exigences sévères posées par la Cour en matière de vente.

La liberté contractuelle suppose des contraintes pour les parties mais aussi pour le juge, que le recours à la responsabilité permet de contourner. Le contractant déçu obtiendra le rachat de la lésion ou la compensation par des dommages et intérêts de l'erreur de la valeur alors que le droit commun de la vente dresse un obstacle infranchissable à ces actions. Le juge estimera lui-même la « valeur véritable des parts », ce qui revient à fixer le juste prix. En pratique, il délèguera un expert pour estimer cette valeur. Car il ne disposera pas, sauf exception, de la compétence nécessaire à cette estimation. Cela revient à ajouter une estimation supplémentaire à toutes celles que les parties auront déjà obtenu et dont rien ne garantit qu'elle sera plus exacte ou plus juste que les précédentes (49). Enfin, le juge arbitrera librement le prix. Toutes libertés sévèrement interdites par une position rigide de la

(42) Garanties de l'acquéreur du contrôle, RJC novembre 1998, n° spéc., p. 61.

(43) Cf., par exemple, François Collart Dutilleul et Philippe Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., p. 144 et s.

(44) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 janvier 1999, *Contrats-Concurrence-Consommation*, avril 1999, p. 11, obs. Laurent Leveneur ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 novembre 2000, *Contrats-Concurrence-Consommation*, mars 2001, p. 12, obs. Laurent Leveneur.

(45) Cf. récemment Cass. com., 9 juin 2004, Bull. Joly, 2004, § 275, note Thibaut Mansart.

(46) Cf. Henri Hovasse, *Comptes sociaux et liberté contractuelle*, *Droit des sociétés*, mars 2004, p. 7.

(47) Bull. Joly, 2000, § 92, note Alain Couret ; RTD Civ., 2000, p. 318, obs. Jacques Mestre et Bertrand Fagès et les références citées.

(48) D. 2003, 3053, note Alain Lienhard ; *Droit des sociétés*, juin 2004, p. 13, note François Guy Trébulle ; *Rev. des soc.*, 2004, p. 93, note Yves Chartier ; RTD Civ. 2004, 308, obs. Pierre-Yves Gautier.

(49) En l'espèce, le collège d'expert semblait jouir d'un grand prestige. Par exemple, il comptait parmi ses membres le président de l'IFAC, René Ricol. Or en matière de croyance, le charisme personnel du célébrant compte pour une bonne part dans l'efficacité sociale du culte, le culte de la valeur ici. À autoriser trop facilement la contestation du charisme de l'expert, le juge dévoile la fragilité de la croyance. On imagine mal que la Cour de cassation poursuive consciemment cet objectif proprement révolutionnaire qui s'attaque au fondement même de notre société.



Cour de cassation en matière de détermination du prix.

Pourtant, dans une économie de marché, nous dit-on, le prix résulte de la loi de l'offre et de la demande, de la libre négociation entre vendeur et acheteur. Il relève de la volonté bien plus que de la justice. Cette liberté suppose des contraintes. Les parties décident de vendre et d'acheter, doivent fixer elles-mêmes les règles du jeu, désigner leurs experts et décider de conclure ou de ne pas conclure la cession. Si elles se trompent dans le prix, elles supportent la responsabilité de leur erreur. Si elles choisissent mal leur expert, si elles fixent des règles d'estimation inadaptées, tant pis pour elles. Que se passerait-il, par exemple, si l'expert écartait une règle d'estimation impraticable, aboutissant à une erreur grossière, mais que les parties auraient librement adoptée ? Beau conflit en perspective entre le respect du contrat et le risque de l'erreur grossière. Après tout, la loi dit « *les prix sont librement déterminés par le jeu de la concurrence* ». Elle ne dit pas qu'ils doivent être justes ou exacts.

En conclusion, observons que la solution de la Cour de cassation paraît intelligente et subtile – elle distingue vente et mandat, il n'y a rien à redire – très juridique même en appliquant la règle commune de la responsabilité du professionnel à l'expert, celle de l'obligation de moyens. Elle a reçu l'approbation sans réserve de quelques bons esprits. Mais après avoir longuement plaidé pour l'abandon rapide de la solution, il faut encore s'interroger sur les raisons lointaines de cette jurisprudence. Comment se fait-il qu'après avoir clairement dégagé les enjeux du débat, éviter au juge les contestations systématiques et les missions impossibles, objectifs très raisonnables, la Cour de cassation en vienne à adopter une solution inverse et ne résiste pas à la tentation de secourir ceux qui savent se présenter à elle en « victimes » ?

À titre d'hypothèse, il pourrait être soutenu qu'il s'agit d'une manifestation d'interventionnisme dont notre culture nationale peine à se débarrasser. Lucien Jaume, dans un ouvrage remarquable<sup>(50)</sup>, démontre qu'il existe deux formes de libéralismes. Le libéralisme du sujet, à l'anglaise, fait confiance à l'individu et veille sur la protection de sa liberté, face à tous les pouvoirs, l'État notamment. Par contraste – et sans doute en réaction contre la terreur durable provoquée par la Révolution chez les élites nationales par la Révolution de 1798 – la France va développer un libéralisme anti-individualiste, poursuivre une tradition séculaire « d'individu effacé ». Toujours les élites – politiques, administratives, parmi lesquelles figurent les

(50) L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français, Paris, Fayard, 1997.

professeurs de droit, ou judiciaires – savent mieux que les intéressés eux-mêmes ce qui convient à leur propre situation. La découverte enchantée, par le Conseil d'État, du concept de dignité dans l'arrêt du 27 octobre 1995 en fournit un bel exemple. Cet arrêt valide l'arrêté d'un maire visant à interdire une activité « *portant atteinte au respect de la dignité de la personne humaine* ». En l'espèce, il s'agissait d'un spectacle, peu reluisant sans doute, de « lancer de nain ». Les juges ont trouvé là une occasion supplémentaire d'exercer une tutelle pétrie de bons sentiments sur les citoyens qu'il faut en permanence dresser au respect de soi-même<sup>(51)</sup>. Mais la véritable dignité ne consiste-t-elle pas à admettre la souveraineté du sujet ?

Ici aussi, et même en matière économique, le juge peine à donner sa pleine dimension à la liberté et à son corollaire, la responsabilité, occultant les conséquences pratiques mais aussi sociales de sa décision. Moyennant quoi, les particuliers transfèrent sur le juge la tâche de remplir une obligation de résultat impossible, apprécier « la valeur véritable des parts », valeur véritable qui, très certainement, n'existe pas.

Mais surtout, en disqualifiant les experts les plus reconnus dans leur profession elle-même, cette jurisprudence vend la mèche de la « valeur véritable ». Pour conserver leur efficacité aux croyances magiques et religieuses, l'accomplissement du culte suppose de conserver une part de mystère. Par chance pour les religions « véritables » les trépassés découvrant avoir été grugés par les « marchands de bien de salut » – selon la savoureuse expression de Max Weber – ne viennent pas se plaindre de la mauvaise exécution de leur obligation par ces professionnels. Nul ne saura jamais si le pari pascalien est gagné ou perdu. Par malheur pour les comptables, le contractant mécontent risque de gagner à tout coup. En toute hypothèse, le juge devra dire la « valeur véritable » afin de déterminer si l'expert a bien ou mal exécuté sa tâche. Autrement dit, la Cour de cassation place le juge du fond face à la question théologique dans une société de marché, celle de la valeur des biens.

(51) Cf. Yann Thomas, Le sujet de droit, la personne et la nature, Le débat, n° 100, p. 83 et s. et Olivier Cayla, Le coup d'État de droit, Le débat, n° 100, p. 127.

#### SOCIÉTÉS COMMERCIALES

##### **Sociétés anonymes.- Cession d'actions.- Prix de cession.- Évaluation par expert.- Erreur grossière (non).**

Il ne peut être reproché à l'arrêt attaqué qui a rejeté la demande d'annulation de l'expertise d'avoir violé le principe de la contradiction, dès lors qu'en se remettant, en cas de contestation sur le prix de cession de droits sociaux, à l'estimation d'un expert désigné conformément à l'art. 1843-4 C. civ., les contractants font de la décision de celui-ci leur loi et à défaut d'erreur grossière, il n'appartient pas au juge de remettre en cause le caractère définitif de cette décision. Ayant exactement rappelé que les experts ont toute latitude pour déterminer la valeur des actions selon les critères qu'ils jugent opportuns et constaté qu'en l'espèce l'évaluation était exempte d'erreur grossière, la Cour d'appel a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision.

**C. cass. com. 19 avril 2005 : Torlai c. Société KPMG et autres – Pourvoi n° 03.11.790 C – Rejet (C. app. Aix-en-Provence, 6 décembre 2002) – gr. n° 663PBR. 052111**

GAZETTE DU PALAIS DIMANCHE 12 AU MARDI 14 JUIN 2005

#### REFERES

##### **Pouvoirs.- Expertise.- Nouvelle expertise.- Conditions.**

Doit être cassé l'arrêt qui, pour ordonner une nouvelle expertise, retient que la société qui avait effectué des travaux litigieux est fondée dans le cadre de l'action récursoire du maître de l'ouvrage à l'encontre des architectes et entrepreneurs ainsi que de leurs assureurs à obtenir sur le fondement de l'art. 145 nouv. C. pr. civ. une mesure d'instruction que justifie l'existence d'un motif légitime de conserver ou d'établir, avant tout procès, la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution du litige. En statuant ainsi alors qu'elle avait relevé qu'une contre-expertise avait été ordonnée par la juridiction saisie de l'instance au fond, de sorte qu'il ne lui appartenait pas en référé d'étendre la nouvelle décision d'expertise, la Cour d'appel a violé l'art. 145 nouv. C. pr. civ..

**C. cass. 2° civ. 23 septembre 2004 : Compagnie Axa corporate solutions c. Société d'Aménagement des marines de Gassin et autres – Pourvoi n° 02.16.459 H – Cassation (C. app. Aix-en-Provence, 12 mars 2002) – gr. n° 1458P+B. 051157**

28 GAZETTE DU PALAIS VENDREDI 8, SAMEDI 9 AVRIL 2005

## PROCEDURE CIVILE

**Expertise.- Cas où elle peut être ordonnée.- Office du juge.- Expertise demandée par des héritiers en vue d'établir l'insanité d'esprit du testateur.- Carence des parties dans la preuve des faits qui leur incombe.- Rejet de la demande.**

Il ne peut être reproché à l'arrêt attaqué d'avoir refusé d'ordonner l'expertise sollicitée par des héritiers aux fins de rechercher et décrire l'état de santé de la défunte à la date où elle avait testé, dès lors que la Cour d'appel a estimé souverainement que l'allégation des héritiers tenant à l'impossibilité de produire des éléments de preuve de l'état de leur parente était peu crédible et en contradiction avec leur affirmation de liens constants et profonds avec celle-ci jusqu'à sa mort et qu'à l'évidence la dégradation de son état mental n'aurait pu leur échapper et aurait pu les conduire à prendre des mesures adaptées à la protection de ses intérêts comme des leurs et qu'il s'en déduit que les intéressés auraient pu établir l'insanité d'esprit alléguée autrement que par la mesure d'expertise sollicitée. Ainsi la Cour d'appel a fait une exacte application de l'art. 146, alinéa 2 nouv. C. pr. civ.

**C. cass. 1<sup>re</sup> civ. 2 mars 2004 : Consorts Polack c. Mme Morais – Pourvoi n° 02.15.211 A – Rejet (C. app. Versailles, 28 mars 2002) – gr. n° 349P+B. 042497**

**NOTE ■** La testatrice dont les dispositions étaient contestées avait institué son employée de maison légataire à titre universel à hauteur de 30% de son capital et ses héritiers faisaient grief à l'arrêt attaqué d'avoir déclaré son testament valable, refusant d'ordonner l'expertise qu'ils avaient sollicitée aux fins de déterminer si elle était saine d'esprit au moment où elle avait testé. Ils invoquaient le fait qu'ils étaient dans l'impossibilité d'établir son insanité autrement que par le témoignage de son médecin traitant qui s'y était refusé tant qu'il ne lui serait pas demandé par l'autorité judiciaire !!

Leur pourvoi est écarté au motif que la Cour d'appel avait estimé souverainement que l'allégation des demandeurs tenant à l'impossibilité de produire les éléments prouvant l'état de leur auteur était incompatible avec leur affirmation de liens constants et profonds qui leur auraient alors permis de prendre les mesures nécessaires à la protection de leurs intérêts réciproques.

Solution parfaitement justifiée dans la mesure où l'article 146 NCPC ne signifie nullement qu'une mesure d'instruction doit toujours être ordonnée dans le cas où une partie ne dispose pas d'éléments de preuve suffisants (Cass. soc. 18 décembre 1978, Bull. civ. 1978, V, n° 876 - Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 4 novembre 1982, Bull. civ. 1982, I, n° 316) et où la faculté d'ordonner ou de refuser une telle mesure relève du pouvoir souverain et discrétionnaire des juges du fond (Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 6 janvier 1998, Gaz. Pal. Rec. 1998, panor. cass. p. 107 [981686], Bull. civ. 1998, I, n° 3). C'est ainsi qu'une partie peut se voir opposer sa carence si ses allégations ne s'appuient sur

aucun fait précis autorisant à lui faire crédit (Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 4 février 1981, Bull. civ. 1981, I, n° 48). Telle était bien la situation en l'espèce.



## PROCÉDURE PÉNALE

**Instruction préparatoire – 1) Chambre de l’instruction – Composition – Incompatibilités – Chambre de l’instruction saisie d’une demande d’annulation de pièces – Magistrat ayant connu, en qualité de juge des libertés et de la détention, d’une demande de mise en liberté du mis en examen – Absence d’incompatibilité – 2) Expertise – Désignation des experts – A) Experts non inscrits sur l’une des listes prévues par l’article 157 du Code de procédure pénale – a) Nécessité d’une motivation – Référence aux compétences particulières des intéressés – Motivation suffisante – b) Nécessité d’une prestation de serment – Moment du serment – B) Experts ayant connu d’éléments de l’enquête avant leur désignation – Circonstance n’impliquant pas la partialité dans l’accomplissement de la mission**

1) Aucune disposition conventionnelle ne fait obstacle à ce que la chambre de l’instruction statuant sur une demande d’annulation de pièces comprenne un magistrat ayant précédemment rendu, dans la même procédure, en qualité de juge des libertés et de la détention, une ordonnance rejetant une demande de mise en liberté. Il s’agit, en effet, de deux instances distinctes, dont ni l’une ni l’autre n’implique qu’il soit prononcé sur la culpabilité.

2) A) a) Justifie sa décision la chambre de l’instruction qui, pour refuser d’annuler une expertise confiée par le juge d’instruction à deux experts ne figurant pas sur l’une des listes prévues par l’article 157 du Code de procédure pénale, relève que le juge d’instruction a motivé leur désignation en se référant à leurs compétences particulières pour répondre aux questions techniques posées.

b) Fait l’exacte application de l’article 160 du Code de procédure pénale la chambre de l’instruction qui, pour énoncer que la date des prestations de serment par écrit des experts satisfai-

sait aux prescriptions de cet article, relève que lesdites prestations de serment sont antérieures au dépôt du rapport d’expertise.

B) Justifie sa décision la chambre de l’instruction qui, pour écarter le grief de partialité des experts, chargés notamment de comparer les semelles de chaussures saisies chez l’un des mis en examen avec des traces relevées sur les lieux, retient que si, à cet égard, des similitudes avaient déjà pu être constatées par ces experts au cours de l’enquête préliminaire, cet élément n’implique pas qu’ils se soient montrés partiaux dans l’accomplissement de leur mission.

Cass. crim., 27 octobre 2004 : Nourredine X et Bernard Y – Pourvoi n° 04-85.182 – Rejet des pourvois contre C. Lyon (ch. de l’instr.), 2 juillet 2004 – M. Cotte, prés. ; M. Arnould, rapp. ; M. Finielz, av. gén. – M<sup>e</sup> Spinosi, SCP Picwnica et Molinié, av. F5844

## NOTE ■

### 1 – Composition de la chambre de l’instruction

En l’espèce, une information était en cours contre deux personnes mises en examen, Nourredine X et Bernard Y, des chefs de vol avec arme en bande organisée en récidive, enlèvement et séquestration de personnes aggravés en récidive, association de malfaiteurs et recel aggravé en récidive.

L’un des mis en examen, Nourredine X, ayant saisi la chambre de l’instruction d’une requête tendant à l’annulation de certaines pièces de la procédure, la chambre de l’instruction, lorsqu’elle a statué sur cette requête, comportait dans sa composition un conseiller à la Cour d’appel qui, précédemment, avait été juge des libertés et de la détention et avait, en cette qualité, rejeté une demande de mise en liberté présentée par Nourredine X.

Le demandeur intéressé faisait valoir, à l’appui de son pourvoi, que le magistrat en cause, dans son ordonnance de rejet de la demande de mise en liberté « s’était exprimé par des motifs surabondants sur la culpabilité du mis en examen » et il en déduisait que la participation de ce magistrat à la chambre de l’instruction était contraire aux exigences de l’article 6 de la Convention européenne des droits de l’homme.

Au sujet de ce grief, on peut remarquer que si le juge des libertés et de la détention saisi d’une demande de mise en liberté par un mis en examen n’a évidemment pas à prononcer sur le fond de la culpabilité du requérant, il est normal que son attention se porte sur les liens entre le mis en examen et les faits donnant lieu aux poursuites. En effet, d’une part, aux termes de l’article 80-1 du Code de procédure pénale, la mise en examen, qui conditionne la mise en détention provisoire, ne peut intervenir qu’à l’égard d’une personne contre laquelle il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblable

qu'elle ait pu participer, comme auteur ou complice, à la commission des infractions donnant lieu aux poursuites ; d'autre part, selon l'article 143-1 du même Code, il faut, pour qu'il y ait lieu, le cas échéant, à détention provisoire que les faits visés par les poursuites revêtent le caractère d'une infraction punie de l'une des peines spécifiées audit article.

Ceci étant, c'est sans relever l'allusion du moyen au caractère « surabondant » de certains motifs de l'ordonnance du juge des libertés et de la détention, que la chambre criminelle rejette le grief présenté.

Elle le fait en observant simplement que la demande de mise en liberté soumise au juge des libertés et de la détention et la demande d'annulation de certaines pièces de la procédure donnent lieu à « deux instances distinctes dont ni l'une ni l'autre n'implique qu'il soit prononcé sur la culpabilité ».

C'est évidemment là la constatation essentielle de laquelle il doit se déduire qu'un magistrat ayant pris la décision dans l'une des instances peut, sans qu'il y ait aucune méconnaissance de l'exigence de l'impartialité du tribunal, formulée par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, prendre part ultérieurement à la juridiction chargée de statuer sur l'autre instance.

Comme contrepoint à l'arrêt rapporté en sommaire, il est intéressant de faire référence à deux arrêts précédents de la chambre criminelle qui, s'ils ont abouti à des conclusions différentes, peuvent être considérés comme animés de préoccupations semblables.

L'un est un arrêt du 8 novembre 2003 (Gilles P., *Gaz. Pal.* du 22 juin 2004, p. 26) qui a décidé que ne peut faire partie de la chambre des appels correctionnels de la Cour d'appel un magistrat qui, à l'occasion d'une instance civile, s'est déjà prononcé sur tout ou partie des faits qui ont justifié le renvoi du prévenu devant le juge pénal.

L'autre est un arrêt du 15 septembre 2004 (Richard A., *Gaz. Pal.* du 10 février 2005, p. 28) dans lequel la chambre criminelle a décidé que ne peuvent faire partie de la chambre des appels correctionnels les magistrats qui ont participé à la chambre de l'instruction ayant examiné la valeur probante de déclarations à charge contre le prévenu.

## 2 – Désignation des experts

En ce qui concerne le choix des experts et les modalités de leur prestation de serment, l'arrêt rapporté en sommaire peut retenir l'attention au moins sur trois points.

a) L'article 157 du Code de procédure pénale dispose, comme on sait, en son troisième alinéa, que si les experts que la juridiction entend choisir ne figurent sur aucune des listes prévues au premier alinéa du même article, cette juridiction doit le faire « par décision motivée ».

En l'espèce, le juge d'instruction avait désigné deux experts qui ne figuraient sur aucune liste et l'avait fait après avoir retracé les parcours universitaires et professionnels des intéressés.

Pour écarter les griefs pris d'une motivation considérée comme insuffisante par les mis en examen, la chambre de l'instruction avait retenu que le juge d'instruction avait motivé la désignation des experts « en se référant à leurs compétences particulières pour répondre aux questions techniques posées ».

En approuvant la chambre de l'instruction d'avoir statué ainsi, la chambre criminelle montre la large marge d'appréciation dont les juridictions peuvent user dans leur choix. Notamment, par l'arrêt rapporté, la chambre criminelle écarte implicitement les exigences, suggérées par le demandeur, selon lesquelles la motivation de la désignation d'un expert non inscrit sur une liste devrait constater, d'une part, l'urgence de la désignation et, d'autre part, l'impossibilité de trouver dans une des listes un expert appartenant à la spécialité recherchée.

b) L'article 160 du Code de procédure pénale dispose que les experts choisis, s'ils ne figurent sur aucune liste de l'article 157, prêtent, éventuellement par écrit, le serment d'apporter leur concours à la justice en leur honneur et en leur conscience.

En l'espèce, les deux experts concernés avaient prêté serment par écrit, par lettre datée du 2 mai 2003, le rapport ayant, quant à lui, été transmis au juge d'instruction le 4 mai 2003.

L'un des demandeurs au pourvoi ayant fait valoir que les prestations de serment avaient eu lieu plus de deux mois après la désignation et qu'il y avait là une méconnaissance des dispositions de l'article 160, la chambre criminelle énonce que la chambre de l'instruction a fait l'exacte application de la loi en relevant, pour écarter ce grief, que les prestations de serment étaient « antérieures au dépôt du rapport d'expertise ».

Cette énonciation paraît porteuse d'encore plus de souplesse que les énonciations contenues dans des arrêts précédents d'où il semblait se déduire que la prestation de serment doit intervenir à bref délai après la désignation de l'expert (cf. Cass. crim., 14 novembre 1991, *Bull. crim.* 1991, n° 410, p. 1036 ; 16 juin 1977, *Bull. crim.* 1977, n° 206 ; 17 juin 1976, *Bull. crim.* 1976, n° 220).

c) Enfin, les demandeurs au pourvoi croyaient pouvoir discerner une violation des articles 6-1 et 6-2 de la Convention européenne des droits de l'homme en ce que les experts, avant même d'être commis en tant que tels, auraient eu connaissance de certains éléments de l'enquête effectuée par les enquêteurs de sûreté du canton de Vaud (où avaient été commises certaines infractions poursuivies) et auraient alors manifesté un préjugé sur la culpabilité des personnes poursuivies. Ainsi, selon les demandeurs au pourvoi, une atteinte aurait été portée à l'exigence du procès équitable et au principe de la présomption d'innocence.

Il semble que cette thèse pouvait rencontrer au moins deux obstacles. L'un résulte de ce que les experts ne sont pas des juges et qu'il appartient aux juges, le cas échéant, d'entendre et d'apprécier la pertinence des critiques que les parties en cause peuvent avoir à exprimer relativement aux conditions



personnelles ou matérielles dans lesquelles les experts ont formé leur opinion. L'autre résulte de ce que l'on voit mal en quoi le moment auquel un élément d'appréciation a été porté à la connaissance d'un expert peut déterminer les conclusions de celui-ci et perturber l'impartialité à laquelle il s'engage par serment.

Quoi qu'il en soit, la chambre criminelle énonce que, pour écarter le grief de partialité des experts, la chambre de l'instruction a retenu que si effectivement des éléments de conviction ont pu être constatés par les experts au cours même de l'enquête initiale, cette circonstance « *n'implique pas qu'ils se soient montrés partiaux dans l'accomplissement de leur mission* », et c'est de ces motifs de l'arrêt attaqué que, pour la chambre criminelle, il résulte que les experts n'ont pas manqué aux obligations leur incombant dans l'exercice de leur mission.

La décision de la chambre criminelle sur ce point peut être considérée comme montrant la tendance de la Cour de cassation à mettre au premier plan, dans l'application de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'examen des circonstances concrètes de l'espèce et des éventuels indices de partialité. De façon plus générale, sur la notion de droit à un procès impartial, au sens de l'article 6-1 de la Convention précitée, voir notamment Cass. ass. plén., 6 juin 2003 (*Gaz. Pal.* du 22 juin 2004, p. 5 et la note sous arrêt, p. 6).



**COUR DE CASSATION (2<sup>e</sup> CH. CIV.)  
24 JUIN 2004  
PRÉSIDENCE DE M. ANCEL**

**PROCÉDURE CIVILE**

**Tierce opposition – Décision de récusation d'un expert – Conditions d'exercice – Expert judiciaire concerné – Qualité de tiers (non)**

L'expert, qui est commis par le juge pour l'éclairer sur une question de fait, est un auxiliaire de justice qui, de ce fait, n'est pas un tiers et n'a pas qualité pour former tierce opposition à la décision de récusation dont il est l'objet.

**Rejet**

M. X c. Société Laboratoires G. et autres

Pourvoi en cassation n° 02-10.200 c. C. Versailles (14<sup>e</sup> ch.), 7 novembre 2001

F5781

La Cour (...),

*Attendu, selon l'arrêt attaqué (Versailles, 7 novembre 2001, n° 640) qu'un précédent arrêt du 15 novembre 2000 a accueilli la demande de récusation de l'expert X qui faisait partie d'un collège d'experts désigné pour rechercher s'il existait un lien de causalité entre l'injection de vaccins contre l'hépatite B fournis par les Laboratoires S., aux droits desquels vient le Laboratoire G., et Pasteur Vaccins et la pathologie développée ultérieurement par M<sup>me</sup> Y ; que l'expert X qui avait formé un pourvoi en cassation à l'encontre de cet arrêt, a également formé une tierce opposition à l'encontre de ce dernier ;*

Sur le premier moyen :

*Attendu que l'expert X fait grief à l'arrêt de l'avoir déclaré irrecevable en sa tierce opposition, alors, selon le moyen, que la cassation à intervenir de l'arrêt du 15 novembre 2000 entraînera, par voie de conséquence, la cassation de l'arrêt attaqué, en vertu de l'article 625 du nouveau Code de procédure civile ;*

Mais attendu que le pourvoi formé contre l'arrêt du 15 novembre 2000 a été rejeté par arrêt de ce jour ;

D'où il suit que le moyen ne peut être accueilli ;

Sur le second moyen :

Attendu que M. X fait grief à l'arrêt d'avoir ainsi statué, alors, selon le moyen :

1 - qu'est recevable à former tierce opposition toute personne qui y a intérêt, à la condition qu'elle n'ait été ni partie ni représentée au jugement qu'elle a attaqué ; que l'expert, qui n'est ni partie ni représenté à la procédure de récusation qui le concerne, est un tiers à cette procédure et est donc recevable à former tierce opposition contre la décision qui a prononcé sa récusation ; que l'arrêt a déclaré l'expert irrecevable en sa tierce opposition au motif qu'il était l'objet même de la procédure et qu'il n'était pas, en conséquence, étranger à la cause ; que la Cour d'appel a ainsi subordonné la recevabilité de la tierce opposition à la démonstration que le tiers était sans lien avec la cause, alors pourtant que, de fait, tout tiers opposant ne peut être totalement étranger à la cause jugée par la décision qu'il attaque dans la mesure où il a intérêt à la contester ; qu'en subordonnant la recevabilité de la tierce opposition son motif était alors impuissant à justifier l'irrecevabilité du recours ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la Cour d'appel a violé derechef l'article 583 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu que l'expert, qui est commis par le juge pour l'éclairer sur une question de fait, est un auxiliaire de justice qui, de ce fait, n'est pas un tiers et n'a pas qualité pour former tierce opposition à la décision de récusation dont il est l'objet ; que, par ce motif de pur droit, substitué à ceux critiqués par le pourvoi, l'arrêt se trouve légalement justifié ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi (...).

M<sup>me</sup> Bezombes, cons. rapp. ; M. Kessous, av. gén. - SCP Delaporte, Briard et Trichet, SCP Thomas-Raquin et Bénabent, SCP Richard, SCP Boutet, av.

**NOTE** ■ Il apparaît que l'arrêt ci-dessus rapporté de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation aux termes duquel l'expert judiciaire n'a pas qualité pour former tierce opposition à la décision de récusation dont il est l'objet, est le premier qui ait été rendu sur la question par la Cour suprême.

Malgré des recherches approfondies, il n'a en effet pas été possible de trouver un précédent.

sition à la démonstration que celui qui la forme était totalement étranger à la cause, la Cour d'appel a donc ajouté à la loi une condition qu'elle ne prévoyait pas et a violé l'article 583 du nouveau Code de procédure civile ;

2 - que la Cour d'appel ne pouvait non plus énoncer à la fois que l'expert était irrecevable en sa tierce opposition - puisqu'il n'était pas un tiers étranger à la cause - et qu'il eût été recevable en sa tierce opposition s'il n'avait pas été satisfait au principe du contradictoire dès lors que le respect du principe du contradictoire est relatif au bien-fondé de l'action ; que l'arrêt attaqué a violé de plus fort l'article 583 du nouveau Code de procédure civile ;

3 - que la recevabilité de la tierce opposition est soumise à la seule condition que celui qui forme ce recours n'ait été ni partie ni représenté à la décision qu'il attaque ; que la Cour d'appel a constaté que M. X n'était pas partie à la procédure de récusation qui le concernait et qu'il n'avait pas été entendu par les juges ; qu'il n'était pas allégué qu'il aurait été représenté ; que la Cour d'appel a déclaré irrecevable la tierce opposition formée par M. X au motif qu'il aurait pu faire valoir ses arguments ; que, selon ses propres constatations, il n'avait pu cependant les formuler en qualité de partie ; dure civile dispose que « les techniciens peuvent être récusés pour les mêmes causes que les juges ». Ces dernières sont énumérées à l'article 341 de ce Code mais cette énumération n'est toutefois pas limitative ainsi qu'il en résulte, notamment de l'interprétation tirée des dispositions de l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950.

Il résulte d'ailleurs des termes mêmes de l'article 234 précité que les causes de récusation visées ne sont pas d'application d'office, mais bien soumises à l'appréciation du juge quant à l'indépendance de l'expert.

On retiendra également que l'alinéa 2 de ce même article prévoit que la partie qui entend récuser le technicien doit le faire devant le juge qui l'a commis ou devant le juge chargé du contrôle.

Pour ce qui est de la tierce opposition, l'article 583 du nouveau Code de procédure civile (article sur lequel repose essentiellement le moyen présenté à l'appui du pourvoi en cassation) dispose « qu'est recevable à former tierce opposition - voie extraordinaire de recours qui, aux termes des dispositions de l'article 582 dudit Code : « tend à faire rétracter ou réformer un jugement au profit du tiers qui l'attaque » - toute personne qui y a intérêt à la condition qu'elle n'ait été ni partie ni représentée au jugement qu'elle attaque ».

Les conditions de fait sont les suivantes : M. X a été judiciairement désigné en un collège, pour effectuer une mesure d'instruction d'expertise consistant en la recherche de l'existence d'un lien de causalité entre l'injection de vaccins contre l'hépatite B fournis par les Laboratoires S. et la pathologie ultérieurement développée par M<sup>me</sup> Y.

Par arrêt de la Cour d'appel de Versailles en date du 15 novembre 2000, l'expert X a fait l'objet d'une récusation. Il a, contre cette décision, d'une part, formé un pourvoi en cassation et, d'autre part, formé une tierce opposition.

Par un arrêt en date du 7 novembre 2001 la Cour d'appel de Versailles a déclaré l'expert irrecevable en sa tierce opposition contre la décision ayant prononcé sa récusation au motif qu'il était l'objet même de la procédure et qu'il n'était pas en conséquence étranger à la cause.

C'est à propos de cet arrêt que la deuxième chambre civile de la Cour de cassation dans sa décision du 24 juin 2004 a déclaré :

*« L'expert qui est commis par le juge pour l'éclairer sur une question de fait est un auxiliaire de justice qui de ce fait n'est pas un tiers et n'a pas qualité pour former tierce opposition à la décision de récusation dont il est l'objet, que par ce motif de pur droit, substitué à ceux critiqués par le pourvoi, l'arrêt se trouve légalement justifié ».*

Que doit-on penser de cette décision ?

Nous rappellerons tout d'abord, ne fut-ce que pour mémoire, en ce qui concerne la récusation des experts, que l'article 234 du nouveau Code de procé-

Or, sur le plan de la procédure, l'expert judiciaire qui fait l'objet d'une demande de récusation devant le juge compétent de la part d'une des parties, est bien partie défenderesse au procès qui lui est intenté personnellement.

On ne peut dès lors qu'approuver la doctrine de l'arrêt commenté.

Une lecture rapide de sa motivation, quand il est affirmé que l'expert est un auxiliaire de justice pourrait faire penser à un revirement de jurisprudence par rapport à l'arrêt rendu par cette même chambre de la Cour de cassation le 7 mai 1980 (cf. *Gaz. Pal.* du 20 janvier 1981, note Jean Viatte) qui affirme : *« L'expert judiciaire n'est pas un auxiliaire de justice au sens de l'article 47 du nouveau Code de procédure civile ».*

Mais un examen plus attentif et qui tient compte tout à la fois du contexte de l'arrêt comme des conditions particulières de la technique rédactionnelle des arrêts de la Cour suprême, enfin de ce que celle-ci a dû user d'un motif substitué, démontrent qu'il en n'en est rien.

L'expert auquel le juge a donné une mission d'expertise et qui l'a acceptée est bien pour les besoins de son exécution et dans les limites de temps imparties pour mission un auxiliaire du juge donc de la justice. Il était bon de le redire.

MICHEL OLIVIER

Docteur en droit

Conseiller honoraire à la Cour de cassation



## PROCÉDURE CIVILE

### Administration des preuves – Expertise – Expert judiciaire – Récusation – Identité de causes – Impartialité – Appréciation

En application de l'article 234 du nouveau Code de procédure civile, les techniciens peuvent être récusés pour les mêmes causes que les juges. Il s'ensuit que l'obligation d'impartialité exigée par l'article 6, § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'impose non seulement au juge lui-même mais aussi à tous ceux auxquels il confie un mandat public, tels les experts.

L'impartialité s'entendant au-delà de sa seule appréhension subjective d'absence de parti pris, suppose nécessairement que tout doute légitime sur l'impartialité de l'expert soit exclu.

Il résulte de la combinaison des dispositions des articles 341 et 234 du nouveau Code de procédure civile qu'un tel doute existe et que la récusation est permise à l'égard d'un expert s'il a précédemment connu de l'affaire en cette même qualité d'expert ou s'il a conseillé l'une des parties.

Tel est le cas d'un expert précédemment désigné pour examiner des désordres dans le cadre de la garantie dommage ouvrage et qui reçoit une mission identique dans la phase judiciaire du litige mettant en cause des parties non présentes dans la phase contractuelle, ces parties pouvant légitimement douter de l'impartialité objective de cet expert qui s'est déjà prononcé sur la nature décennale ou non des désordres.

**C. Versailles, 19 janvier 2005 : SARL Labati c. SDC Hôtel de Marine – Appel de Trib. gr. inst. Versailles, 24 août 2004 – M. Falcone, prés. ; M<sup>me</sup> Lombard, M<sup>me</sup> Lambling, cons. – M<sup>es</sup> Drapier Villard, Zanati, Birfet, SCP Sillard et ass., M<sup>e</sup> Boyvineau, av. ; SCP Jupin-Algrin, SCP Lissarrague-Dupuis-Boccon-Gibod, SCP Bommart-Minault, SCP Debray-Chemin, avoués.**

F6452

## CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

### Mesures d'instruction.- Expertise.

Lorsqu'un expert en assurances effectue des missions d'expertise pour une société d'assurance, il conserve son indépendance et n'est pas soumis à un lien de subordination vis-à-vis de cette société. La seule circonstance que l'expert désigné dans une instance judiciaire aurait eu l'occasion, dans le cadre de sa profession habituelle d'expert en assurances, d'effectuer des missions pour l'assureur d'une des parties à ce litige, ne suffit par elle-même à le faire regarder comme lié à cette partie ou à son assureur par un lien de subordination au sens des dispositions de l'art. L 721-1 C. just. admin. et de l'art. 341 Nouv. C. pr. civ. Toutefois, sa récusation en tant qu'expert judiciaire peut être prononcée si la régularité ou l'importance de son activité pour l'assureur d'une des parties permettent de mettre en doute son impartialité et portent ainsi atteinte au caractère équitable du procès, que garantissent les stipulations de l'art. 6-1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que les requérants invoquent.

**C. admin. app. Lyon (1<sup>re</sup> Ch.) 12 octobre 2004 : MARQUE n° 04LY00429 – Rejet (Trib. admin. Lyon, 20 janvier 2004)**

051569

34 GAZETTE DU PALAIS VENDREDI 17, SAMEDI 18 JUIN 2005

## PROCEDURE CIVILE

### Conclusions.- Pièces communiquées la veille de l'ordonnance de clôture.- Office du juge.- Principe du contradictoire.

Le juge ne peut écarter des débats des conclusions et pièces déposées avant l'ordonnance de clôture, sans préciser les circonstances particulières qui ont empêché de respecter le principe de la contradiction.

Ne donne pas de base légale à sa décision au regard des dispositions des art. 15, 779 et 783 nouv. C. pr. civ. la Cour d'appel qui, pour écarter des débats les pièces communiquées par une partie, se borne à relever que l'ordonnance de clôture a été prononcée le lendemain de leur production et que les autres parties n'ont pas disposé d'un temps suffisant pour répliquer, sans rechercher si ces documents appelaient une réponse.

**C. cass. 2<sup>e</sup> civ. 15 janvier 2004 : Cossu Veillard c. Nespoulos és-qualités et autres – Pourvoi n° 02.11.268 Q – Cassation (C. app. Aix-en-Provence, 13 novembre 2001) – gr. n° 39P+B.**

041362

**NOTE ■** Pour écarter des « notes de travail » communiquées par le demandeur au pourvoi, appelant dans une procédure pour insuffisance d'actif, l'arrêt entrepris s'était borné à relever que la clôture avait été prononcée le lendemain de cette communication et que les parties n'avaient pas disposé d'un temps suffisant pour répliquer.

Cette décision est cassée au visa des articles 15, 779 et 783 du nouveau Code de procédure civile et au motif que la Cour d'appel n'avait pas recherché si ces documents appelaient une réponse lui rappelant que le juge ne peut écarter des débats des conclusions et pièces déposées avant le prononcé de la clôture sans préciser les circonstances particulières qui ont empêché le respect du principe de la contradiction.

On est surpris de voir que cette solution confirmée n'a pas encore convaincu les plaideurs et leurs conseils. Elle est pourtant constamment adoptée par la seconde chambre civile. C'est moins le moment où les pièces sont communiquées que leur contenu qui est déterminant. La Cour d'appel doit donc rechercher les circonstances particulières ayant empêché la partie adverse d'y répondre (Cass. 2<sup>e</sup> civ. 4 décembre 2003 Bull. civ. 2003, II, n° 363, Gaz. Pal. Rec. 2004, somm. p. 1373, note E. du Rusquec - Cass. 2<sup>e</sup> civ. 11 janvier 2001 Bull. civ. 2001, II, n° 5, Gaz. Pal. Rec. 2001, somm. p. 989 - Cass. 2<sup>e</sup> civ. 10 novembre 1982, Gaz. Pal. Rec. 1983, jur. p. 611, note E. du Rusquec).

1) GAZETTE DU PALAIS DIMANCHE 13 AU MARDI 15 MARS 2005

**COUR DE CASSATION (2<sup>e</sup> CH. CIV.)  
24 JUIN 2004  
PRÉSIDENTE DE M. ANCEL**

**PROCÉDURE CIVILE**

**Expertise – Principe de la contradiction – Avis d'un technicien – Défaut de communication aux parties – Réouverture des débats – Article 177 du nouveau Code de procédure civile – Régularisation**

C'est sans violer le principe de la contradiction, ni l'article 6 de la CEDH que la Cour d'appel, qui était en droit, en application de l'article 177 du nouveau Code de procédure civile, de demander à l'expert de reprendre la partie de ses opérations qui n'avait pas été effectuée contradictoirement, a ordonné la réouverture des débats en invitant l'expert à communiquer aux parties la teneur de l'avis du technicien consulté, à recueillir leurs dires et y répondre.

**Rejet**

SCI Alsace-Lorraine c. M. X et autres

**Pourvoi en cassation n° 02-14.959 c. C. Versailles  
(1<sup>re</sup> ch. civ., 2<sup>e</sup> sect.), 11 janvier 2002** F5780



La Cour (...)

Attendu, selon les arrêts attaqués (Versailles, 10 novembre 2000 et 11 janvier 2002), que la société Magic Bus music, à la suite de la destruction de ses archives par un mandataire de son bailleur, la SCI Alsace-Lorraine (la SCI) a assigné cette dernière en paiement de dommages-intérêts devant un tribunal d'instance qui a retenu la responsabilité contractuelle du bailleur tout en allouant une provision au preneur et en organisant une mesure d'expertise ; que par un précédent arrêt du 28 mai 1999, la Cour d'appel a confirmé cette décision ; que par un jugement ultérieur, la SCI et ses associés ont été condamnés à payer une certaine somme à la société Magic Bus music ;

Que sur appel de la SCI et de ses associés, la Cour d'appel a, par l'arrêt du 10 novembre 2000, ordonné la réouverture des débats et enjoint à l'expert de compléter son rapport et par arrêt du 11 janvier 2002 condamné la SCI au vu des rapports de l'expert à payer certaines sommes à la société Magic Bus music ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la SCI fait grief aux arrêts d'avoir ainsi statué, alors, selon le moyen :

1 - que la méconnaissance du principe de la contradiction résultant de ce que l'avis du sapiteur recueilli par l'expert judiciaire n'a pas été porté à la connaissance des parties avant le dépôt du rapport doit être sanctionnée par la nullité du rapport d'expertise, aucune discussion des parties ne pouvant plus se dérouler en temps utile devant l'expert ; qu'en décidant pourtant, d'une part, qu'une régularisation était possible postérieurement au dépôt du rapport après qu'une réouverture des débats avait été ordonnée et que l'expert avait reçu mission de donner connaissance aux parties de l'avis du sapiteur de recueillir les dires des parties et d'y répondre, puis de préciser et compléter son rapport, et d'autre part, qu'il n'y avait pas lieu d'annuler le rapport initial et le rapport « complémentaire », la Cour d'appel a violé les articles 16 du nouveau Code de procédure civile et 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

2 - qu'en toute hypothèse, la saisine de l'expert prend fin avec le dépôt du rapport ; que la Cour d'appel, qui n'a pas ordonné une nouvelle expertise, mais a enjoint à l'expert « de préciser et de compléter son rapport d'expertise du 15 février 1999 », a, par suite, violé les articles 172, 245, 282 et 283 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu que c'est sans violer le principe

de la contradiction, ni l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que la Cour d'appel, qui était en droit, en application de l'article 177 du nouveau Code de procédure civile, de demander à l'expert de reprendre la partie de ses opérations qui n'avait pas été effectuée contradictoirement, a ordonné la réouverture des débats en invitant l'expert à communiquer aux parties la teneur de l'avis du technicien consulté, à recueillir leurs dires et à y répondre ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que la SCI fait encore grief aux arrêts d'avoir ainsi statué, alors, selon le moyen :

1 - que l'autorité de la chose jugée s'attache au seul dispositif du jugement ; que dans le dispositif de son arrêt du 10 novembre 2000, la Cour d'appel a sursis à statuer « sur toutes les demandes », y compris celle tendant à voir annuler le rapport d'expertise déposé par M. X le 15 février 1999 ; qu'en affirmant dès lors que la demande en nullité, en ce qu'elle vise le rapport du 15 février 1999, se heurterait aux dispositions de l'arrêt du 10 novembre 2000, qui a écarté les diverses causes de nullité évoquées contre ce rapport d'expertise, la Cour d'appel a violé les articles 480 du nouveau Code de procédure civile et 1351 du Code civil ;

2 - que l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 10 novembre 2000 enjoignait à l'expert judiciaire, M. X - dont le rapport du 15 février 1999 était susceptible d'être annulé « pour cause de violation du principe du contradictoire », faute pour l'expert d'avoir permis aux parties de discuter en temps utile l'avis du sapiteur, M. Y - « de préciser et de compléter son rapport d'expertise », ainsi que de « recueillir les « dires » écrits des parties et d'y répondre » ; qu'il en résultait en termes clairs et précis que l'expert avait ainsi reçu mission de réexaminer ses conclusions, au vu des observations des parties sur l'avis du sapiteur, et, le cas échéant, de procéder à de nouvelles investigations et de compléter ou modifier ses précédentes conclusions ; qu'en décidant que les demandes de la SCI, tendant à ce que l'expert « recueille des pièces complémentaires et qu'il les commente, et ce, afin de « compléter » « ou même d'amender » son rapport d'expertise du 15 février 1999 », excédaient le « cadre limité de la nouvelle mission donnée à l'expert », la Cour d'appel a dénaturé sa décision du 10 novembre 2000, violant ainsi l'article 1134 du Code civil ;

3 - qu'en statuant de la sorte, elle a, au surplus, méconnu le principe de la contradiction,



en violation de l'article 16 du nouveau Code de procédure civile et de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Mais attendu que c'est sans violer le principe de la contradiction, ni l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et abstraction faite de la référence surabondante à la chose précédemment jugée, que la Cour d'appel, qui n'a pas dénaturé la teneur de son arrêt du 10 novembre 1999, a examiné le seul moyen de nullité qui avait été maintenu dans les dernières conclusions de la SCI ;

D'où il suit que le moyen ne saurait être accueilli ;

Sur le troisième moyen :

Attendu que la SCI fait grief à l'arrêt du 11 janvier 2002 de l'avoir condamnée à payer certaines sommes à la société Magic Bus music alors, selon le moyen :

1 - que l'autorité de la chose jugée s'attache au seul dispositif du jugement ; qu'en conférant l'autorité de la chose jugée aux motifs de l'arrêt du 28 mai 1999, lequel se borne, dans son dispositif, à confirmer le jugement du 30 janvier 1997 en ce qu'il avait retenu le principe de la responsabilité de la SCI et à débouter celle-ci de ses demandes, notamment celle tendant à voir juger que la société Magic Bus music ne rapporte pas la preuve de la présence de bandes mères d'enregistrement dans le local litigieux, pour en déduire que la SCI ne pourrait contester le nombre de cent quarante-deux titres retenus par l'expert, la Cour d'appel a violé les articles 480 du nouveau Code de procédure civile et 1351 du Code civil ;

2 - qu'en affirmant, de la même façon, que le chiffre de cinq cent quarante bandes masters proposé par l'expert a été définitivement admis par les motifs de l'arrêt du 28 mai 1999 et doit dès lors être repris, la Cour d'appel a encore violé les dispositions susvisées ;

3 - que l'arrêt du 28 mai 1999 n'est pas assorti de l'autorité de la chose jugée quant au nombre de titres et de bandes masters qui auraient été détruits ; qu'en décidant du contraire, la Cour d'appel a violé les articles 480 du nouveau Code de procédure civile et 1351 du Code civil ;

4 - qu'en s'abstenant de prendre en considération, ainsi qu'elle y était invitée, les sommes provisionnelles allouées à la société Magic Bus music, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1147 du Code civil ;

Mais attendu que pour évaluer le préjudice de la société Magic Bus music, la Cour d'appel

s'est également référée au nombre de titres et de bandes masters retenus par l'expert, de sorte que le moyen, qui porte sur un motif surabondant, est inopérant ;

Et attendu que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que la Cour d'appel a fixé le préjudice sans se référer aux provisions antérieurement allouées, lesquelles ne sont à prendre en considération qu'au stade de l'exécution de la décision ;

D'où il suit que le moyen ne saurait être accueilli ;

(...)

Par ces motifs :

Rejette le pourvoi (...).

M<sup>me</sup> Bezombes, cons. rapp. ; M. Kessous, av. gén.  
- M<sup>e</sup> Choucroy, SCP Delaporte, Briard et Trichet,  
M<sup>e</sup> Foussard, av.

**NOTE** ■ Un commentaire de l'arrêt rendu le 24 juin 2004 par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, au moins en ses dispositions concernant la procédure d'expertise, apparaît d'autant plus nécessaire que sa motivation ne paraît pas exempte de certaines critiques.

Les éléments de fait sont les suivants : par jugement du 30 janvier 1997 le Tribunal de grande instance de Versailles désignait comme expert, et avec une mission d'évaluation de préjudice, M. X qui déposait son rapport définitif le 15 février 1999.

Par arrêt avant-dire droit du 10 novembre 2000 la Cour d'appel de Versailles ordonnait la réouverture des débats et enjoignait à l'expert M. X, d'une part, de préciser et de compléter son rapport d'expertise du 15 février 1999, en donnant connaissance aux parties de « l'avis définitif du saptieur (sic) M. Y et pour cela organiser une réunion contradictoire des parties et d'y convoquer les parties et leurs conseils par lettre recommandée avec accusé de réception et d'autre part, de recueillir les dires (sic) écrits des parties et d'y répondre (article 276, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile) ».

Cet arrêt a fait l'objet d'un pourvoi en cassation.

Aux moyens présentés l'arrêt commenté répondait :

« Mais attendu que c'est sans violer le principe de la contradiction, ni l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que la Cour d'appel, qui était en droit, en application de l'article 177 du nouveau Code de procédure civile, de demander à l'expert de reprendre la partie de ses opérations qui n'avait pas été effectuée contradictoirement, a ordonné la réouverture des débats en invitant l'expert à communiquer aux parties la teneur de l'avis du technicien consulté, à recueillir leurs dires et à y répondre ».

On comprend aisément que pour de multiples raisons la Cour de cassation essaye, quand faire se peut, d'éviter la cassation et de « sauver » l'arrêt qui lui est soumis, mais il nous apparaît qu'en l'espèce le « sauvetage » était impossible.

Et nous nous expliquons : tout d'abord il faut remarquer que les dispositions de l'article 177 du nouveau Code de procédure civile – qui se trouve dans la section III de ce Code consacrée aux nullités notamment des actes d'exécution relatifs aux mesures d'instruction confiées par le juge à des techniciens – sont avant tout destinées à faciliter la tâche de ces derniers en leur permettant de régulariser voire de recommencer leurs opérations y compris sur le champ, si le vice qui les entache peut être écarté.

Mais encore faut-il que cette régularisation intervienne au cours de leurs opérations.

Certes le juge du contrôle, si d'aventure il s'apercevait de l'irrégularité avant le dépôt du rapport du technicien, pourrait avec les pouvoirs qui lui sont reconnus inviter celui-ci à reprendre ses opérations pour les régulariser. Mais cela n'apparaît pas possible lorsque l'expert se trouve dessaisi par le dépôt de son rapport. L'éventuelle nullité est alors acquise.

À plus forte raison, on ne voit pas comment une cour d'appel pourrait, par une décision intervenant longtemps après le dépôt par l'expert de son rapport, lui faire appliquer en quelque sorte rétroactivement l'article 177 du nouveau Code de procédure civile, et cela en dehors d'une saisine nouvelle.

Et il n'apparaît pas que « *la réouverture des débats* » – expression propre à la procédure judiciaire devant les juridictions mais qui n'a guère de sens en procédure expertale – puisse avoir valeur de nouvelle commission d'expert.

Et ce alors que l'intervention du juge auprès de l'expert judiciaire après le dépôt de son rapport et qui n'a été rendue possible que par les dispositions novatoires de l'article 153 du nouveau Code de procédure civile aux termes duquel la décision qui ordonne une mesure d'instruction ne dessaisit pas le juge, est restrictivement réglemée par ledit Code et ce en deux dispositions.

Il s'agit tout d'abord de l'article 245 qui, en son alinéa 1<sup>er</sup>, précise que « *le juge peut toujours inviter le technicien à compléter, préciser ou expliquer, soit par écrit, soit à l'audience, ses constatations ou ses conclusions* ».

C'est ensuite l'article 283 du même Code qui énonce que si le juge ne trouve pas dans le rapport les éclaircissements suffisants il peut entendre l'expert, les parties présentes ou appelées.

On voit ainsi et par la seule rédaction de ces articles, de quelles précautions s'est entouré le législateur pour éviter que le juge ne tombe, après le dessaisissement de l'expert, dans le travers de la mission complémentaire sans nouvelle saisine.

Enfin, sur le plan de la sémantique comme sur celui des règles de procédure que doit appliquer l'expert judiciaire en ce qu'elles découlent des principes directeurs du procès, il lui faut observer notamment les dispositions de l'article 282 du nouveau Code de procédure civile qui, en son troisième alinéa, énonce que si l'expert a recueilli l'avis d'un autre technicien dans une spécialité différente de la sienne ; cet avis est joint selon le cas au rapport, au procès verbal ou au dossier. Si l'expert l'omet et qu'il ne répare pas son erreur – soit d'office, soit à la

demande du juge du contrôle en application de l'article 177 précité et donc avant son dessaisissement – c'est la nullité du rapport qui peut seule être envisagée.

Certes une bonne administration de la justice nécessite, quand faire se peut, une certaine souplesse et une certaine compréhension dans l'application par le juge des principes de droit, mais il est par contre des cas où la loi ne peut qu'être suivie et même dans toute son apparente rigueur.

MICHEL OLIVIER

Docteur en droit

Conseiller honoraire à la Cour de cassation



### PROCÉDURE PÉNALE

Instruction préparatoire – Ordonnances du juge d'instruction – Ordonnance de non-lieu – Ordonnance motivée par l'abolition du discernement de la personne mise en examen – Débats devant la chambre de l'instruction – Audition des experts ayant examiné la personne – Audition sous serment – Obligation (non)

Conformément à l'article 199-1 du Code de procédure pénale, en cas d'appel d'une ordonnance de non-lieu motivée par les dispositions du premier alinéa de l'article 122-1 du Code pénal selon lequel n'est pas pénalement responsable la personne qui étaient atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes, les experts ayant examiné la personne mise en examen doivent être entendus par la chambre de l'instruction. En un tel cas, l'article 168 du Code de procédure pénale, qui est applicable devant les seules juridictions de jugement, n'impose pas que cette audition soit recueillie sous serment.

Cass. crim., 23 juin 2004 : Anne-Marie X et autres, parties civiles – Pourvoi n° 03-84.587 – Rejet du pourvoi c. C. Versailles (ch. de l'instr.), 2 mai 2003 – M. Cotte, prés. ; M. Lemoine, rapp. ; M<sup>me</sup> Commaret, av. gén. – SCP Waquet, Farge et Hazan, av. F5390

**NOTE** ■ L'article 168 du Code de procédure pénale dispose que les experts « *exposent à l'audience, s'il y a lieu, le résultat des opérations techniques auxquelles ils ont procédé, après avoir prêté serment d'apporter leur concours à la justice en leur honneur et en leur conscience* ».

Bien que cette disposition figure dans le titre III intitulé « *Des juridictions d'instruction* » du Livre I<sup>er</sup> du Code de procédure pénale, ses termes montrent qu'elle est applicable à l'audition des experts devant les juridictions de jugement.

Mais est-elle aussi applicable à l'audition des experts devant la chambre de l'instruction et impose-t-elle que cette audition soit précédée d'une prestation de serment ? Plus précisément, impose-t-elle que soient entendus sous serment les experts entendus par la chambre de l'instruction en application du dernier alinéa de l'article 199-1 du Code de procédure pénale qui impose cette audition dans le cas d'un appel formé contre une ordonnance de non-lieu fondée sur l'absence de discernement de la personne mise en examen ?

Ce dernier alinéa de l'article 199-1 ne contenant aucune référence à l'article 168, aucune solution ne s'imposait avec la force de l'évidence.

La chambre criminelle, par l'arrêt ci-dessus rapporté, a tranché en décidant que, dans le cas considéré, aucune disposition légale n'imposait que les experts entendus prêtassent serment devant la chambre de l'instruction.

Bien que l'arrêt de la chambre criminelle ne le précise pas, on peut penser que la décision a été inspirée par la prise en considération de l'article 160 du Code de procédure pénale qui prévoit que les experts inscrits sur une liste de l'article 157 prêtent serment lors de leur inscription et que les experts non inscrits prêtent serment lors de leur commission mais qui ne prévoit aucune nouvelle prestation de serment lorsque les experts sont entendus par une juridiction d'instruction.

**PROCEDURE CIVILE****Expertise.- Contrôle des expertises.- Difficultés d'exécution.- Pouvoirs du juge.- Etendue.**

Le juge chargé du contrôle des expertises est tenu de veiller, en application des art. 11 et 275 nouv. C. pr. civ., à ce que les parties apportent leur concours aux mesures d'instruction et remettent sans délai aux experts les pièces nécessaires à l'accomplissement de leur mission. Après avoir rappelé la mission des experts et précisé qu'il leur appartenait, non seulement d'examiner le tracteur qui avait pris feu, mais aussi de rechercher si des véhicules du même type avaient subi des incidents et si des corrections techniques avaient été apportées pour y remédier, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que la Cour d'appel a retenu la pertinence des demandes de communication portant sur des documents très précis, en relation directe avec le contenu de la mission.

Le juge chargé du contrôle des expertises, qui avait été saisi de difficultés d'exécution de la mesure à l'initiative des experts a pu retenir qu'au cours des opérations d'expertise la filiale d'un groupe était le mandataire apparent des sociétés du groupe, la défense commune à ces dernières ayant adressé ses dires aux experts au nom de celles-ci.

Et au regard de la position commune des sociétés du groupe au cours des opérations d'expertise, la Cour d'appel qui a relevé, sans inverser la charge de la preuve, que l'existence des pièces demandées par les experts était vraisemblable, a pu ordonner à la société filiale française de communiquer les pièces demandées, sans avoir à rechercher si elle les détenait personnellement ou si une autre société du groupe en possédait certaines, normalement accessibles à la filiale française.

**C. cass. 2<sup>e</sup> civ. 23 septembre 2004** : Société Volvo Trucks France c. Assurances générales de France (AGF) et autres – Pourvoi n° 02.15.782 W – Rejet (C. app. Versailles, 10 avril 2002) – gr. n° 1487P+B. 050882

## Peut-on juger avec objectivité ?

Henry HELFRE  
Magistrat

« Ce qui probablement fausse tout dans la vie, c'est qu'on est convaincu qu'on dit la vérité parce qu'on dit ce qu'on pense » (Sacha Guitry)

« On doit exiger que je cherche la vérité, mais non que je la trouve » (Diderot)

### INTRODUCTION

À une époque où l'on parle de façon récurrente du divorce des citoyens avec leur justice (1), où l'on n'accepte plus les supposées erreurs judiciaires, où l'on envisage de sanctionner les magistrats qui se seraient lourdement trompés, à une époque, surtout, où les gouvernants ne savent plus que faire pour que la justice soit crédible, et, si possible, « bien » rendue (création de nouveaux juges, de nouvelles procédures), il est intéressant de s'interroger sur le contenu d'une notion de base fondamentale exempte de toute critique : **l'objectivité**.

L'objectivité est une valeur première. Tout juge se doit d'être objectif, c'est-à-dire de faire abstraction de ses sentiments personnels et de ne s'occuper que de la réalité des faits.

Plusieurs autres définitions peuvent être données de l'objectivité.

On peut définir cette notion par rapport à son contraire, la subjectivité : « *Ce qui est subjectif, c'est ce qui est isolé dans le sujet pensant, dans le Moi, et à quoi les semblables ne font pas écho* » (Alain, *Éléments de philosophie*).

Être objectif, c'est alors oublier ce que l'on pense, pour ne s'attacher qu'aux éléments venus de l'extérieur (du phénomène étudié) et connus de tous.

On peut également essayer de définir l'objectivité par rapport à des notions voisines.

L'objectivité est sœur de l'impartialité, de la neutralité, de l'honnêteté intellectuelle, et, bien sûr, de la recherche de la réalité et de la vérité. Elle représente aussi une valeur proche de la justice idéale.

Il est nécessaire d'essayer de différencier ces différentes notions pour bien cadrer le thème que nous voulons aborder tout en étant conscient des liens étroits unissant ces concepts.

– **Objectivité et impartialité** : deux notions très proches qui rejettent toutes deux les a priori, le parti pris. Mais l'impartialité s'attache à la personne du juge (impartialité « subjective ») ainsi qu'aux garde-fous que doit constituer le système judiciaire (impartialité « objective ») alors que l'objectivité tourne son regard vers la matière traitée : les faits, les prétentions des parties, la règle de droit existante et la rigueur de mise en œuvre de ces éléments (la conformité du résultat aux données du litige).

Autre différence entre les deux notions : l'impartialité met en jeu deux thèses, voire plus (sa définition étant de n'avoir pas de préférence entre plusieurs thèses, de ne pas favoriser l'une aux dépens de l'autre), alors que l'objectivité peut ne concerner qu'une seule thèse. C'est à la fois une démarche intellectuelle vis-à-vis d'un phénomène et le résultat de cette démarche.

Exemple : si le juge est indifférent à l'égard d'un litige et de la solution à y apporter, il sera probablement impartial (parce qu'il n'a ni préjugé ni intérêt en faveur d'une thèse), par contre sera-t-il objectif (l'objectivité nécessitant un approfondissement du contenu) ?

– **Objectivité et vérité** : l'objectivité n'est pas la vérité mais elle tend vers celle-ci dans la limite des moyens dont dispose celui qui la recherche. L'objectivité est un moyen pour parvenir à la vérité, la valeur suprême.

– **Objectivité et réalité** : ces deux notions sont très étroites puisque quelqu'un d'objectif est quelqu'un qui colle à la réalité. Cependant, l'objectivité n'est qu'une qualité intellectuelle alors que la réalité est un état plus ou moins inaccessible. L'objectivité est le respect de la reproduction fidèle de la réalité.

– **Objectivité et justice** : deux notions également proches. La justice est cependant une valeur morale caractérisant un idéal, alors que l'objectivité n'est qu'une qualité participant à l'accomplissement de cet idéal.

– **Objectivité et neutralité** : être neutre, c'est présenter les thèses en présence de manière équivalente, sans prendre parti ; être objectif, c'est mettre en rapport ces thèses, c'est-à-dire c'est accomplir une démarche de jugement en n'en retenant que le vrai et le réel.

– **Objectivité et honnêteté intellectuelle** : un juge objectif est nécessairement un juge intellectuellement honnête, c'est-à-dire qui ne déforme pas volontairement la vérité, au profit d'un intérêt particulier. L'honnêteté intellectuelle est une condition indispensable de l'objectivité.

On le voit, toutes ces notions sont imbriquées les unes dans les autres. Elles n'ont cependant pas tout à fait le même contenu : certaines sont des qualités humaines, d'autres des idéaux, des valeurs

(1) En octobre 2004, 70 % des Français estimaient que la justice fonctionnait mal (assez mal et très mal), soit une augmentation de huit points par rapport à une enquête réalisée cinq ans plus tôt. cf. le Figaro Magazine du 6 novembre 2004.



morales, d'autres encore des états inaccessibles (la réalité, la vérité).

Pour parler de l'objectivité, il nous sera nécessaire de faire référence à ces notions voisines.

Mais une question se pose : l'objectivité est-elle possible dans le domaine juridique ? La notion d'objectivité n'est-elle pas réservée aux sciences exactes ? Peut-on juger une personne humaine avec une certitude aussi absolue que celle qui consiste à affirmer que 2 et 2 font 4 ?

On répondra qu'un juge ne peut jamais être objectif car il est le produit de son vécu, de son éducation, de ses expériences personnelles, de ses lectures, etc. et il est soumis, comme tout être humain doué de sensibilité, à son affectif, à ses émotions, à ses tendances conscientes ou inconscientes, à ses humeurs...

En somme, n'est-il pas constitué de paramètres préexistants qui déterminent la solution qu'il apporte à un problème ?

Même s'il fait très attention à ses manques, à ses défauts, même s'il est conscient du caractère partiel de ses connaissances et du caractère inachevé de son expérience humaine, il ne pourra jamais être objectif.

Par ailleurs, la « matière traitée » n'est pas les mathématiques ni les sciences physiques, mais l'être humain avec ce qu'il comporte d'irrationnel, d'imprévisible, d'inexplicable.

Dans *À chacun sa vérité*, Luigi Pirandello a montré qu'il était impossible de dégager la réalité humaine de ses apparences complexes.

Mais entre être parfaitement objectif et être inobjectif (ce qui nous arrive certainement plus souvent qu'on ne croit), il y a une marge qu'il est intéressant d'analyser de façon à faire apparaître les causes d'inobjectivité et les moyens propres à favoriser l'objectivité.

Il existe, semble-t-il, une démarche, une méthode, des principes qui n'ont que peu à envier à la démonstration scientifique (I), la spécificité de ce qui est demandé au juge et de la « matière traitée » expliquant toutefois que cette démarche d'objectivité ne peut, à elle seule, résoudre tous les problèmes (II).

## I. LA DÉMARCHE OBJECTIVE

Identifier les éléments du litige et les traduire en langage (A) puis raisonner avec rigueur sur la relation existant entre ces éléments et la norme juridique pré-établie (B), tel est le travail quasi scientifique du juge, d'où on peut tirer certains principes (C).

## A – Le problème de la connaissance et de la représentation des données

### 1 – Le problème de la connaissance

#### a – La connaissance des faits

Pour juger avec objectivité, le premier devoir du juge est de rechercher la réalité des faits à l'origine du litige.

L'établissement des faits est le premier aspect dans l'acte de dire le droit retenu par Hegel (cf. *Principes de Philosophie du droit*, § 225).

Si l'on veut être objectif, il est nécessaire de coller aux faits car, justement, les faits représentent l'objet extérieur qui est soumis à l'appréciation du juge par opposition à la pensée, à l'opinion (subjective) de ce juge.

« *Le savoir est quelque chose de plus précieux que l'opinion droite* » estimait déjà Platon.

Il est donc primordial de connaître l'ensemble des éléments constitutifs du litige, dans leur totalité, sans en omettre un seul.

Comme l'écrivait Aldous Huxley (*A note on dogma*) : « *Les faits ne cessent pas d'exister parce qu'on les ignore* ».

Les faits doivent également être connus dans leur exactitude.

Quand, dans un litige, les faits restent obscurs, incertains, difficiles à comprendre, le juge devrait se diriger systématiquement vers une mesure d'instruction car on ne peut faire l'impasse sur la réalité des faits.

L'établissement des faits et leur bonne compréhension sont les conditions *sine qua non* d'un jugement objectif.

« *Les choses que nous concevons fort clairement et fort distinctement sont toutes vraies* » disait Descartes (2).

Mais, malgré toute la bonne volonté que peuvent manifester les juges à rechercher les faits dans leur exactitude et les avocats à les exposer, faut-il encore que ces faits soient intégrés sans déformation dans la pensée de ceux qui ont la charge de juger.

L'objectivité, c'est imaginer fidèlement, photocopier dans son esprit, les faits de la cause et les prétentions des parties.

C'est le principe de l'adéquation de l'intelligence et de la chose défendu par Saint Thomas d'Aquin :

(2) On perd de plus en plus de vue cette nécessité d'établir les faits avec certitude. Pris par le temps, beaucoup de tribunaux jugent « en l'état », notamment au pénal sur citation directe ou comparution immédiate. Si cette justice est prompte, elle encourt le risque de commettre une erreur ou une incompréhension sur les circonstances du litige. L'oubli de fonctions disparues depuis longtemps (le « judex » romain chargé d'établir les faits) la désaffectation de certaines procédures (transport sur les lieux, constat d'audience) et la mise en cause répétitive du juge d'instruction (pour tant chargé de procéder « à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité » – Article 81 du Code de procédure pénale) y sont peut-être pour quelque chose.

« *L'intelligence humaine atteint la vérité dans la mesure où elle se conforme aux choses qu'elle saisit* ».

Mais le peut-elle ?

Nous connaissons la réponse de Kant qui estime que nous ne pouvons connaître que des phénomènes, c'est-à-dire des choses en tant qu'elles sont perçues et pensées par nous, et que nous ne pouvons accéder à la chose en soi, à la réalité absolue (le noumène).

Et Nietzsche d'enfoncer le clou : « *Notre entendement est une force de surface, il est superficiel, c'est ce qu'on appelle aussi « subjectif ». Il connaît au moyen de concepts : notre penser est un classer, un nommer, donc quelque chose qui revient à l'arbitraire humain et n'atteint pas la chose elle-même* ».

En d'autres termes, la connaissance permise à l'homme est relative à la structure de sa conscience connaissante et elle est limitée par elle.

Ces philosophies selon lesquelles la connaissance est faite de vraisemblances et non de certitudes ne doivent pourtant pas faire baisser les bras, ni à celui qui demande justice, ni à ceux qui œuvrent pour la justice. Car elles ont pour mérite de montrer les écueils à éviter.

#### *b - La connaissance du droit*

La démarche d'un juge dans un vieux pays « de droit » n'est pas de juger « en équité ». L'objectivité d'un juge, c'est le respect des normes qui lui sont imposées par la Constitution, le pouvoir législatif, les textes internationaux, etc.

Le juge n'est pas libre de juger selon ses idées (personnelles, donc subjectives). Il est tenu par un corpus extérieur à lui (= objectif) : le droit positif <sup>(3)</sup>.

Après la recherche d'un premier objet extérieur à l'esprit du juge (les faits), le deuxième devoir du juge est la connaissance de ce deuxième objet extérieur à lui qu'est le droit.

La connaissance du droit, non seulement du droit applicable à l'espèce, mais encore du droit en général est une nécessité impérieuse.

Cet impératif n'est pas assez mis en évidence en France <sup>(4)</sup> alors qu'il est inscrit dans différents « Codes de déontologie » étrangers. Par exemple, au Canada, il est fait obligation aux juges de prendre « *les mesures qui s'imposent pour préserver et accroître leurs connaissances* ».

Cette obligation incontournable de connaître le droit positif implique que, lorsqu'une affaire se présente, le juge doit être à même de saisir quasiment

immédiatement dans son esprit la règle de droit applicable. Quid si le juge n'a pas un bagage juridique suffisant ? N'aura-t-il pas tendance à juger en équité, c'est-à-dire à revenir à des critères de décision plus subjectifs ?

Un deuxième problème se pose : est-il aujourd'hui possible de connaître la règle de droit applicable, en présence d'une telle profusion de textes de tous ordres tant en droit interne qu'en droit européen <sup>(5)</sup> ?

Après le caractère « superficiel » des faits que nous pouvons connaître (cf. Nietzsche cité plus haut), voici le caractère superficiel du droit qu'il nous est permis de connaître.

Heureusement, il existe maintenant des moyens modernes de connaissance (internet) et on peut cliquer sur telle ou telle notion juridique pour en connaître le contenu. C'est vrai, mais, d'une part, faut-il encore saisir un texte non abrogé (ou non remanié) ou une jurisprudence non revirée, et, d'autre part, le droit restera toujours quelque chose de plus large que la « trouvaille » d'un texte ou d'une jurisprudence « apparemment » applicable. Le droit est à la fois la connaissance de règles particulières et de principes généraux.

Le droit est un tout comme « *le vrai est le tout* » (Hegel).

À supposer que le juge ait pu accéder à la fois à la connaissance parfaite des faits et à la connaissance parfaite du droit applicable, il devra encore surmonter un obstacle de taille : la maîtrise du langage qui doit lui permettre de transcrire par la parole et par l'écrit ce qu'il a compris, ce qu'il a enregistré dans son esprit.

#### **2 - La maîtrise du langage**

Dans sa *Philosophie de l'esprit*, Hegel démontre que « *Penser sans les mots est une tentative insensée* » et que « *l'intelligence, en se remplissant de mots, se remplit aussi de la nature des choses* ».

Il ne suffit pas de s'être imprégné du dossier, d'avoir compris les faits et les prétentions des parties et d'avoir commencé à faire la relation intellectuelle avec la règle de droit applicable. Encore faut-il transformer cette « *conscience de nos pensées* » en mots, c'est-à-dire en langage compréhensible par tous.

Le mot est l'intermédiaire entre l'intériorité abstraite et l'extériorité concrète. Seul le langage permet la communication d'une pensée intérieure et permet de donner à cette pensée une existence objective (c'est-à-dire perceptible par tous).

En d'autres termes, seul le mot procure à l'idée son caractère objectif indispensable. Si une idée

(3) « J'ai appris qu'il ne fallait jamais mépriser le droit, la règle de droit préexistante et objective », Pierre Drai, Lettre à mes collègues, Gaz. Pal. du 4 janvier 2000.

(4) Peut-être en raison de l'existence d'un nombre non négligeable de juridictions composées de juges non professionnels notamment Conseils des prud'hommes et Tribunaux de commerce.

(5) Chacun sait que les petits litiges civils, s'ils ne sont pas jugés en équité, demandent une vaste connaissance juridique et il faudrait, pour bien faire, ne recruter comme juges de proximité que des agrégés de droit.



n'est pas exprimable, c'est qu'elle n'a pas d'existence externe et objective, c'est donc qu'elle ne contient rien de réel.

Une « vraie » pensée doit être passée par le langage, sinon nous n'aurons jamais la preuve qu'elle est vraie.

On peut tirer de ces observations plusieurs conséquences :

1 – l'utilisation du langage permet au juge de s'éloigner de sa subjectivité première. Il doit dépasser la pensée confuse, inexprimable donc subjective qu'il peut avoir lors d'une première approche du dossier ;

2 – la maîtrise du langage permet de coller au réel par l'emploi du mot adéquat qui désigne tel ou tel fait, tel ou tel acte, telle ou telle situation (exemple : lors du procès Papon, le président demande à celui-ci que signifie pour lui le mot « déportation » Maurice Papon répond « transfert ». Le président réplique en estimant que « déportation » signifie plus exactement « transfert à l'étranger ») ;

3 – la précision dans la maîtrise du langage permet d'éviter des erreurs de fait ou de droit (par exemple, le terme irrecevable ne signifie pas « mal fondé ») ;

4 – la maîtrise du langage permet à l'interlocuteur du juge ou au lecteur du jugement de comprendre l'idée exprimée par le juge oralement ou par écrit <sup>(6)</sup>.

Avant de terminer sur l'importance du langage, il faut affirmer la suprématie du langage écrit sur le langage oral.

Qui ne s'est pas aperçu que des idées exprimées oralement (par exemple lors d'un délibéré à plusieurs) ne pouvaient être maintenues au moment de la rédaction du jugement (par exemple pour ne pas mettre d'autres idées en contradiction avec celles-ci) ?

Le langage écrit est donc un progrès vers plus d'objectivité car il est plus précis et plus cohérent. L'écrit permet de sortir de l'à-peu-près, des approximations. Pour ma part, je regrette que l'on fasse encore l'impasse sur la motivation de certaines décisions, notamment les arrêts des cours d'assises qui sont au surplus les décisions pénales les plus graves <sup>(7)</sup> !

La nécessité de la maîtrise du langage va au-delà de ce que l'on peut imaginer puisque l'homme est souvent défini comme « le vivant qui possède la parole » (Aristote, *Organon*).

Encore faut-il, si l'on ne veut pas déformer la

(6) La nécessité de l'exactitude et de la rigueur dans le langage a été soulignée par de nombreux philosophes du droit, notamment par Hart, professeur à Oxford.

(7) Si l'on fait promettre aux jurés de ne pas écouter leur subjectivité (la crainte ou l'affection), il ne s'agit que d'éviter le négatif et non d'exprimer les raisons objectives de la condamnation.

pensée, c'est-à-dire rester objectif, savoir utiliser cette parole dans un raisonnement.

## B – Le raisonnement

### 1 – Le raisonnement logique

Tout jugement est une démonstration pour arriver à une solution. Le juge doit donc utiliser sa raison.

La parole logique est celle qui se soucie de « *Rendre manifeste ce qui est* » (cf. Aristote, *Organon*).

Ou encore, la célèbre formule de Hegel : « *Ce qui est rationnel est effectif, et ce qui est effectif est rationnel* » (préface aux *Principes de la philosophie du droit*) peut nous amener à penser qu'en utilisant sa raison le juge reste dans le réel et donc dans l'objectivité.

Mais le raisonnement, pour rester vrai, doit répondre à certaines contraintes.

Avant Hegel, Descartes avait insisté sur la rigueur du raisonnement, seul susceptible de conduire à la vérité : « *On sait la plupart des choses d'une manière certaine (...) pourvu seulement qu'on les déduise de principes vrais et connus au moyen d'un mouvement continu et sans aucune interruption de la pensée* » (*Discours de la méthode, Règles pour la direction de l'esprit*).

Le raisonnement logique rigoureux est indépendant des spéculations de l'esprit et cette indépendance est un signe d'objectivité. Les lois logiques sont autonomes par rapport à ce que peut penser le sujet connaissant (en l'espèce, le juge). L'exercice de la raison dépouille donc le juge de sa subjectivité.

Le mode de raisonnement principal du juge est l'inférence, c'est-à-dire l'opération intellectuelle par laquelle on passe d'une vérité (par exemple : le débiteur qui n'a pas exécuté son obligation est condamné à des dommages et intérêts) à une autre vérité (M. X est condamné à payer 1.000 € de dommages et intérêts à M. Y) en raison de son lien avec la première (M. X, qui devait livrer un bien à M. Y, ne l'a pas fait).

La principale forme de l'inférence est la déduction logique ou syllogisme.

Le syllogisme judiciaire part de l'énoncé de la règle de droit pour parvenir à une solution concrète après constatation que cette règle de droit est applicable au cas d'espèce (cf. l'exemple cité plus haut).

Mais cette méthode déductive implique, pour réussir, à la fois l'établissement de la réalité des définitions posées (première prémisse : le droit, deuxième prémisse : les faits) et l'enchaînement de ces vérités avec une rigueur absolue.

La pratique du raisonnement logique est-elle un gage d'objectivité ? Tout ce qui est logique est-il vrai ?

Selon Kant, « *tout ce qui est contraire à la logi-*



que est faux, mais tout ce qui est conforme à la logique n'est pas nécessairement vrai ».

Dans *La modalité du jugement*, Brunschvicg insiste sur la difficulté de poser un véritable syllogisme dans lequel la conclusion est constituée directement par la synthèse des deux prémisses.

De même, dans son livre *Le juste et le vrai*, Raymond Boudon nous rappelle les difficultés d'une autre forme d'inférence : l'analogie. Il démontre que l'on croit à une idée pourtant objectivement non fondée lorsque l'on assimile une situation ou un problème inconnu à une situation ou un problème connu par la raison qu'ils nous paraissent similaires.

Le raisonnement par analogie est couramment pratiqué en matière judiciaire. Mais peut-on tirer la même conclusion de deux situations qui, simplement, se ressemblent ? « *Comparaison n'est pas raison* » nous dit le langage courant.

Le juge doit également se méfier de deux autres sophismes d'induction : la généralisation trop hâtive et la confusion sur la cause.

Ce dernier est très courant : prendre pour cause ce qui est un effet concomitant ou prendre pour cause le phénomène qui en précède un autre. Exemple : M. X a été vu sur les lieux d'un crime peu avant la commission de celui-ci. Donc M. X est coupable de ce crime.

Pour rester objectif dans son raisonnement, il faut également éviter les sophismes de déduction, en particulier :

- ne pas déplacer la question posée (c'est l'ignorance du sujet),
- prendre pour vraie une assertion qu'il faudrait d'abord vérifier (c'est la pétition de principe),
- prendre la chose à expliquer comme le principe de l'explication (c'est la tautologie),
- donner pour conclusion à son argumentation l'hypothèse sur laquelle on l'a fondée (c'est le cercle vicieux),
- quand un mot a plusieurs sens, raisonner sur l'un de ces sens, puis conclure en attribuant à l'autre sens ce qui a été admis pour le premier sens (c'est l'ambiguïté des termes ou amphibologie),

Les possibilités d'erreurs de raisonnement sont donc immenses. Comme l'a remarqué R. Boudon (*opus cité*), « *les mécanismes de production des croyances non fondées ne sont autres, dans bien des cas, que les mécanismes ordinaires de la pensée* ».

Nous n'énumérerons ici que des erreurs de raisonnement formel (dont une partie provient de la non-maîtrise du langage), mais il ne faut pas oublier que les principales atteintes contre l'objectivité d'un raisonnement proviennent certainement d'erreurs tenant à la constitution personnelle du juge, à son

vécu, à son expérience relative, à ses défauts intimes, à ses inclinations (conscientes ou inconscientes), voire à ses solidarités<sup>(8)</sup>.

Comment peut-on remédier à ces erreurs provenant du fond de nous-mêmes ? Tout d'abord en prenant conscience puis en suivant des formations propres à pallier les carences de notre propre expérience<sup>(9)</sup>.

## 2 - Le raisonnement dialectique

Autre pilier du raisonnement judiciaire, le raisonnement dialectique est la conséquence même de la forme du procès qui veut qu'il y ait un demandeur défendant une thèse, un défendeur soutenant une autre thèse, et un juge, qui, dépassant ces deux thèses, parvienne à en retenir les éléments vrais en une synthèse.

Les bienfaits de la confrontation des opinions dans un dialogue organisé ont été suffisamment mis en lumière par Platon et Aristote. Une argumentation ne peut devenir vraie que confrontée à une autre argumentation dont on découvre les erreurs.

La méthode dialectique n'est pas, en soi, une garantie d'objectivité (de même que le raisonnement logique ne l'est pas non plus), mais elle y contribue ;

Elle y contribue :

- parce qu'elle oblige le sujet pensant (le juge) à s'imprégner de la teneur de chacune des deux thèses en présence, à se mettre à la place de chacune des parties (cf. Hannah Arendt dans *Juger* (p. 155)) qui explique que si je me représente à moi-même ce que je ressentirais en me mettant à la place de l'autre, bien que je parle encore en mon nom propre, mon jugement n'est plus subjectif) et même à défendre chacune de ces thèses dans une rédaction qui montrera qu'il a compris ce que leurs auteurs veulent dire<sup>(10)</sup>.

L'objectivité, c'est, dans un premier temps, attacher autant d'importance à une thèse qu'à une autre. C'est, pour le juge d'instruction, instruire à charge et à décharge. C'est respecter l'égalité des armes. C'est permettre à une partie de répondre à une nouvelle argumentation de l'autre. C'est favoriser, voire provoquer la contradiction, le débat. C'est, en un mot, maintenir un équilibre de moyens entre des idées qui s'affrontent (le débat contradictoire existant depuis quelques années devant le juge

(8) Cf. l'article de Gérard Capashen, Un magistrat peut-il être franc-maçon ?, D. 2001, n° 40.

(9) L'instauration d'une formation continue obligatoire pour les avocats apparaît comme un « plus » incontestable, de même que depuis des années, la variété des formations continues offertes aux magistrats par l'École nationale de la magistrature contribue à donner l'esprit d'objectivité.

(10) On retrouve ici l'importance de la rédaction intégrale des jugements par le juge lui-même qui permet de vérifier que celui-ci a assimilé les prétentions des parties.

des libertés et de la détention n'a pu qu'améliorer l'objectivité de la mise en détention <sup>(11)</sup> ;

– parce qu'elle oblige le juge à dépasser les deux thèses opposées qui lui sont proposées en trouvant une solution « originale » qui prenne en compte les seuls éléments vrais de ces thèses sans en oublier aucun.

La connaissance est tout entière « *un effort pour résoudre des contradictions* » disait le D<sup>r</sup> Wallon.

En pratique, s'il s'avère que l'une des parties a raison à 90 %, mais que les 10 % restants reflètent une part d'imprudence de sa part, le juge objectif devra tenir compte de ce bémol en usant des moyens juridiques dont il dispose (par exemple : rejet ou diminution de l'indemnité basée sur l'article 700 du nouveau Code de procédure civile).

La méthode dialectique a le triple avantage :

- 1 – de donner toute son importance à l'argumentation des parties ;
- 2 – d'obliger le juge à intégrer et comprendre dans une synthèse ce qui semblait s'opposer ;
- 3 – de considérer la démarche intellectuelle du juge (et l'ensemble du déroulement du procès) comme un processus, un cheminement tendant vers la manifestation de la vérité grâce au franchissement de différentes étapes, toutes nécessaires, mais toutes à dépasser.

Dans la dialectique de Hegel, chaque étape ne se comprend que comme un maillon d'un processus unitaire qui tend vers l'établissement de la vérité.

Ne garder qu'un moment de ce processus n'est rien d'autre que faire violence à la vérité.

« *Le vrai est le tout* », écrivait Hegel dans la *Préface à la Phénoménologie de l'Esprit*, c'est-à-dire que l'on ne comprend une chose qu'en refusant de l'isoler et de la considérer hors du processus dans laquelle elle s'insère. En d'autres termes, la vérité se délivre dans l'intelligibilité d'un parcours à accomplir.

Ces considérations amènent trois remarques :

**1 – Le jugement doit être le terme d'un processus**, c'est-à-dire qu'il ne peut intervenir rapidement sans que ce processus ait eu le temps de s'accomplir.

Question : les procédures de jugement rapide utilisées devant les tribunaux correctionnels, si elles apportent une réponse judiciaire « immédiate », permettent-elles de juger en toute objectivité, c'est-à-dire d'aller bien au-delà de la présentation d'une seule thèse ?

**2 – On ne peut comprendre la réalisation d'un acte en l'isolant de son contexte.** Ce qui s'est passé avant éclaire et explique cet acte.

Si le juge veut être objectif, il doit nécessairement connaître, non pas l'acte brut, mais le che-

minement qui a amené à ce que cet acte se produise.

**3 – L'esprit de synthèse est certainement la qualité la plus délicate devant être possédée par un juge car celui-ci doit intégrer dans une solution unique des éléments qui apparaissent jusqu'à présent contradictoires <sup>(12)</sup>.**

Au fil des développements précédents, il est apparu qu'un certain nombre de principes pouvaient favoriser l'objectivité. Essayons de lister ces principes.

### C – Les principes garantissant une certaine objectivité

#### 1 – Le principe de non-contradiction

Ce principe, élaboré par Aristote, repris par Kant, est le principe de base de tout raisonnement logique.

La vérité est la non-contradiction d'un système de jugements (cf. Kant).

On ne peut dire une chose et son contraire, sinon la solution que l'on tire de motifs contradictoires n'a aucune valeur.

En matière judiciaire, la contradiction de motifs est depuis toujours une cause de cassation.

Il convient de souligner que pour vérifier que ce principe a bien été respecté, il est nécessaire que les jugements soient motivés et qu'ils soient motivés par écrit <sup>(13)</sup>.

#### 2 – Le principe d'exhaustivité

L'objectivité, c'est tendre à la vérité par la prise en considération de l'ensemble des éléments du litige, sans en omettre un seul. C'est avoir une vue complète du phénomène étudié. C'est être ni partiel ni sélectif.

Hegel rappelait l'importance de la « *plénitude du détail* ».

Tout juge le sait : il suffit parfois d'un détail pour emporter la solution : une date qui fait apparaître que la thèse de l'une des parties n'est pas soutenable, une précision apportée par un témoin, la relecture attentive d'un membre de phrase tiré d'un texte de loi, etc.

Le juge doit avoir les yeux ouverts sur tout et ne négliger l'importance d'aucun fait, d'aucune prétention. Être objectif, c'est voir, avec autant de lucidité, l'épine dans l'œil d'une des parties (que l'on

(12) Si le système actuel des CPH est très satisfaisant au niveau de la compréhension et de la défense de la thèse et de l'antithèse auxquelles sont sensibles respectivement les conseillers salariés et les conseillers employeurs, par contre, il est particulièrement affaibli au niveau de la synthèse car il est difficile à des conseillers qui se veulent partisans d'effectuer la démarche nécessaire au dépassement de leur propre thèse. Qui fait la synthèse dans les CPH ?

(13) On rejoint, ici, l'importance de l'écrit déjà souligné au niveau de la maîtrise du langage et du raisonnement dialectique.

(11) Ne faudrait-il pas y ajouter la présence d'un représentant de la victime pour faire progresser encore cette objectivité ?



ne veut pas voir) que celle qui se trouve dans l'œil de l'autre partie <sup>(14)</sup>.

### 3 – Le principe d'égalité de traitement des situations semblables

« *Juger également de choses inégales est aussi injuste que juger inégalement de choses égales* » disait Aristote.

Le citoyen est, à juste titre, plus sensible à une inégalité de traitement entre son cas et le cas de son voisin en justice qu'il estime semblables (par exemple, deux excès de vitesse exactement comparables en Km/h, en lieu et en heure) qu'à un jugement sévère dans une affaire où les circonstances ne sont comparables avec aucune autre.

Le juge objectif doit traiter de la même façon deux affaires semblables – ce qui est la conséquence du respect de l'égalité des citoyens devant la loi – mais aussi traiter différemment les cas dans lesquels la gravité des faits, la culpabilité du prévenu ou les circonstances ne sont pas comparables.

Se pose alors le problème de la connaissance des cas similaires.

Si ces cas se présentent lors d'une même audience, la comparaison se fait aisément (encore faut-il la faire). Mais, la plupart du temps, le cas similaire s'est présenté longtemps auparavant ou devant une autre juridiction.

Il faut en conséquence rechercher les précédents.

Le principe d'identité de traitement des situations semblables contient donc un sous-principe qui est le principe de comparaison entre litiges de même espèce (ou litiges posant les mêmes problèmes).

La pratique judiciaire française ne se préoccupe pas beaucoup de la recherche des précédents.

Elle semble, en ce sens, plus éloignée de l'objectivité que la pratique judiciaire anglaise.

La comparaison avec les précédents se fait de façon empirique, par simple utilisation de sa mémoire personnelle, notamment au niveau du choix de la peine en matière pénale.

### 4 – Le principe de division des difficultés

Dans la plupart des dossiers se présentent plusieurs problèmes.

Si l'on veut être objectif (à la fois vis-à-vis des personnes concernées par ces problèmes et par rapport à sa propre démarche de recherche de la réalité des éléments de fait et de droit), il faut diviser les difficultés et examiner les problèmes un par un.

Ce principe a été mis en évidence par Descartes dans son fameux *Discours de la méthode*.

(14) Pour parodier le célèbre précepte de l'évangile – Matthieu 7,3 à 5 – qui est un modèle d'objectivité : « Tu vois la paille qui est dans l'œil de ton frère et tu ne vois pas la poutre qui est dans ton œil ».

Dans le domaine judiciaire, la globalisation s'oppose à l'objectivité.

Par exemple, un employeur peut très bien être condamné pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et ne pas être condamné pour des rappels de salaire ou des rappels de primes, et vice versa. En matière pénale, un mis en examen, poursuivi avec ses complices pour des faits multiples, peut très bien ne pas avoir commis l'un ou plusieurs de ces faits, etc.

Le principe de division s'appliquera également à l'intérieur d'un même problème par l'analyse approfondie de chacun des éléments de ce problème jusqu'à ce que le juge en ait compris le sens.

### 5 – Le principe de non-acceptation d'une pensée obscure

Même si l'article 4 du Code civil fait obligation aux juges de juger malgré l'obscurité de la loi, il est préférable pour parvenir à une solution « objective » de ne pas décider sur la base d'éléments obscurs.

Il est nécessaire de dépasser tout phénomène mal compris, c'est-à-dire tout phénomène dont on n'est pas sûr qu'il est réel ou vrai.

### 6 – Le principe d'élimination de toutes les erreurs possibles

L'objectivité, nous l'avons dit, est une valeur qui a pour but d'approcher la réalité, la vérité.

Le contraire de la vérité est l'erreur. Éviter les erreurs de compréhension, les erreurs de langage, les erreurs de raisonnement (ou sophismes) constituent donc une nécessité de la démarche objective.

### 7 – Le principe de proscription de toute précipitation

Ce principe fait partie du premier précepte des *Règles de la méthode* de Descartes. Un minimum de temps est nécessaire pour bien juger. Il faut mûrir le dossier <sup>(15)</sup>.

Nous venons d'essayer de dégager les moyens d'être objectif. Mais l'objectivité n'est-elle pas une gageure en matière judiciaire ?

## II. LES LIMITES DE L'OBJECTIVITÉ EN MATIÈRE JUDICIAIRE

Il est plus demandé au juge de répondre à une question dans un cadre délimité que de rechercher la vérité (A). Par ailleurs, si être objectif c'est « *voir la réalité des choses* » le juge, homme qui juge d'autres hommes, n'a-t-il pas besoin du secours de réalités humaines au-delà de la simple raison ? (B).

(15) Qui n'a pas fait l'expérience de laisser passer une nuit alors que notre esprit faisait un blocage sur un dossier et de trouver comme par enchantement la solution le lendemain matin, une fois le cerveau reposé ?



## A – L'objectivité judiciaire

L'objectivité qui est demandée au juge n'est pas celle que, idéalement, on voudrait qu'il pratique. C'est une objectivité limitée par un dossier (1-) et par une norme juridique (2-). De plus, cette objectivité varie dans le temps et dans l'espace (3-).

### 1 – Les juges liés par le contenu d'un dossier

Les juges n'accèdent à la connaissance des faits que par ce que veulent bien leur donner les parties ou leurs avocats.

Il faut rappeler qu'en matière civile, ce sont encore les parties qui conduisent le procès (article 2 du nouveau Code de procédure civile) et que la recherche de la vérité, qui caractérise la démarche objective, n'est demandée au juge qu'accessoirement à l'organisation de certaines mesures d'instruction (cf. les articles 181 et 293 du nouveau Code de procédure civile pour l'audition de témoins lors de vérifications personnelles du juge ou lors d'une procédure en vérification d'écriture). C'est bien peu.

Pour remédier à cette situation, il faut :

- soit que le juge compte sur l'adversaire de celui qui « retient » une partie des faits et des documents constitutifs du litige, lequel adversaire pourra demander la production de ces pièces (articles 138 à 142 du nouveau Code de procédure civile) ;
- soit que le juge compte sur sa propre perspicacité ou son intuition pour estimer qu'il ne dispose pas d'éléments suffisants pour statuer, et ordonner d'office une mesure d'instruction (articles 143 et 144 du nouveau Code de procédure civile).

On retrouve ici deux moyens, déjà cités, propres à contribuer au jugement objectif :

- la présence effective d'un adversaire au procès susceptible d'apporter la contradiction ;
- la mesure d'instruction qui permet d'« aller chercher » les faits.

En matière pénale, le caractère objectif d'un résultat à obtenir est plus marqué puisque le juge d'instruction a, de façon générale, reçu mission d'accomplir tous actes « utiles à la manifestation de la vérité » (article 81 du Code de procédure pénale) et la recherche de la réalité des faits est facilitée par la nature inquisitoire de la procédure pénale.

### 2 – Les juges liés par une norme juridique

Le comportement objectif des juges est par ailleurs limité à un raisonnement par rapport à la règle de droit applicable et non par rapport à un absolu qui voudrait que la justice rendue soit juste.

La loi ne demande pas au juge d'apporter au litige une solution objective mais seulement une solution conforme à la règle de droit applicable. Et peu importe (théoriquement) si cette règle de droit est en décalage avec l'opinion du moment ou les circonstances de l'espèce.

« Le juriste recherche les lois (...) dans le Code (...) on ne peut lui demander de prouver leur vérité » (Kant).

Prenons l'exemple d'une agression violente qui est commise dans une localité. Les auteurs ne sont pas placés en détention provisoire et sont laissés en liberté sous contrôle judiciaire. La population de cette localité ne comprend pas cette décision judiciaire. On reproche au juge de manquer d'objectivité par rapport à la gravité des faits commis et aux risques persistants pour la population.

Pourtant, le juge des libertés et de la détention n'a fait que respecter la règle de l'article 137 du Code de procédure pénale qui prescrit que la détention provisoire doit être exceptionnelle et qu'elle ne peut être ordonnée si le contrôle judiciaire est suffisant (en l'espèce, les agresseurs justifiaient tous d'un travail ou d'un domicile).

L'objectivité judiciaire s'oppose à une opinion générale qui, parce qu'elle est générale, pourrait être considérée comme objective, ce qu'elle n'est, cependant, pas puisqu'elle dépend d'une réaction affective.

Autre exemple : deux parties s'affrontent devant le juge civil. Le demandeur n'arrive pas à rapporter la preuve de ses prétentions alors qu'il résulte des débats que le défendeur est de mauvaise foi. Que fait un juge objectif ? Doit-il se limiter à l'objectivité judiciaire (la preuve incombant au demandeur n'est pas rapportée et, partant, celui-ci sera débouté de ses prétentions) ou doit-il essayer de rendre un jugement plus pleinement objectif, c'est-à-dire à la fois qui tienne compte de la réalité des faits (non prouvés) et qui soit juste (celui qui a tort doit être condamné) ?

Pour ma part, je ne cache pas ma préférence pour la deuxième solution, plus proche de la justice idéale, bien que cette deuxième solution fasse apparaître de nouveaux problèmes :

En vertu de quoi peut-on dire que des faits non prouvés sont des faits réels ? Qu'est-ce qui permet au juge de penser que quelqu'un est de mauvaise foi ? Ne juge-t-on pas alors en équité, concept « *a priori* » peu objectif et dont l'utilisation est prohibée pour motiver un jugement <sup>(16)</sup> ?

Ce dernier exemple montre le rôle de la preuve en matière judiciaire.

Sans système de preuve, et notamment sans règles de charge de la preuve, l'institution judiciaire arriverait très vite à un blocage puisqu'elle est tout de même censée rechercher la vérité (au civil au moins à l'intérieur des prétentions des parties) et que cette recherche est souvent mission impossible.

(16) Cf. l'article d'André Perdriau, Le juge doit-il se méfier de la simplicité comme de... l'équité ?, in Gaz. Pal. du 9 novembre 1996.

Lorsque le système de preuve intervient, la démarche objective s'éloigne.

La solution judiciaire est alors déterminée en fonction d'une technique juridique et non plus en fonction d'éléments objectifs.

Si le juge ne parvient pas à faire la lumière dans une affaire, le législateur et la jurisprudence, de plus en plus, en prennent acte et édictent carrément la règle que le doute profite à l'une des parties.

C'est ainsi que le doute profite notamment au prévenu, au salarié, à l'assuré...

On a abandonné tout espoir de connaître la vérité et l'on en fait bénéficier la partie au procès « la plus faible ».

Il est vrai que si l'objectivité d'un jugement est caractérisée par l'adhésion de tous à ce jugement, il paraît difficile de rendre un jugement objectif en cas de doute puisque, précisément, le doute empêche l'adhésion générale.

Selon de nombreux philosophes, cette notion d'adhésion générale à une pensée est l'une des marques de l'objectivité.

Malheureusement, en matière judiciaire, l'universalité d'une pensée (d'une norme juridique, d'une disposition d'un jugement), est bien relative.

### 3 – L'objectivité judiciaire varie dans le temps et dans l'espace

Tributaire des normes juridiques, l'objectivité judiciaire varie, comme elles, au fil du temps et suivant les pays, « *Vérité en deçà des Pyrénées, erreur au-delà* » (Pascal, *Les Pensées*).

Les exemples d'appréciation différente des comportements humains par chaque société surabondent. En France, l'adultère n'est pas réprimé pénalement alors que la femme adultère risque la lapidation en Arabie Saoudite. En France, le parjure est regardé avec un œil mi-réprobateur mi-fataliste alors qu'il est très mal vu aux États-Unis, etc. Où est l'objectivité ?

La variation des appréciations juridiques portées par la société française au cours du temps montre l'extrême relativité de la première prémisse du syllogisme judiciaire :

- avant 1975, l'avortement était un crime ;
- depuis 1975, il est légal et remboursé par la Sécurité sociale.

De même, en droit du travail, on est passé, en 200 ans, de la règle selon laquelle le patron était cru sur son affirmation (ancien article 1781 du Code civil en matière de salaire) à la règle selon laquelle le doute profite au salarié (v., notamment les articles L. 122.14.3 du Code du travail pour l'appréciation du motif du licenciement et L. 122.43 pour l'appréciation du motif d'une sanction disciplinaire).

La permanence, l'immutabilité du phénomène

étudié, qui est l'une des caractéristiques de l'objectivité de ce phénomène, fait donc défaut.

Alors, le juge doit-il se contenter de l'exécution d'un travail quasiment formel, désincarné par rapport à la réalité, à « la vérité », d'un travail semblable à celui d'un ordinateur qui reçoit des données, qui les classe et qui fait le rapprochement entre ces données (comme le jugement judiciaire qui est le rapprochement entre des données juridiques et des données de fait) ?

Humainement parlant, il serait particulièrement triste d'en arriver à une telle conclusion.

Par bonheur, des notions encore mal définies, des notions transrationnelles (au-delà du rationnel) viennent au secours du juge dans sa quête d'objectivité. S'agit-il d'un retour à la subjectivité ou s'agit-il d'éléments d'objectivité non encore intelligibles en tant que tels ?

### B. – Au-delà du rationnel

« *La dernière démarche de la raison est de reconnaître qu'il y a une infinité de choses qui la surpassent ; elle n'est que faible si elle ne va pas jusqu'à connaître cela* » (Pascal, *Pensée* 267).

La critique de l'efficacité de la raison pour connaître le réel atteindra une sorte d'apogée au tournant des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles, notamment avec Bergson qui dira que la raison est incapable de saisir le réel, qu'elle le mutile, et avec Nietzsche qui affirmera que la raison travestit le réel.

Alors, faut-il supprimer ce que nous avons dit plus haut sur les bienfaits d'un raisonnement bien mené ? Certainement pas.

Nous pensons que la vérité est, plus que jamais, un tout et qu'au surplus, s'agissant du jugement de comportements humains, le juge, pour être objectif (pour tout voir), doit faire appel à des notions provisoirement encore mal expliquées (l'irrationnel n'est que le provisoirement inexplicable) qui nous viennent de notre nature humaine.

Nous ne dirons que quelques mots de ces valeurs ou mécanismes intellectuels mal connus qui mériteraient de longs développements pour tenter de déterminer s'ils appartiennent à la subjectivité ou à l'objectivité.

Car l'objectivité, c'est aussi l'appréhension fidèle d'un phénomène humain.

### 1 – L'équité

Normalement, l'équité s'oppose à l'objectivité car elle constitue une appréciation personnelle du juge sans fondement extérieur à celui-ci (l'équité n'a pas d'éléments constitutifs ni de critères définis).

Toutefois, l'équité existe et est une notion autonome par rapport d'une part à la loi et d'autre part à la pure subjectivité du juge.

En effet, l'équité, ce n'est pas tout à fait l'arbi-



Lorsque le système de preuve intervient, la démarche objective s'éloigne.

La solution judiciaire est alors déterminée en fonction d'une technique juridique et non plus en fonction d'éléments objectifs.

Si le juge ne parvient pas à faire la lumière dans une affaire, le législateur et la jurisprudence, de plus en plus, en prennent acte et édictent carrément la règle que le doute profite à l'une des parties.

C'est ainsi que le doute profite notamment au prévenu, au salarié, à l'assuré...

On a abandonné tout espoir de connaître la vérité et l'on en fait bénéficier la partie au procès « la plus faible ».

Il est vrai que si l'objectivité d'un jugement est caractérisée par l'adhésion de tous à ce jugement, il paraît difficile de rendre un jugement objectif en cas de doute puisque, précisément, le doute empêche l'adhésion générale.

Selon de nombreux philosophes, cette notion d'adhésion générale à une pensée est l'une des marques de l'objectivité.

Malheureusement, en matière judiciaire, l'universalité d'une pensée (d'une norme juridique, d'une disposition d'un jugement), est bien relative.

### 3 – L'objectivité judiciaire varie dans le temps et dans l'espace

Tributaire des normes juridiques, l'objectivité judiciaire varie, comme elles, au fil du temps et suivant les pays, « *Vérité en deçà des Pyrénées, erreur au-delà* » (Pascal, *Les Pensées*).

Les exemples d'appréciation différente des comportements humains par chaque société surabondent. En France, l'adultère n'est pas réprimé pénalement alors que la femme adultère risque la lapidation en Arabie Saoudite. En France, le parjure est regardé avec un œil mi-réprobateur mi-fataliste alors qu'il est très mal vu aux États-Unis, etc. Où est l'objectivité ?

La variation des appréciations juridiques portées par la société française au cours du temps montre l'extrême relativité de la première prémisse du syllogisme judiciaire :

- avant 1975, l'avortement était un crime ;
- depuis 1975, il est légal et remboursé par la Sécurité sociale.

De même, en droit du travail, on est passé, en 200 ans, de la règle selon laquelle le patron était cru sur son affirmation (ancien article 1781 du Code civil en matière de salaire) à la règle selon laquelle le doute profite au salarié (v., notamment les articles L. 122.14.3 du Code du travail pour l'appréciation du motif du licenciement et L. 122.43 pour l'appréciation du motif d'une sanction disciplinaire).

La permanence, l'immutabilité du phénomène

étudié, qui est l'une des caractéristiques de l'objectivité de ce phénomène, fait donc défaut.

Alors, le juge doit-il se contenter de l'exécution d'un travail quasiment formel, désincarné par rapport à la réalité, à « la vérité », d'un travail semblable à celui d'un ordinateur qui reçoit des données, qui les classe et qui fait le rapprochement entre ces données (comme le jugement judiciaire qui est le rapprochement entre des données juridiques et des données de fait) ?

Humainement parlant, il serait particulièrement triste d'en arriver à une telle conclusion.

Par bonheur, des notions encore mal définies, des notions transrationnelles (au-delà du rationnel) viennent au secours du juge dans sa quête d'objectivité. S'agit-il d'un retour à la subjectivité ou s'agit-il d'éléments d'objectivité non encore intelligibles en tant que tels ?

### B – Au-delà du rationnel

« *La dernière démarche de la raison est de reconnaître qu'il y a une infinité de choses qui la surpassent ; elle n'est que faible si elle ne va pas jusqu'à connaître cela* » (Pascal, *Pensée* 267).

La critique de l'efficacité de la raison pour connaître le réel atteindra une sorte d'apogée au tournant des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles, notamment avec Bergson qui dira que la raison est incapable de saisir le réel, qu'elle le mutile, et avec Nietzsche qui affirmera que la raison travestit le réel.

Alors, faut-il supprimer ce que nous avons dit plus haut sur les bienfaits d'un raisonnement bien mené ? Certainement pas.

Nous pensons que la vérité est, plus que jamais, un tout et qu'au surplus, s'agissant du jugement de comportements humains, le juge, pour être objectif (pour tout voir), doit faire appel à des notions provisoirement encore mal expliquées (l'irrationnel n'est que le provisoirement inexpliqué) qui nous viennent de notre nature humaine.

Nous ne dirons que quelques mots de ces valeurs ou mécanismes intellectuels mal connus qui mériteraient de longs développements pour tenter de déterminer s'ils appartiennent à la subjectivité ou à l'objectivité.

Car l'objectivité, c'est aussi l'appréhension fidèle d'un phénomène humain.

### 1 – L'équité

Normalement, l'équité s'oppose à l'objectivité car elle constitue une appréciation personnelle du juge sans fondement extérieur à celui-ci (l'équité n'a pas d'éléments constitutifs ni de critères définis).

Toutefois, l'équité existe et est une notion autonome par rapport d'une part à la loi et d'autre part à la pure subjectivité du juge.

En effet, l'équité, ce n'est pas tout à fait l'arbi-



traire du juge car celui-ci, en se référant à l'équité, applique certaines valeurs partagées par tous, voire universelles (ce qui est l'une des caractéristiques de l'objectivité).

Parmi ces valeurs, on peut citer l'équilibre, la mesure (17), la prohibition de tout ce qui est abusif, nuisible, économiquement ou moralement injuste, mais aussi l'attachement à tirer des conséquences proportionnelles à l'importance des manquements commis de part et d'autre.

On rejoint ici le principe d'égalité de traitement des situations semblables, cher à Aristote, et cité plus haut comme principe d'objectivité !

On rejoint aussi l'étymologie du mot « équité » : *aequitas* = égalité.

Le juge fait la part des choses entre, d'une part, la faute contractuelle ou pénale commise par l'un et d'autre part la négligence, la provocation, la malice, l'attitude ambiguë de l'autre.

On peut encore observer que l'équité est utile (par exemple elle humanise une loi trop dure dans tel cas d'espèce). Or, si elle est utile, c'est qu'elle s'applique à des « choses » (des comportements humains) réelles, c'est donc qu'elle a un caractère objectif (cf. *La philosophie pragmatique*).

Enfin, un jugement équitable est forcément celui qui suscite l'adhésion de tous. S'il y a adhésion, c'est qu'il y a objectivité.

En résumé, ne peut-on pas dire qu'il existe deux équités : l'équité subjective et l'équité objective ?

– **L'équité subjective** fait appel aux sentiments, à sa propre opinion qui fait que l'on croit juste ce que l'on pense. Cette équité naît de la précipitation. Elle est faite d'approximations et de simplifications excessives (18).

– **L'équité objective** apparaît une fois que l'on a fait le tour du problème. Une fois en tête tous les éléments du dossier, au moment où s'effectue la synthèse intellectuelle de ces éléments (notamment des actes ou faits juridiques en cause et des circonstances dans lesquelles sont survenus ces actes ou faits), vient à l'esprit « l'intuition » d'une solution « équitable », c'est-à-dire qui prenne en compte l'ensemble de ces éléments en pondérant chacun de ceux-ci en fonction de son importance.

En citant l'intuition, nous ouvrons la porte à une deuxième notion irrationnelle, ou du moins transrationnelle.

## 2 – L'intuition

Aussi difficile à cerner que l'équité et ayant en plus « l'avantage » de définitions différentes suivant les auteurs, l'intuition est, dans sa définition la plus

(17) « La mesure est le bien suprême », Eschyle.

(18) Cf. l'article précité de M. Perdreau : « Le juge doit-il se méfier de la simplicité comme de... l'équité ? », Gaz. Pal. du 9 novembre 1996.

simple, la connaissance immédiate de la vérité sans le secours du raisonnement.

C'est trop beau pour être vrai.

Si, pour chaque dossier, le juge avait « la connaissance immédiate de la vérité », il faut reconnaître que la tâche de l'institution judiciaire en serait singulièrement facilitée.

Nous nous limiterons à puiser chez deux grands philosophes « intuitionnistes » ce qu'il y a d'intéressant pour notre sujet.

L'un, Husserl, préconise de connaître les choses dans leur matière originelle par contemplation, par regard sur celles-ci afin d'en repérer les caractères invariants, et donc d'accéder à la réalité du phénomène.

« Je ne pourrai ni porter ni admettre comme valable aucun jugement, si je ne l'ai puisé dans l'évidence, c'est-à-dire dans des expériences où les choses et faits en question me sont présents eux-mêmes ».

L'autre, Bergson, préconise de connaître les choses du dedans, par « sympathie intellectuelle », c'est-à-dire « en se transportant à l'intérieur d'un objet pour coïncider avec ce qu'il a d'unique et par conséquent d'inexprimable ».

L'intérêt de ces définitions est de montrer qu'au-delà de la connaissance discursive (des faits et surtout des comportements humains), il existerait une connaissance intuitive qui nous permettrait de mieux comprendre notamment les phénomènes humains.

Bergson explique encore que l'intelligence (le raisonnement) décompose le réel, le fragmente en idées (qu'elle est analytique) et que tout cela est excellent tant qu'il s'agit de la matière, mais que tout vivant est autre chose que la somme de ses éléments : qu'il est synthèse.

Il estime que cette synthèse ne peut être atteinte que par l'intuition.

On rejoint là, à la fois, « la vérité est le tout » de Hegel, la nécessité de la synthèse qui ne se confond pas avec l'addition des éléments composant la thèse et l'antithèse, et aussi le principe d'exhaustivité.

L'assimilation, la fusion avec l'objet étudié préconisée par Bergson nous rapproche également de la nécessité de se mettre à la place de l'autre, si l'on veut être objectif (cf. Hannah Arendt, déjà citée).

## 3 – Le cœur

Autre notion qui peut paraître inattendue dans un article traitant de l'objectivité : le cœur.

Et pourtant, il faut se rendre à l'évidence :

Lorsque Pascal (Pensée 282) écrit :

« Nous connaissons la vérité, non seulement par la raison, mais encore par le cœur », il envi-

sage peut-être le cœur comme « *les yeux de l'esprit* », comme une sorte « *d'instinct intellectuel* » (connaissance et sentiment tout à la fois), mais il emploie tout de même le mot « cœur ».

Ainsi que l'explique Jacques Chevalier dans son *Pascal*, le cœur ne fait pas les preuves, mais il en saisit le sens, et il en opère la synthèse.

Autre grand écrivain français qui nous interpelle sur la bonne manière de comprendre les choses : Saint-Exupéry dont les paroles de son héros le renard sont en passe de devenir éternelles : « *On ne voit bien qu'avec le cœur, l'essentiel est invisible pour les yeux* ».

Nous avons dit que l'objectivité, c'était la capacité de voir la réalité.

L'objectivité, c'est ne pas voir que ce que l'on veut voir. C'est aussi voir au-delà de ce qui nous est donné et des raisonnements que l'on peut tenir.

Même s'il faut se méfier de l'équité (« des parlements »), même s'il existe de fausses intuitions, même si « *le cœur se trompe comme l'esprit* », (Anatole France), tout être humain sent que ces trois notions apportent quelque chose de plus dans la recherche de la vérité. Le juge, qui juge des êtres humains, et non des dossiers, ne peut l'oublier, s'il veut être objectif.

## CONCLUSION

L'objectivité n'est pas une illusion : pour un juge, c'est à la fois une démarche nécessaire et un résultat à obtenir.

La démarche objective, c'est d'abord de se soumettre aux faits, de ne retenir que ce qui est établi.

« *J'ai appris que, dans l'action de juger (...), jamais la moindre place ne devait être laissée à la « rumeur », au « préjugé », au « soupçon »* » (Pierre Draï, *Lettre à mes collègues*, précité).

Pour se soumettre aux faits, il faut aller les chercher par tous moyens (mesures d'instruction) car la qualité de la justice est aussi respectable que sa rapidité <sup>(19)</sup>.

L'objectivité, c'est ensuite de respecter des principes de raisonnement et d'expliquer son cheminement intellectuel en communiquant à ses interlocuteurs les motifs d'une décision prise de façon à recueillir l'adhésion de ceux-ci à cette décision. Comme le fait remarquer Raymond Boudon : « *La conviction que telle solution est la bonne n'apparaît que si l'acteur a des raisons d'y adhérer qu'il perçoit comme solides* » (*Le juste et le vrai*, déjà cité).

(19) La notion de « diligence », qui devait être inscrite dans le serment des nouveaux magistrats, concernait-elle la rapidité avec laquelle devaient être traitées les affaires, ou l'application et le soin apportés au traitement des affaires ? Depuis toujours, les statistiques judiciaires ne se rapportent qu'au rendement et jamais à la qualité.

Le récepteur doit recevoir ce que veut lui dire l'émetteur (ils doivent tous deux être sur la même longueur d'onde).

« *L'objectif est alors la chose que tout observateur rencontre la même ; c'est la science communicable et aussi la démontrable* » (Alain).

Mais attention : l'objectivité ce n'est pas la pratique du juste milieu car rien ne légitime que celui-ci soit vrai. Le compromis, la transaction, la conciliation sont une preuve de diplomatie, mais ne sont pas une norme de vérité.

Un jugement d'équilibre n'est possible que si chaque thèse en présence est en partie vraie et en partie fausse.

Tout juge, tout avocat, tout justiciable souhaite qu'un jugement objectif soit rendu.

Du point de vue de l'objectivité, il est dommage que le système des preuves, pourtant utile, n'aille pas toujours dans le sens de la manifestation de la vérité.

De même que nos sociétés modernes sont caractérisées par une transparence de plus en plus grande, de même on peut souhaiter, dans l'intérêt d'une justice « plus juste », et donc mieux comprise de nos concitoyens, que l'objectivité simple judiciaire recule devant l'objectivité tout court.

Ceci bien que, pour certains (Perelman), le droit n'ait pas pour objet la connaissance d'une vérité ou d'une réalité, mais la réalisation dans les sociétés humaines, d'un ordre aussi équitable que possible.

Nous avons commencé à démontrer que l'équité, notion théoriquement subjective, satisfaisait, pourtant, à des critères d'objectivité.

Cette objectivité, que d'aucuns estiment impossible, et qui pourtant n'est peut-être que la conséquence d'une attitude personnelle de loyauté vis-à-vis d'autrui ou comme le disait André Malraux :

« *Peu m'importe ce qui n'importe qu'à moi* ».



## Jurisprudence

### Secret professionnel de l'expert

Si le juge civil a le pouvoir d'ordonner à un tiers de communiquer à l'expert les documents nécessaires à l'accomplissement de sa mission, il ne peut, en l'absence de disposition législative spécifique, contraindre un médecin à lui transmettre des informations couvertes par le secret lorsque la personne concernée ou ses ayants droit s'y sont opposés.

Il appartient alors au juge saisi sur le fond d'apprécier si cette opposition tend à faire respecter un intérêt légitime ou à faire écarter un élément de preuve et d'en tirer toute conséquence quant à l'exécution du contrat d'assurance.

**Cour de cassation - 1<sup>re</sup> chambre civile - 15 juin 2004 - Pourvoi n°01-02.338**

**Mots clés :** Professions médicales et paramédicales - Médecin - Secret professionnel - Informations protégées - Production pour une expertise - Conditions - Détermination.

#### La Cour,

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu les articles 226-13 du Code pénal et 4 du décret du 6 septembre 1995 portant Code de déontologie médicale, ensemble l'article 243 du nouveau Code de procédure civile ;

Attendu que pour garantir le remboursement de prêts consentis par la banque Woolwich, Yves Z... a adhéré le 18 mars 1996 au contrat d'assurance de groupe souscrit par le prêteur auprès de la société Prudence Vie couvrant les risques invalidité et décès ; qu'il est décédé le 26 juin 1996 ; que la société Prudence vie a sollicité une mesure d'expertise ; que le juge des référés a désigné M. Y..., médecin expert, avec mission de rechercher les antécédents médicaux de l'assuré et de dire si l'affection ayant entraîné le décès était la suite ou la conséquence d'un syndrome pathologique existant antérieurement à l'adhésion ; que sur requête de l'expert, la communication par M. X..., médecin du travail, du dossier médical concernant Yves Z..., a été ordonnée sous astreinte ; que M. X... a demandé la rétractation de cette ordonnance en invoquant le secret médical ;

Attendu que pour rejeter cette requête, l'arrêt attaqué énonce que l'article 141 du nouveau Code de procédure civile permet au juge qui a ordonné la délivrance ou la production de pièces de rétracter ou modifier sa décision s'il est évoqué quelque empêchement légitime par le tiers détenteur, que Yves Z... était contractuellement tenu lors de la souscription de répondre avec exactitude, loyauté et sincérité au questionnaire médical, sous peine d'encourir l'annulation du contrat prévue par l'article L. 113-8 du Code des assurances, que l'opposition à la levée du secret médical émanant de sa veuve ou de ses héritiers tendait à faire échec à l'exécution de bonne foi du contrat en mettant l'assureur dans l'impossibilité de se faire une opinion sur la sincérité des réponses au questionnaire médical par la recherche des antécédents médicaux de l'assuré préalablement à son adhésion, que dès lors le magistrat chargé du contrôle des expertises n'avait pas excédé ses pouvoirs résultant de l'article 243 du nouveau Code de procédure civile en ordonnant la communication à l'expert judiciaire du dossier médical détenu par M. X... et que ce dernier n'était pas fondé à se retrancher derrière le secret médical dès lors que cette remise était effectuée entre les mains d'un médecin expert commis par justice ;

Mais attendu que si le juge civil a le pouvoir d'ordonner à un tiers de communiquer à l'expert les documents nécessaires à l'accomplissement de sa mission, il ne peut, en l'absence de disposition législative spécifique, contraindre un médecin à lui transmettre des informations couvertes par le secret lorsque la personne concernée ou ses ayants droits s'y sont opposés ; qu'il appartient alors au juge saisi sur le fond d'apprécier si cette opposition tend à faire respecter un intérêt légitime ou à faire écarter un élément de preuve et d'en tirer toute conséquence quant à l'exécution du contrat d'assurance ; qu'en se déterminant comme elle l'a fait ainsi, la cour d'appel a donc violé les textes susvisés ;

Et attendu qu'il y a lieu de faire application de l'article 627, alinéa 2, du nouveau Code de procédure civile, la Cour de cassation étant en mesure de mettre fin au litige ;

**Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres branches du moyen :**

Casse et annule, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 17 mai 2000, entre les parties, par la cour d'appel d'Aix-en-Provence ;

Dit n'y avoir lieu à renvoi ;

Déclare recevable et bien fondée la requête du 4 août 1999 de M. X... ;

Ordonne la rétractation de l'ordonnance du 11 juin 1999.

*Président : Monsieur Lemontey - Rapporteur : Madame Duval-Arnould - Avocat général : Monsieur Sainte-Rose - Avocat(s) : SCP Boré, Xavier et Boré, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, SCP Vier et Barthélemy.*

**Rapprochements :** Sur les conditions de la levée du secret médical, dans le même sens que : 1<sup>re</sup> Civ., 18 mars 1997, Bull., I, n°99, p. 65 (rejet) à rapprocher : 1<sup>re</sup> Civ., 14 mars 2000, Bull., I, n°87, p. 58 (rejet).

#### Note

Si le juge civil a le pouvoir d'ordonner à un tiers de communiquer à l'expert les documents nécessaires à l'accomplissement de sa mission, il ne peut, en l'absence de disposition législative spécifique, contraindre un médecin à lui transmettre des informations couvertes par le secret médical lorsque la personne concernée ou ses ayants droit s'y sont opposés. Il appartient alors au juge saisi sur le fond d'apprécier si cette opposition tend à faire respecter un intérêt légitime ou à faire écarter un élément de preuve et d'en tirer toute conséquence quant à l'exécution du contrat d'assurance. Pour garantir le remboursement de prêts bancaires, l'emprunteur a adhéré le 18 mars 1996 au contrat d'assurance de groupe souscrit par le prêteur couvrant les risques invalidité décès. L'emprunteur est décédé le 26 juin 1996. L'assureur a sollicité une mesure d'expertise. Le juge des référés a désigné un médecin expert, avec mission de rechercher les antécédents médicaux de l'assuré et de dire si l'affection ayant entraîné le décès était la suite ou la conséquence d'un syndrome pathologique existant antérieurement à l'adhésion. Sur requête de l'expert, la communication par le médecin du travail du dossier médical a été ordonnée sous astreinte. Le médecin du travail a demandé la rétractation de cette ordonnance en invoquant le secret médical. Pour rejeter cette requête, l'arrêt attaqué énonce que l'article 141 du nouveau Code de procédure civile permet au juge qui a ordonné la délivrance ou la production de pièces de rétracter ou modifier sa décision s'il est évoqué quelque empêchement légitime par le tiers détenteur, que l'emprunteur était contractuellement tenu lors de la souscription de l'assurance de groupe de répondre avec exactitude, loyauté et sincérité au questionnaire médical, sous peine d'encourir l'annulation du contrat prévue par l'article L. 113-8 du Code des assurances, que l'opposition à la levée du secret médical émanant de sa veuve ou de ses héritiers tendait à faire échec à l'exécution de bonne foi du contrat en mettant l'assureur dans l'impossibilité de se faire une opinion sur la sincérité des réponses au questionnaire médical par la recherche des antécédents médicaux de l'assuré préalablement à son adhésion, que dès lors le magistrat chargé du contrôle des expertises n'avait pas excédé ses pouvoirs résultant de l'article 243 du nouveau Code de procédure civile en ordonnant la communication à l'expert judiciaire du dossier médical détenu par le médecin du travail et que ce dernier n'était pas fondé à se retrancher derrière le secret médical dès lors que cette remise était effectuée entre les mains d'un médecin expert commis par la justice. En se déterminant ainsi, la cour d'appel a violé l'article 226-13 du Code pénal, l'article 4 du décret du 6 septembre 1995 portant Code de déontologie médicale et l'article 243 du Nouveau Code de procédure civile. 2004-1853



## La cessation des paiements : une notion stable (\*)

Daniel TRICOT  
Président de la Chambre commerciale,  
financière et économique de la Cour de cassation

Ainsi que l'avait proposé la Cour de cassation dans son rapport annuel de 2002, le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises maintient un rôle déterminant à la cessation des paiements.

Contrairement à ce qui est parfois soutenu, la notion de cessation des paiements est unique, en ce sens qu'elle est contrôlée par la Cour de cassation de la même manière, qu'il s'agisse de l'ouverture de la procédure collective ou du report de la date de son apparition, report qui révèle l'existence d'une période dite suspecte : selon la loi, il y a cessation des paiements lorsque l'entreprise est dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible.

Un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 28 avril 1998 (pourvoi n° S 95-21.969) a énoncé que « le passif à prendre en considération pour caractériser l'état de cessation des paiements est le passif exigible et exigé, dès lors que le créancier est libre de faire crédit au débiteur ». Cet arrêt, trop souvent cité en oubliant la dernière proposition – « dès lors que la créancier est libre de faire crédit au débiteur » – est parfois invoqué pour soutenir que la Cour de cassation a remplacé la notion de « passif exigible » par celle de « passif exigé ».

Il n'en est rien.

Déjà, le 17 juin 1997, la Cour de cassation (Cass. com., *Bull. civ.* IV, n° 193, p. 168) avait approuvé une cour d'appel d'avoir constaté l'existence de la cessation des paiements d'une entreprise qui, en l'absence d'actif disponible, présentait un passif exigible d'un certain montant, parce qu'il n'était pas allégué que le débiteur disposait d'une réserve de crédit lui permettant de faire face à son passif exigible.

Le 12 novembre 1997, la Cour de cassation (Cass. com., *Bull. civ.* IV, n° 290, p. 251) avait approuvé une cour d'appel d'avoir reporté la cessation des paiements à une date antérieure au jugement d'ouverture en constatant que seules pouvaient être distraites du montant du passif exigible les dettes échues à propos desquelles le débiteur rapportait la preuve que le créancier lui avait consenti un moratoire.

Que signifient ces trois décisions, parmi bien d'autres ?

Elles soulignent que le créancier et le débiteur ont chacun un rôle dans l'administration de la preuve de la cessation des paiements.

Le juge doit comparer l'actif disponible au passif exigible pour déduire s'il y a ou non cessation des paiements. La question ne se pose que si l'entreprise paraît dans l'incapacité d'honorer ses échéances. Ce sont les premiers impayés qui provoquent les interrogations suivantes : quel est le montant du disponible ? Quel est le montant de l'exigible ? Y a-t-il donc impossibilité de payer ce qui est dû ?

La charge de la preuve du disponible et de l'exigible n'échoit pas au débiteur mais à celui qui demande l'ouverture de la procédure collective ou le report de la date de cessation des paiements. Cette preuve incombe donc le plus souvent au créancier qui réclame l'ouverture de la procédure collective. Si cette preuve n'est pas rapportée, le tribunal rejettera la demande.

Mais dans le débat ainsi engagé devant le tribunal, l'entreprise concernée peut, de son côté, démontrer que l'actif disponible, tel qu'il paraît établi, est accru par l'effet d'une réserve de crédit, ou que le passif exigible, tel qu'il résulte de la somme des dettes échues, doit être réduit du montant de ce qui n'est plus exigé ; en ces cas, c'est à l'entreprise de rapporter la preuve de ce qu'elle allègue.

La vérité commande d'admettre que si l'actif disponible, éventuellement recalculé, permet de payer le passif exigible, lui-même corrigé, il n'y a pas cessation des paiements. Ainsi, en rapportant la preuve que l'actif disponible est plus important que le révèlent les comptes – du fait d'une réserve de crédit – ou/et que le passif exigible doit être diminué parce que tel ou tel créancier a accordé un report d'échéance, le débiteur peut échapper, soit à l'ouverture de la procédure, soit au report de la date de cessation des paiements et, par la même, aux dangers d'une période suspecte.

Ces appréciations, conformes à la vie des affaires, permettent d'évaluer sans complaisance et avec exactitude le montant de la trésorerie nécessaire au paiement de ce qui doit l'être. Loin d'être incertaine, la jurisprudence sur la preuve de la cessation des paiements présente une remarquable stabilité.

(\*) Ce texte, extrait de l'éditorial de « La lettre de l'Observatoire consulaire des entreprises en difficulté » de décembre 2004, est reproduit ici avec l'aimable autorisation de cette publication.

**AIDE JURIDICTIONNELLE****Etendue.- Consignation des frais d'expertise.**

L'aide juridictionnelle concerne tous les frais afférents aux instances, procédures ou actes pour lesquels elle a été accordée. Le bénéficiaire de l'aide est dispensé, à compter de la demande, du paiement, de l'avance et de la consignation de ces frais. Les frais occasionnés par les mesures d'instruction sont avancés par l'Etat.

Violent l'art. 40 de la loi 91-647 du 10 juillet 1991 le Tribunal qui, pour confirmer la décision qui avait condamné une partie à payer la somme qui lui était réclamée par le demandeur, retient qu'elle n'avait pas consigné la provision qui avait été mise à sa charge par un jugement avant dire droit, ce qui ne permettait pas au Tribunal, statuant sur son opposition, d'apprécier si sa signature figurant sur les contrats litigieux était la sienne, alors qu'il avait constaté que la décision du bureau ayant alloué l'aide juridictionnelle totale à l'intéressé était antérieure au jugement avant dire droit, ce qui le dispensait du paiement de la consignation des frais d'expertise.

**C. cass. 2<sup>e</sup> civ. 8 juillet 2004 :** El Sayed c. Société française du radio téléphone – Pourvoi n° 02.19.801 Q – Cassation (Trib. inst. Marseille, 5 septembre 2001) – gr. n° 1364P+B. 050508

DIMANCHE 6 AU MARDI 8 MARS 2005 GAZETTE DU PALAIS 17

**PROCEDURE CIVILE****Expertise.- Rémunération de l'expert.- Fixation.**

La rémunération de l'expert est fixée en fonction notamment des diligences accomplies, du respect des délais et de la qualité du travail fourni.

Doit être cassée l'ordonnance qui, pour débouter une partie de sa demande tendant à voir réduire la rémunération de l'expert, après avoir énoncé que les dispositions des art. 269 et 284 nouv. C. pr. civ. n'imposent pas la communication préalable des demandes de l'expert aux parties au litige à l'occasion duquel la mesure d'instruction est ordonnée, retient que le moyen tiré de l'absence de communication préalable à l'intéressé des demandes de provision, puis de rémunération de l'expert, est sans conséquence sur le montant de cette dernière et que les critiques faites relevaient de l'exclusive appréciation du juge du fond. En statuant ainsi, alors que l'ordonnance désignant l'expert prévoyait que celui-ci devait, pour solliciter une consignation complémentaire, adresser une copie de sa demande aux parties et devait joindre à chaque exemplaire de son rapport, y compris ceux adressés aux parties, sa note définitive d'honoraires et alors que l'intéressé formulait des griefs qui portaient sur la qualité du travail de l'expert, le premier président, qui a méconnu l'étendue de ses pouvoirs, a violé l'art. 284 nouv. C. pr. civ..

**C. cass. 2<sup>e</sup> civ. 24 mars 2005 :** Chatel c. Ramuz et autres – Pourvoi n° 03.14.768 Q – Cassation (C. app. Chambéry, 25 mars 2003) – gr. n° 492P+B. 051605

26 GAZETTE DU PALAIS VENDREDI 20, SAMEDI 21 MAI 2005

**APPEL CIVIL****Délai.- Point de départ.- Notification de la décision par lettre recommandée.- Date de la remise de la lettre à son destinataire.**

La date de réception d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception est celle qui est apposée par l'administration des Postes lors de la remise de la lettre à son destinataire.

Violent l'art. 669 nouv. C. pr. civ. la Cour d'appel qui, pour déclarer l'appel irrecevable comme tardif, retient la date figurant sur la demande d'avis de réception de la notification de la décision, alors que cette date est celle de la présentation et non de la remise de la lettre de notification.

**C. cass. 2<sup>e</sup> civ. 10 mars 2005 :** Mme Romieu c. Crédit agricole de l'Yonne – Pourvoi n° 03.11.033 E – Cassation (C. app. Fort-de-France, 6 novembre 2000) – gr. n° 404PBRI. 051466

DIMANCHE 1<sup>er</sup> AU MARDI 3 MAI 2005 GAZETTE DU PALAIS 17



## NOMINATIONS - DISTINCTIONS

### *DISTINCTIONS*

#### ORDRE NATIONAL DE LA LEGION D'HONNEUR

##### Promotions

Monsieur Pierre BEZARD, Président de chambre honoraire à la Cour de cassation, a été promu au grade de Commandeur.

Monsieur Yves BOT, Procureur Général près la Cour d'appel de Paris, a été promu au grade d'Officier.

##### Nominations

Madame Marie-Claude BERSIHAND

Monsieur Michel BRUYAS

ont été nommés au grade de Chevalier.

*Nous leur adressons nos très chaleureuses félicitations.*

## VIE des SECTIONS

*Notre bulletin est, non seulement, la vitrine pluriannuelle de notre compagnie, mais également, un vecteur de communication entre les sections et entre le conseil national et les sections. Nous remercions vivement les présidents de section et/ou leur secrétaire qui participent à la rédaction de ce chapitre du bulletin consacré à la vie des sections.*

### ASSEMBLEES & COLLOQUES ORGANISES PAR LES SECTIONS

#### **SECTION AIX EN PROVENCE - BASTIA**

Au cours du premier semestre 2005 notre section a consacré l'essentiel de son activité à la préparation du congrès qui se tiendra à Aix-en-Provence et à Marseille du 29/09 au 01/10/2005.

Les plaquettes d'information et les formulaires d'inscription ont été diffusés au cours de la première quinzaine de juin, de même que les invitations des magistrats locaux faites à l'initiative de la section.

Nous n'avons pas pour autant oublié la formation et nous avons arrêté la date du 20/09/05 pour une journée consacrée au thème retenu par la compagnie nationale : l'« évaluation des PME non cotées – méthodes actuelles ».

Notre assemblée générale annuelle se tiendra en décembre 2005 mais la date n'en est pas encore définitivement arrêtée.

#### **SECTION MONTPELLIER - NIMES**

Durant le premier semestre, les membres de la section ont participé aux réunions et formations suivantes :

- **Réunion organisée par M. ROUDIL, Président de Chambre en charge des experts à la Cour d'Appel de**

**MONTPELLIER**, le 19 mai 2005 à MONTPELLIER, sur : « Le rôle de l'expert dans la liquidation des régimes matrimoniaux et des indivisions ».

Le support remis a été adressé à tous les membres à jour de leur cotisation, n'ayant pu y participer.

- **Participation à la réunion de la Compagnie des Experts près la Cour d'Appel de MONTPELLIER**, le 20 mai 2005 à NARBONNE, sur les thèmes :
  - ↳ Matinée : « La gestion du temps » et « Analyse critique du rapport MAGENDIE ».
  - ↳ Après-midi : « La dématérialisation de l'expertise ».
- **Formation technique**, le 7 juin 2005 à NIMES sur le thème : « Les difficultés liées à la quête documentaire ».

La **Président** a participé aux réunions de la **Commission de réinscription**.

Sont programmées pour le **second semestre**, les réunions ou formations suivantes :

- Un **séminaire de formation technique** sur le thème : « Evaluation des entreprises et titres de sociétés », le 14/09/2005 à NIMES.



**L'assemblée générale** se tiendra à l'issue de ce séminaire. La présence du Président Marc ENGELHART a été sollicitée.

- Une **réunion d'information** sur « La mise en place de la réforme », qui permettra de tirer des enseignements des réunions de la Commission de réinscription, le 14/10/2005 à NIMES.
  
- Une **réunion commune** de notre Compagnie avec l'Ordre des experts-comptables et les Compagnies des commissaires aux comptes de MONTPELLIER et NIMES, sur le thème : « Le secret professionnel, application à l'expert-comptable, au commissaire aux comptes et à l'expert judiciaire », le 17/11/2005 à MONTPELLIER.
  
- Une **conférence** sur le thème : « Evaluation des biens au jour de partage en l'état où ils se trouvaient au jour de la donation » à RODEZ, à l'invitation de la Compagnie des Experts Judiciaires Aveyronnais.

### **SECTION NANCY - METZ**

La section de Nancy-Metz s'est réunie pour son Assemblée Générale Annuelle le 17 juin 2005 au Tribunal de Grande Instance de Nancy après une séance de formation initiée par la Compagnie des Experts Judiciaires près la Cour d'Appel de Nancy (compagnie pluridisciplinaire) dont la Présidence est assurée également par Madame Marie-Louise LIGER, Présidente de notre section.

La section comprend maintenant 21 membres et peut donc envisager de postuler pour un siège supplémentaire au Conseil d'Administration de la CNECJ. Les membres intéressés peuvent se manifester auprès de Marie-Louise LIGER.

Une action de formation destinée aux Experts Comptables Judiciaires est envisagée le 25 novembre 2005 à Nancy dans les locaux de la Maison de la Comptabilité sur le thème de « L'évaluation des sociétés non cotées » dans le cadre de la formation initiée nationalement par la CNECJ.

### **SECTION ORLEANS ET POITIERS**

#### Assemblée générale

L'assemblée générale annuelle de la section s'est tenue le 1<sup>er</sup> mars 2005 au Novotel Futuroscope à POITIERS, sous la Présidence de Monsieur Marc ENGELHARD, Président de la CNECJ.

Vingt deux confrères étaient présents ou représentés.

Cette assemblée a élu une nouvelle chambre, ainsi composée :

Président : Daniel GIRARD  
Vice Président : Jacques RENAULT  
Secrétaire : Serge DECOURCELLE  
Trésorier : Jean-Paul VERGNAUD  
Membres : Bernard DROCHON et Lionel MALVAULT

Représentant supplémentaire au Conseil National : Jacques RENAULT  
Représentant délégué Commission formation : Jean-Pierre SALLE

Après la partie statutaire, notre confrère André GAILLARD, Président d'honneur de la CNECJ a donné une conférence particulièrement appréciée sur « **Le statut de l'expert judiciaire après la réforme de la loi du 11 février 2004** » en présence, et avec la participation, outre des confrères, de nombreuses personnalités du monde judiciaire, parmi lesquelles Monsieur Jacques MARION, Madame Gervaise TAFFALEAU Monsieur Bruno GESTERMANN respectivement Premier Président, Procureur Générale et Avocat Général de la Cour d'appel d'ORLÉANS,

Monsieur Claude CATTO Directeur Interrégional de la Police Judiciaire.

### Formation

Les membres de la section ont pu bénéficier de la réunion d'information organisée par la Compagnie Régionale des Experts près la Cour d'appel et le Tribunal Administratif d'ORLÉANS sur la réforme du statut de l'expert et, principalement sur les dires, le 25 mai dernier. Trois confrères intervenaient et cinq autres ont participé.

### Nouveaux membres

La section a enregistré à l'adhésion de Messieurs Bernard DROCHON et Gérard ORLIAGUET, experts près la Cour d'appel de POITIERS, et leur souhaite la bienvenue au sein de la Compagnie.

### SECTION PARIS-VERSAILLES

A l'issue de l'assemblée générale réunie le 1<sup>er</sup> décembre 2004, la nouvelle composition de la Chambre est la suivante :

- Président : Didier FAURY
- Vice-Président Paris : Olivier RATEAU
- Vice-Président Versailles : Jean-Louis HEMMER
- Secrétaire : Patrick LE TEUFF
- Secrétaire adjoint : Jean-François BALOTEAUD
- Trésorier : Jean-Michel GARNIER
- Trésorier adjoint : Guy BOURGADE
- Membres de la Chambre :
  - Christian COLINEAU
  - Olivier PERONNET
  - Alain QUARTNER
  - Jean-Pierre VERGNE
  - Lucien WEISZBERG

Les manifestations organisées par la Chambre depuis le début de l'année ont été les suivantes :

- **Cocktail de printemps.** Le traditionnel cocktail de la Section s'est tenu le 2 juin 2005 au Pavillon Ledoyen. Malgré les difficultés de transport et la concurrence imprévue d'un colloque organisée le même jour à la Cour de cassation, nous avons pu accueillir 111 participants, dont 41 magistrats, dans une atmosphère conviviale, toujours très appréciée de nos invités.

- **Dîner d'été le 6 juillet au Pavillon Dauphine.** Nous avons eu l'honneur d'accueillir cette année le président Magendie qui a bien voulu évoquer les propositions de son rapport sur la réforme très attendue du Nouveau code de procédure civile.

Travaux et manifestations pour le deuxième semestre :

- **Synthèse des jurisprudences du bulletin de la Section.** Notre Vice-Président Olivier Rateau a entrepris un important travail de synthèse des jurisprudences publiées dans les précédents bulletins, l'objectif étant de faciliter l'accès à l'information capitalisée depuis de nombreuses années par la Chambre.

- **Tableau synoptique des principales caractéristiques des expertises civiles et pénales.** Ce tableau, conçu par le président André Gaillard, a fait l'objet d'une réédition et d'une remise à jour par Patrick Le Teuff. Sa présentation synthétique en fait un outil à usage pédagogique pour les experts nouvellement inscrits. Il pourra constituer également un utile aide-mémoire pour les techniciens plus expérimentés.

- **Rencontre avec les magistrats du tribunal de commerce de Bobigny.** Cette manifestation programmée le 27 octobre 2005 a

pour objet de permettre un débat ouvert avec les magistrats sur les principaux thèmes généraux intéressant l'expertise judiciaire : le choix des experts, le coût des expertises, la rédaction des rapports, etc.

- **Colloque de fin d'année.** La Chambre prépare également son colloque de fin d'année dont le thème sera axé sur l'expertise pénale et pour lequel nous devrions bénéficier de la présence de M. Yves Bot, Procureur général près la Cour d'appel de Paris.

### **SECTION ROUEN-CAEN**

La section Rouen-Caen a poursuivi ses contacts auprès des chefs de Cour mais également auprès des Présidents des Tribunaux Administratifs.

Ces derniers constatent, en effet, la multiplication de dossiers contentieux, initiés le plus souvent par les collectivités locales, et nécessitant l'intervention d'un expert comptable judiciaire pour la bonne appréhension de leur volet financier.

Comme elle l'avait fait en 2004, la section Rouen-Caen a décidé de se joindre aux journées de formation organisées par la section Paris Versailles en 2005.

La Commission de réinscription des experts judiciaires près la Cour d'appel de Rouen compte parmi ses membres un représentant de la section. Cette Commission qui s'est tenue pour la première fois le 31 mai 2005 a émis un avis favorable à la réinscription de tous les membres de la section dont les dossiers étaient soumis à examen.

### **SECTION TOULOUSE-AGEN-PAU**

Le 3 mars 2005 s'est tenue l'assemblée générale de la section en présence de

Henri LAGARDE représentant le Président ENGELHARD empêché.

Pierre CLAUX et son équipe ayant achevé leurs mandats un nouveau bureau a été élu :

Président : Philippe RIU  
Vice Présidents : Pierre RIVERA et Dominique HUSSON  
Secrétaire : Jean-Denis COUDENC  
Secrétaire adjoint : Christian LIBEROS  
Trésorier : Jacques PELLETIER

Une conférence animée par Henri LAGARDE et le Professeur BARBIERI a suivi l'assemblée sur le thème « **l'expert comptable judiciaire, l'information et la protection des associés minoritaires** ».

Un cocktail a clôturé la soirée.

Pierre CLAUX et Philippe RIU ont rencontré au cours du semestre certains magistrats du ressort de la Cour d'appel de Toulouse.

Pour le semestre à venir une formation doit être organisée sur les méthodes d'évaluation des PME non cotées.



**CNECJ - SECTIONS REGIONALES AUTONOMES – année 2005**

<i>Territorialité</i>	<i>Président</i>
Aix-en-Provence - Bastia	<b>Pierre Henri COMBE</b> 298, avenue du club hippique - 13090 Aix-en-Provence
Amiens-Douai-Reims	<b>Jean-Claude LEBRASSEUR</b> 235, avenue de Laon - B.P. 375 51063 Reims cedex
Angers	<b>Jean-François VERGRACHT</b> 54, rue Chèvre - 49000 Angers
Bordeaux	<b>Claude BARDAVID</b> 83 au 89, rue Dubourdieu 33800 Bordeaux
Colmar	<b>Bertrand BENHESSA</b> 30, quai Brulig - 67200 Strasbourg
Dijon-Besançon	<b>Antoine DIAZ</b> 6, rue de Nolay - BP 98 - 71203 Le Creusot Cedex
Lyon-Chambéry-Grenoble	<b>Jacques LOEB</b> 13, rue Grôle 69002 Lyon
Montpellier-Nîmes	<b>Marc BOUSSIÈRE</b> Le Symbiose, 75, allée Wilhelm Roentgen 34965 Montpellier cedex 2
Nancy-Metz	<b>Marie-Louise LIGER</b> 3, rue de Turique - BP 350 - 54006 Nancy Cedex
Orléans-Poitiers	<b>Daniel GIRARD</b> Résidence le Châtelet - 7, impasse du Châtelet 85000 La Roche sur Yon
Paris-Versailles	<b>Didier FAURY</b> 140, boulevard Haussmann - 75008 Paris
Rennes	<b>Robert POIRIER</b> 16, quai Duguay Trouin - B.P. 50219 35102 Rennes cedex 3
Riom-Bourges-Limoges Clermont-Ferrand	<b>Denis BAUBET</b> 91, avenue de Royat - B.P. 34 63401 Chamalières cedex
Rouen-Caen	<b>Michel ASSE</b> 53, rue Louis Pasteur - B.P. 144 - 76135 Mont Saint-Aignan cedex
Toulouse-Agen-Pau	<b>Philippe RIU</b> 5, rue Saint Pantaléon - 31000 Toulouse

Le présent bulletin comporte plusieurs articles et textes divers qui ont été publiés dans la GAZETTE DU PALAIS.  
Ils sont reproduits avec l'aimable autorisation du Directeur de cette publication Monsieur François PERREAU que nous remercions vivement.

L'article publié dans les Annonces de la Seine a été reproduit avec l'aimable autorisation du Rédacteur en Chef de cette publication que nous remercions vivement.